

Bert Thomas Stone *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Bert Thomas Stone *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General for Ontario and the
Attorney General for Alberta** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. STONE

File Nos.: 25969, 26032.

1998: June 26; 1999: May 27.

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 — Defences — Insane and non-insane automatism — Accused killing wife after she had allegedly assaulted him verbally — Accused convicted of manslaughter and sentenced to seven years' imprisonment — Whether accused entitled to have either or both automatism defences left with the jury — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 2, 16.

Courts — Production of documents — Privilege — Defence document referred to in opening remarks — Document ordered produced for Crown — Whether production properly ordered — Whether miscarriage of justice resulted from order for production.

Bert Thomas Stone *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et entre

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Bert Thomas Stone *Intimé*

et

**Le procureur général du Canada, le
procureur général de l'Ontario et le
procureur général de l'Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. STONE

Nos du greffe: 25969, 26032.

1998: 26 juin; 1999: 27 mai.

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 — Moyens de défense — Automatisme avec aliénation mentale et sans aliénation mentale — Accusé tuant son épouse à la suite d'une présumée agression verbale de la part de cette dernière — Accusé reconnu coupable d'homicide involontaire coupable et condamné à sept ans d'emprisonnement — L'accusé a-t-il droit à ce que l'une ou l'autre défense d'automatisme, ou les deux à la fois, soient soumises à l'appréciation du jury? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 2, 16.

Tribunaux — Production de documents — Privilège — Document de la défense mentionné lors des remarques préliminaires — Ordonnance de production du document au ministère public — La production a-t-elle été ordonnée à juste titre? — Une erreur judiciaire a-t-elle résulté de l'ordonnance de production?

Sentencing — Verdict — Jury instructed on murder and provocation — Accused convicted of manslaughter and sentenced to seven years' imprisonment — Whether provocation properly considered in reducing verdict of murder and as mitigating factor in determining sentence — Whether sentence fit and properly reflecting gravity of the offence and moral culpability of the accused — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 232, 687, 718.2.

The accused admitted stabbing his wife 47 times but claimed to have done it while in an automatic state brought on by nothing more than his wife's insulting words. The accused testified that he felt a "whoosh" sensation washing over him. When his eyes focussed again, he was staring straight ahead and felt something in his hand. He was holding a six-inch hunting knife. He looked over and saw his wife slumped over on the seat. He disposed of the body in his truck tool box, cleaned up, drove home, prepared a note for his step-daughter, and checked into a hotel. He then collected a debt, sold a car and flew to Mexico. While in Mexico, the accused awoke one morning to the sensation of having his throat cut. In trying to recall his dream, he remembered stabbing his wife twice in the chest before experiencing a "whooshing" sensation. He returned to Canada about six weeks later, spoke to a lawyer and surrendered himself to police. He was charged with murder.

In his defence, the accused claimed: insane automatism, non-insane automatism, lack of intent, and alternatively, provocation. The trial judge ruled that the defence had laid a proper evidentiary foundation for insane, but not non-insane, automatism. Accordingly, he instructed the jury on insane automatism, intention in relation to second degree murder and provocation. The accused was found guilty of manslaughter and sentenced to seven years' imprisonment.

In opening remarks at trial, counsel for the defence stated that the evidence which would be given by the defence psychiatrist would support the defence of automatism. The defence only made this expert's report available to the Crown after the latter successfully brought a motion for disclosure.

Détermination de la peine — Verdict — Jury recevant des directives sur le meurtre et la provocation — Accusé reconnu coupable d'homicide involontaire coupable et condamné à sept ans d'emprisonnement — La provocation est-elle dûment prise en compte pour réduire un verdict de meurtre et est-elle considérée à bon droit comme un facteur atténuant au moment de déterminer la peine? — La peine est-elle indiquée et reflète-t-elle correctement la gravité de l'infraction et la culpabilité morale de l'accusé? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 232, 687, 718.2.

L'accusé a admis avoir poignardé son épouse à 47 reprises, mais il a prétendu l'avoir fait alors qu'il se trouvait dans un état d'automatisme provoqué par les seules paroles injurieuses de celle-ci. L'accusé a témoigné qu'il avait eu la sensation «d'être emporté». Lorsqu'il a repris ses sens, il regardait droit devant lui et a senti quelque chose dans sa main. Il tenait un couteau de chasse de six pouces. Il a levé les yeux et a aperçu son épouse affaissée sur le siège. Il a placé le corps dans la boîte à outils de son camion, s'est lavé, s'est rendu chez lui, a rédigé un mot destiné à sa belle-fille et a loué une chambre d'hôtel. Ensuite, il a perçu une somme qui lui était due, vendu une auto et s'est envolé pour le Mexique. Pendant son séjour dans ce pays, l'accusé s'est réveillé un matin, en proie à la sensation qu'on lui tranchait la gorge. En essayant de se remémorer le rêve qu'il avait fait, il s'est souvenu avoir poignardé son épouse à la poitrine à deux reprises avant d'avoir la sensation «d'être emporté». Il est revenu au Canada environ six semaines plus tard, a parlé à un avocat et s'est livré à la police. Il a été accusé de meurtre.

Pour sa défense, l'accusé a invoqué l'automatisme avec aliénation mentale, l'automatisme sans aliénation mentale, l'absence d'intention et, subsidiairement, la provocation. Le juge du procès a décidé que la défense avait établi les fondements de la défense d'automatisme avec aliénation mentale, mais non ceux de la défense d'automatisme sans aliénation mentale. En conséquence, il a donné au jury des directives sur l'automatisme avec aliénation mentale, l'intention relative au meurtre au deuxième degré et la provocation. L'accusé a été reconnu coupable d'homicide involontaire coupable et condamné à sept ans d'emprisonnement.

Dans ses remarques préliminaires au procès, l'avocat de la défense a déclaré que le témoignage du psychiatre de la défense étayerait le moyen de défense fondé sur l'automatisme. La défense n'a mis ce rapport d'expert à la disposition du ministère public qu'après que ce dernier eut présenté avec succès une requête en communication.

The Court of Appeal upheld accused's conviction and dismissed the Crown's appeal of the sentence. Both the accused and the Crown appealed to this Court. At issue here were: (1) whether the "defence" of sane automatism should have been left to the jury; (2) whether the defence psychiatric report was properly ordered disclosed to the Crown; and (3)(a) whether the sentencing judge could consider provocation as a mitigating factor for manslaughter where the same provocation had already been considered in reducing the charge to manslaughter; and (b) whether the sentence was fit and properly reflected the gravity of the offence and the moral culpability of the offender.

Held (Lamer C.J. and Iacobucci, Major and Binnie JJ. dissenting on the appeal from conviction): The accused's appeal from conviction should be dismissed. The Crown's sentence appeal should also be dismissed.

(1) "*Defence*" of sane automatism

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin and Bastarache JJ.: Two forms of automatism are recognized at law. Non-insane automatism arises where involuntary action does not stem from a disease of the mind and entitles the accused to an acquittal. Insane automatism, on the other hand, arises only where involuntary action is found, at law, to result from a disease of the mind and is subsumed by the defence of mental disorder. A successful defence of insane automatism will trigger s. 16 of the *Criminal Code* and result in a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder.

The law presumes that people act voluntarily. Since a defence of automatism amounts to a claim that one's actions were not voluntary, the accused must establish a proper foundation for this defence before it can be left with the trier of fact. This is the equivalent of satisfying the evidentiary burden for automatism. Once the evidentiary foundation has been established, the trial judge must determine whether the condition alleged by the accused is mental disorder or non-mental disorder automatism.

La Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé et a rejeté l'appel interjeté par le ministère public relativement à la peine infligée. L'accusé et le ministère public se pourvoient tous les deux devant notre Cour. Il s'agit en l'espèce de décider 1) si la «défense» d'automatisme sans aliénation mentale aurait dû être soumise à l'appréciation du jury, 2) si la communication du rapport du psychiatre de la défense au ministère public a été ordonnée à juste titre, (3)a) si le juge qui a infligé la peine pouvait considérer la provocation comme un facteur atténuant relativement à l'homicide involontaire coupable, alors que cette même provocation avait déjà été prise en considération pour réduire l'accusation portée à une accusation d'homicide involontaire coupable, et b), si la peine était indiquée et reflétait correctement la gravité de l'infraction et la culpabilité morale de son auteur.

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges Iacobucci, Major et Binnie sont dissidents quant au pourvoi contre la déclaration de culpabilité): Le pourvoi de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité est rejeté. Le pourvoi du ministère public contre la peine infligée est également rejeté.

(1) La «*défense*» d'automatisme sans aliénation mentale

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Bastarache: Le droit reconnaît deux formes d'automatisme. L'automatisme sans aliénation mentale peut être invoqué dans le cas d'un acte involontaire qui n'est pas le fruit d'une maladie mentale, et il donne à l'accusé droit à l'acquiescement. Par ailleurs, l'automatisme avec aliénation mentale peut être invoqué dans le cas d'un acte involontaire qui, en droit, est jugé résulter d'une maladie mentale, et il est subsumé sous la défense des troubles mentaux. Lorsque la défense d'automatisme avec aliénation mentale est retenue, l'art. 16 du *Code criminel* s'applique et un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux est rendu.

Le droit présume que les gens agissent volontairement. Étant donné que la défense d'automatisme revient à prétendre qu'un acte n'était pas volontaire, l'accusé doit établir les fondements de ce moyen de défense pour qu'il puisse être soumis à l'appréciation du juge des faits. Cela revient à s'acquiescer de la charge de présentation applicable à l'automatisme. Une fois ces fondements établis, le juge du procès doit déterminer si l'état allégué par l'accusé constitue un automatisme avec ou sans troubles mentaux.

A two-step approach should therefore apply to all cases involving claims of automatism. First, the defence must establish a proper foundation for automatism. This burden is only met where the trial judge concludes that there is evidence upon which a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities. In all cases, this will require that the defence make an assertion of involuntariness and call confirming psychiatric evidence. Other relevant factors to be considered in determining whether this defence burden has been satisfied include: the severity of the triggering stimulus; corroborating evidence of bystanders; corroborating medical history of automatistic-like dissociative states; whether there is evidence of a motive for the crime; and whether the alleged trigger of the automatism is also the victim of the automatistic violence. No one factor is determinative. The trial judge must weigh all of the available evidence on a case-by-case basis. Placing this burden on the defence, while constituting a limitation of an accused's s. 11(d) Charter rights, is justified under s. 1.

Second, given the establishment of a proper foundation, the trial judge must determine whether the condition alleged by the accused is mental disorder or non-mental disorder automatism. The assessment of which form of automatism should be left with the trier of fact comes down to the question of whether or not the alleged condition is a mental disorder. Mental disorder is a legal term defined in the *Code* as "a disease of the mind". The question of what conditions are included in that term is a question of mixed law and fact because it involves an assessment of the particular evidence in the case rather than a general principle of law. Trial judges should start from the proposition that the condition is a disease of the mind and then determine whether the evidence in the particular case takes the condition out of the disease of the mind category.

There are two distinct approaches to the disease of the mind inquiry. Under the first, the internal cause theory, the trial judge must compare the accused's automatistic reaction to the way one would expect a normal person to react in order to determine whether the condition the accused claims to have suffered from is a disease of the mind. The trial judge must consider the nature of the alleged trigger of the automatism and determine whether

Il y a donc lieu d'appliquer une méthode en deux étapes dans toute affaire où l'automatisme est allégué. En premier lieu, la défense doit établir les fondements de l'automatisme. Elle ne se sera acquittée de cette charge que si le juge du procès conclut qu'il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. Dans tous les cas, la défense devra présenter une allévation de caractère involontaire, confirmée par le témoignage d'un psychiatre. Parmi les autres facteurs pertinents qui doivent être pris en considération pour déterminer si la défense s'est acquittée de cette charge, il y a l'intensité de l'élément déclencheur, le témoignage corroborant d'observateurs, les antécédents médicaux corroborants d'états de dissociation apparentés à l'automatisme, la question de savoir s'il y a preuve de l'existence d'un mobile du crime et celle de savoir si la personne qui aurait déclenché l'état d'automatisme est également la victime de la violence qui en a résulté. Aucun facteur n'est déterminant à lui seul. Le juge du procès doit soupeser toute la preuve disponible dans chaque affaire. L'imposition à la défense de cette charge de preuve est justifiée au sens de l'article premier, même si elle restreint les droits garantis à l'accusé par l'al. 11d) de la *Charte*.

En deuxième lieu, une fois que les fondements d'une défense d'automatisme ont été établis, le juge du procès doit décider si l'état allégué par l'accusé constitue de l'automatisme avec ou sans troubles mentaux. Décider de la forme d'automatisme qui devrait être soumise à l'appréciation du juge des faits revient à déterminer si l'état allégué correspond à des troubles mentaux. L'expression «troubles mentaux» est une expression juridique définie dans le *Code* comme étant une «maladie mentale». La question de savoir quels états sont englobés par cette expression est une question mixte de droit et de fait, car elle comporte une évaluation de la preuve soumise dans l'affaire en cause plutôt que celle d'un principe général de droit. Le juge du procès doit partir du principe que l'état allégué constitue une maladie mentale pour ensuite déterminer si la preuve soumise fait sortir cet état de la catégorie de la maladie mentale.

Il y a deux théories distinctes en matière d'examen de la question de la maladie mentale. Suivant la première théorie, celle de la cause interne, pour déterminer si l'état dans lequel l'accusé allègue avoir été constitué une maladie mentale, le juge du procès doit comparer la réaction automatique de l'accusé avec la réaction à laquelle on s'attendrait de la part d'une personne normale. Le juge du procès doit examiner la nature de

a normal person might have reacted to it by entering an automatistic state. This comparison is a contextual objective one. Evidence of an extremely shocking trigger will be required to establish that a normal person might have reacted to it by entering an automatistic state as the accused claims to have done.

The objective element of the internal cause theory does not violate ss. 7 (the fundamental principles of justice) and 11(d) (the right to be presumed innocent) of the *Charter*. The objective inquiry is applied to assess whether the condition claimed by the accused is a disease of the mind only after a subjective inquiry has been completed by the trial judge into whether there is evidence upon which a properly instructed jury could find, on a balance of probabilities, that the accused acted involuntarily. The objective standard affects only the classification of the defence rather than the assessment of whether the *actus reus* of the offence has been established. That is, the objective component does not affect the burden of proof on the issue of whether the accused voluntarily committed the offence. Moreover, the impact of the objective comparison is limited even with regard to the disease of the mind inquiry because the internal cause theory is only an analytical tool. Consideration of the subjective psychological make-up of the accused in the internal cause theory would frustrate the very purpose of making the comparison which is the determination of whether the accused was suffering from a disease of the mind in a legal sense.

The second approach, the continuing danger theory, holds that any condition which is likely to present a recurring danger to the public should be treated as a disease of the mind. While a continuing danger suggests a disease of the mind, a finding of no continuing danger does not preclude a finding of a disease of the mind. Trial judges may consider any of the evidence before them in order to assess the likelihood of recurrence of violence and in particular the psychiatric history of the accused and the likelihood that the trigger alleged to have caused the automatistic episode will recur.

The internal cause theory and the continuing danger theory should not be viewed as alternative or mutually exclusive approaches to the disease of the mind inquiry. Rather, a holistic approach should be adopted under which either or both of these approaches to the inquiry may be considered by trial judges. It is therefore more appropriate to refer to the internal cause factor and the

l'élément qui aurait déclenché l'automatisme et décider s'il était susceptible de plonger une personne normale dans un état d'automatisme. Cette comparaison est de nature contextuelle et objective. La preuve d'un élément déclencheur extrêmement traumatisant sera requise pour établir qu'une personne normale y aurait réagi en sombrant dans l'état d'automatisme allégué par l'accusé.

L'élément objectif de la théorie de la cause interne ne viole ni l'art. 7 (les principes de justice fondamentale) ni l'al. 11d) (le droit d'être présumé innocent) de la *Charte*. L'examen objectif de la question de savoir si l'état allégué par l'accusé est une maladie mentale n'est entrepris qu'après que le juge du procès a procédé à un examen subjectif de la question de savoir s'il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. La norme objective touche uniquement la classification du moyen de défense, et non pas l'analyse de la question de savoir si l'*actus reus* de l'infraction a été établi. Autrement dit, l'élément objectif ne modifie en rien la charge de preuve relative à la question de savoir si l'accusé a commis volontairement l'infraction. De plus, l'effet de la comparaison objective est limité, même en ce qui concerne l'examen de la question de la maladie mentale, car la théorie de la cause interne n'est qu'un instrument d'analyse. Prendre en considération la condition psychologique subjective de l'accusé dans le cadre de cette théorie irait à l'encontre de l'objet même de la comparaison, qui est de déterminer si l'accusé souffrait d'une maladie mentale au sens juridique.

Suivant la deuxième théorie, celle du risque subsistant, tout état comportant vraisemblablement la récurrence d'un danger pour le public devrait être considéré comme une maladie mentale. Même si un risque subsistant est un indice de maladie mentale, la conclusion à l'absence de risque subsistant n'empêche pas de conclure à l'existence d'une maladie mentale. Le juge du procès peut prendre en considération tout élément de preuve dont il est saisi pour évaluer la probabilité de récurrence de la violence, notamment les antécédents psychiatriques de l'accusé et la probabilité que l'élément qui aurait déclenché l'épisode d'automatisme se présente de nouveau.

Les théories de la cause interne et du risque subsistant ne devraient pas être considérées comme des façons subsidiaires ou mutuellement exclusives d'aborder l'examen de la question de la maladie mentale. Au contraire, il y a lieu d'adopter une méthode globale en vertu de laquelle le juge du procès peut tenir compte de l'une ou l'autre façon d'aborder cet examen, ou des deux à la

continuing danger factor. In addition to these two factors, policy factors may also be considered in determining whether the condition the accused claims to have suffered from is a disease of the mind.

If the trial judge concludes that the condition the accused claims to have suffered from is not a disease of the mind, only the defence of non-mental disorder automatism will be left with the trier of fact as the trial judge will have already found that there is evidence upon which a properly instructed jury could find, on a balance of probabilities, that the accused acted involuntarily. The question for the trier of fact will then be whether the defence has proven, on a balance of probabilities, that the accused acted involuntarily. A positive answer to this question by the trier of fact will result in an absolute acquittal. On the other hand, if the trial judge concludes that the alleged condition is a disease of the mind, only mental disorder automatism will be left with the trier of fact. The case will then proceed like any other s. 16 case, leaving for the trier of fact the question of whether the defence has proven, on a balance of probabilities, that the accused suffered from a mental disorder which rendered him or her incapable of appreciating the nature and quality of the act in question. The determination of this issue by the trier of fact will absorb the question of whether the accused in fact acted involuntarily.

No substantial wrong or miscarriage of justice occurred here.

Per Lamer C.J. and Iacobucci, Major and Binnie JJ. (dissenting): The defence of non-mental disorder automatism should not have been taken away from the jury in light of the trial judge's evidentiary ruling that there was evidence the accused was unconscious throughout the commission of the offence. The correctness of the ruling was affirmed by the British Columbia Court of Appeal.

Automatism is conceptually a sub-set of the voluntariness requirement, which in turn is part of the *actus reus*, and accordingly puts in issue the Crown's ability to prove all of the elements of the offence beyond a reasonable doubt. While sane individuals are presumed to be responsible for their voluntary acts or omissions, no such inference of voluntariness can be drawn if the accused leads credible evidence, supported by expert

fois. Il est donc plus approprié de parler du facteur de la cause interne et du facteur du risque subsistant. Outre ces deux facteurs, des facteurs d'ordre public peuvent également être considérés pour déterminer si l'état dans lequel l'accusé allègue avoir été est une maladie mentale.

Si le juge du procès conclut que l'état dans lequel l'accusé allègue avoir été n'est pas une maladie mentale, seule la défense d'automatisme sans troubles mentaux pourra être soumise à l'appréciation du juge des faits, car le juge du procès aura déjà conclu qu'il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. Il appartient alors au juge des faits de décider si la défense a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. Une réponse affirmative à cette question entraînera l'acquiescement pur et simple. Par contre, si le juge du procès conclut que l'état allégué est une maladie mentale, seule la défense d'automatisme avec troubles mentaux sera soumise à l'appréciation du juge des faits. L'affaire sera dès lors instruite comme toute autre cause comportant l'application de l'art. 16, et il appartiendra au juge des faits de trancher la question de savoir si la défense a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé était atteint de troubles mentaux qui le rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte reproché. En tranchant cette question, le juge des faits se prononcera par la même occasion sur la question de savoir si l'accusé a effectivement agi involontairement.

Aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne se sont produits en l'espèce.

Le juge en chef Lamer et les juges Iacobucci, Major et Binnie (dissidents): La défense d'automatisme sans troubles mentaux n'aurait pas dû être soustraite à l'appréciation du jury, compte tenu de la décision du juge du procès relative à la preuve, selon laquelle il était établi que l'accusé était inconscient tout au long de la perpétration de l'infraction. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé l'exactitude de cette décision.

L'automatisme forme essentiellement une composante de l'exigence concernant la volonté, qui fait elle-même partie de l'*actus reus*, et il met donc en cause la capacité du ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable tous les éléments de l'infraction. Bien que les personnes saines d'esprit soient présumées être responsables de leurs actes ou omissions volontaires, il n'est pas possible de faire une telle déduction de

testimony, that he was unconscious throughout the commission of the offence. A judge-made classification of situations into mental disorder automatism and non-mental disorder automatism cannot relieve the Crown of the obligation to prove all elements of the offence, including voluntariness. Otherwise there would be strong objections under s. 7 (fundamental principles of justice) and s. 11(d) (presumption of innocence) of the *Charter*, and no attempt was made in this case to provide a s. 1 justification. Similar *Charter* objections apply to any attempt to add to the evidential burden on the accused the further persuasive or legal burden to establish automatism on a balance of probabilities.

The law on automatism is correctly concerned with public safety. The risk of recurrence is legitimately part of the “policy component” of the legal analysis of “disease of the mind”. In the present case, neither psychiatrist considered recurrence a significant possibility.

The mental disorder provisions of the *Criminal Code* were not appropriate to resolve the automatism issue here. It was wrong of the courts to require the accused to substitute for his chosen defence of involuntariness the conceptually quite different plea of insanity. Both Crown and defence psychiatrists agreed that the accused did not suffer from a medically defined disease of the mind. He was either unconscious at the time of the killing or he was not telling the truth at the time of the trial. This was a question for the jury. The statutory inquiry into whether he was “suffering from a mental disorder” that rendered him “incapable of appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong” are qualitative questions that are not really responsive to his allegation that he was not conscious of having acted at all. While s. 16 of the *Code* may provide an appropriate structure to resolve cases of medical “diseases of the mind”, it may not be responsive to the real issues where the “disease of the mind” derives from legal classification, rather than medical classification. If the jury was satisfied that the s. 16 requirements were met, that would end the matter: the accused would have been found not criminally responsible on account of mental disorder (NCRMD). He or she would not be permitted to ignore NCRMD status and seek a full acquittal on the basis of involuntariness. However, if the jury rejects NCRMD status, it should still be left with the elementary instruction that the accused is entitled to an

caractère volontaire si l'accusé soumet une preuve crédible, étayée par un témoignage d'expert, qu'il était inconscient tout au long de la perpétration de l'infraction. La classification jurisprudentielle des situations dans les catégories de l'automatisme avec troubles mentaux et de l'automatisme sans troubles mentaux ne saurait dégager le ministère public de l'obligation de prouver tous les éléments de l'infraction, y compris le caractère volontaire. Le contraire susciterait de fortes objections fondées sur l'art. 7 (principes de justice fondamentale) et l'al. 11d) (présomption d'innocence) de la *Charte*, et il n'y a eu, en l'espèce, aucune tentative de fournir une justification au sens de l'article premier. Des objections similaires fondées sur la *Charte* s'appliquent à toute tentative d'ajouter à la charge de présentation qui incombe à l'accusé la charge de persuasion, ou charge ultime, consistant à établir l'automatisme selon la prépondérance des probabilités.

Le droit en matière d'automatisme se soucie à juste titre de la sécurité du public. Le risque de récurrence fait légitimement partie de l'«élément d'ordre public» de l'analyse juridique de la «maladie mentale». En l'espèce, ni l'un ni l'autre psychiatre n'a considéré que la récurrence représentait un risque important.

Les dispositions du *Code criminel* relatives aux troubles mentaux ne permettaient pas de régler la question de l'automatisme en l'espèce. Les tribunaux ont eu tort d'obliger l'accusé à substituer à la défense du caractère involontaire qu'il avait choisie la défense d'aliénation mentale qui est tout à fait différente sur le plan conceptuel. Le psychiatre du ministère public et celui de la défense s'entendaient pour dire que l'accusé ne souffrait pas d'une maladie mentale au sens médical. Ou bien il était inconscient au moment de l'homicide, ou bien il ne disait pas la vérité au procès. C'est une question qu'il appartenait au jury de trancher. L'examen, prévu par la loi, de la question de savoir s'il était «attein[t] de troubles mentaux» qui le rendaient «incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais» est de nature qualitative et ne règle pas vraiment son allégation qu'il n'était même pas conscient d'avoir agi. Même si l'art. 16 du *Code* peut établir un régime approprié pour résoudre les cas où il est question de «maladies mentales» au sens médical, il ne répond peut-être pas aux véritables questions qui se posent dans les cas où la désignation de «maladie mentale» est juridique plutôt que médicale. Si le jury était convaincu que les exigences de l'art. 16 ont été respectées, la question serait réglée: l'accusé serait jugé non responsable criminelle-ment pour cause de troubles mentaux. Il ne pourrait pas faire abstraction de sa non-responsabilité criminelle

acquittal if the Crown fails to establish beyond a reasonable doubt all of the elements of the offence, including voluntariness.

The evidence established that there are states of automatism where perfectly sane people lose conscious control over their actions. Once the trial judge exercised his gatekeeper function to screen frivolous or feigned claims, it was for the jury to make up its mind on the credibility of the plea of automatism. This jurisdiction should not be removed by “judicially created policy”. It is to be expected that the jury will subject the evidence of involuntariness to appropriate scrutiny. There was discussion in *Rabey v. The Queen* about the need to maintain the credibility of the justice system. The jury is as well placed as anyone in the justice system to uphold its credibility. The bottom line is, after all, that the task of weighing the credibility of such defences was confined by Parliament to the jury. The Court should respect the allocation of that responsibility.

(2) *Disclosure*

Per the Court: The defence waived the privilege in its psychiatrist’s report at the opening of its case when counsel disclosed the elements in that report favourable to his client. In any event, if disclosure was premature, the accused suffered no prejudice. A witness, once on the stand, is no longer offering private advice to a party but rather is offering an opinion for the assistance of the court. The opposing party must be given access to the foundation of such opinions to test them adequately. Thus, even if the defence counsel’s opening address had been insufficient to constitute a waiver, s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* would properly be applied to cure the error.

(3) *Sentence Appeal*

Per the Court: The sentencing judge must consider all of the circumstances of the offence, including whether it involved provocation. An accused does not gain a “double benefit” if provocation is considered in reducing a verdict from murder to manslaughter under s. 232 of the *Code*. Rather, s. 232 provides an accused with a

pour cause de troubles mentaux et demander l’acquittement complet pour cause d’absence de caractère volontaire. Cependant, si le jury rejetait la non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, il devrait tout de même disposer de la directive élémentaire selon laquelle l’accusé a droit à l’acquittement si le ministère public n’établit pas hors de tout doute raisonnable tous les éléments de l’infraction, y compris le caractère volontaire.

La preuve établissait qu’il existe des états d’automatisme dans lesquels des personnes parfaitement saines d’esprit perdent la maîtrise consciente de leurs actes. Une fois que le juge eut exercé sa fonction de gardien pour déceler les allégations futiles ou simulées, il appartenait au jury de se faire une opinion sur la crédibilité de la défense d’automatisme. Cette compétence ne devrait pas être retirée par une «politique élaborée par les tribunaux». Il faut s’attendre à ce que le jury examine de façon appropriée la preuve du caractère involontaire. Dans *Rabey c. La Reine*, il a été question de la nécessité de maintenir la crédibilité du système judiciaire. Le jury est aussi bien placé que quiconque dans ce système pour en maintenir la crédibilité. Après tout, il reste que c’est au jury que le législateur a confié la tâche d’évaluer la crédibilité de tels moyens de défense. Notre Cour devrait respecter cette attribution de responsabilité.

(2) *La communication*

La Cour: La défense a renoncé au privilège rattaché au rapport du psychiatre, à l’ouverture de sa preuve, lorsque l’avocat a divulgué les éléments du rapport qui étaient favorables à son client. De toute manière, même si la communication avait été prématurée, l’accusé n’aurait subi aucun préjudice. Dès qu’un témoin se présente à la barre, il donne non plus des conseils confidentiels à une partie, mais plutôt une opinion pour assister le tribunal. La partie adverse doit avoir accès aux fondements de ces opinions pour en vérifier adéquatement l’exactitude. Donc, même si l’exposé initial de l’avocat de la défense avait été insuffisant pour constituer une renonciation, le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* permettrait de réparer l’erreur commise.

(3) *Le pourvoi contre la peine infligée*

La Cour: Le juge qui inflige la peine doit tenir compte de toutes les circonstances de l’infraction, y compris la question de savoir s’il y a eu provocation. Un accusé ne bénéficie pas d’un «double avantage» si la provocation est prise en considération pour réduire un verdict de meurtre à un verdict d’homicide involontaire coupable en vertu de l’art. 232 du *Code*. Cet article accorde plutôt à l’accusé un seul avantage et, pour

single benefit and to give it full effect, provocation must be considered in sentencing as well.

The judiciary must bring the law into harmony with prevailing social values. A spousal connection between offender and victim is recognized as an aggravating factor in sentencing under s. 718.2(a)(ii) and under the common law. Here, the Crown failed to establish that the sentencing judge did not properly consider the domestic nature of this offence in reaching his decision on sentence.

Appellate courts, in minimizing disparity of sentences in cases involving similar offences and similar offenders, may fix ranges for particular categories of offences as guidelines for lower courts provided they clearly describe the category created and the logic behind the range appropriate to it. They must not, however, interfere with sentencing judges' duty to consider all relevant circumstances in sentencing.

Variation of sentence should only be made if an appellate court is convinced that a sentence is "not fit" or "clearly unreasonable", provided the trial judge has not erred in principle, failed to consider a relevant factor or overemphasized the appropriate factors. This was not the case here.

Cases Cited

By Bastarache J.

Applied: *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; **considered:** *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513, aff'g (1977), 17 O.R. (2d) 1; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; **referred to:** *R. v. MacLeod* (1980), 52 C.C.C. (2d) 193; *R. v. Archibald* (1992), 15 B.C.A.C. 301; *R. v. Eklund*, [1985] B.C.J. No. 2415 (QL); *R. v. Peruta* (1992), 78 C.C.C. (3d) 350, sub nom. *Brouillette c. R.*, [1992] R.J.Q. 2776; *Hodgkinson v. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. K.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 84; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *R. v. Falconer* (1990), 50 A. Crim. R. 244; *R. v. Cottle*, [1958] N.Z.L.R. 999; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5; *R. v. Szymusiak*, [1972] 3 O.R. 602; *Hill v. Baxter*, [1958] 1 Q.B. 277; *State v. Caddell*, 215 S.E.2d 348 (1975); *Fulcher v. State*, 633 P.2d 142 (1981); *Polston v. State*, 685 P.2d 1 (1984); *State v. Fields*, 376

l'appliquer pleinement, il faut aussi tenir compte de la provocation pour fixer la peine.

La magistrature doit harmoniser le droit aux valeurs sociales contemporaines. Le lien conjugal entre le contrevenant et la victime est reconnu comme étant un facteur aggravant en matière de détermination de la peine en vertu du sous-al. 718.2a)(ii) et de la common law. En l'espèce, le ministère public n'a pas établi que le juge du procès a omis de prendre dûment en considération le caractère familial de l'infraction en décidant de la peine.

Pour réduire au minimum la disparité des peines infligées à des contrevenants similaires pour des infractions similaires, les cours d'appel peuvent établir des échelles de peines relatives à certaines catégories d'infractions, en vue de guider les tribunaux d'instance inférieure, pourvu qu'elles décrivent clairement la catégorie créée et la logique sous-jacente à l'échelle qui lui est propre. Elles ne doivent toutefois pas modifier l'obligation qu'ont les juges de prendre en considération toutes les circonstances pertinentes en infligeant la peine.

Il n'y a lieu de modifier la peine que si la cour d'appel est convaincue qu'elle n'est «pas indiquée» ou qu'elle est «nettement déraisonnable», pourvu que le juge du procès n'ait commis aucune erreur de principe et qu'il n'ait pas omis de prendre en considération un facteur pertinent ni trop insisté sur les facteurs appropriés. Ce n'était pas le cas en l'espèce.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêt appliqué: *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; **arrêts examinés:** *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, conf. (1977), 17 O.R. (2d) 1; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; **arrêts mentionnés:** *R. c. MacLeod* (1980), 52 C.C.C. (2d) 193; *R. c. Archibald* (1992), 15 B.C.A.C. 301; *R. c. Eklund*, [1985] B.C.J. No. 2415 (QL); *Brouillette c. R.*, [1992] R.J.Q. 2776; *Hodgkinson c. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. K.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 84; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *R. c. Falconer* (1990), 50 A. Crim. R. 244; *R. c. Cottle*, [1958] N.Z.L.R. 999; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5; *R. c. Szymusiak*, [1972] 3 O.R. 602; *Hill c. Baxter*, [1958] 1 Q.B. 277; *State c. Caddell*, 215 S.E.2d 348 (1975); *Fulcher c. State*, 633 P.2d 142 (1981); *Polston c. State*, 685 P.2d 1 (1984); *State c. Fields*, 376 S.E.2d 740 (1989); *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *General*

S.E.2d 740 (1989); *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *General Electric Co. v. Joiner*, 118 S.Ct. 512 (1997); *R. v. Cameron* (1992), 71 C.C.C. (3d) 272; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; *R. v. Laberge* (1995), 165 A.R. 375; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Campbell* (1991), 70 Man. R. (2d) 158; *R. v. Woermann* (1992), 81 Man. R. (2d) 255; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *R. v. Doyle* (1991), 108 N.S.R. (2d) 1; *R. v. Brown* (1992), 13 C.R. (4th) 346; *R. v. Pitkeathly* (1994), 29 C.R. (4th) 182; *R. v. Jackson* (1996), 106 C.C.C. (3d) 557; *R. v. Edwards* (1996), 28 O.R. (3d) 54.

By Binnie J. (dissenting)

Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland, [1963] A.C. 386; *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513, aff'g (1977), 17 O.R. (2d) 1; *R. v. MacLeod* (1980), 52 C.C.C. (2d) 193; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871; *R. v. Peruta* (1992), 78 C.C.C. (3d) 350, sub nom. *Brouillette c. R.*, [1992] R.J.Q. 2776; *Hodgkinson v. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129; *R. v. Szymusiak*, [1972] 3 O.R. 602; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. K.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 84; *R. v. Falconer* (1990), 50 A. Crim. R. 244; *R. v. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *R. v. Cameron* (1992), 71 C.C.C. (3d) 272; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *Linney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 646; *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Malott*, [1998] 1 S.C.R. 123; *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *State v. Hinkle*, 489 S.E.2d 257 (1996); *Hawkins v. The Queen* (1994), 72 A. Crim. R. 288; *R. v. Cottle*, [1958] N.Z.L.R. 999; *Police v. Bannin*, [1991] 2 N.Z.L.R. 237; *R. v. Quick*, [1973] 3 All E.R. 347; *R. v. Hennessy* (1989), 89 Cr. App. R. 10; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *Hill v. Baxter*, [1958] 1 Q.B. 277; *R. v. Burgess*, [1991] 2 All E.R. 769; *R. v. Kemp*, [1956] 3 All E.R. 249; *R. v. Sullivan*, [1984] A.C. 156; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d), (f).

Electric Co. c. Joiner, 118 S.Ct. 512 (1997); *R. c. Cameron* (1992), 71 C.C.C. (3d) 272; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *R. c. Laberge* (1995), 165 A.R. 375; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Campbell* (1991), 70 Man. R. (2d) 158; *R. c. Woermann* (1992), 81 Man. R. (2d) 255; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *R. c. Doyle* (1991), 108 N.S.R. (2d) 1; *R. c. Brown* (1992), 13 C.R. (4th) 346; *R. c. Pitkeathly* (1994), 29 C.R. (4th) 182; *R. c. Jackson* (1996), 106 C.C.C. (3d) 557; *R. c. Edwards* (1996), 28 O.R. (3d) 54.

Citée par le juge Binnie (dissident)

Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland, [1963] A.C. 386; *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, conf. (1977), 17 O.R. (2d) 1; *R. c. MacLeod* (1980), 52 C.C.C. (2d) 193; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871; *Brouillette c. R.*, [1992] R.J.Q. 2776; *Hodgkinson c. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129; *R. c. Szymusiak*, [1972] 3 O.R. 602; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. K.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 84; *R. c. Falconer* (1990), 50 A. Crim. R. 244; *R. c. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *R. c. Cameron* (1992), 71 C.C.C. (3d) 272; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *Linney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 646; *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Malott*, [1998] 1 R.C.S. 123; *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *State c. Hinkle*, 489 S.E.2d 257 (1996); *Hawkins c. The Queen* (1994), 72 A. Crim. R. 288; *R. c. Cottle*, [1958] N.Z.L.R. 999; *Police c. Bannin*, [1991] 2 N.Z.L.R. 237; *R. c. Quick*, [1973] 3 All E.R. 347; *R. c. Hennessy* (1989), 89 Cr. App. R. 10; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *Hill c. Baxter*, [1958] 1 Q.B. 277; *R. c. Burgess*, [1991] 2 All E.R. 769; *R. c. Kemp*, [1956] 3 All E.R. 249; *R. c. Sullivan*, [1984] A.C. 156; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d), f).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 2 (“mental disorder”) [ad. 1991, c. 43, s. 1], 16 [rep. *ibid.*, s. 2], 232, 235, 236, Part XX.1, 672.34 [ad. 1991, c. 43, s. 4], 672.54 [ad. *idem*], 686(1)(b)(iii), 687(1), 718.2 [ad. 1995, c. 22, s. 6], (a) [ad. *idem*], (ii) [am. 1997, c. 23, s. 17].

Authors Cited

- Campbell, Kenneth L. “Psychological Blow Automatism: A Narrow Defence” (1980-81), 23 *Crim. L.Q.* 342.
- Canada. Department of Justice. *Proposals to amend the Criminal Code (general principles)*. Ottawa: Department of Justice Canada, 1993.
- Canadian Psychiatric Association. Brief to the House of Commons Standing Committee on Justice and the Solicitor General. RE: Proposed Revisions for Automatism as Contained in the Draft, “Toward a New General Part for the Criminal Code of Canada”. Prepared by Drs. Maralyn MacKay and Nizar Ladha. Ottawa: 1992.
- Grant, Isabel, Dorothy Chunn and Christine Boyle. *The Law of Homicide*, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 (updated 1998, release 1).
- Grant, Isabel and Laura Spitz. Case Comment on *R. v. Parks* (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 224.
- Halsbury’s Laws of England*, vol. 11(1), 4th ed. (reissue). London: Butterworths, 1990.
- Holland, Winnifred H. “Automatism and Criminal Responsibility” (1982-83), 25 *Crim. L.Q.* 95.
- LaFave, Wayne R. and Austin W. Scott. *Substantive Criminal Law*, vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
- Tollefson, Edwin A. and Bernard Starkman. *Mental Disorder in Criminal Proceedings*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens, 1983.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 86 B.C.A.C. 169, 142 W.A.C. 169, 113 C.C.C. (3d) 158, 6 C.R. (5th) 367, [1997] B.C.J. No. 179 (QL), dismissing the accused’s appeal from his conviction of manslaughter by Brenner J. Appeal dismissed,

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 2 («troubles mentaux») [aj. 1991, ch. 43, art. 1], 16 [abr. *ibid.*, art. 2], 232, 235, 236, partie XX.1, 672.34 [aj. 1991, ch. 43, art. 4], 672.54 [aj. *idem*], 686(1)(b)(iii), 687(1), 718.2 [aj. 1995, ch. 22, art. 6], a) [aj. *idem*], (ii) [mod. 1997, ch. 23, art. 17].

Doctrine citée

- Campbell, Kenneth L. «Psychological Blow Automatism: A Narrow Defence» (1980-81), 23 *Crim. L.Q.* 342.
- Canada. Ministère de la Justice. *Proposition de modification du Code criminel (principes généraux)*. Ottawa: Ministère de la Justice Canada, 1993.
- Canadian Psychiatric Association. Brief to the House of Commons Standing Committee on Justice and the Solicitor General. RE: Proposed Revisions for Automatism as Contained in the Draft, «Toward a New General Part for the Criminal Code of Canada». Prepared by Drs. Maralyn MacKay and Nizar Ladha. Ottawa: 1992.
- Grant, Isabel, Dorothy Chunn and Christine Boyle. *The Law of Homicide*, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 (updated 1998, release 1).
- Grant, Isabel and Laura Spitz. Case Comment on *R. v. Parks* (1993), 72 *R. du B. can.* 224.
- Halsbury’s Laws of England*, vol. 11(1), 4th ed. (reissue). London: Butterworths, 1990.
- Holland, Winnifred H. «Automatism and Criminal Responsibility» (1982-83), 25 *Crim. L.Q.* 95.
- LaFave, Wayne R. and Austin W. Scott. *Substantive Criminal Law*, vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
- Tollefson, Edwin A. and Bernard Starkman. *Mental Disorder in Criminal Proceedings*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (1997), 86 B.C.A.C. 169, 142 W.A.C. 169, 113 C.C.C. (3d) 158, 6 C.R. (5th) 367, [1997] B.C.J. No. 179 (QL), qui a rejeté l’appel de l’accusé contre sa déclaration de culpabilité d’homicide involontaire coupable prononcée par le

Lamer C.J. and Iacobucci, Major and Binnie JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 89 B.C.A.C. 139, 145 W.A.C. 139, [1997] B.C.J. No. 694 (QL), dismissing the Crown's appeal from the sentence imposed on the accused by Brenner J. Appeal dismissed.

David G. Butcher and Derek A. Brindle, for Bert Thomas Stone.

Gil D. McKinnon, Q.C., Ujjal Dosanjh, Q.C., and *Marion Paruk*, for Her Majesty the Queen.

Graham Garton, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Gary T. Trotter, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Written submissions only by *Jack Watson, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The reasons of Lamer C.J. and Iacobucci, Major and Binnie JJ. were delivered by

BINNIE J. (dissenting us to appeal from conviction) — A fundamental principle of the criminal law is that no act can be a criminal offence unless it is performed or omitted voluntarily. In this case the appellant acknowledges that he killed his wife. He stabbed her 47 times with his knife in a frenzy. His defence was that he lost consciousness when his mind snapped under the weight of verbal abuse which the defence psychiatrist characterized as “exceptionally cruel” and “psychologically sadistic”. The trial judge ruled in favour of the appellant that “there is evidence of unconsciousness throughout the commission of the crime”, and the British Columbia Court of Appeal agreed ((1997), 86 B.C.A.C. 169, at p. 173) that “a properly

juge Brenner. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges Iacobucci, Major et Binnie sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 89 B.C.A.C. 139, 145 W.A.C. 139, [1997] B.C.J. No. 694 (QL), qui a rejeté l'appel du ministère public contre la peine infligée à l'accusé par le juge Brenner. Pourvoi rejeté.

David G. Butcher et Derek A. Brindle, pour Bert Thomas Stone.

Gil D. McKinnon, c.r., Ujjal Dosanjh, c.r., et *Marion Paruk*, pour Sa Majesté la Reine.

Graham Garton, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Gary T. Trotter, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Jack Watson, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Iacobucci, Major et Binnie rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident quant au pourvoi contre la déclaration de culpabilité) — Le principe voulant qu'une action ou une omission ne puisse constituer une infraction criminelle que si elle est volontaire est un principe fondamental du droit criminel. En l'espèce, l'appelant reconnaît avoir tué son épouse. Il l'a poignardée de manière particulièrement violente à 47 reprises. Il a fait valoir comme moyen de défense qu'il avait eu une perte de conscience provoquée subitement par une violence verbale que le psychiatre de la défense a qualifiée de [TRADUCTION] «exceptionnellement cruelle» et de «psychologiquement sadique». Le juge du procès a décidé, en faveur de l'appelant, que [TRADUCTION] «il est établi [. . .] qu'il y a eu perte de conscience tout au long de la perpétration du crime», et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a convenu ((1997), 86 B.C.A.C. 169, à

instructed jury, acting reasonably, could find some form of automatism”.

2 The appellant had elected trial by jury. He says he was entitled to have the issue of voluntariness, thus properly raised, determined by the jury. He says that there was no proper legal basis for the courts in British Columbia to deprive him of the benefit of an evidentiary ruling which put in issue the Crown’s ability to prove the *actus reus* of the offence.

3 The trial judge ruled that the evidence of involuntariness was only relevant (if at all) to a defence of not criminally responsible by reason of mental disorder (NCRMD). This was upheld by the Court of Appeal. When it is appreciated that all of the experts agreed the appellant did not suffer from any condition that medicine would classify as a disease of the mind, it is perhaps not surprising that the jury found the accused to be sane. He was convicted of manslaughter. The contention of the appellant that the act of killing, while not the product of a mentally disordered mind, was nevertheless involuntary, was never put to the jury.

4 The appellant argues that the judicial reasoning that effectively took the issue of voluntariness away from the jury violates the presumption of his innocence and his entitlement to the benefit of a jury trial guaranteed by s. 11(d) and (f) and is not saved by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

5 The appellant also objects to the compelled disclosure of his psychiatrist’s expert report to the Crown contrary, he says, to his claim of privilege. His argument is that the result of such disclosure was to conscript against him his own description of events to the defence psychiatrist, thereby violating his right to remain silent.

la p. 173) que [TRADUCTION] «un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement pourrait constater une certaine forme d’automatisme».

L’appelant a choisi de subir son procès devant un jury. Il affirme qu’il avait droit à ce que la question du caractère volontaire, ainsi soulevée à juste titre, soit tranchée par le jury. Selon lui, les tribunaux de la Colombie-Britannique n’étaient nullement justifiés, en droit, de l’empêcher de bénéficier d’une décision en matière de preuve qui mettait en doute la capacité du ministère public d’établir l’*actus reus* de l’infraction reprochée.

Le juge du procès a décidé que la preuve du caractère involontaire n’était pertinente (si tant est qu’elle le fût) que relativement à une défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux (NRCTM). Cette décision a été maintenue par la Cour d’appel. Quand on constate que tous les experts ont convenu que l’appelant ne souffrait d’aucune affection pouvant être médicalement considérée comme une maladie mentale, il n’est peut-être pas étonnant que le jury l’ait jugé sain d’esprit. Il a été déclaré coupable d’homicide involontaire coupable. Le jury n’a jamais été saisi de l’argument de l’appelant selon lequel son geste meurtrier, même s’il n’était pas le fruit d’un esprit troublé, n’en était pas moins involontaire.

L’appelant soutient que le raisonnement des tribunaux qui a eu pour effet de soustraire à l’appréciation du jury la question du caractère volontaire viole la présomption d’innocence et le droit de bénéficier d’un procès avec jury, que lui garantissent les al. 11(d) et f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et qu’il n’est pas sauvegardé par l’article premier de cette dernière.

L’appelant s’oppose également à la communication forcée au ministère public du rapport d’expert de son psychiatre, qui, selon lui, serait contraire à sa revendication de privilège. Il fait valoir que cette communication a eu pour résultat de tourner contre lui la description des faits qu’il a lui-même donnée au psychiatre de la défense, et a ainsi porté atteinte à son droit de garder le silence.

In my view, it follows from the concurrent findings in the courts below (that the appellant successfully put in issue his consciousness at the time of the offence) that he was entitled to the jury's verdict on whether or not his conduct, though sane, was involuntary. That issue having been withdrawn from the jury, and the Crown thereby having been relieved of the one real challenge to its proof, the appellant is entitled to a new trial.

I. Facts

I do not propose to repeat Justice Bastarache's summary of the facts except where necessary to explain our divergence in the result.

The prelude to the knife attack was a day-long drive from the Okanagan Valley to Vancouver, during which, according to the appellant, his wife created an explosive situation by her aggressive verbal attacks. The appellant had planned to take his sons out to dinner and a movie, but abandoned these plans because of his wife's objection. The appellant instead visited briefly with his sons. His wife waited in the truck. According to the appellant, his wife accelerated her attack on him upon his return to the driver's seat. She taunted him that his former wife had been "fucking all my friends" (while the two had been married) and that "[my sons] weren't my kids at all". As the verbal abuse continued, he said, "I can see she's losing it", so he pulled into a vacant lot and "she's still yelling at me that I'm nothing but a piece of shit". His wife then allegedly said she had told the police that he had been abusing her and that they were about to arrest him, and threatened to get a court order to force him out of their home leaving her in the house, collecting alimony and child support. He says she told him that she felt sick every time he touched her, that he was a "lousy fuck" with a small penis, and that she would never have sex with him again. As stated, a psychological report filed by the defence at trial characterized the comments attributed to Mrs. Stone as "exceptionally

À mon avis, il s'ensuit des conclusions concordantes des tribunaux d'instance inférieure (selon lesquelles l'appelant a réussi à mettre en doute qu'il était conscient au moment de l'infraction) qu'il avait droit au verdict du jury quant à savoir si son comportement, quoique sensé, était involontaire. Étant donné que cette question n'a pas été soumise à l'appréciation du jury et que le ministère public a ainsi échappé à la seule véritable contestation de sa preuve, l'appelant a droit à un nouveau procès.

I. Les faits

Je ne compte reprendre le résumé des faits du juge Bastarache que là où ce sera nécessaire pour expliquer notre divergence quant au résultat.

L'agression à coups de couteau a été précédée d'un trajet d'une journée en voiture, depuis la vallée de l'Okanagan jusqu'à Vancouver, pendant lequel la violence verbale de l'épouse de l'appelant a, d'après celui-ci, créé une situation explosive. L'appelant avait prévu emmener ses fils au restaurant et au cinéma, mais il a abandonné cette idée parce que son épouse s'y opposait. Il a plutôt rendu une brève visite à ses fils, pendant que son épouse l'attendait dans le camion. Selon lui, cette dernière a accentué ses attaques lorsqu'il a repris place derrière le volant. Elle lui a lancé sarcastiquement que son ex-épouse avait [TRADUCTION] «couché avec tous mes amis» (pendant leur mariage) et que «[mes fils] n'étaient pas de moi». Au fur et à mesure que la violence verbale se poursuivait, a-t-il dit, [TRADUCTION] «je pouvais voir qu'elle perdait la boule», et il s'est alors garé dans un terrain vague, et «elle continuait de me crier que je n'étais rien d'autre qu'un tas de merde». Son épouse lui aurait alors appris qu'elle avait déclaré à la police qu'il la maltraitait et qu'il était sur le point d'être arrêté, et elle l'aurait menacé d'aller chercher une ordonnance judiciaire en vue de le faire expulser du domicile conjugal, de garder la maison et d'obtenir une pension alimentaire pour elle et pour ses enfants. Elle lui aurait dit qu'il la dégoûtait chaque fois qu'il la touchait, qu'il était [TRADUCTION] «nul au lit» avec son petit pénis et qu'elle ne coucherait plus jamais avec lui. Comme nous l'avons vu, dans le rapport psychologique

6

7

8

cruel, psychologically sadistic, and profoundly rejecting”.

déposé par la défense au procès, les propos attribués à M^{me} Stone étaient qualifiés [TRADUCTION] «d’extrêmement cruel[s], de psychologiquement sadique[s] et comme exprimant un rejet profond».

9 The appellant finally pulled off the highway in Burnaby to a vacant lot and described sitting in the truck with his head down, listening to his wife, and thinking that he and his boys did not deserve to be treated this way and “it’s just kind of fading away”. From there, he said, he remembered only a “whooshing” sensation washing over him, from his feet to his head. According to his account, when subsequently his eyes focussed, he was staring straight ahead and felt something in his hand. He looked down and saw his wife slumped over on the seat. He was holding the hunting knife that he kept stored in the truck. His wife was dead, having been stabbed 47 times. The appellant says that, at that time, he had no memory of stabbing his wife.

L’appelant a finalement quitté la route à Burnaby et s’est garé dans un terrain vague. Il a déclaré qu’il était resté assis dans le camion, la tête baissée, à écouter son épouse et à penser que ses garçons et lui ne méritaient pas d’être traités ainsi, puis [TRADUCTION] «tout semble s’estomper». À partir de ce moment, il dit ne se rappeler que de la sensation «d’être emporté» par une vague le submergeant des pieds à la tête. Selon sa relation des faits, lorsqu’il a repris ses sens, il regardait droit devant lui et a senti quelque chose dans sa main. Il a aperçu son épouse affaissée sur le siège. Il tenait le couteau de chasse qu’il conservait dans le camion. Son épouse était morte, atteinte de 47 coups de couteau. L’appelant affirme qu’il ne se souvenait pas alors d’avoir poignardé son épouse.

10 After 10 or 15 minutes, the appellant put his wife’s body in a toolbox in the back of the truck and returned home. The next day, he sold some assets, settled some debts, and flew to Mexico. At trial the appellant recounted that one morning (while in Mexico), he awoke with the sensation of having his throat cut. In trying to recall what he had been dreaming about, the appellant remembered his wife’s being stabbed in the chest. While the appellant maintained in his evidence-in-chief that he did not remember picking up the knife or taking it from its sheath, he did admit in cross-examination, when confronted with prior statements attributed to him in the psychiatrist’s report, to a vague recollection through the dream of stabbing his wife twice in the chest before the “whooshing” sensation. His psychiatrist, Dr. Paul Janke, testified that the appellant had told him that, while in Mexico, he “became aware of a memory of having a knife in his hand and stabbing Donna Stone twice in the chest before having the ‘whooshing’ sensation . . . whenever we talked about the stabbing, it would be in the context of stabbing twice and, and then having the whooshing experience” (emphasis added). One of Dr. Janke’s tasks was to separate out the effects of amnesia

Après 10 ou 15 minutes, l’appelant a placé le corps de son épouse dans une boîte à outils située à l’arrière du camion, et est retourné à la maison. Le lendemain, il a vendu quelques biens, réglé des dettes et s’est envolé pour le Mexique. Au procès, l’appelant a raconté qu’un matin (pendant son séjour au Mexique) il s’était réveillé en proie à la sensation qu’on lui tranchait la gorge. En essayant de se remémorer le rêve qu’il avait fait, il s’est souvenu que son épouse avait été poignardée à la poitrine. Bien qu’il ait maintenu, dans son témoignage principal, qu’il ne se rappelait pas s’être emparé du couteau ni l’avoir sorti de son étui, il a reconnu en contre-interrogatoire, lorsqu’il a été confronté à des déclarations antérieures que lui attribuait le rapport du psychiatre, se rappeler vaguement, à cause de son rêve, avoir poignardé son épouse à la poitrine à deux reprises avant d’éprouver la sensation [TRADUCTION] «d’être emporté». Son psychiatre, le Dr Paul Janke, a témoigné en outre que l’appelant lui avait dit que, pendant son séjour au Mexique, [TRADUCTION] «lui était revenu le souvenir d’avoir eu un couteau à la main et d’avoir poignardé Donna Stone à la poitrine à deux reprises avant d’avoir la sensation «d’être emporté» [. . .] chaque fois que nous

after the event from the alleged unconsciousness during the events themselves, for as noted by Lord Denning in *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386, at p. 409: “Loss of memory afterwards is never a defence in itself, so long as he was conscious at the time”.

Roughly six weeks after the stabbing, the appellant returned to Canada and surrendered to police.

At trial, Dr. Janke testified for the defence that, at the time of the stabbing, the appellant was in a dissociative state caused by “extreme” psychological blows:

Q But the comments that you reviewed and that are in evidence between Mrs. Stone and Mr. Stone aren't such, are they, of such an extraordinary nature that they might reasonably be presumed to affect the ordinary person?

A We — I would be astonished if somebody told me that being, being informed that they were about to lose their home and all their possessions; that their, what they thought were their children by a former wife were actually the product of affairs that the wife was having; and ultimately being told that you had a small penis and were poor in bed, most men would find that an extraordinary blow. If somebody told me they weren't upset by that, I would be concerned about it.

Q No question —

A Those are extreme —

Q — that he was upset.

A No, those are extreme blows.

The defence was confronted with the decision of this Court in *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513, which was said to hold that unless a state of automatism can be attributed on the evidence to

parlions de l'agression à coups de couteau, il était question de deux coups suivis de cette sensation» (je souligne). L'une des tâches du D^r Janke consistait à séparer les effets de l'amnésie postérieure à l'épisode en cause de la présumée perte de conscience pendant le déroulement de l'épisode lui-même. En effet, comme l'a signalé lord Denning dans *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386, à la p. 409: [TRADUCTION] «La perte de mémoire après coup ne constitue jamais un moyen de défense en soi dans la mesure où la personne était consciente sur le coup».

Environ six semaines après l'agression à coups de couteau, l'appelant est revenu au Canada et s'est livré à la police.

Au procès, le D^r Janke appelé à témoigner par la défense a affirmé qu'au moment de l'agression à coups de couteau l'appelant se trouvait dans un état de dissociation résultant de chocs psychologiques [TRADUCTION] «très graves»:

[TRADUCTION]

Q Mais les propos échangés entre M. et M^{me} Stone, que vous avez examinés et qui ont été soumis en preuve, ne sont pas, n'est-ce-pas, si exceptionnels qu'on pourrait raisonnablement présumer qu'ils affecteraient une personne ordinaire?

R Nous — je serais étonné si des hommes me disaient, après avoir appris qu'ils sont sur le point de perdre leur foyer et toutes leurs possessions, que les enfants issus d'un précédent mariage, qu'ils croyaient être les leurs, sont en réalité le fruit d'aventures que leur épouse a eues, et qui finissent par se faire dire qu'ils ont un petit pénis et qu'ils sont nuls au lit, ils considéreraient, pour la plupart, qu'il s'agit d'un choc terrible. Si quelqu'un me disait qu'il n'est pas bouleversé par de tels propos, je m'en inquiéteraient.

Q Il n'y a pas de doute —

R C'est très grave —

Q — qu'il était bouleversé.

R Non, ce sont des chocs très graves.

La défense était confrontée à l'arrêt de notre Cour *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, qui, disait-on, voulait qu'à moins que la preuve ne permette d'attribuer un état d'automatisme à une

11

12

13

some cause external to the mind of the accused, it must be related to a plea of insanity.

cause externe sans rapport avec l'esprit de l'accusé, cet état doit être relié à une défense d'aliénation mentale.

14 The appellant tried to run simultaneously both the non-insane and insane branches of the automatism plea, as well as provocation. He suggested, based on an *obiter dictum* in *Rabey, supra*, that the "psychological shock" inflicted on him was of so great a magnitude that it would have unhinged the ordinary person, thus qualifying as "externally" induced automatism which had nothing to do with a disease of the mind in any organic or other medical sense. He submitted in the alternative that if, contrary to the psychiatric evidence, the courts were to insist on characterizing his condition as a disease of the mind, then a finding of NCRMD would be consistent with Dr. Janke's evidence that the unconscious nature of his conduct excluded an "appreciation" of the consequences.

L'appelant a tenté d'invoquer simultanément la défense d'automatisme sans aliénation mentale et la défense d'automatisme avec aliénation mentale, ainsi que la provocation. Il a soutenu, en se fondant sur une remarque incidente de *Rabey*, précité, que le «choc psychologique» qu'il avait subi était si grave qu'il aurait fait perdre la raison à une personne ordinaire, de sorte qu'il pouvait être qualifié d'automatisme provoqué par un élément «externe», qui n'avait rien à voir avec une maladie mentale au sens organique ou dans tout autre sens médical. Il a allégué subsidiairement que si, en dépit de la preuve psychiatrique, les tribunaux devaient insister pour qualifier son état de maladie mentale, un verdict de NRCTM serait alors compatible avec le témoignage du Dr Janke selon lequel la nature inconsciente de son comportement excluait la capacité d'en «juger» les conséquences.

II. Judgments

II. Les jugements

A. *The Supreme Court of British Columbia*

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

(1) The Evidential Ruling in the Appellant's Favour

(1) La décision en matière de preuve rendue en faveur de l'appelant

15 Brenner J. reasoned that the "defence" of automatism is only available where there is evidence of unconsciousness throughout the entire commission of a crime. While recognizing that there was some evidence before the court to the effect that the appellant recalled stabbing his wife twice in the chest, Brenner J. ultimately held that an accused's having some recollection of what has occurred does not preclude the availability of the defence. That decided, he held, seemingly based on the entirety of the defence testimony, that there was evidence of unconsciousness throughout the commission of the offence and the accused had successfully laid a foundation for the plea of automatism. The relevant portion of his ruling is as follows:

Le juge Brenner estimait que la «défense» d'automatisme ne peut être invoquée que lorsqu'il est établi qu'il y a eu perte de conscience tout au long de la perpétration du crime. Tout en reconnaissant que la cour était saisie d'une certaine preuve que l'appelant se rappelait avoir poignardé son épouse à la poitrine à deux reprises, le juge Brenner a finalement conclu que ce moyen de défense peut être invoqué même si l'accusé a un certain souvenir de ce qui s'est passé. Après avoir tiré cette conclusion, il a décidé, en s'appuyant, semble-t-il, sur l'ensemble du témoignage de la défense, qu'il était prouvé qu'il y avait eu perte de conscience tout au long de la perpétration de l'infraction et que l'accusé avait réussi à établir les fondements d'une défense d'automatisme. Voici la partie pertinente de sa décision:

In this case, it is my view that there is evidence of unconsciousness throughout the commission of the

[TRADUCTION] Je suis d'avis qu'il est établi, en l'espèce, qu'il y a eu perte de conscience tout au long de la

crime. The only evidence of recall is the recollection that came to the accused following a dream after he had gone to Mexico some days after the event.

That being the case, it seems to me that the defence has met the threshold test pursuant to which I must at least consider whether the defence of automatism of either the insane or non-insane variety should be left to the jury. [Emphasis added.]

(2) The Withdrawal of the Issue of Non-Insane Automatism from the Jury

Brenner J. considered that, in the absence of evidence to the contrary, the cause of the automatism (if it existed) must have been “internal” to the appellant’s brain. On this basis, he concluded that he was bound by *R. v. MacLeod* (1980), 52 C.C.C. (2d) 193, to withhold the defence of “non-insane automatism” from the jury. In *MacLeod* the British Columbia Court of Appeal had applied the *Rabey* analysis to an accused who claimed to have “dissociated” owing to an accumulation of stresses in his family life and, while dissociated, to have sexually assaulted a five-year-old child who suffered from cerebral palsy. The British Columbia Court of Appeal in *MacLeod* held that the accused was either insane or should be held criminally responsible for his actions notwithstanding the alleged automatism.

(3) The Jury Charge

Brenner J. referred the jury to the specific pieces of evidence particularly relevant to consideration of the automatism defence. In the course of this process, he highlighted the evidence of dissociation:

Dr. Janke, the forensic psychiatrist who testified for the defence, expressed the opinion that the accused was in a dissociative state when he killed his wife, and Dr. Murphy, the Crown forensic psychiatrist, expressed the opinion that the likelihood of the accused being in a dissociative state was very low.

perpétration du crime. La seule preuve concernant la mémoire est celle du souvenir qui est revenu à l’accusé à la suite d’un rêve qu’il a fait pendant son séjour au Mexique, quelques jours plus tard.

Cela étant, il me semble que la défense a rempli la condition préliminaire et que je dois donc, à tout le moins, examiner si le moyen de défense fondé sur l’automatisme, avec ou sans aliénation mentale, devrait être soumis à l’appréciation du jury. [Je souligne.]

(2) L’omission de soumettre à l’appréciation du jury la question de l’automatisme sans aliénation mentale

Le juge Brenner a considéré qu’en l’absence de preuve contraire la cause de l’automatisme (à supposer qu’il y ait eu automatisme) devait avoir été «dans» la tête de l’appelant. Pour ce motif, il a conclu qu’en raison de l’arrêt *R. c. MacLeod* (1980), 52 C.C.C. (2d) 193, il devait s’abstenir de soumettre à l’appréciation du jury la défense d’«automatisme sans aliénation mentale». Dans *MacLeod*, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique avait appliqué l’analyse de l’arrêt *Rabey* au cas d’un accusé qui prétendait que c’est pendant qu’il se trouvait dans un état de «dissociation» causé par l’accumulation de stress dans sa vie familiale qu’il avait agressé sexuellement une enfant de cinq ans atteinte de paralysie cérébrale. Selon la cour, ou bien l’accusé souffrait d’aliénation mentale ou bien il devrait être tenu criminellement responsable de ses actes, nonobstant l’automatisme allégué.

(3) L’exposé au jury

Le juge Brenner a mentionné au jury les éléments de preuve qui sont particulièrement utiles pour examiner la défense d’automatisme. Ce faisant, il a souligné la preuve de dissociation:

[TRADUCTION] Le Dr Janke, le psychiatre légiste qui a témoigné pour la défense, a exprimé l’opinion que l’accusé se trouvait dans un état de dissociation quand il a tué son épouse, alors que le Dr Murphy, le psychiatre légiste du ministère public, s’est dit d’avis qu’il était fort improbable que l’accusé ait alors été dans un tel état.

16

17

You will recall that Dr. Janke explained to you what dissociation was. He explained the phenomenon as a situation where an individual's thinking component and his judgment is separated from his body and his actions. He explained to you it was typically associated with some loss of memory, and I took from his evidence that the degree of memory loss will often or frequently depend on how deep the dissociative state.

He says, in his opinion, at the time the accused killed his wife, he did not have control over his actions, and a person in the accused's state, in Dr. Janke's opinion, would not appreciate the nature and quality of his act. [Emphasis added.]

18

Brenner J. concluded his instruction on this point by explaining the series of questions the jury should address:

If you are satisfied on a balance of probabilities that the evidence establishes that the accused was suffering from a disease of the mind, you must then determine whether the disease of the mind rendered him either incapable of appreciating the nature and quality of the act he was doing or incapable of knowing that the act was wrong.

We do not know, of course, on which aspects of these multi-faceted questions the accused failed to satisfy the jury. We only know that at the conclusion of their deliberations the following exchange took place:

REGISTRAR: Members of the jury, have you reached a verdict?

MR. FOREMAN: We have, my lord.

THE COURT: Mr. Foreman, do you find the accused criminally responsible or not criminally responsible by reason of mental disorder?

THE FOREMAN: We find that the defendant is criminally responsible.

THE COURT: Proceed with the next question, Madam Registrar.

REGISTRAR: Do you find the accused guilty or not guilty of second degree murder.

THE FOREMAN: Not guilty.

Rappelez-vous que le Dr Janke vous a expliqué ce qu'était la dissociation. Il a décrit ce phénomène comme une situation dans laquelle la pensée et le discernement d'une personne sont séparés de son corps et de ses actions. Il vous a expliqué que cet état s'accompagnait habituellement d'une perte de mémoire et j'ai déduit de son témoignage que le degré de cette perte de mémoire dépend souvent de la gravité de la dissociation.

Il affirme, dans son opinion, qu'au moment où l'accusé a tué son épouse il n'avait pas la maîtrise de ses actes, et une personne dans cet état est incapable, selon le Dr Janke, de juger de la nature et de la qualité de l'acte qu'elle accomplit. [Je souligne.]

Le juge Brenner a conclu ses directives sur ce point en expliquant la série de questions que le jury devrait aborder:

[TRADUCTION] Si vous êtes convaincus, selon la prépondérance des probabilités, que la preuve démontre que l'accusé souffrait d'une maladie mentale, vous devez déterminer si cette maladie le rendait incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte qu'il accomplissait, ou de savoir qu'il était mauvais.

Nous ignorons, bien sûr, relativement à quels aspects de ces questions à volets multiples l'accusé n'a pas convaincu le jury. Nous savons seulement qu'à la clôture des délibérations du jury, les propos suivants ont été échangés:

[TRADUCTION]

LA GREFFIÈRE: Membres du jury, êtes-vous parvenus à un verdict?

LE PRÉSIDENT: Oui, Votre Honneur.

LA COUR: Monsieur le président, déclarez-vous l'accusé criminellement responsable ou non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux?

LE PRÉSIDENT: Nous déclarons le défendeur criminellement responsable.

LA COUR: Madame la greffière, posez la prochaine question.

LA GREFFIÈRE: Déclarez-vous l'accusé coupable ou non coupable de meurtre au deuxième degré?

LE PRÉSIDENT: Non coupable.

THE COURT: Thank you, Mr. Foreman.

Based on that verdict, I will direct that a verdict of guilty of the offence of manslaughter be entered. . . .

The jury was not told that if they concluded that the accused was not suffering from a disease of the mind they could nevertheless decide that the appellant's actions were not voluntary and that such a finding, if made, would necessitate an acquittal. The jury was told, in effect, that notwithstanding the trial judge's ruling that there was evidence of "unconsciousness throughout the commission of the crime", the minimum verdict was manslaughter.

(4) Compelled Disclosure of the Expert Report to Crown

At the conclusion of the defence opening address, the Crown asked that the trial judge order that the defence provide them with a copy of Dr. Janke's report. Defence counsel objected that he had no obligation to disclose the report until Dr. Janke was called to the witness stand.

Brenner J. ordered that the report be produced stating that "the Crown ought to be in a position of being able to explore on cross-examination with the accused whatever statements Dr. Janke may or may not have relied upon in his report".

B. *British Columbia Court of Appeal* (1997), 86 B.C.A.C. 169

(1) The Automatism Issue

McEachern C.J. began by noting at p. 173 that, when considering whether to put a possible defence to a jury, a trial judge must determine whether there is sufficient evidence to lend an "air of reality" to the defence. He held that the trial judge had found that there was an "air of reality" to the appellant's assertion of automatism, but that

LA COUR: Merci, Monsieur le président.

Compte tenu de ce verdict, je vais ordonner l'inscription d'un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable . . .

Le jury n'a pas été informé que, même s'il concluait que l'accusé n'était pas atteint d'une maladie mentale, il pourrait néanmoins décider que ses actes n'étaient pas volontaires, et qu'une telle décision commanderait, le cas échéant, l'acquiescement. En fait, on lui a dit que, même si le juge du procès avait conclu à l'absence de preuve d'une [TRADUCTION] «perte de conscience tout au long de la perpétration du crime», le verdict minimal qui devrait être prononcé était celui d'homicide involontaire coupable.

(4) La communication forcée du rapport d'expert au ministère public

À la fin de l'exposé initial de la défense, le ministère public a demandé au juge du procès d'ordonner à la défense de lui remettre un exemplaire du rapport du Dr Janke. L'avocat de la défense s'est opposé à cette demande, en prétendant qu'il n'était nullement tenu de communiquer le rapport avant que le Dr Janke ait été appelé à la barre.

Le juge Brenner a ordonné la production du rapport parce que [TRADUCTION] «le ministère public devrait être en mesure d'étudier, lors du contre-interrogatoire de l'accusé, toute déclaration sur laquelle le Dr Janke a pu ou non s'appuyer dans son rapport».

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1997), 86 B.C.A.C. 169

(1) La question de l'automatisme

Le juge en chef McEachern a commencé par souligner, à la p. 173, que, pour décider s'il convient de soumettre un moyen de défense possible à l'appréciation du jury, le juge du procès doit se demander si la preuve est suffisante pour conférer une «vraisemblance» à ce moyen de défense. Il a statué que le juge du procès avait conclu à la «vraisemblance» de l'allégation d'automatisme de l'appelant mais que sa conclusion s'appliquait à la

19

20

21

this conclusion related to the concept in general, and not to a specific form of automatism.

notion générale d'automatisme et non à une forme particulière de cet état.

22 Despite somewhat inconsistent evidence, both the trial court and the Court of Appeal held that there was evidence of dissociation throughout the length of the appellant's attack on his wife.

Malgré une preuve quelque peu contradictoire, le tribunal de première instance et la Cour d'appel ont tous deux jugé qu'il y avait preuve de l'existence d'un état de dissociation tout au long de l'attaque de l'appelant contre son épouse.

23 Referring to *Rabey, supra*, McEachern C.J. reasoned at p. 173 that the trial judge next had to determine if there was any evidence "from which the jury could reasonably conclude that the dissociated state was not caused by a disease of the mind" (emphasis added). In the absence of such evidence, he held that a dissociated state could only result from a disease of the mind.

Mentionnant l'arrêt *Rabey*, précité, le juge en chef McEachern a expliqué, à la p. 173, que le juge du procès devait ensuite déterminer s'il existait une preuve [TRADUCTION] «qui permettrait au jury de conclure raisonnablement que l'état de dissociation n'a pas été causé par une maladie mentale» (je souligne). Il a statué qu'en l'absence d'une telle preuve la dissociation ne pouvait qu'être le fruit d'une maladie mentale.

24 McEachern C.J. noted by a process of elimination that the only potential explanation for Stone's behaviour was the impact of his wife's abuse. He considered that such psychological blows are usually insufficient to cause "non-insane automatism". This led to the conclusion that the violent reaction to psychological trauma should be attributed primarily to the individual's internal psychological or emotional weaknesses. He held, at p. 175, that Brenner J. had properly applied the *Rabey* test in concluding that the cause of the appellant's dissociative state, if such had occurred, was primarily related to his reaction to verbal abuse "which is more properly characterized as an internal as opposed to an external cause, and is, accordingly, a disease of the mind" (emphasis added). As such, he held that the trial judge had properly refused to put "sane automatism" to the jury.

En procédant par élimination, le juge en chef McEachern a fait remarquer que le comportement de Stone ne pouvait s'expliquer que par l'incidence de la violence verbale de son épouse. Il a considéré que de tels chocs psychologiques sont généralement insuffisants pour causer l'«automatisme sans aliénation mentale». Cela amenait à conclure que la réaction violente à un traumatisme psychologique devait être attribuée principalement à la propre faiblesse psychologique ou émotive de l'individu. Il a statué, à la p. 175, que le juge Brenner avait correctement appliqué le critère de l'arrêt *Rabey* en déterminant que l'état de dissociation dans lequel pouvait s'être éventuellement trouvé l'appelant était principalement lié à sa réaction à la violence verbale, [TRADUCTION] «qui représente plus une cause interne qu'une cause externe, et qui constitue donc une maladie mentale» (je souligne). Il a ainsi décidé que le juge du procès avait eu raison de refuser de soumettre à l'appréciation du jury la défense «d'automatisme sans aliénation mentale».

25 McEachern C.J. noted that this Court's decision in *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871 (the sleep-walker case), may justify using something other than an internal/external cause approach to identify a "disease of the mind". He referred specifically to a passage from the majority judgment of La Forest J. which said that the distinction drawn

Le juge en chef McEachern a fait observer que l'arrêt *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871 (l'affaire du somnambule), de notre Cour peut justifier le recours à autre chose que la théorie de la cause interne ou externe pour déterminer s'il y a «maladie mentale». Il a mentionné expressément un extrait des motifs majoritaires du juge La Forest,

in *Rabey* between internal and external causes is meant only as an analytical tool, and not as an all-encompassing methodology.

Despite this, McEachern C.J. preferred the *Rabey* approach. He thought, at p. 176, that the present case was one where, “but for some ill-defined, but readily understood internal component of a person’s psychological state, the ordinary processes of a conscious mind would normally prevent such a violent reaction to criticism and insults”. Viewing the problem as one of an exceptional frailty of mind, McEachern C.J. held that the trial judge was correct not to charge the jury on “non-insane automatism”.

(2) Compelled Disclosure of the Expert Report to Crown

McEachern C.J. recognized that, while the disclosure had permitted an orderly cross-examination of the appellant who was, inevitably, the only factual source for the psychiatric opinions, the trial judge should not have ordered the production of Dr. Janke’s report prior to his being called as a witness. In this respect he relied upon a long line of cases, including *R. v. Peruta* (1992), 78 C.C.C. (3d) 350, *sub nom. Brouillette c. R.*, [1992] R.J.Q. 2776 (C.A.), and *Hodgkinson v. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129 (C.A.), which confirmed that an expert report obtained for the assistance of counsel is privileged unless and until the accused takes the stand.

That said, McEachern C.J. preserved the conviction by relying on s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. He held that no miscarriage of justice occurred as a result of the premature disclosure. Counsel for the accused had made a commitment in his opening address to the jury to call Dr. Janke. Disclosure would have been required once Dr. Janke had begun to testify because any privilege attaching to it would have been waived by the defence putting him on the stand. Absent timely disclosure, the Crown would have had the option of standing the accused down

où on explique que la distinction, dans *Rabey*, entre les causes internes et les causes externes n’est établie qu’à titre d’instrument d’analyse et non pas de méthode universelle.

Malgré cela, le juge en chef McEachern a préféré la méthode de l’arrêt *Rabey*. Selon lui, il s’agissait en l’espèce d’une affaire où [TRADUCTION] «n’était-ce la présence d’un élément interne mal défini mais facilement compréhensible de l’état psychologique d’une personne, le fonctionnement ordinaire d’un esprit conscient empêcherait normalement une réaction aussi violente à la critique et aux insultes» (p. 176). Considérant qu’il s’agissait d’un problème de fragilité mentale exceptionnelle, le juge en chef McEachern a conclu que le juge du procès avait eu raison de ne pas donner au jury des directives sur l’«automatisme sans aliénation mentale».

(2) La communication forcée du rapport d’expert au ministère public

Le juge en chef McEachern a reconnu que, même si la communication du rapport avait permis de contre-interroger méthodiquement l’appelant, qui était inévitablement la seule source factuelle des opinions psychiatriques, le juge du procès n’aurait pas dû ordonner la production du rapport du D^r Janke avant que celui-ci ait été appelé à témoigner. Il s’est appuyé, à cet égard, sur un long courant de jurisprudence, dont *Brouillette c. R.*, [1992] R.J.Q. 2776 (C.A.), et *Hodgkinson c. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129 (C.A.), confirmant que le rapport d’expert préparé pour aider un avocat est protégé tant et aussi longtemps que l’accusé n’a pas témoigné.

Cela dit, le juge en chef McEachern a confirmé la déclaration de culpabilité en se fondant sur le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il a statué qu’aucune erreur judiciaire n’avait résulté de la communication prématurée du rapport. Dans son exposé initial, l’avocat de l’accusé s’était engagé à faire témoigner le D^r Janke. Il aurait été nécessaire de communiquer le rapport dès que le D^r Janke aurait commencé à témoigner car, en l’appelant à la barre, la défense aurait renoncé à tout privilège rattaché au rapport. Si le rapport n’avait pas été communiqué en temps

26

27

28

and resuming his cross-examination after Dr. Janke had testified and the report had been disclosed. Accordingly, the end result would have been the same.

III. Analysis

A. *The Automatism Issue*

29

This appeal raises questions about the allocation of issues between the judge and jury in the difficult area of automatism. Part of the difficulty stems from the concern of some judges that juries may be too quick to accept the story of an accused that he or she doesn't remember what happened, or that the conduct was "uncontrollable", or some other feigned version of events. In *R. v. Szymusiak*, [1972] 3 O.R. 602 (C.A.), at p. 608, Schroeder J.A. observed that automatism is:

... a defence which in a true and proper case may be the only one open to an honest man, but it may just as readily be the last refuge of a scoundrel. It is for these reasons that a Judge presiding at a trial has the responsibility cast upon him of separating the wheat from the chaff.

One might also cite to the same effect the scoffing tone of G. Williams in his *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at pp. 673-74:

... where a person who is fully awake flees from the police, or attacks another in jealousy or anger, a defence of dissociation is hard to credit, however many experts are called to give evidence in support of it. How strange, the layman may say, and how very convenient for the defendant, that this alleged state of dissociation descended on him at the very moment when he had reason for evading the police, or when he was face to face with a person whom he had a strong motive for attacking. The more down-to-earth explanation of the defendant's "narrowing of the field of consciousness" is that it resulted merely from an overwhelming passion which led him to pay no attention to ordinary moral or prudential considerations; this is not inconsistent with the supposition that he was perfectly aware of what he was doing, psychiatric evidence to the contrary notwithstanding.

opportun, le ministère public aurait eu le choix d'interrompre le contre-interrogatoire de l'accusé pour le reprendre après le témoignage du Dr Janke et la communication du rapport. Le résultat final aurait donc été le même.

III. Analyse

A. *La question de l'automatisme*

Le présent pourvoi soulève des questions au sujet de la répartition entre le juge et le jury des points litigieux dans le domaine épineux de l'automatisme. Le problème découle en partie du fait que certains juges craignent que le jury accepte trop facilement la prétention d'un accusé qu'il ne se souvient pas de ce qui s'est passé ou que sa conduite était « incontrôlable », ou toute autre version simulée des faits. Dans *R. c. Szymusiak*, [1972] 3 O.R. 602 (C.A.), à la p. 608, le juge Schroeder fait observer que l'automatisme est:

[TRADUCTION] ... un moyen de défense qui, dans un cas qui s'y prête vraiment, peut être le seul dont dispose un honnête homme, mais il peut tout aussi bien être le dernier recours d'une canaille. C'est pourquoi il incombe au juge qui préside le procès de séparer l'ivraie du bon grain.

On pourrait également citer, dans le même sens, les propos sarcastiques que G. Williams tient dans son *Textbook of Criminal Law* (2^e éd. 1983), aux pp. 673 et 674:

[TRADUCTION] ... lorsqu'une personne parfaitement lucide fuit la police ou attaque une autre personne dans un accès de jalousie ou de colère, il est difficile d'ajouter foi à une défense de dissociation, peu importe le nombre d'experts qui défilent à la barre pour témoigner de son bien-fondé. Comme il est étrange, peut dire le profane, et comme cela tombe bien pour le défendeur qu'il ait été plongé dans ce prétendu état de dissociation au moment même où il avait tout lieu de fuir la police ou lorsqu'il s'est trouvé face à face avec une personne qu'il avait de fortes raisons d'attaquer. L'explication la plus prosaïque du « rétrécissement du champ de conscience » du défendeur est qu'il résulte simplement d'une passion irrépressible qui l'a amené à faire fi des considérations ordinaires de morale ou de prudence; cela n'est pas incompatible avec la supposition qu'il était parfaitement conscient de ce qu'il faisait, en dépit de la preuve psychiatrique contraire.

In giving heed to these wise words of scepticism, the courts must nevertheless respect the allocation by Parliament to the jury the tasks of assessing credibility and the making of findings of fact. A concern that the jury may fall into error is no basis for taking away part of its jurisdiction. The central feature of this appeal is the finding of the trial judge, accepted by the British Columbia Court of Appeal, that there was “evidence of unconsciousness throughout the commission of the crime”. The appellant says he was entitled to have his case dealt with by the jury on that basis.

(1) The Evidentiary Ruling

The trial judge properly instructed himself with respect to the evidential onus. He applied the test set out by Dickson J., as he then was, in *Rabey*, *supra*, at p. 552:

In principle, the defence of automatism should be available whenever there is evidence of unconsciousness throughout the commission of the crime, that cannot be attributed to fault or negligence of his part. Such evidence should be supported by expert medical opinion that the accused did not feign memory loss and that there is no underlying pathological condition which points to a disease requiring detention and treatment.

Although given in dissent, Dickson J.’s statement of the evidential burden was subsequently adopted and applied by the majority of this Court in *Parks*, *supra*.

The trial judge properly applied the test. There is no suggestion that the appellant’s alleged state of unconsciousness, if it existed, came about through his own fault or negligence. The appellant’s evidence that he was unconscious “throughout the commission of the crime” was supported by the expert medical opinion of Dr. Janke, who said it was a “necessary component” of doing his forensic assessment to determine whether the appellant was “fabricating”. Dr. Janke went further than merely reporting what the appellant had said

Tout en tenant compte de cette sage expression de scepticisme, les tribunaux doivent néanmoins respecter l’attribution par le législateur au jury de la tâche d’évaluer la crédibilité et de tirer des conclusions de fait. La crainte de voir le jury commettre une erreur n’est pas une raison de lui retirer une partie de sa compétence. Le nœud du présent pourvoi est la conclusion du juge du procès, acceptée par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, qu’il était [TRADUCTION] «établi [. . .] qu’il y a eu perte de conscience tout au long de la perpétration du crime». L’appellant affirme qu’il avait droit à ce que le jury examine ses arguments à la lumière de cette preuve.

(1) La décision en matière de preuve

Le juge du procès s’est bien instruit du droit relativement à la charge de présentation. Il a appliqué le critère énoncé par le juge Dickson, plus tard Juge en chef, dans l’arrêt *Rabey*, précité, à la p. 552:

En principe, l’automatisme devrait être un moyen de défense chaque fois qu’est établie une perte de conscience tout au long de la perpétration du crime et qu’on ne peut l’imputer à la faute ou à la négligence de l’accusé. Une telle preuve doit être étayée par le témoignage d’un médecin portant que l’accusé n’a pas simulé une perte de mémoire et qu’il n’existe pas d’état pathologique sous-jacent qui indique une maladie nécessitant une détention et des traitements.

Même si l’énoncé que le juge Dickson a fait de la charge de présentation était contenu dans des motifs de dissidence, notre Cour à la majorité l’a adopté et appliqué ultérieurement dans l’arrêt *Parks*, précité.

Le juge du procès a correctement appliqué le critère. Rien n’indique que la prétendue perte de conscience de l’appellant, à supposer qu’elle soit bel et bien survenue, a résulté de sa propre faute ou négligence. Le témoignage de l’appellant voulant qu’il ait été inconscient «tout au long de la perpétration du crime» était appuyé par l’opinion d’un expert en médecine, le Dr Janke, qui a affirmé qu’une [TRADUCTION] «partie essentielle» de son évaluation médico-légale avait consisté à déterminer si l’appellant «inventait une histoire». Le

30

31

to him. Dr. Janke's professional opinion was that the appellant was not fabricating his story, that the allegation of unconsciousness was corroborated to some extent by the appellant's psychological make-up, and that it would be very difficult (albeit not impossible) for the appellant to present a story of dissociation "in a sophisticated way that would fool an experienced forensic psychiatrist". Dr. Janke testified that the appellant suffered from no underlying pathological condition which pointed to a disease requiring detention and treatment.

D^r Janke ne s'est pas contenté de rapporter simplement ce que l'appellant lui avait dit. L'opinion professionnelle du D^r Janke était que l'appellant n'inventait pas une histoire, que son allégation de perte de conscience était corroborée dans une certaine mesure par sa constitution psychologique et qu'il lui serait très difficile (quoique non impossible) de présenter une histoire de dissociation [TRADUCTION] «d'une manière subtile au point de bernier un psychiatre légiste expérimenté». Le D^r Janke a témoigné que l'appellant ne souffrait d'aucun état pathologique sous-jacent qui indiquait une maladie nécessitant une détention et des traitements.

32

The evidence on unconsciousness was somewhat equivocal, in my review of it, but I did not have the advantage of seeing and hearing the appellant or Dr. Janke, and I am not in any position to impeach the conclusion of the trial judge that:

La preuve concernant la perte de conscience était quelque peu équivoque, selon l'examen que j'en ai fait, mais comme je n'ai eu l'avantage de voir et d'entendre ni l'appellant ni le D^r Janke, je ne saurais mettre en doute la conclusion suivante du juge du procès:

In this case, it is my view that there is evidence of unconsciousness throughout the commission of the crime. The only evidence of recall is the recollection that came to the accused following a dream after he had gone to Mexico some days after the event.

[TRADUCTION] Je suis d'avis qu'il est établi, en l'espèce, qu'il y a eu perte de conscience tout au long de la perpétration du crime. La seule preuve concernant la mémoire est celle du souvenir qui est revenu à l'accusé à la suite d'un rêve qu'il a fait pendant son séjour au Mexique, quelque jours plus tard.

That being the case, it seems to me that the defence has met the threshold test. . . . [Emphasis added.]

Cela étant, il me semble que la défense a rempli la condition préliminaire . . . [Je souligne.]

I agree with Bastarache J. in para. 192 of his reasons that it would be preferable to have additional corroborative evidence, such as bystanders to the event or a documented history of automatic-like dissociative states. However, the absence of such corroboration cannot relieve the court of the duty to consider the defence that is in fact presented, warts and all. Under our system, once the evidential burden is met, the assessment of the credibility of the defence is up to the jury.

Je partage l'opinion exprimée par le juge Bastarache, au par. 192 de ses motifs, qu'il serait préférable de disposer d'autres éléments de preuve corroborants, comme la déposition de gens qui ont observé le fait ou des antécédents documentés d'états de dissociation apparentés à l'automatisme. Toutefois, l'absence d'une telle corroboration ne saurait dégager la cour de son obligation d'examiner à la loupe la défense qui est en fait présentée. Dans notre système, il appartient au jury d'évaluer la crédibilité de la défense, dès qu'il est satisfait à la charge de présentation.

(2) Proof of the Offence

(2) La preuve de l'infraction

33

In *Parks*, *supra*, a majority of this Court observed that "voluntariness" can be seen as part

Dans l'arrêt *Parks*, précité, à la p. 896, notre Cour à la majorité a fait observer, par l'intermédiaire du juge La Forest, que le «caractère volontaire» peut être considéré comme une composante

of the *actus reus* requirement of criminal liability, *per* La Forest J., at p. 896:

Automatism occupies a unique place in our criminal law system. Although spoken of as a “defence”, it is conceptually a sub-set of the voluntariness requirement, which in turn is part of the *actus reus* component of criminal liability. [Emphasis added.]

The same point was made by Lamer C.J. and La Forest J. in *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63. See also McLachlin J. in *R. v. Thérroux*, [1993] 2 S.C.R. 5 (cited by Cory J. in *Daviault*, at p. 74), who observed, at p. 17:

The term *mens rea*, properly understood, does not encompass all of the mental elements of a crime. The *actus reus* has its own mental element; the act must be the voluntary act of the accused for the *actus reus* to exist. *Mens rea*, on the other hand, refers to the guilty mind, the wrongful intention, of the accused. Its function in criminal law is to prevent the conviction of the morally innocent — those who do not understand or intend the consequences of their acts. Typically, *mens rea* is concerned with the consequences of the prohibited *actus reus*. [Emphasis added.]

Cory J. in *Daviault*, at pp. 75 and 102, pointed out that automatism may also relate in some circumstances to *mens rea*. See also *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303. For the purposes of this appeal, however, it is sufficient to note that a claim of automatism puts in issue the Crown’s ability to prove all of the elements of the offence beyond a reasonable doubt.

(3) Relieving the Crown of Part of its Persuasive Burden of Proof

The Crown supports the ruling of the courts in British Columbia on a number of grounds:

- (a) the presumption of voluntariness;
- (b) the decision of this Court in *Rabey*, *supra*;
- (c) the contention that the mental disorder provisions of the *Criminal Code* were

de l’exigence de l’*actus reus* en matière de responsabilité criminelle:

L’automatisme occupe une place très particulière dans notre système de droit pénal. Bien que qualifié de «défense», il forme essentiellement une composante de l’exigence concernant la volonté, qui fait elle-même partie de l’élément *actus reus* de la responsabilité criminelle. [Je souligne.]

Le juge en chef Lamer et le juge La Forest ont fait la même remarque dans *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63. Voir également les motifs du juge McLachlin dans *R. c. Thérroux*, [1993] 2 R.C.S. 5 (cités par le juge Cory dans *Daviault*, à la p. 74), où elle fait observer, à la p. 17:

Le terme *mens rea*, interprété correctement, n’inclut pas tous les éléments moraux d’un crime. L’*actus reus* comporte son propre élément moral; pour qu’il y ait *actus reus*, l’acte de l’accusé doit être volontaire. Par ailleurs, la *mens rea* renvoie à l’intention coupable, illégale, de l’accusé. En droit criminel, son rôle consiste à éviter que la personne moralement innocente — qui ne comprend ni ne souhaite les conséquences de ses actes — soit déclarée coupable. Habituellement, la *mens rea* porte sur les conséquences de l’*actus reus* prohibé. [Je souligne.]

Dans l’arrêt *Daviault*, aux pp. 75 et 102, le juge Cory a souligné que l’automatisme peut aussi se rapporter à la *mens rea* dans certaines circonstances. Voir également *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303. Pour les fins du présent pourvoi, il suffit cependant de souligner qu’une défense d’automatisme met en cause la capacité du ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable tous les éléments de l’infraction.

(3) Dégager le ministère public d’une partie de sa charge de persuasion

Le ministère public appuie la décision des tribunaux de la Colombie-Britannique pour un certain nombre de motifs:

- a) la présomption de caractère volontaire;
- b) l’arrêt *Rabey*, précité, de notre Cour;
- c) l’argument que les dispositions du *Code criminel* relatives aux troubles mentaux

34

35

36

appropriate to resolve the automatism issue on the facts of this case.

permettaient de régler la question de l'automatisme selon les faits de la présente affaire.

I will address each of these Crown arguments in turn.

Je vais examiner à tour de rôle chacun de ces arguments du ministère public.

(a) *Ground 1: The Presumption of Voluntariness*

a) *Premier motif: la présomption de caractère volontaire*

37 The criminal law is premised on the responsibility of sane individuals for their voluntary acts or omissions. We infer from common experience that the acts of an apparently conscious person are usually voluntary. The issue here, however, is whether such an inference of voluntariness can be drawn after the trial judge has ruled that there is credible evidence that the accused was unconscious throughout the commission of the offence.

Le droit criminel est fondé sur la responsabilité des personnes saines d'esprit à l'égard de leurs actes ou omissions volontaires. L'expérience nous enseigne que les actes d'une personne apparemment consciente sont habituellement volontaires. Toutefois, la question qui se pose en l'espèce est de savoir s'il est possible de faire une telle déduction de caractère volontaire après que le juge du procès a décidé qu'il y a une preuve crédible que l'accusé était inconscient tout au long de la perpétration de l'infraction.

38 Everyday experience for most of us does not teach whether the acts of a person in a severely impaired state of consciousness, such as sleepwalking or an epileptic fit, are voluntary. Dickson J., dissenting, stated in *Rabey, supra*, at p. 545, "Consciousness is a *sine qua non* to criminal liability".

L'expérience quotidienne de la plupart d'entre nous ne nous enseigne pas si les actes accomplis par une personne se trouvant dans un état de conscience gravement diminué, comme dans le cas du somnambulisme ou de la crise d'épilepsie, sont volontaires. Le juge Dickson, dissident, affirme dans *Rabey*, précité, à la p. 545: «La conscience est une condition *sine qua non* de la responsabilité criminelle.»

(i) Relationship between Voluntariness and Consciousness

(i) Relation entre caractère volontaire et conscience

39 The concepts of unconsciousness and involuntariness are linked in the definition of automatism proposed by the Ontario High Court of Justice in *R. v. K. (1970)*, 3 C.C.C. (2d) 84, at p. 84, and adopted by a majority in this Court in *Rabey, supra*, at p. 518:

Les notions de perte de conscience et de caractère involontaire sont liées dans la définition d'automatisme proposée par la Haute Cour de justice de l'Ontario dans *R. c. K. (1970)*, 3 C.C.C. (2d) 84, à la p. 84, et adoptée par notre Cour à la majorité dans l'arrêt *Rabey*, précité, à la p. 518:

Automatism is a term used to describe unconscious, involuntary behaviour, the state of a person who, though capable of action is not conscious of what he is doing. It means an unconscious involuntary act where the mind does not go with what is being done. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] L'automatisme désigne un comportement qui se produit à l'insu de la conscience et qui échappe à la volonté. C'est l'état d'une personne qui, tout en étant capable d'agir, n'est pas consciente de ce qu'elle fait. Il désigne un acte inconscient et involontaire, où l'esprit ne sait pas ce qui se produit. [Je souligne.]

The relationship between voluntariness and consciousness was also addressed by Mason C.J.,

Le lien entre le caractère volontaire et la conscience a également été abordé par le juge en chef

Brennan and McHugh JJ. in *R. v. Falconer* (1990), 50 A. Crim. R. 244 (Aust. H.C.), at p. 250:

Although the prosecution bears the ultimate onus of proving beyond reasonable doubt that an act which is an element of an offence charged was a willed act or, at common law, was done voluntarily . . . , the prosecution may rely on the inference that an act done by an apparently conscious actor is willed or voluntary to discharge that onus unless there are grounds for believing that the accused was unable to control that act. [Emphasis added.]

Just as the High Court was prepared to infer voluntariness from consciousness, evidence of lack of consciousness may support a claim of automatism (i.e., that there was a lack of voluntariness). The question is, What is meant in this context by “lack of consciousness”? In the present case, the Crown psychiatrist contended that in medical terms the appellant could not be considered unconscious:

A I’m not sure what unconscious means in the legal sense, but —

Q In the medical sense.

A In the medical sense, he wasn’t unconscious. Unconscious means flat out on the floor. He clearly wasn’t, from all the information that we have, unconscious in that sense.

From the legal perspective, “unconsciousness” is used in the sense that the accused, like the sleep-walker, is shown “not to have known what he was doing”. (See *Parks, supra*, and *R. v. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168, at p. 187.) This excludes the person who is provoked and says, “I couldn’t help myself”, or who simply professes to be at a loss to explain uncharacteristic conduct: see generally Lord Denning in *Bratty, supra*, at p. 409, who there defined automatism as:

... an act which is done by the muscles without any control by the mind, such as a spasm, a reflex action or a convulsion; or an act done by a person who is not conscious of what he is doing, such as an act done

Mason et les juges Brennan et McHugh, dans *R. c. Falconer* (1990), 50 A. Crim. R. 244 (H.C. Austr.), à la p. 250:

[TRADUCTION] Bien qu’il lui incombe, en définitive, de prouver hors de tout doute raisonnable qu’un acte constituant un élément de l’infraction reprochée était voulu ou, en common law, a été accompli volontairement [. . .], la poursuite peut, pour s’acquitter de cette obligation, s’appuyer sur la déduction qu’un acte accompli par une personne apparemment consciente est voulu ou volontaire, sauf s’il y a des motifs de croire que l’accusé était incapable de le maîtriser. [Je souligne.]

De même que la Haute Cour était prête à déduire le caractère volontaire de la conscience, la preuve de l’absence de conscience peut étayer une allégation d’automatisme (c’est-à-dire, qu’il y avait absence de caractère volontaire). La question est de savoir ce qu’on entend par «absence de conscience» dans ce contexte. En l’espèce, le psychiatre du ministère public a prétendu qu’on ne pouvait pas considérer que l’appelant était inconscient au sens médical:

[TRADUCTION]

R Je ne suis pas certain du sens juridique du mot «inconscient», mais —

Q Au sens médical.

R Il n’était pas inconscient au sens médical. Inconscient signifie «être étendu complètement sur le sol». Selon les renseignements dont nous disposons, il n’était manifestement pas inconscient dans ce sens.

Sur le plan juridique, l’expression «perte de conscience» est utilisée dans le sens qu’il est démontré que l’accusé, comme le somnambule, [TRADUCTION] «ne savait pas ce qu’il faisait». (Voir *Parks, précité*, et *R. c. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168, à la p. 187.) Cela exclut la personne qui agit sous le coup de la provocation et dit «Je n’ai pas pu m’en empêcher», ou qui affirme simplement qu’elle est incapable d’expliquer un comportement qui ne lui ressemble pas: voir, de manière générale, les motifs de lord Denning dans *Bratty, précité*, à la p. 409, qui renferment la définition suivante de l’automatisme:

[TRADUCTION] ... une activité musculaire qui échappe au contrôle de l’esprit, tel un spasme, un réflexe ou une convulsion; ou un acte accompli par une personne qui n’a pas conscience de ce qu’elle fait, tel un acte

whilst suffering from concussion or whilst sleep-walking. [Emphasis added.]

Voluntary action presupposes a measure of conscious control. Dickson J. in *Rabey* allowed, at p. 522, that, “[a]t common law, a person who engaged in what would otherwise have been criminal conduct was not guilty of a crime if he did so in a state of unconsciousness or semi-consciousness” (emphasis added). In context, however, the reference to “semi-consciousness” was to a state of diminished awareness that negated control. I think Crown counsel’s submissions in oral argument were consistent with this approach. He submitted that automatism describes “involuntary behaviour that occurs without the minimum mental element necessary to will the act”, and “[i]t is the state of a person who, though capable of action, is incapable of knowing that the act is taking place” (emphasis added). His definitions encompassed the notions of awareness and control. I agree with the Crown’s submissions in this regard. Dr. Janke, the defence psychiatrist, used “consciousness” in the sense of awareness or control, as is clear from the following extracts from his evidence:

[A person] can, as in Mr. Stone’s case, have a fragment of memory and, fragmentary memory even before the attack, the actual attack on Donna Stone, and not be in a, not have any control over what they are actually doing.

Based on Mr. Stone’s descriptions of the events and my understanding of the circumstances from the other materials, it would be my opinion that he did not have control over his actions. [Emphasis added.]

At the same time, the evidence that the appellant recalled some weeks after the killing “stabbing twice and, then having the whooshing experience” raised an important problem for the trial judge. If it were contended that the appellant suffered a “black-out” of consciousness, and was incapable of exercising any conscious control over

accompli alors qu’elle souffre d’une commotion ou qu’elle est dans un état de somnambulisme. [Je souligne.]

L’acte volontaire suppose un degré de maîtrise consciente. Dans l’arrêt *Rabey*, précité, à la p. 522, le juge Dickson a reconnu que, «[e]n *common law*, une personne dont la conduite serait par ailleurs criminelle n’est pas coupable d’un acte criminel si elle a agi dans un état d’inconscience ou de demi-conscience» (je souligne). Dans cette affaire, toutefois, la «demi-conscience» était un état de lucidité amoindrie qui annulait toute maîtrise. Je crois que les observations faites par le substitut du procureur général au cours de sa plaidoirie étaient compatibles avec ce point de vue. Il a fait valoir que l’automatisme décrit [TRADUCTION] «un comportement involontaire qui se produit en l’absence de l’élément mental minimum nécessaire pour que l’acte soit voulu», et qu’«[i]l s’agit de l’état d’une personne qui, bien qu’elle soit capable d’agir, est incapable de savoir qu’elle est en train d’accomplir son acte» (je souligne). Ses définitions englobaient les notions de lucidité et de maîtrise. Je retiens les observations du ministère public sur ce point. Le Dr Janke, psychiatre de la défense, a employé le mot [TRADUCTION] «conscience» dans le sens de lucidité ou de maîtrise, comme l’indiquent clairement les extraits suivants de son témoignage:

[TRADUCTION] Il se peut qu’[une personne] ait des bribes de mémoire, une mémoire fragmentaire, comme dans le cas de M. Stone, même avant l’agression, l’agression même de Donna Stone, et qu’elle ne soit, qu’elle n’ait aucune maîtrise de l’acte qu’elle est en train d’accomplir.

Compte tenu de la description des faits donnée par M. Stone et de la compréhension des circonstances que j’ai acquise grâce aux autres documents, je dirais qu’il n’avait pas la maîtrise de ses actes. [Je souligne.]

En même temps, la preuve que l’appellant s’était souvenu, quelques semaines après l’homicide, de [TRADUCTION] «deux coups [de couteau] suivis de la sensation [d’être emporté]» posait un grave problème au juge du procès. Si on prétendait l’appellant a subi une «perte momentanée» de conscience et qu’il était incapable d’avoir la moindre maîtrise

his actions, voluntariness would be put in issue. The appellant would have identified an explanation for his lack of control, namely that he was unconscious at the time. If, however, the appellant was conscious, even for only the initial stab wounds, he would be confronted with the presumption of voluntariness for that period of time. The trial judge dealt with this issue as follows:

During the submissions by counsel, I indicated that my review of the authorities suggested that the defence of automatism was only available in the event that there is evidence of unconsciousness throughout the entire commission of a crime. That is the language used by Chief Justice Dickson. In this case, there is some evidence that the accused was aware and was not unconscious throughout the commission of the crime. He was able to testify before the court that he recalled stabbing his wife twice in the chest. The question at issue at this stage is whether that evidence takes this case out of the realm of automatism as a matter of law.

. . .

On my reading of the authorities, I conclude that the authorities do not exclude the possibility of the defence of automatism being available because an accused is able to have some recollection of what occurred.

In this case, it is my view that there is evidence of unconsciousness throughout the commission of the crime. The only evidence of recall is the recollection that came to the accused following a dream after he had gone to Mexico some days after the event.

That being the case, it seems to me that the defence has met the threshold test. . . .

The trial judge thus found, at the conclusion of a careful analysis, that a properly instructed jury, acting reasonably, could find that the appellant was unconscious “throughout the commission of the crime”. He found the evidence was capable (if believed) of satisfying the definition of automatism given by Dickson J. in *Rabey*. In these circumstances, “the defence of automatism should be available” (*Rabey, supra, per Dickson J.*, at p. 552). This initial ruling was not disturbed by the British Columbia Court of Appeal. This Court is thus confronted with concurrent findings on this

consciente de ses actes, la question du caractère volontaire entrerait en jeu. L’appelant aurait une explication de son absence de maîtrise, à savoir qu’il était alors inconscient. Toutefois, si l’appelant était conscient, ne serait-ce qu’au moment où il a asséné les premiers coups de couteau, la présomption de caractère volontaire relativement à cette période jouerait contre lui. Le juge du procès s’est prononcé sur ce point en ces termes:

[TRADUCTION] Au cours des observations des avocats, j’ai indiqué qu’il ressortait de mon examen de la jurisprudence que la défense d’automatisme ne pouvait être invoquée que lorsqu’il est établi qu’il y a eu perte de conscience tout au long de la perpétration du crime, pour reprendre les termes du juge en chef Dickson. En l’espèce, il est établi jusqu’à un certain point que l’accusé était lucide et n’était pas inconscient tout au long de la perpétration du crime. Il a été en mesure de témoigner devant le tribunal qu’il se souvenait avoir poignardé son épouse à la poitrine à deux reprises. Il s’agit maintenant de savoir si, en droit, cette preuve empêche d’invoquer la défense d’automatisme en l’espèce.

. . .

Selon mon interprétation de la jurisprudence, je conclus qu’elle n’écarte pas la possibilité d’invoquer la défense d’automatisme du fait que l’accusé a un certain souvenir de ce qui s’est passé.

Je suis d’avis qu’il est établi, en l’espèce, qu’il y a eu perte de conscience tout au long de la perpétration du crime. La seule preuve concernant la mémoire est celle du souvenir qui est revenu à l’accusé à la suite d’un rêve qu’il a fait pendant son séjour au Mexique, quelques jours plus tard.

Cela étant, il me semble que la défense a rempli la condition préliminaire . . .

Le juge du procès a donc décidé, au terme d’une analyse minutieuse, qu’un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement pourrait conclure que l’appelant était inconscient [TRADUCTION] «tout au long de la perpétration du crime». Il a conclu que cette preuve était susceptible (si on y ajoutait foi) de satisfaire à la définition de l’automatisme donnée par le juge Dickson dans *Rabey*. Dans ces circonstances, «l’automatisme devrait être un moyen de défense» (*Rabey, précité, le juge Dickson, à la p. 552*). La Cour d’appel de la Colombie-Britannique n’a pas modifié cette

crucial point. The remaining issue is whether there was any legal justification for depriving the appellant of the benefit of that evidentiary ruling, and taking the issue of automatism away from the jury.

(ii) Provocation and Automatism

41

The appellant relied on both automatism and provocation. It is important to differentiate these concepts. Automatism is not a medically repackaged and enhanced variant of the provocation defence, although provocation is sometimes put forward as a fallback position in the event automatism is rejected. As stated, a plea of automatism puts in issue the Crown's ability to prove its case. Provocation, under s. 232 of the *Code*, operates to reduce to manslaughter an established case of "[c]ulpable homicide that otherwise would be murder". The two concepts are quite distinct and their application depends on the nature of the impact on an accused of the triggering event.

42

In *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449, the accused, who was born in India, killed the woman he wanted to marry by stabbing her with a knife. The accused had travelled from Toronto to Regina to see the victim, a divorced mother of Hungarian origin, with whom he had had an on-again off-again romantic attachment for about seven years. From the victim's point of view, the romance had cooled. She wanted the accused out of her house and out of her life. Her son testified (at p. 459) that prior to the stabbing his mother had said, "I will not marry you because you are black", although the accused denied hearing this remark. Two or three of the victim's letters were produced by the accused to the victim's children. The victim tore up an envelope, symbolically ending the relationship. Events exploded. The victim was stabbed. This Court, in a divided decision, held that the defence of insane automatism had properly been left with the jury (which rejected it) and that the precipitating conduct did not amount to provocation because it did not constitute a "wrongful act

décision initiale. Notre Cour se trouve donc devant deux conclusions concordantes sur ce point crucial. Il reste à examiner s'il y avait une raison, en droit, de priver l'appelant du bénéfice de cette décision en matière de preuve, et de soustraire à l'appréciation du jury la question de l'automatisme.

(ii) Provocation et automatisme

L'appelant a invoqué à la fois l'automatisme et la provocation. Il importe de distinguer ces deux notions. L'automatisme n'est pas une nouvelle version améliorée apprêtée à la sauce médicale de la défense de provocation, même si la provocation est parfois invoquée comme solution de secours dans le cas où l'automatisme est rejeté. Comme nous l'avons vu, la défense d'automatisme met en cause la capacité du ministère public de faire sa preuve. La provocation, au sens de l'art. 232 du *Code*, a pour effet de réduire à un homicide involontaire coupable un cas prouvé d'«homicide coupable qui autrement serait un meurtre». Ce sont deux notions tout à fait distinctes, dont l'application dépend de l'incidence qu'a eu l'élément déclencheur sur l'accusé.

Dans l'affaire *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449, l'accusé, qui était né en Inde, avait poignardé à mort la femme qu'il voulait épouser. Il avait fait le voyage de Toronto à Regina pour voir la victime, une mère divorcée d'origine hongroise avec qui il entretenait une relation amoureuse intermittente depuis environ sept ans. Mais les sentiments de la victime s'étaient refroidis. Elle voulait que l'accusé sorte de sa maison et de sa vie. Son fils a témoigné (à la p. 459) qu'avant l'attaque à coups de couteau sa mère avait dit à l'accusé [TRADUCTION] «Je ne t'épouserai pas parce que tu es noir», mais ce dernier niait avoir entendu cette remarque. L'accusé a remis aux enfants de la victime deux ou trois lettres qu'il avait reçues d'elle. Celle-ci a déchiré une enveloppe, mettant symboliquement fin à la relation. Les événements se sont précipités. La victime a été poignardée. Notre Cour a statué, dans une décision partagée, que la défense d'automatisme avec aliénation mentale avait été soumise à bon droit à l'appréciation du jury (qui l'a rejetée) et que le comportement déclencheur ne

or insult” within the meaning of the *Code* (p. 473). The Court did not allow the jury to consider the plea of non-insane automatism. *Parnerkar* was a precursor to *Rabey* in this respect.

There would clearly be a concern about the prospect of conduct insufficient to ground provocation nevertheless being permitted to support non-insane automatism (or, to use the current term, non-mental disorder automatism), which, of course, may lead to an outright acquittal rather than a reduction from murder to manslaughter. The key distinction between the two concepts is that automatism relates to a lack of voluntariness in the accused, an essential element of the offence, while provocation is a recognition that an accused who “voluntarily” committed all the elements of murder may nevertheless have been provoked by a wrongful act or insult that would have been sufficient, on an objective basis, to deprive an ordinary person of the power of self-control. Thus, a constitutional challenge to the “objective” elements of the provocation defence failed, correctly in my view, in *R. v. Cameron* (1992), 71 C.C.C. (3d) 272 (Ont. C.A.), on the grounds that provocation did not arise for consideration until after the Crown had successfully established all of the “subjective” elements of unlawful homicide beyond a reasonable doubt. The provocation defence did not relieve the Crown of any element of its proof. Provocation simply operates, where applicable, to reduce murder to manslaughter. Thus, while evidence relating to the events preceding the commission of an offence may raise questions about both automatism and provocation, very different proof of facts must be made before either one of these issues can be left with the jury.

(iii) Onus of Proof

My colleague Bastarache J. proposes, at para. 179, that the Court take this opportunity to add to the evidential burden on the accused a second and

constituait pas de la provocation parce qu’il ne s’agissait pas d’«[une] action injuste ou d’[une] insulte» au sens du *Code* (p. 473). La Cour n’a pas permis au jury d’examiner la défense d’automatisme sans aliénation mentale. *Parnerkar* était précurseur de l’arrêt *Rabey* à cet égard.

On craignait nettement qu’un comportement insuffisant pour constituer de la provocation puisse justifier une défense d’automatisme sans aliénation mentale (ou pour utiliser l’expression courante, une défense d’automatisme sans troubles mentaux), qui peut évidemment mener à l’acquittement complet au lieu de réduire un meurtre à un homicide involontaire coupable. La distinction fondamentale entre les deux notions est que l’automatisme est lié à l’absence de caractère volontaire chez l’accusé, qui constitue un élément essentiel de l’infraction, alors que la provocation est une reconnaissance que l’accusé qui a accompli «volontairement» tous les éléments d’un meurtre peut néanmoins avoir été provoqué par un acte injuste ou une insulte qui auraient été objectivement suffisants pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. Ainsi, une contestation constitutionnelle des éléments «objectifs» de la défense de provocation a été rejetée, à juste titre selon moi, dans *R. c. Cameron* (1992), 71 C.C.C. (3d) 272 (C.A. Ont.), pour le motif que la provocation n’avait été invoquée qu’après que le ministère public eut fait la preuve hors de tout doute raisonnable de tous les éléments «subjectifs» d’un homicide illégal. La défense de provocation n’enlevait rien à la preuve que devait faire le ministère public. La provocation a seulement pour effet, le cas échéant, de réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable. Par conséquent, bien que la preuve des événements qui ont précédé la perpétration de l’infraction puisse soulever des questions tant sur l’automatisme que sur la provocation, une preuve des faits très différente est requise pour que l’un ou l’autre de ces questions puisse être soumise à l’appréciation du jury.

(iii) La charge de preuve

Mon collègue le juge Bastarache propose, au par. 179 de ses motifs, que la Cour saisisse l’occasion pour ajouter à la charge de présentation

more onerous obstacle, namely the persuasive or legal burden on the accused to establish automatism on a balance of probabilities. The onus issue does not truly arise on the facts of the appeal. The issue of non-mental disorder automatism was not put to the jury at all, and it is superfluous to consider what ought to have been said about onus had the trial judge done what he didn't do and, as the appeal is to be dismissed, he will never have to do in this case.

45

More importantly, piling the persuasive burden on top of the evidential burden represents a change in the law as settled by this Court in *Parks, supra*, only seven years ago. In his majority judgment in *Parks*, La Forest J. reproduced with approval, at p. 897, a portion of Dickson J.'s earlier dissent in *Rabey*. In that passage, Dickson J. was careful to emphasize that imposition of an evidential burden as a matter of policy to filter out frivolous claims did not in any way indicate that an accused carried any part of the persuasive or legal burden, whether on a balance of probabilities or otherwise. See *Rabey*, at p. 545:

The prosecution must prove every element of the crime charged. One such element is the state of mind of the accused, in the sense that the act was voluntary. The circumstances are normally such as to permit a presumption of volition and mental capacity. That is not so when the accused, as here, has placed before the court, by cross-examination of Crown witnesses or by evidence called on his own behalf, or both, evidence sufficient to raise an issue that he was unconscious of his actions at the time of the alleged offence. No burden of proof is imposed upon an accused raising such defence beyond pointing to facts which indicate the existence of such a condition [Emphasis added.]

La Forest J. in *Parks, supra*, added the following explanation at p. 897:

. . . [the judge] must determine whether there is some evidence on the record to support leaving the defence with the jury. This is sometimes referred to as laying the

qui incombe à l'accusé un second obstacle plus difficile à franchir, savoir la charge de persuasion ou charge ultime consistant à établir l'automatisme selon la prépondérance des probabilités. La question de la charge de preuve ne se pose pas vraiment d'après les faits du pourvoi. La question de l'automatisme sans troubles mentaux n'a pas du tout été soumise à l'appréciation du jury et il est inutile d'examiner ce qui aurait dû être dit au sujet de la charge de preuve si le juge du procès avait fait ce qu'il n'a pas fait et, comme le pourvoi doit être rejeté, ce qu'il n'aura jamais à faire en l'espèce.

Qui plus est, superposer la charge de persuasion à la charge de présentation représente une modification du droit établi, il y a seulement sept ans, par notre Cour dans l'arrêt *Parks*, précité. Dans les motifs majoritaires qu'il a rédigés dans cet arrêt, le juge La Forest a reproduit, en l'approuvant, à la p. 897, une partie de la dissidence antérieure du juge Dickson dans *Rabey*. Dans cet extrait, le juge Dickson a pris soin de souligner que l'imposition, pour des raisons d'ordre public, d'une charge de présentation destinée à exclure les allégations futiles n'indique nullement que l'accusé assume une partie de la charge de persuasion, selon la prépondérance des probabilités ou autrement. Voir *Rabey*, à la p. 545:

La poursuite doit prouver chacun des éléments de l'acte criminel imputé. Un de ces éléments est l'état mental de l'accusé, démontrant que l'acte est volontaire. En temps normal, les circonstances sont telles qu'elles permettent de présumer la volonté et la capacité mentale. Ce n'est pas le cas lorsqu'un accusé, comme en l'espèce, produit devant la cour, par le contre-interrogatoire des témoins de la poursuite ou par l'interrogatoire de ses propres témoins ou les deux à la fois, des éléments de preuve suffisants pour qu'on se demande s'il savait ce qu'il faisait lorsqu'il a commis l'infraction alléguée. La charge de la preuve qui incombe à un accusé qui fait valoir ce moyen de défense ne consiste qu'à souligner des faits qui indiquent l'existence d'un tel état . . . [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Parks*, précité, à la p. 897, le juge La Forest ajoute l'explication suivante:

. . . [le juge] doit déterminer si le dossier renferme une preuve justifiant la présentation de la défense au jury. C'est ce qu'on appelle parfois établir les fondements de

proper foundation for the defence; see *Bratty, supra*, at pp. 405 and 413. Thus an evidential burden rests with the accused, and the mere assertion of the defence will not suffice; see *Bratty*, at p. 414. [Emphasis added.]

The concept of an evidential burden is “a product of the jury system”, *per* J. Sopinka, S. Lederman and A. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 61. The authors contrast the evidential burden with the legal or persuasive burden as follows, at p. 58:

The significance of the evidential burden arises when there is a question as to which party has the right or the obligation to begin adducing evidence. It also arises when there is a question as to whether sufficient evidence has been adduced to raise an issue for determination by the trier of fact. The legal burden of proof normally arises after the evidence has been completed and the question is whether the trier of fact has been persuaded with respect to the issue or case to the civil or criminal standard of proof. The legal burden, however, ordinarily arises after a party has first satisfied an evidential burden in relation to that fact or issue.

It is no part of an “evidential burden” to require an accused to go on to satisfy the jury on a balance of probabilities or otherwise about the facts in issue — *per* Dickson C.J. in *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443, at p. 467:

The party with an evidential burden is not required to convince the trier of fact of anything, only to point out evidence which suggests that certain facts existed.

In neither *Rabey* nor *Parks* was it suggested, much less decided, that the accused should shoulder any part of the persuasive or legal burden of proof. On the contrary, the evidential burden was put forward in both cases as a safeguard against putting the Crown too quickly or too lightly to the task of discharging the persuasive or legal burden of proof.

This allocation of responsibilities is not without its critics. The Minister of Justice, in her 1993 *Proposals to amend the Criminal Code (general principles)*, suggested that the burden of proof in

la défense; voir *Bratty*, précité, aux pp. 405 et 413. Ainsi, [une charge de présentation] incombe à l'accusé qui ne peut se contenter de faire valoir la défense; voir *Bratty*, à la p. 414. [Je souligne.]

La notion de charge de présentation est le [TRADUCTION] «fruit du système de jury» (J. Sopinka, S. Lederman et A. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 61). Les auteurs opposent ainsi la charge de présentation à la charge de persuasion, à la p. 58:

[TRADUCTION] L'importance de la charge de présentation ressort lorsqu'il s'agit de savoir quelle partie a le droit ou l'obligation de commencer à produire sa preuve. Elle ressort également lorsqu'il s'agit de savoir si la preuve produite est suffisante pour soulever une question devant être tranchée par le juge des faits. La charge de persuasion entre normalement en jeu une fois terminée la présentation de la preuve, et il s'agit de savoir si le juge des faits est convaincu en ce qui concerne le fait ou le point litigieux, selon la norme de preuve applicable en matière civile ou criminelle. La charge de persuasion intervient normalement après qu'une partie s'est acquittée de sa charge de présentation relativement à ce fait ou à ce point litigieux.

La «charge de présentation» n'oblige nullement que l'accusé à convaincre ensuite le jury, selon la prépondérance des probabilités ou autrement, de l'existence des faits en cause — le juge en chef Dickson dans *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443, à la p. 467:

La partie à laquelle incombe la charge de présentation n'est pas tenue de convaincre le juge des faits de quoi que ce soit, elle n'a qu'à faire ressortir les éléments de preuve qui suggèrent l'existence de certains faits.

Dans les arrêts *Rabey* et *Parks*, on n'a nullement laissé entendre, et encore moins décidé, que l'accusé doit assumer une partie de la charge de persuasion. Au contraire, la charge de présentation a été présentée dans les deux cas comme un moyen d'éviter de confier, trop rapidement ou trop à la légère, au ministère public la tâche de s'acquitter de la charge de persuasion.

Cette répartition des responsabilités ne fait pas l'unanimité. Dans sa *Proposition de modification du Code criminel (principes généraux)* de 1993, le ministre de la Justice a recommandé que, dans tous

46

47

48

all cases of automatism be on a balance of probabilities by the party that raised the issue. Parliament has not seen fit to act on this recommendation. I do not believe, with respect, that the Court ought to take it upon itself to reverse the persuasive burden to the disadvantage of the accused simply because the Court may find an unenacted policy initiative more attractive than the established law. Parliament made a choice to impose a persuasive burden on a balance of probabilities in the case of mental disorder which includes mental disorder automatism. It did not do so in the case of non-mental disorder automatism. Any such imposition would require a justification under s. 1 of the *Charter*. On this appeal, however, neither the respondent nor any of the Attorneys General who intervened in the appeal (Canada, Ontario and Alberta) suggested that such a change of onus was either desirable or necessary.

les cas, la partie qui invoque l'automatisme soit tenue d'en faire la preuve selon la prépondérance des probabilités. Le législateur n'a pas jugé bon de donner suite à cette recommandation. En toute déférence, je ne crois pas que la Cour devrait prendre l'initiative d'inverser la charge de persuasion au détriment de l'accusé pour la seule raison qu'elle estime qu'une mesure d'ordre public d'origine non législative est plus attrayante que le droit établi. Le législateur a choisi d'imposer une charge de persuasion selon la prépondérance des probabilités dans le cas des troubles mentaux, qui incluent l'automatisme avec troubles mentaux. Il ne l'a pas fait dans le cas de l'automatisme sans troubles mentaux. L'imposition d'une telle charge devrait être justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Dans le présent pourvoi cependant, ni l'intimée ni aucun des procureurs généraux intervenants (Canada, Ontario et Alberta) n'a laissé entendre qu'un tel changement de la charge de preuve était souhaitable ou nécessaire.

49

In my view, the decisions of this Court in *Chaulk, supra*, and *Daviault, supra*, do not warrant a reversal of the persuasive burden. Such a reversal would create a potential for injustice where a jury is obliged to convict an accused who properly raised the issue of automatism even though the jury entertains a reasonable doubt about the voluntariness of the accused's conduct. In *Chaulk* the Court dealt with a statutory reverse onus in the context of insanity. Section 16(4) of the *Code* provided at the time that "[e]very one shall, until the contrary is proved, be presumed to be and to have been sane". The Court agreed that placing a burden of proof on the accused to persuade the jury of insanity on a balance of probabilities infringed the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, per Lamer C.J., at pp. 1330-31:

À mon avis, les arrêts *Chaulk* et *Daviault*, précités, de notre Cour ne justifient pas l'inversion de la charge de persuasion. Une telle inversion créerait un risque d'injustice dans le cas où un jury est tenu de déclarer coupable un accusé qui a soulevé à juste titre la question de l'automatisme, même s'il a un doute raisonnable quant au caractère volontaire de la conduite de ce dernier. Dans *Chaulk*, la Cour a examiné l'inversion de la charge de preuve que le par. 16(4) du *Code* prescrivait dans le contexte de l'aliénation mentale. Ce paragraphe prévoyait, à l'époque, que «[j]usqu'à preuve du contraire, chacun est présumé être et avoir été sain d'esprit». La Cour a convenu que l'imposition à l'accusé d'une charge de preuve l'obligeant à convaincre le jury, selon la prépondérance des probabilités, qu'il souffrait d'aliénation mentale violait la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte* (le juge en chef Lamer, aux pp. 1330 et 1331):

Section 16(4) allows a factor which is essential for guilt to be presumed, rather than proven by the Crown beyond a reasonable doubt. Moreover, it requires an accused to disprove sanity (or prove insanity) on a balance of probabilities; it therefore violates the presumption of innocence because it permits a conviction in

Or, le par. 16(4) permet que l'existence d'un facteur essentiel de culpabilité soit présumée, au lieu d'être prouvée par le ministère public hors de tout doute raisonnable. Par surcroît, il oblige l'accusé à réfuter qu'il était sain d'esprit (ou à démontrer l'aliénation) selon la prépondérance des probabilités; il viole par conséquent

spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused. [Emphasis in original.]

A majority of the Court saved the reverse onus under s. 1 based on evidence and submissions (p. 1337) of the “impossibly onerous burden of disproving insanity”. There has been no equivalent showing under s. 1 in this case.

In *Daviault*, on the other hand, a majority of the Court recognized an exception to the existing common law rule established in *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, that the *mens rea* of a general intent offence could not be negated by evidence of even extreme drunkenness. The Court was concerned that the common law rule violated the *Charter*. As Cory J. stated in *Daviault*, at p. 73:

In my opinion, the principles embodied in our *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and more specifically in ss. 7 and 11(d), mandate a limited exception to, or some flexibility in, the application of the Leary rule. [Emphasis added.]

The price of the “limited exception to” the *Leary* rule was that the accused, who experienced the steps by which he got himself drunk, was required to show, on a balance of probability, that the drunkenness induced an absence of awareness that was akin to a state of insanity or automatism. At p. 101, Cory J. explained:

This Court has recognized, in *R. v. Chaulk* . . . , that although it constituted a violation of the accused’s rights under s. 11(d) of the *Charter*, such a burden could be justified under s. 1. In this case, I feel that the burden can be justified. Drunkenness of the extreme degree required in order for it to become relevant will only occur on rare occasions. It is only the accused who can give evidence as to the amount of alcohol consumed and its effect upon him.

The Court thus concluded that a s. 1 justification had been established. Drunkenness is a matter of degree. It is a reasonably common phenomenon in its lesser manifestations. In its extreme form it

la présomption d’innocence parce qu’il permet une déclaration de culpabilité malgré l’existence d’un doute raisonnable dans l’esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l’accusé. [Souligné dans l’original.]

La Cour à la majorité s’est fondée sur la preuve et les observations (p. 1337) démontrant la «charge écrasante de prouver l’inexistence de l’aliénation», pour sauvegarder l’inversion de la charge de preuve en vertu de l’article premier. Dans la présente affaire, aucune démonstration équivalente n’a été faite en vertu de l’article premier.

Par ailleurs, dans *Daviault*, la Cour à la majorité a reconnu une exception à la règle de common law établie dans *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, selon laquelle la *mens rea* requise dans le cas d’une infraction d’intention générale ne pouvait pas être annulée même par une preuve d’ivresse extrême. La Cour craignait que la règle de common law ne viole la *Charte*. Comme le juge Cory l’a affirmé dans l’arrêt *Daviault*, à la p. 73:

À mon avis, les principes inscrits dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, et plus précisément à l’art. 7 et à l’al. 11d), exigent qu’on apporte une exception limitée, ou une certaine flexibilité, à l’application de la règle de l’arrêt Leary. [Je souligne.]

Le prix de l’«exception limitée» à la règle de l’arrêt *Leary* était que l’accusé, qui s’était enivré progressivement, était tenu d’établir, selon la prépondérance des probabilités, que l’ivresse avait entraîné une absence de conscience voisine de l’aliénation ou de l’automatisme. À la page 101, le juge Cory explique:

Dans l’arrêt *R. c. Chaulk* [. . .], notre Cour a reconnu qu’une telle charge, même si elle constituait une violation des droits de l’accusé en vertu de l’al. 11d) de la *Charte*, pouvait être justifiée en vertu de l’article premier. En l’espèce, j’estime que cette charge peut être justifiée. L’ivresse au degré extrême nécessaire pour constituer un facteur pertinent ne se produira qu’en de rares occasions. Seul l’accusé est en mesure de témoigner quant à la quantité d’alcool qu’il a consommée et aux effets que cela lui a causés.

La Cour a ainsi conclu qu’il y avait justification au sens de l’article premier. L’ivresse est une affaire de degrés. C’est un phénomène raisonnablement courant dans ses manifestations bénignes. Sous sa

may produce a potential defence akin to automatism to which special rules apply. *Daviault* did not suggest a reversal of the persuasive burden whenever the state of mind of an accused is successfully put in issue, in provocation for example (s. 232, *Linney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 646, *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37), or self-defence (s. 34, *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, *R. v. Malott*, [1998] 1 S.C.R. 123), or an accused's belief as to consent to an assault (s. 265(4), *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19, *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at pp. 682-83); in all such cases (and many others) the Crown carries the persuasive burden to negate a state of mind asserted by the accused, despite the fact that an accused is often in a better position than the Crown to shed light on his or her state of mind at the time of the alleged crime. The accused may be in a better position to shed light on most elements of the offence. The Crown did not ask for a reverse onus where non-insane automatism is in issue and therefore did not put forward a case for the application of s. 1. I do not believe the Court ought to embark on organizing its own s. 1 justification where none of the Attorneys General saw fit even to propose the shift of the persuasive onus much less to try to justify it.

forme extrême, elle peut engendrer une possibilité de défense voisine de l'automatisme, qui obéit à des règles particulières. L'arrêt *Daviault* ne propose pas l'inversion de la charge de persuasion chaque fois que l'état d'esprit de l'accusé est mis en doute avec succès comme, par exemple, dans le cas de la provocation (art. 232, *Linney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 646, *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37) ou de la légitime défense (art. 34, *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, *R. c. Malott*, [1998] 1 R.C.S. 123), ou encore dans celui de la croyance de l'accusé quant au consentement à des voies de fait (par. 265(4), *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19, *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, aux pp. 682 et 683); dans tous ces cas (et bien d'autres), le ministère public doit s'acquitter de la charge de persuasion consistant à établir l'inexistence de l'état d'esprit allégué par l'accusé, même si l'accusé est souvent mieux placé que le ministère public pour clarifier son état d'esprit au moment de la perpétration du crime reproché. Il se peut que l'accusé soit mieux placé pour clarifier la plupart des éléments de l'infraction. Le ministère public n'a pas demandé l'inversion de la charge de preuve dans le cas où l'automatisme sans aliénation mentale est en cause, et n'a donc pas avancé des arguments en faveur de l'application de l'article premier. Je ne crois pas que notre Cour devrait entreprendre de monter sa propre justification en vertu de l'article premier alors qu'aucun des procureurs généraux n'a même jugé bon de proposer le déplacement de la charge de persuasion, et encore moins de tenter de le justifier.

51

Courts in most other jurisdictions, including the United Kingdom, the United States, Australia and New Zealand, impose only an evidential burden on an accused. The persuasive or legal burden remains on the Crown — the United Kingdom: see *Bratty, supra, per* Viscount Kilmuir L.C., at p. 406, *per* Lord Denning, at p. 413, and *per* Lord Morris of Borth-y-Gest, at p. 416, and see *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1990), vol. 11(1), at para. 6; the United States: see *State v. Hinkle*, 489 S.E.2d 257 (W. Va. 1996), and see W. LaFave and A. Scott, *Substantive Criminal Law* (1986), vol. 1, at p. 545:

Seule une charge de présentation est imposée à l'accusé par les tribunaux de la plupart des autres ressorts, dont ceux du Royaume-Uni, des États-Unis, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande. La charge de persuasion continue d'incomber au ministère public — Royaume-Uni: voir *Bratty, précité*, le lord chancelier le vicomte Kilmuir, à la p. 406, lord Denning, à la p. 413, et lord Morris of Borth-y-Gest, à la p. 416, et voir *Halsbury's Laws of England* (4^e éd. 1990), vol. 11(1), au par. 6; États-Unis: voir *State c. Hinkle*, 489 S.E.2d 257 (W. Va. 1996), et voir W. LaFave et A. Scott, *Substantive Criminal Law* (1986), vol. 1, à la p. 545:

Some authority is to be found to the effect that the defendant has the burden of proving the defense of automatism. The prevailing view, however, is that the defendant need only produce evidence raising a doubt as to his consciousness at the time of the alleged crime. If the defense really is concerned with whether the defendant engaged in a voluntary act, an essential element of the crime, then it would seem that the burden of proof must as a constitutional matter be on the prosecution.

See also Australia: *Falconer*, *supra*, at p. 250, and *Hawkins v. The Queen* (1994), 72 A. Crim. R. 288 (H.C.), at pp. 292-93; and New Zealand: *R. v. Cottle*, [1958] N.Z.L.R. 999, at pp. 1007-8, and *Police v. Bannin*, [1991] 2 N.Z.L.R. 237 (H.C.), at p. 242.

This weight of criminal practice in comparable jurisdictions would make it awkward for an attorney general to argue that a reverse onus in this case is demonstrably justified “in a free and democratic society” within the meaning of s. 1 of the *Charter*, but, as stated, none of the Attorneys General who appeared before us even attempted to make this argument.

I am not persuaded, in any event, that the onus of proof would be decisive on the facts of this case. There were only two witnesses supporting automatism, the accused and his medical expert. If they were disbelieved, the Crown would have had no difficulty discharging its persuasive onus. If they were believed, on the other hand, switching the persuasive onus to the defence would not have saved the prosecution from defeat.

(b) *Ground 2: The Decision of this Court in Rabey, supra*

The Crown’s second principal submission is that even if it were to be found that the conduct of the appellant was involuntary, a majority of this Court in *Rabey, supra*, held that automatism which cannot be attributed to any external cause, such as a blow on the head, should be characterized as a

[TRADUCTION] Il existe des précédents selon lesquels la preuve de la défense d’automatisme incombe au défendeur. Le point de vue dominant veut toutefois que le défendeur ne soit tenu que de présenter une preuve suscitant un doute concernant la conscience qu’il avait au moment de la perpétration du crime reproché. Si la défense se préoccupe vraiment de la question de savoir si le défendeur a accompli un acte volontaire, un élément essentiel du crime, il semblerait alors que, sur le plan constitutionnel, la charge de preuve devrait incomber à la poursuite.

Voir également Australie: *Falconer*, précité, à la p. 250, et *Hawkins c. The Queen* (1994), 72 A. Crim. R. 288 (H.C.), aux pp. 292 et 293; Nouvelle-Zélande: *R. c. Cottle*, [1958] N.Z.L.R. 999, aux pp. 1007 et 1008, et *Police c. Bannin*, [1991] 2 N.Z.L.R. 237 (H.C.), à la p. 242.

L’importance de cette pratique en matière criminelle dans des ressorts comparables fait en sorte qu’un procureur général pourrait difficilement faire valoir que la justification d’une inversion de la charge de preuve en l’espèce peut se démontrer «dans le cadre d’une société libre et démocratique» au sens de l’article premier de la *Charte*, mais, comme nous l’avons vu, aucun des procureurs généraux qui ont comparu devant nous n’a même tenté d’avancer cet argument.

De toute façon, je ne suis pas convaincu que la charge de preuve serait déterminante suivant les faits de la présente affaire. Seuls deux témoins sont venus étayer l’automatisme, l’accusé et son expert en médecine. Si on ne les avait pas crus, le ministre public n’aurait eu aucune difficulté à s’acquitter de sa charge de persuasion. En revanche, si on les avait crus, le fait de transférer à la défense la charge de persuasion n’aurait pas empêché la poursuite d’échouer.

b) *Deuxième motif: l’arrêt Rabey, précité, de notre Cour*

Le deuxième argument principal du ministère public est que, même si on devait conclure que le comportement de l’appelant était involontaire, il reste que, dans l’arrêt *Rabey*, précité, notre Cour à la majorité a décidé que l’automatisme qui n’est pas attribuable à une cause externe, comme un

52

53

54

disease of the mind. The Crown says that an “ordinary person” could be assumed to have the capacity to shoulder such a “psychological blow” as was here inflicted on the appellant by his wife without dissociating. The cause of the appellant’s “dissociation”, if such it was, should therefore be attributed to a disease of the mind. The *Rabey* classification scheme, it was acknowledged, is not borrowed from medical science, but the Crown says it can be justified on the notion that “disease of the mind” is a legal not a medical concept. The result, says the Crown, is that, as the jury refused to accept the NCRMD plea, it was properly required to convict the accused without considering evidence (which the court has found to be reasonably capable of belief) that the conduct was involuntary.

coup à la tête, devrait être qualifié de maladie mentale. Le ministère public affirme qu’on pourrait présumer qu’une «personne ordinaire» est capable d’absorber un «choc psychologique» comme celui qui a été infligé à l’appelant par son épouse, sans sombrer dans un état de dissociation. La cause de la «dissociation» de l’appelant, si tant est qu’il y a eu dissociation, devrait donc être attribuée à une maladie mentale. Il a été reconnu que le régime de classification établi dans *Rabey* n’est pas emprunté à la médecine, mais le ministère public soutient qu’il peut se justifier par l’idée que l’expression «maladie mentale» est une notion juridique et non pas médicale. Il s’ensuit, d’affirmer le ministère public, qu’étant donné que le jury a rejeté la défense de NRCTM il était régulièrement tenu de déclarer l’accusé coupable sans examiner la preuve du caractère involontaire du comportement (jugée raisonnablement digne de foi par la cour).

55 While I have been using, to this point, the traditional terms “insane” and “non-insane” automatism, it is more convenient from this point onwards to refer to “mental disorder” automatism and “non-mental disorder” automatism. This is because the amendments to s. 16 of the *Code* made in 1991 (S.C. 1991, c. 43) removed all references to the term “insanity” from the *Code* and the common law terms should be correspondingly updated to minimize confusion.

Bien que j’aie utilisé jusqu’à maintenant les termes traditionnels automatisme «avec aliénation mentale» et automatisme «sans aliénation mentale», il sera désormais plus approprié de parler d’automatisme «avec troubles mentaux» et d’automatisme «sans troubles mentaux». Cela est dû au fait que les modifications apportées en 1991 (L.C. 1991, ch. 43) à l’art. 16 du *Code* ont retranché du *Code* toute mention de l’expression «aliénation mentale», de sorte que les expressions utilisées en common law devraient être mises à jour en conséquence afin de réduire les risques de confusion.

56 It is important to make careful note of the facts in *Rabey, supra*. The accused was an “emotionally immature” male student at the University of Toronto, who had become smitten by an attractive outgoing female student. She did not reciprocate his affections. In fact, she wrote a rather contemptuous and demeaning note about him to a friend. The note was never intended for the eyes of the accused, but it fell into his possession and he was devastated by what he read. The accused and the woman subsequently found themselves alone in a university building, at which point the accused, suffering what he said was a “psychological blackout”, brutally beat the woman whom he said he loved more than anyone else he had ever met.

Il importe de noter attentivement les faits de l’arrêt *Rabey*, précité. L’accusé, un étudiant à l’Université de Toronto, était «immature sur le plan affectif». Il s’était épris d’une étudiante séduisante et sociable, qui ne partageait pas ses sentiments. En fait, elle avait tenu, à son sujet, des propos plutôt méprisants et humiliants dans un billet adressé à une amie, qui ne devait pas être lu par l’accusé mais sur lequel il était tombé, et dont la lecture l’avait profondément blessé. Par la suite, l’accusé et la jeune fille s’étaient trouvés seuls ensemble dans un pavillon universitaire et l’accusé, souffrant de ce qu’il a appelé une «perte momentanée de conscience», a sauvagement battu la femme qu’il disait aimer plus que toute autre

Expert evidence called by the defence at trial supported the theory of a “blackout” induced by a psychological blow without any accompanying “disease of the mind”. The trial judge put the issue of non-mental disorder automatism to the jury, who acquitted. The Ontario Court of Appeal reversed that decision ((1977), 17 O.R. (2d) 1). Martin J.A. comprehensively reviewed the precedents and concluded, at p. 22, that the student had merely suffered one of “the ordinary stresses and disappointments of life which are the common lot of mankind” and was not entitled to the benefit of non-mental disorder automatism. Martin J.A. considered that the so-called “blow” would not have caused an ordinary person to black out. If it blacked out the accused, he must have been suffering from some mental frailty which the law would regard as a disease of the mind. In the absence of a disease of the mind, Martin J.A. seemed to feel, the evidence of a “blackout” from such a minor rebuff was simply not credible. Martin J.A. was clearly perturbed that the jury had acquitted on such evidence. The Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial at which the accused would be allowed to run only an insanity defence. The decision and the reasoning of Martin J.A. were adopted by a majority of this Court.

Critical to the analysis of Martin J.A. was the concept that a “psychological blackout” could be attributed to one of three sources: (1) an external cause such as a blow to the head in which case an accused would be entitled to raise non-mental disorder automatism, (2) an internal cause that would be likely to produce a similar psychological impact on a person of everyday sensibilities and psychological make-up, such as a person’s witnessing the killing of his or her own children, which could qualify as an “external” cause and which might (the point was left open) entitle an accused to plead non-mental disorder automatism, or (3) an internal cause which was triggered by no more

personne. Le témoignage de l’expert appelé à la barre par la défense étayait la thèse d’une «perte momentanée de conscience» provoquée par un choc psychologique et non associée à une «maladie mentale». Le juge du procès a soumis la défense d’automatisme sans troubles mentaux à l’appréciation du jury, qui a acquitté l’accusé. La Cour d’appel de l’Ontario a infirmé cette décision ((1977), 17 O.R. (2d) 1). Après avoir procédé à un examen exhaustif de la jurisprudence, le juge Martin a conclu, à la p. 22, que l’étudiant avait simplement connu [TRADUCTION] «le stress et les contrariétés courantes de la vie qui sont le lot commun de l’humanité» et qu’il ne pouvait pas invoquer l’automatisme sans troubles mentaux. Selon le juge Martin, le prétendu «choc» n’aurait pas provoqué de perte momentanée de conscience chez une personne ordinaire. S’il a eu cet effet chez l’accusé, c’est que celui-ci devait souffrir d’une fragilité mentale qui, en droit, serait considérée comme une maladie mentale. Le juge Martin semblait avoir le sentiment qu’il était simplement impossible de croire qu’une rebuffade aussi légère puisse provoquer une perte momentanée de conscience en l’absence d’une maladie mentale. Il était manifestement troublé par le fait que le jury avait prononcé l’acquittement en se fondant sur une telle preuve. La Cour d’appel a annulé le verdict d’acquittement et ordonné la tenue d’un nouveau procès, dans le cadre duquel l’accusé ne pourrait invoquer que la défense d’aliénation mentale. Notre Cour à la majorité a adopté la décision et le raisonnement du juge Martin.

Un élément crucial de l’analyse du juge Martin était l’idée que la «perte momentanée de conscience» était imputable à l’une des trois causes suivantes: (1) une cause externe comme un coup à la tête, auquel cas l’accusé pourrait invoquer la défense d’automatisme sans troubles mentaux, (2) une cause interne susceptible d’avoir une incidence psychologique semblable sur une personne dotée d’une sensibilité et d’une constitution psychologique ordinaires, comme la personne qui assiste au meurtre de son propre enfant, laquelle cause pourrait être assimilée à une cause «externe» et permettre (cette question n’ayant toutefois pas été réglée) à l’accusé d’invoquer l’automatisme

than “the ordinary stresses and disappointments of life”. In the absence of any other credible explanation, the cause of the automatism in the third scenario would be deemed to be a “disease of the mind”. It was held in *Rabey* that the accused fell into this third scenario since Martin J.A. concluded that an ordinary person would not have become dissociated in such a situation. Therefore, under the three-part model, the only automatism defence open to Rabey was mental disorder automatism. A relevant consideration was the sense that “[e]xternal influences on the accused are perceived as less likely than internal ones to present a danger in the future” (I. Grant, D. Chunn and C. Boyle, *The Law of Homicide* (loose-leaf), at p. 6-118).

sans troubles mentaux, ou (3) une cause interne qui a été déclenchée tout au plus par «le stress et les contrariétés courantes de la vie». En l’absence de toute autre explication crédible, la cause de l’automatisme, dans le troisième scénario, serait réputée être une «maladie mentale». Il a été statué, dans *Rabey*, que c’était le troisième scénario qui s’appliquait dans le cas de l’accusé puisque le juge Martin a conclu qu’une personne ordinaire n’aurait pas sombré dans un état de dissociation dans de telles circonstances. Par conséquent, selon le modèle à trois volets, la seule défense d’automatisme que Rabey pouvait invoquer était celle de l’automatisme avec troubles mentaux. Un facteur pertinent était le sentiment que [TRADUCTION] «[l]es influences externes que subit l’accusé sont perçues comme moins susceptibles que les influences internes de présenter un risque à l’avenir» (I. Grant, D. Chunn et C. Boyle, *The Law of Homicide* (feuilles mobiles), à la p. 6-118).

58 Martin J.A. was clearly unimpressed with the idea that a university student’s unrequited love could sustain the theory of a psychological blow causing dissociation leading to a violent assault. Rabey, he thought, was either suffering from a disease of the mind or his description of events was to be disbelieved.

Le juge Martin n’était manifestement pas impressionné par l’idée que l’amour non partagé d’un étudiant universitaire pouvait étayer la thèse du choc psychologique ayant provoqué un état de dissociation à l’origine d’une agression brutale. Selon lui, ou Rabey était atteint d’une maladie mentale ou il ne fallait pas ajouter foi à sa description des faits.

(i) The Concept of Disease of the Mind

(i) La notion de maladie mentale

59 The *Rabey* analysis puts the concept of “disease of the mind” at the centre of the automatism analysis. By expanding the definition of “disease of the mind”, the courts have expanded the role of NCRMD, and contracted the area of human conduct that potentially leads to an outright acquittal on the basis of the Crown’s failure to prove the *actus reus* of the offence. Given this crucial control function, it is not surprising that the courts have insisted that the definition of “disease of the mind” must be a matter of law, and is not to be dictated by medical experts.

L’analyse faite dans l’arrêt *Rabey* situe la notion de «maladie mentale» au cœur de l’examen de l’automatisme. En élargissant la définition de «maladie mentale», les tribunaux ont élargi le rôle de la NRCTM et ont réduit le champ des comportements humains qui peuvent mener à l’acquiescement complet en raison de l’omission du ministère public d’établir l’*actus reus* de l’infraction. Compte tenu de ce rôle décisif, il n’est pas étonnant que les tribunaux aient insisté pour que la définition de «maladie mentale» soit une question de droit et ne soit pas dictée par des experts en médecine.

60 Medical input, of course, is nevertheless an essential component. As La Forest J. stated in

Il est évident que l’apport médical est néanmoins un élément essentiel. Comme le juge

Parks, supra, at p. 898, quoting Martin J.A. in *Rabey, supra*, at p. 12:

“Disease of the mind” is a legal term, not a medical term of art; although a legal concept, it contains a substantial medical component as well as a legal or policy component.

Martin J.A. described the “policy function” in *Rabey*, at p. 12, as relating to:

. . . (a) the scope of the exemption from criminal responsibility to be afforded by mental disorder or disturbance, and (b) the protection of the public by the control and treatment of persons who have caused serious harms while in a mentally disordered or disturbed state.

Having regard to the policy component, Martin J.A., at p. 14 went on to demonstrate that the legal concept of “disease” of the mind includes disorders which have no organic or physical cause, and includes “purely functional disorders which, so far as is known, have no physical cause”, and may be “permanent or temporary, curable or incurable . . . [or] recurring or non-recurring”. In this case the medical experts differed over whether the appellant had conscious control over his actions at the time of the killing, but they were unanimous that the appellant did not suffer from any condition that medicine would recognize as a “disease of the mind”.

(ii) This Court’s Subsequent Decision in *Parks*

This Court’s decision in *Rabey* must now be read in light of the subsequent attempt to apply its analytical framework to the case of a sleepwalker in *Parks*. La Forest J. in *Parks* appeared to accept many of the policy considerations that preoccupied the Court in *Rabey* while rejecting any mechanical application of the *Rabey* criteria for classifying cases into what we would now call mental disorder automatism or non-mental disorder automatism.

La Forest l’a affirmé dans *Parks*, précité, à la p. 898, en citant les propos tenus par le juge Martin dans *Rabey*, précité, à la p. 12:

[TRADUCTION] «Maladie mentale» est une expression juridique, non une expression du vocabulaire médical; bien que ce soit une notion juridique, elle renferme un élément médical important ainsi qu’un élément juridique ou d’ordre public.

Le juge Martin a expliqué dans *Rabey*, à la p. 12, que la fonction d’ordre public se rapportait:

[TRADUCTION] . . . a) à la mesure dans laquelle le trouble mental permet d’échapper à la responsabilité criminelle, et b) à la protection du public par la surveillance et le traitement des personnes qui ont causé des préjudices graves pendant qu’elles étaient dans un état de trouble mental.

Quant à l’élément d’ordre public, le juge Martin a ensuite démontré, à la p. 14, que la notion juridique de «maladie» mentale englobe des troubles qui ne sont pas d’origine organique ou physique, ainsi que des [TRADUCTION] «troubles purement fonctionnels qui, pour autant qu’on le sache, n’ont pas de cause physique», et qui peuvent être «chroniques ou temporaires, curables ou incurables [. . .] récurrents ou non». En l’espèce, les experts en médecine ne s’entendaient pas sur la question de savoir si l’appellant avait la maîtrise consciente de ses actes au moment de l’homicide, mais ils ont convenu à l’unanimité que l’appellant ne souffrait d’aucune affection que la médecine qualifierait de «maladie mentale».

(ii) L’arrêt *Parks* rendu ultérieurement par notre Cour

L’arrêt *Rabey* de notre Cour doit maintenant être interprété à la lumière de la tentative ultérieure d’appliquer son cadre analytique au cas d’un somnambule dans *Parks*, précité. Dans ce dernier arrêt, le juge La Forest a paru accepter un bon nombre des considérations d’ordre public qui préoccupaient notre Cour dans *Rabey*, mais il a rejeté toute application automatique des critères de *Rabey* pour classer les affaires dans ce que nous appellerions maintenant la catégorie de l’automatisme avec troubles mentaux ou celle de l’automatisme sans troubles mentaux.

62 In *Parks*, the accused, in a state of somnambulism, killed his mother-in-law and severely assaulted his father-in-law. The jury accepted the expert evidence that the conduct of the accused, while asleep, was involuntary. The Crown appealed the acquittal to the Ontario Court of Appeal, which affirmed the verdict, and again to this Court, which unanimously dismissed the appeal.

63 The Crown took the position in *Parks*, based on its analysis of *Rabey*, that somnambulism is an “internal” cause of automatism, and the accused sleepwalker would therefore have to prove on a balance of probabilities that he was NCRMD. In the course of rejecting this submission, La Forest J. in *Parks* identified two policy-driven considerations, namely the “continuing danger” and “internal cause” theories, at p. 901:

The continuing danger theory holds that any condition likely to present a recurring danger to the public should be treated as insanity. The internal cause theory suggests that a condition stemming from the psychological or emotional make-up of the accused, rather than some external factor, should lead to a finding of insanity. The two theories share a common concern for recurrence, the latter holding that an internal weakness is more likely to lead to recurrent violence than automatism brought on by some intervening external cause.

64 Sleepwalking did not fit the *Rabey* analysis. While possibly associated with certain external stimuli, sleepwalking springs from the workings of the internal recesses of the brain, and would therefore have to be classified by proponents of the internal cause theory as a “disease of the brain”. However, few people would equate sleepwalking with insanity. Martin J.A. sought to qualify his analysis by identifying sleepwalking as a “separate category” (at p. 17), but in *Parks*, La Forest J. saw sleepwalking as undermining the utility of the internal cause theory itself, which he therefore downgraded to an “analytical tool” (at p. 902).

Dans *Parks*, l’accusé, en état de somnambulisme, a tué sa belle-mère et blessé grièvement son beau-père. Le jury a accepté le témoignage d’expert selon lequel les actes accomplis par l’accusé pendant qu’il dormait étaient involontaires. Le ministère public en a appelé de l’acquittement devant la Cour d’appel de l’Ontario, qui a confirmé le verdict, puis devant notre Cour, qui a rejeté son pourvoi à l’unanimité.

Dans *Parks*, le ministère public s’est appuyé sur son analyse de *Rabey* pour prétendre que le somnambulisme est une cause «interne» d’automatisme et que l’accusé, qui était somnambule, devrait donc prouver selon la prépondérance des probabilités qu’il était non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux. En rejetant cet argument dans *Parks*, le juge La Forest a mentionné deux considérations d’ordre public, soit la théorie du «risque subsistant» et celle de la «cause interne» (à la p. 901):

La théorie du risque subsistant dit que tout état comportant vraisemblablement la récurrence d’un danger pour le public devrait être traité comme une aliénation mentale. La théorie de la cause interne dit qu’un état dont l’origine tient à la constitution psychologique ou émotionnelle de l’accusé, par opposition à un facteur externe, devrait entraîner une conclusion d’aliénation mentale. Les deux théories révèlent une même préoccupation à l’égard de la récurrence, la deuxième disant qu’une faiblesse interne est plus susceptible d’entraîner une violence récurrente que l’automatisme provoqué par une cause externe.

Le somnambulisme ne cadrerait pas avec l’analyse de *Rabey*. Bien qu’il puisse être associé à certains stimuli externes, le somnambulisme est le fruit du fonctionnement cérébral interne et devrait, par conséquent, être classé comme une «maladie mentale» par les tenants de la théorie de la cause interne. Peu de gens, toutefois, assimilent le somnambulisme à l’aliénation mentale. Le juge Martin a tenté de nuancer son analyse en affirmant qu’il constituait une [TRADUCTION] «catégorie distincte» (à la p. 17), mais, dans l’arrêt *Parks*, le juge La Forest a considéré que cet état minait l’utilité de la théorie même de la cause interne, qu’il a donc reléguée au rang d’«instrument d’analyse» (à la p. 902).

I believe the Court was correct in *Parks* to dissociate itself from a mechanical application of the *Rabey* analysis. In the first place, an overly rigid application of the “internal cause” theory produces anomalous distinctions. In *R. v. Quick*, [1973] 3 All E.R. 347 (C.A.), the accused had assaulted his victim under the influence of an insulin injection, and Lawton L.J. utilized the notion of external cause (i.e., the injection) to negate the existence of a disease of the mind. On the other hand, in *R. v. Hennessy* (1989), 89 Cr. App. R. 10 (C.A.) it was held that the involuntary conduct of a diabetic who failed to take his insulin was internally caused (by his diabetes) and must thus be considered an expression of insanity. The differing treatment of diabetes, based on factors which have nothing to do with the underlying nature of the condition, demonstrates the potential artificiality of the analysis, and thus its limitations.

In the second place, the elastic notion of “mental disorder” can be expanded to the point where it ceases to have any utility for classification. The elasticity of use is not confined to the legal profession. E. Tollefson and B. Starkman note in their *Mental Disorder in Criminal Proceedings* (1993), at p. 53, the view of the Canadian Psychiatric Association that all causes of automatism are mental disorders, as they see the world. From a legal perspective, however, classification of a problem as a “mental disorder” has to be given some substantive content, or s. 16 and Part XX.1 of the *Code* (and its tests descended from the M’Naghten Rules (*M’Naghten’s Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718)) may be imposed inappropriately. As pointed out by Williams, *supra*, at p. 676:

The courts should eschew any effort to discourage the defence of dissociation by interpreting it as evidence of insanity, or by withholding psychiatric evidence from the jury. The defence, if supported by medical evidence, should be adjudicated upon by the triers of fact, and if successful should result in an ordinary acquittal. But what is urgently needed is that the psychiatrist who deposes to dissociation in improbable circumstances should be subjected to skilled and deeply sceptical

Je crois que, dans *Parks*, notre Cour a eu raison de se dissocier d’une application automatique de l’analyse de *Rabey*. En premier lieu, une application trop rigide de la théorie de la «cause interne» engendre des distinctions anormales. Dans *R. c. Quick*, [1973] 3 All E.R. 347 (C.A.), l’accusé avait agressé sa victime sous l’influence d’une injection d’insuline, et le lord juge Lawton a eu recours à la notion de cause externe (c’est-à-dire l’injection) pour nier l’existence d’une maladie mentale. Par ailleurs, dans *R. c. Hennessy* (1989), 89 Cr. App. R. 10 (C.A.), il a été jugé que la conduite involontaire d’un diabétique qui avait omis de s’administrer son insuline constituait une cause interne (en raison de son diabète) et devait donc être considérée comme une manifestation d’aliénation mentale. Ce traitement différent du diabète, selon des facteurs qui n’ont rien à voir avec la nature sous-jacente de l’affection, démontre la facticité potentielle de l’analyse et, ainsi, ses limites.

En deuxième lieu, la notion élastique de «maladie mentale» peut être étirée au point de perdre toute utilité à des fins de classification. L’utilisation élastique ne se limite pas à la profession juridique. E. Tollefson et B. Starkman soulignent, dans *Mental Disorder in Criminal Proceedings* (1993), à la p. 53, le point de vue de l’Association des psychiatres du Canada, selon lequel toutes les causes d’automatisme sont des troubles mentaux. Du point de vue juridique, toutefois, la classification d’un problème comme étant un «trouble mental» doit avoir un fondement, sinon l’art. 16 et la partie XX.1 du *Code* (et ses critères émanant des règles de M’Naghten (*M’Naghten’s Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718)) risquent d’être appliqués à tort. Comme l’a souligné Williams, *op. cit.*, à la p. 676:

[TRADUCTION] Les tribunaux devraient éviter de s’efforcer de décourager le recours à la défense de dissociation en l’interprétant comme une preuve d’aliénation mentale ou en refusant de soumettre une preuve psychiatrique à l’appréciation du jury. Ce sont les juges des faits qui devraient se prononcer sur ce moyen de défense, s’il est étayé d’une preuve médicale et, si le moyen est accepté, il devrait entraîner un acquittement ordinaire. Mais ce qui est le plus instamment nécessaire, c’est que les psychiatres qui témoignent à l’appui de la défense de dissociation dans des circonstances

cross-examination, and that the Crown should, where possible, call counter-evidence.

Williams' concern about proper evidence is met, I think, by Dickson J.'s description of the evidential burden in *Rabey*.

67 Thirdly, the jurisprudential root of the "internal cause" theory is suspect. *Rabey* traced the doctrine to *Quick*, but as was also pointed out by Williams, *supra*, at p. 675:

To say that the presence of an external cause of mental trouble saves a man from the imputation of madness, as was held in *Quick*, does not imply that the absence of an external cause necessarily means that he is mad.

68 Fourthly, *Rabey* contemplated that some psychological blows could be classified as internal causes and others as external causes. Thus Ritchie J. adopted in *Rabey*, at p. 520, the following observation of Martin J.A. in the Ontario Court of Appeal at p. 22:

... the ordinary stresses and disappointments of life which are the common lot of mankind do not constitute an external cause constituting an explanation for a malfunctioning of the mind which takes it out of the category of a "disease of the mind". To hold otherwise would deprive the concept of an external factor of any real meaning.

Nevertheless, a psychological blow sufficient to unhinge the ordinary person could potentially open up a plea of non-mental disorder automatism, *per* Martin J.A. at p. 22, cited by Ritchie J., at p. 520:

I leave aside until it becomes necessary to decide them, cases where a dissociative state has resulted from emotional shock without physical injury, resulting from such causes, for example, as being involved in a serious accident although no physical injury has resulted; being the victim of a murderous attack with an uplifted knife, notwithstanding that the victim has managed to escape physical injury; seeing a loved one murdered or seriously assaulted, and the like situations. Such extraordinary external events might reasonably be presumed to

improbables soient habilement contre-interrogés avec beaucoup de scepticisme et que le ministère public présente, si possible, une preuve contraire.

J'estime que la description de la charge de présentation faite par le juge Dickson, dans *Rabey*, règle la préoccupation exprimée par Williams au sujet de la preuve à soumettre.

En troisième lieu, le fondement jurisprudentiel de la théorie de la «cause interne» est douteux. D'après l'arrêt *Rabey*, cette théorie remonte à l'arrêt *Quick*, mais, comme l'a également souligné Williams, *op. cit.*, à la p. 675:

[TRADUCTION] Affirmer que l'existence d'une cause externe de troubles mentaux empêche d'imputer la démence à une personne, comme il a été conclu dans *Quick*, n'implique pas que l'absence de cause externe signifie nécessairement qu'elle était démente.

En quatrième lieu, l'arrêt *Rabey* prévoit que certains chocs psychologiques pouvaient être classés parmi les causes internes et d'autres parmi les causes externes. Ainsi, à la p. 520 de cet arrêt, le juge Ritchie adopte l'observation suivante exprimée par le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario, à la p. 22:

[TRADUCTION] ... le stress et les contrariétés courantes de la vie qui sont le lot commun de l'humanité ne constituent pas une cause externe qui peut servir d'explication à un déséquilibre mental et le sortir de la catégorie «maladie mentale». Conclure en sens contraire équivaldrait à enlever toute signification à la notion du facteur externe.

Néanmoins, un choc psychologique suffisant pour faire perdre la raison à une personne ordinaire pourrait donner ouverture à une défense d'automatisme sans troubles mentaux (le juge Martin, à la p. 22, cité par le juge Ritchie, à la p. 520):

[TRADUCTION] Je laisse de côté, jusqu'à ce qu'ils se présentent, les cas où l'état de dissociation résulte d'un choc émotionnel sans blessures physiques: par exemple le fait d'avoir été impliqué dans un accident grave sans avoir subi de blessures physiques, d'avoir été victime d'un assaillant brandissant un couteau tout en ayant échappé à des blessures physiques, d'avoir vu un être cher assassiné ou gravement agressé, etc. On peut à juste titre présumer qu'une personne normale ordinaire puisse être affectée par ce genre d'événement externe

affect the average normal person without reference to the subjective make-up of the person exposed to such experience. [Emphasis added.]

The introduction of an “average normal person” test would potentially inject an objective fault standard into the Crown’s burden of proof of the *actus reus* and *mens rea*, and thereby create *Charter* problems: see *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, and *Cameron, supra*, at pp. 273-74, per Doherty J.A. More pertinent, for present purposes, is the point made in the dissent of Dickson J., in *Rabey*, at p. 548:

It is not clear to me why, as a matter of law, an emotional blow, which can be devastating, should be regarded as an external cause of automatism in some circumstances and an internal cause in others. . . .

In short, the conceptual problems associated with the “internal cause” theory amply justify downgrading its status to an “analytical tool” (*Parks*, p. 902). A judicially created construct such as the “internal cause theory” does not justify taking away from the jury any case of “lack of consciousness throughout the commission of the offence” just because the accused is unable to identify a specific “external cause”. Such an accused, who has met the evidential burden of showing that his or her conduct was unconscious and involuntary should not always be absorbed into what would in his or her case be an artificial debate developed in the context of conscious conduct about whether the accused lacked the capacity to appreciate “the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong”.

The other philosophical root of the *Parks* analysis is the “continuing danger” theory. The law on automatism is correctly concerned with public safety, and one problem is how to assess the likelihood of recurrence of the violent conduct. As mentioned by Devlin J. in *Hill v. Baxter*, [1958] 1 Q.B. 277, at pp. 285-86:

extraordinaire, sans qu’intervienne la constitution subjective de la personne exposée à pareille expérience. [Je souligne.]

L’adoption d’un critère de la «personne normale ordinaire» est susceptible d’insuffler une norme de faute objective dans l’obligation du ministère public d’établir l’*actus reus* et la *mens rea*, et, par conséquent, de créer des problèmes de *Charte*: voir *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, et *Cameron*, précité, aux pp. 273 et 274, le juge Doherty. La remarque que fait le juge Dickson, dissident, dans l’arrêt *Rabey*, à la p. 548, est encore plus pertinente aux fins du présent pourvoi:

Je ne vois pas clairement pourquoi, en droit, un choc émotionnel, qui peut être dévastateur, devrait être considéré dans certains cas comme une cause externe d’automatisme et dans d’autres cas comme une cause interne . . .

Bref, les problèmes conceptuels liés à la théorie de la «cause interne» justifient amplement de n’y voir qu’un «instrument d’analyse» (*Parks*, p. 902). Une création jurisprudentielle comme la théorie de la «cause interne» ne justifie pas de soustraire à l’appréciation du jury tous les cas d’«absence de conscience tout au long de la perpétration de l’infraction», pour la seule raison que l’accusé est incapable d’identifier une «cause externe» précise. Un tel accusé, qui s’est acquitté de la charge de présentation consistant à démontrer que son comportement était inconscient et involontaire, ne devrait pas toujours se retrouver au centre de ce qui, dans son cas, serait un débat artificiel, émanant du contexte d’un comportement conscient, sur la question de savoir s’il était incapable de juger «de la nature et de la qualité de l’acte ou de l’omission, ou de savoir que l’acte ou l’omission était mauvais».

L’autre fondement philosophique de l’analyse de *Parks* est la théorie du «risque subsistant». Le droit en matière d’automatisme se soucie à juste titre de la sécurité du public, et un problème est de savoir comment évaluer la probabilité de récurrence du comportement violent. Comme le juge Devlin l’a mentionné dans *Hill c. Baxter*, [1958] 1 Q.B. 277, aux pp. 285 et 286:

For the purposes of the criminal law there are two categories of mental irresponsibility, one where the disorder is due to disease and the other where it is not. The distinction is not an arbitrary one. If disease is not the cause, if there is some temporary loss of consciousness arising accidentally, it is reasonable to hope that it will not be repeated and that it is safe to let an acquitted man go entirely free. But if disease is present, the same thing may happen again, and therefore, since 1800 [Criminal Lunatics Act, 1800], the law has provided that persons acquitted on this ground should be subject to restraint. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] On distingue aux fins du droit pénal deux catégories d'irresponsabilité mentale, celle où les troubles mentaux sont provoqués par la maladie et celle où ils ne le sont pas. La distinction n'est pas arbitraire. Si la cause n'est pas la maladie, s'il y a accidentellement une perte temporaire de conscience, il est raisonnable d'espérer qu'il n'y aura pas de rechute et qu'il sera sans danger de remettre en liberté absolue une personne qui a été acquittée. Mais s'il y a maladie, la même chose peut encore se reproduire et c'est pourquoi depuis 1800 [depuis la Criminal Lunatics Act, 1800], la loi prévoit la détention des personnes acquittées pour ce motif. [Je souligne.]

70 The danger of recurrence was also cited by Lord Denning in *Bratty*, *supra*, at p. 410:

Le danger de récurrence a également été mentionné par lord Denning dans *Bratty*, précité, à la p. 410:

Suppose a crime is committed by a man in a state of automatism or clouded consciousness due to a recurrent disease of the mind. Such an act is no doubt involuntary, but it does not give rise to an unqualified acquittal, for that would mean that he would be let at large to do it again. The only proper verdict is one which ensures that the person who suffers from the disease is kept secure in a hospital so as not to be a danger to himself or others. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Supposons qu'un homme commette un crime alors qu'il est dans un état d'automatisme ou que sa conscience est troublée à cause d'un nouvel accès de maladie mentale. Il ne fait aucun doute que cet acte est involontaire, mais il reste qu'il ne peut donner lieu à un acquittement inconditionnel car cela signifierait le laisser en liberté et lui permettre de recommencer. Le seul verdict valable est celui qui garantit la détention, dans un hôpital, de la personne qui souffre de la maladie afin qu'elle soit protégée dans son intérêt et dans celui des autres. [Je souligne.]

71 Dickson J., in *Rabey*, also sought to relate the public policy concern about insanity to the "continuing danger theory". While neither the M'Naghten Rules nor s. 16 of the *Code* say anything explicitly about the danger of recurrence, the fact is that an isolated act of violent behaviour, however serious, presents different public policy issues than does conduct rooted in imbecility or other organic disease of the mind which has struck once and may prompt a further act of violence in future. The risk of recurrence is thus legitimately part of the "policy component" of the legal analysis of "disease of the mind".

Dans *Rabey*, le juge Dickson a également cherché à lier à la «théorie du risque subsistant» la préoccupation d'ordre public relative à l'aliénation mentale. Même si les règles de M'Naghten et l'art. 16 du *Code* ne parlent pas expressément du danger de récurrence, il reste qu'un cas isolé de comportement violent, si grave soit-il, soulève des questions d'ordre public différentes de celles qu'un comportement résultant de la faiblesse d'esprit ou d'une autre maladie mentale organique qui s'est manifestée à une occasion et qui est susceptible de provoquer un autre acte de violence à l'avenir. Le risque de récurrence fait donc légitimement partie de l'«élément d'ordre public» de l'analyse juridique de la «maladie mentale».

72 La Forest J. in *Parks* cited with approval, at pp. 906-7, the English Court of Appeal (Criminal Division) in *R. v. Burgess*, [1991] 2 All E.R. 769, at p. 774:

Aux pages 906 et 907 de l'arrêt *Parks*, le juge La Forest cite, en les approuvant, les propos tenus par la Cour d'appel d'Angleterre (Division criminelle) dans *R. c. Burgess*, [1991] 2 All E.R. 769, à la p. 774:

It seems to us that if there is a danger of recurrence that may be an added reason for categorising the condition as a disease of the mind. On the other hand, the absence of the danger of recurrence is not a reason for saying that it cannot be a disease of the mind.

Thus La Forest J. concluded, at p. 905, that the “continuing danger” theory is simply “a factor at the policy stage of the inquiry”. In the present case, neither psychiatrist considered recurrence a significant possibility.

In the circumstances, I do not think that the majority decision in *Rabey* justified the courts in British Columbia in depriving the appellant of the benefit of the evidentiary ruling in his favour on the issue of involuntariness. Where, as here, the trial judge concludes that there was evidence reasonably capable of belief that the accused was in fact unconscious throughout the commission of the offence, it is not fatal if the accused fails to go on to establish a cause of that state of alleged unconsciousness which the courts can describe as “external”. As it is rare for an accused to meet even an evidential burden in this sort of case, it is not realistic to talk of a “floodgates” problem. The defence psychiatrist, trained to spot feigned symptoms, says that in his opinion the testimony of the appellant is credible, and finds the symptoms described by the appellant to be credibly related to the alleged unconsciousness. An inability to identify the mechanism of the brain that allegedly rendered him unconscious, except in the very general terms offered by Dr. Janke, may of course undermine the credibility of his story that he lost consciousness in the first place. However, the task of the appellant was to demonstrate the fact of unconsciousness (in the sense of lack of awareness and control). It was not incumbent upon him to satisfy the court as to the cause of his condition or lose the benefit of the evidentiary ruling. In effect, *Rabey* takes the involuntariness defence which the accused seeks to raise and substitutes for it an insanity defence which neither the accused nor the medical experts can plausibly support. At this point, it is worth

[TRANSDUCTION] Il nous semble que l’existence du danger de récurrence fournit un motif supplémentaire de qualifier l’état en cause de maladie mentale. Par ailleurs, l’absence de danger de récurrence ne permet pas d’affirmer qu’il ne peut s’agir d’une maladie mentale.

Le juge La Forest a donc conclu, à la p. 905, que la théorie du «risque subsistant» ne constitue qu’un «facteur intervenant à l’étape de l’étude des questions d’ordre public». En l’espèce, ni l’un ni l’autre psychiatre n’a considéré que la récurrence représentait un risque important.

Dans ces circonstances, je ne crois pas que l’arrêt majoritaire rendu dans *Rabey* justifiait les tribunaux de la Colombie-Britannique d’empêcher l’appelant de bénéficier de la décision en matière de preuve rendue en sa faveur sur la question du caractère involontaire. Lorsque le juge du procès conclut, comme c’est le cas en l’espèce, qu’il existait une preuve raisonnablement digne de foi que l’accusé était en fait inconscient tout au long de la perpétration de l’infraction, il n’y aura aucune conséquence fatidique si ce dernier omet ensuite d’établir l’existence d’une cause de la perte alléguée de conscience, susceptible d’être qualifiée d’«externe» par les tribunaux. Vu qu’il est rare qu’un accusé s’acquitte même d’une charge de présentation dans ce type d’affaire, il n’est pas réaliste de parler d’un problème de «raz de marée». Le psychiatre de la défense, qui a la formation voulue pour déceler des symptômes simulés, affirme qu’à son avis le témoignage de l’appelant est crédible, et juge plausible que les symptômes décrits par l’appelant soient liés à la perte alléguée de conscience. Il est évident que l’incapacité de décrire, autrement que de la façon très générale dont s’y est pris le Dr Janke, le mécanisme cérébral qui aurait fait perdre conscience à l’appelant est susceptible de miner la crédibilité de son récit qu’il a perdu conscience au départ. Toutefois, il incombait à l’appelant de démontrer le fait de la perte de conscience (au sens d’absence de lucidité et de maîtrise). Il n’était pas tenu de convaincre le tribunal relativement à la cause de son état sous peine de perdre le bénéfice de la décision en matière de preuve. En fait, l’arrêt *Rabey* remplace la défense du caractère involontaire que l’accusé cherche à invoquer par une défense d’aliénation mentale que

reminding ourselves what Cory J. said in *Daviault*, at p. 91:

In my view, the mental element of voluntariness is a fundamental aspect of the crime which cannot be taken away by a judicially developed policy.

74

It follows, I think, that once the trial judge exercised his gatekeeper function to screen frivolous or feigned claims, it was for the jury to make up its mind on the credibility of the plea of automatism. This jurisdiction should not be removed by “judicially developed policy”. It is to be expected that the jury will subject the evidence of involuntariness to appropriate scrutiny. There was discussion in *Rabey* about the need to maintain the credibility of the justice system. In my view, the jury is as well placed as anyone in the justice system to uphold its credibility. The bottom line is, after all, that the task of weighing the credibility of such defences was confined by Parliament to the jury. The Court should respect the allocation of that responsibility.

(c) *Ground 3: The Contention that the Mental Disorder Provisions of the Criminal Code Were Appropriate to Resolve the Automatism Issue on the Facts of This Case*

75

The third major submission on behalf of the Crown was that quite apart from this Court’s decision in *Rabey* the present case was correctly subjected to the NCRMD provisions of s. 16 of the *Code*. The Crown says that here the operating cause of the dissociation was a “disease of the mind”, giving that concept its full legal scope, and in such situations questions of involuntariness are properly subsumed into the NCRMD analysis. This is despite the fact that in this case all the experts were agreed that the appellant did not suffer from any “disease of the mind” known to medicine. I accept, as stated, that “disease of the mind” is a legal concept, but nevertheless a significant disconnection between law and medicine on this point will often impose a measure

ni l’accusé ni les experts en médecine ne sont en mesure d’étayer plausiblement. À ce stade, il vaut la peine de se rappeler les propos tenus par le juge Cory, à la p. 91 de l’arrêt *Daviault*:

À mon avis, l’élément moral du caractère volontaire est un aspect fondamental du crime qui ne peut être retiré par une politique élaborée par les tribunaux.

Il s’ensuit, d’après moi, qu’une fois que le juge eut exercé sa fonction de gardien pour déceler les allégations futiles ou simulées, il appartenait au jury de se faire une opinion sur la crédibilité de la défense d’automatisme. Cette compétence ne devrait pas être retirée par une «politique élaborée par les tribunaux». Il faut s’attendre à ce que le jury examine de façon appropriée la preuve du caractère involontaire. Dans *Rabey*, il a été question de la nécessité de maintenir la crédibilité du système judiciaire. J’estime que le jury est aussi bien placé que quiconque dans ce système pour en maintenir la crédibilité. Après tout, il reste que c’est au jury que le législateur a confié la tâche d’évaluer la crédibilité de tels moyens de défense. Notre Cour devrait respecter cette attribution de responsabilité.

c) *Troisième motif: l’argument que les dispositions du Code criminel relatives aux troubles mentaux permettaient de régler la question de l’automatisme selon les faits de la présente affaire*

Le troisième argument principal avancé pour le compte du ministère public était que, tout à fait indépendamment de l’arrêt *Rabey* de notre Cour, la présente affaire a été assujettie à bon droit à l’application des dispositions de l’art. 16 du *Code* relatives à la NRCTM. Le ministère public affirme qu’en l’espèce la cause déterminante de la dissociation était une «maladie mentale», au plein sens juridique de l’expression, et qu’en pareil cas les questions du caractère involontaire sont subsumées à bon droit sous l’analyse de la NRCTM, et ce, malgré le fait qu’en l’espèce les experts ont tous convenu que l’appelant ne souffrait d’aucune «maladie mentale» médicalement connue. Comme je l’ai déjà dit, je conviens que la «maladie mentale» est une notion juridique; néanmoins, une

of artificiality to create the medical equivalent of trying to pound square pegs into round holes.

The issue here is not whether the law, as a matter of policy, can expand its concept of “disease of the mind” to include conduct that has traditionally been considered non-insane automatism. It can do so. The question here is quite different. We are asked to say that even if the plea of NCRMD fails, the Court will still, by an act of judicial policy, relieve the Crown of the burden of proving the most contentious element of the *actus reus* by taking the issue of voluntariness away from the jury.

It is true that if statements relating voluntariness to the *actus reus* are applied mechanically, even a violent accused suffering from a disease of the mind in which “the mind does not go with what is being done” (*Rabey* (S.C.C.), *supra*, at p. 518, quoting *R. v. K.*, *supra*, at p. 84) could demand an absolute acquittal. This was the position at common law, *per* Devlin J. in *R. v. Kemp*, [1956] 3 All E.R. 249, at p. 251:

In the eyes of the common law if a man is not responsible for his actions he is entitled to be acquitted by the ordinary form of acquittal, and it matters not whether his lack of responsibility was due to insanity or to any other cause.

In response to the public danger posed by such an outcome, and to a developing understanding of mental disorder, the courts started down the path that eventually subsumed the notion of involuntary conduct into the concept of insanity where the involuntary conduct could be identified as the product of a disease of the mind. A successful plea of insanity led to the verdict of “not guilty by reason of insanity”, which carried with it the possibility of indefinite detention at the pleasure of the state.

dissociation importante du droit et de la médecine sur ce point impose souvent une certaine facticité pour créer ce qui revient, en médecine, à tenter d’établir la quadrature du cercle.

En l’espèce, il ne s’agit pas de savoir si, pour des raisons d’ordre public, le droit peut élargir sa notion de «maladie mentale» de manière à inclure un comportement traditionnellement considéré comme de l’automatisme sans aliénation mentale. Il peut le faire. C’est une tout autre question qui se pose en l’espèce. On nous demande de dire que, même si la défense de NRCTM échoue, la Cour recourra à une politique de son cru pour dégager le ministère public de la charge de prouver l’élément le plus litigieux de l’*actus reus* en soustrayant à l’appréciation du jury la question du caractère volontaire.

Il est vrai que si l’on appliquait sans réfléchir les affirmations qui relient le caractère volontaire à l’*actus reus*, même un accusé violent atteint d’une maladie mentale [TRADUCTION] «où l’esprit ne sait pas ce qui se produit» (*Rabey* (C.S.C.), précité, à la p. 518, où l’on cite *R. c. K.*, précité, à la p. 84) pourrait exiger l’acquittement absolu ou pur et simple. Tel était le point de vue de la common law, selon le juge Devlin, dans *R. c. Kemp*, [1956] 3 All E.R. 249, à la p. 251:

[TRADUCTION] En common law, si un homme n’est pas responsable de ses actes, il a le droit d’être acquitté selon le mode normal d’acquittement; il importe peu que son absence de responsabilité découle de l’aliénation mentale ou d’une autre cause.

En raison du danger qu’une telle issue présentait pour le public et de l’évolution de la compréhension de la maladie mentale, les tribunaux se sont engagés dans une voie qui les a finalement amenés à subsumer la notion de comportement involontaire sous celle d’aliénation mentale où le comportement involontaire pouvait être décrit comme résultant d’une maladie mentale. Si elle était acceptée, la défense d’aliénation mentale menait à un verdict de «non-culpabilité pour cause d’aliénation mentale» qui pouvait entraîner la détention pour une durée indéterminée selon le bon plaisir de l’État.

76

77

78

The problem is that while s. 16 of the *Code* may provide an appropriate structure to resolve cases of medically defined “diseases of the mind”, it may not be responsive to the real issues in cases where the “disease of the mind” derives from legal classification, rather than medical classification. The view of the Canadian Psychiatric Association that all causes of automatism are mental disorders was not accompanied by any ringing endorsement that in all such cases s. 16 of the *Code* provides an appropriate analytical framework. The focus of the NCRMD provisions of the *Code* is clearly different from the focus of automatism. The latter addresses whether the conduct was voluntary. The former looks at one possible cause of automatism, and asks questions about the impact of the disease of the mind on legally relevant aspects of mental capacity.

Le problème est que, même si l’art. 16 du *Code* peut établir un régime approprié pour résoudre les cas où il est question de «maladies mentales» au sens médical, il ne répond peut-être pas aux véritables questions qui se posent dans les cas où la désignation de «maladie mentale» est juridique plutôt que médicale. Le point de vue de l’Association des psychiatres du Canada, selon lequel l’automatisme résulte toujours d’une maladie mentale, n’était pas assorti d’une acceptation claire et nette que l’art. 16 du *Code* fournit un cadre analytique approprié dans tous ces cas. Le point de mire des dispositions du *Code* relatives à la NRCTM diffère nettement de celui de l’automatisme. Dans ce dernier cas, on se demande si le comportement était volontaire, alors que, dans le premier cas, on examine une cause possible d’automatisme et on s’interroge sur l’incidence de la maladie mentale sur des aspects juridiquement pertinents de la capacité mentale.

79

The existence of a “disease of the mind” is a threshold issue in s. 16. The real question, to paraphrase Lord Diplock in *R. v. Sullivan*, [1984] A.C. 156 (H.L.), at p. 172, is whether “the effect of a disease is to impair these [mental] faculties so severely as to have either of the consequences referred to” in s. 16(1), namely whether the disease rendered the accused “incapable of appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong”.

L’existence d’une «maladie mentale» est une question préliminaire à l’art. 16. Pour paraphraser lord Diplock dans *R. c. Sullivan*, [1984] A.C. 156 (H.L.), à la p. 172, la véritable question est de savoir si [TRADUCTION] «une maladie a pour effet de diminuer ces facultés [mentales] au point d’entraîner l’une ou l’autre des conséquences mentionnées» au par. 16(1), à savoir notamment si la maladie a rendu l’accusé «incapable de juger de la nature et de la qualité de l’acte ou de l’omission, ou de savoir que l’acte ou l’omission était mauvais».

80

It is clear, in other words, that “the consequences referred to” in s. 16 are directed to issues other than voluntariness. There is much to be said for the observation of Professor D. Stuart in *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3rd ed. 1995), at p. 108:

A “disease of the mind” is only one requirement of the legal defence of insanity. If that defence fails *for any reason*, surely justice dictates that the jury may consider sane automatism. *MacLeod* [*R. v. MacLeod* (1980), 52 C.C.C. (2d) 193 (B.C.C.A.)] decides that psychiatric labelling might well prevent the defence of sane

En d’autres termes, il est clair que «les conséquences mentionnées» à l’art. 16 visent des questions autres que le caractère volontaire. Il y a beaucoup à dire à l’appui de l’observation du professeur D. Stuart dans *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3^e éd. 1995), à la p. 108:

[TRADUCTION] Une «maladie mentale» n’est que l’une des exigences du moyen de défense fondé sur l’aliénation mentale. Si ce moyen échoue, *pour une raison quelconque*, la justice exige sûrement que le jury puisse examiner l’automatisme sans aliénation mentale. L’arrêt *MacLeod* [*R. c. MacLeod* (1980), 52 C.C.C. (2d) 193 (C.A.C.-B.)] établit que les étiquettes psychiatriques pourraient bien empêcher d’invoquer la défense d’automatisme sans aliénation mentale même si elle n’est pas

automatism from being put although it is *not* the sole barometer of legal insanity. [Emphasis in original.]

Two further points emerge from a consideration of s. 16 of the *Code*. Firstly, Parliament has not alluded to whether the conduct is voluntary or involuntary. It is sufficient that the acts occurred or omissions were made at a time when the accused suffered from “a mental disorder” (defined in s. 2 as a “disease of the mind”). Secondly, Parliament addressed the capacity of the accused, not proof of the existence or absence of a particular *mens rea* on the particular facts. The finding of a mental disorder therefore displaces the ordinary rules governing criminal responsibility, including voluntariness, and places an accused in the grip of the statutory scheme created to deal with the individuals whom the law used to describe as “criminally insane”.

The difficulty of subsuming the issue of voluntariness into the different issue of mental disorder in cases such as the present was noted 40 years ago by Gresson P. of the New Zealand Court of Appeal in *Cottle, supra*, at p. 1009. In a decision much commented upon by members of the House of Lords in *Bratty, supra*, Gresson P., at p. 1009, expressed his concern about the M’Naghten Rules being applied to an accused who simply lacked volition:

We must accept the position as it is, but we cannot escape the difficulty that the M’Naghten Rules were never intended to apply to a case where the act was done without volition or consciousness of doing it. The M’Naghten formula takes account only of the cognitive faculties and presupposes that the doer was conscious of his actions. Nevertheless, it has become the practice to regard a person as “incapable of understanding the nature and quality” of his act when in truth he was not conscious of having acted at all; and to treat the formula as applicable to cases of automatism. . . . It is unfortunate that there should have been this too liberal application of the M’Naghten Rules. [Emphasis added.]

le seul baromètre de l’aliénation au sens juridique. [En italique dans l’original.]

L’examen de l’art. 16 du *Code* soulève deux autres points. Premièrement, le législateur n’a pas fait allusion à la question de savoir si le comportement est volontaire ou non. Il suffit que l’acte ou l’omission soient survenus alors que l’accusé souffrait de «troubles mentaux» (expression définie comme «[t]oute maladie mentale» à l’art. 2). Deuxièmement, le législateur a abordé la question de la capacité de l’accusé, et non celle de la preuve de l’existence ou de l’absence d’une *mens rea* particulière selon les faits en cause. La constatation de troubles mentaux supplante donc les règles ordinaires de la responsabilité criminelle, y compris le caractère volontaire, et soumet l’accusé à un régime légal établi à l’intention des personnes que le droit décrivait auparavant comme des «criminels atteints d’aliénation mentale».

La difficulté qu’il y a à subsumer la question du caractère volontaire sous la question différente des troubles mentaux dans des cas comme la présente affaire a été soulignée, il y a 40 ans, par le président Gresson de la Cour d’appel de la Nouvelle-Zélande dans l’arrêt *Cottle*, précité, à la p. 1009. Dans une décision amplement commentée par des membres de la Chambre des lords dans *Bratty*, précité, le président Gresson a dit craindre, à la p. 1009, l’application des règles de M’Naghten à un accusé qui était simplement dépourvu de volenté:

[TRADUCTION] Nous devons accepter tel quel ce point de vue, mais nous ne pouvons échapper au problème que les règles de M’Naghten n’ont jamais été destinées à s’appliquer à un cas où l’acte en cause a été accompli involontairement ou inconsciemment. La formule M’Naghten ne tient compte que des facultés cognitives et présuppose que l’auteur de l’acte était conscient de ce qu’il faisait. On a néanmoins pris l’habitude de considérer qu’une personne était «incapable de comprendre la nature et la qualité» de son acte alors qu’à vrai dire elle n’était même pas consciente d’avoir agi, et de juger que la formule était applicable aux cas d’automatisme [. . .] Il est malheureux que les règles de M’Naghten aient été appliquées de cette façon trop libérale. [Je souligne.]

81

82

83

The s. 16 question has an air of artificiality in the case of someone who claims to have been unconscious at the material time. If true, he or she not only failed to appreciate “the nature and quality of the act” but also failed to appreciate that the act was taking place at all. If false, the accused is simply untruthful. Nevertheless, the presence of a “disease of the mind” does trigger the application of s. 16, and an accused whose automatism is a product of a disease of the mind should be found NCRMD instead of being acquitted. The concept of “disease of the mind” is, and should continue to be, controlled by legal considerations rather than purely medical considerations.

La question de l’art. 16 semble factice dans le cas d’une personne qui allègue avoir été inconsciente au moment pertinent. Si son allégation est véridique, elle a non seulement omis de juger «de la nature et de la qualité de l’acte», mais encore elle ne s’est même pas rendu compte qu’il était accompli. Si elle est fautive, cette personne ne dit simplement pas la vérité. Néanmoins, l’existence d’une «maladie mentale» déclenche l’application de l’art. 16, et l’accusé dont l’automatisme résulte d’une telle maladie devrait être déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux au lieu d’être acquitté. La notion de «maladie mentale» est et devrait continuer d’être régie par des considérations juridiques plutôt que par des considérations purement médicales.

84

At the same time, where as here medical experts for the prosecution and the defence agree that there is no “disease of the mind” known to medicine, and the only justification offered in support of attributing the conduct to mental disorder is the inability of an accused to identify an “external” cause, there is, in my view, an insufficient basis for (i) shifting the persuasive burden of proof from the Crown to the defence under s. 16, and (ii) taking the issue of non-mental disorder automatism away from the jury.

En même temps, lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, les experts en médecine de la poursuite et ceux de la défense s’entendent sur l’absence de «maladie mentale» médicalement connue, et que la seule justification offerte pour imputer le comportement en cause à des troubles mentaux est l’incapacité de l’accusé d’identifier une cause «externe», j’estime que ce n’est pas suffisant (i) pour transférer à la défense la charge de persuasion du ministère public, en vertu de l’art. 16, ni (ii) pour soustraire à l’appréciation du jury la question de l’automatisme sans troubles mentaux.

85

The appellant’s point is that the jury’s rejection of the plea of mental disorder automatism may have been because they disbelieved his version of events, or it may be because they thought his acts, though involuntary, were not the product of any disease of the mind. Failure to put the issue of non-mental disorder automatism thus deprived him of a potential acquittal on an issue for which the trial judge ruled he had laid a proper evidentiary foundation. It is on that basis that the appellant says the judge-made rule violates the presumption of his innocence under s. 11(d) of the *Charter* and took away an important element of his right under s. 11(f) of the *Charter* to have his fate determined by the jury. The conclusion that the issue of non-mental disorder automatism ought to have been left with the jury in this case is, I think, consistent with the observations of the majority of the

L’appelant fait remarquer qu’il se peut que le jury ait rejeté la défense d’automatisme avec troubles mentaux parce qu’il n’a pas ajouté foi à sa version des faits, ou parce qu’il a cru que ses actes, bien qu’involontaires, n’étaient pas le fruit d’une maladie mentale. Par conséquent, l’omission de soumettre la défense d’automatisme sans troubles mentaux l’a privé de la possibilité d’être acquitté sur une question dont il avait établi les fondements, selon le juge du procès. C’est pour ce motif que l’appelant soutient que la règle jurisprudentielle porte atteinte à la présomption d’innocence que lui garantit l’al. 11d) de la *Charte* et l’a privé d’un élément important du droit que lui reconnaît l’al. 11f) de la *Charte* à ce que le jury décide de son sort. J’estime que la conclusion que la question de l’automatisme sans troubles mentaux aurait dû être soumise à l’appréciation du jury en l’espèce

members of the Australian High Court in *Falconer*, *supra*, and in particular the views of Deane and Dawson JJ. (p. 266), Toohey J. (pp. 273 and 281), and Gaudron J. (p. 285) to the effect that evidence which credibly puts in issue the voluntariness of the acts of the accused (i.e., whether the act or omission occurred independently of the exercise of his will) must be put to the jury.

It is open to the Crown or defence to establish on a balance of probabilities a mental disorder. The Crown, of course, must follow the rule in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, which prevents the admission of evidence relating to mental disorder by the Crown until the defence puts in issue the mental capacity of the accused for criminal intent, as explained by Lamer C.J., at p. 976:

Thus, although it is a principle of fundamental justice that an accused has the right to control his or her own defence, this is not an “absolute” right. If an accused chooses to conduct his or her defence in such a way that that accused’s mental capacity for criminal intent is somehow put into question, then the Crown will be entitled to “complete the picture” by raising its own evidence of insanity and the trial judge will be entitled to charge the jury on s. 16. [Emphasis added.]

The same point was made by La Forest J. in *Parks*, *supra*, at p. 898, in relation to automatism:

If the accused pleads automatism, the Crown is then entitled to raise the issue of insanity, but the prosecution then bears the burden of proving that the condition in question stems from a disease of the mind; see *Rabey*, *supra*, at pp. 544-45.

If the jury were satisfied that the s. 16 requirements were met, that would end the matter: the appellant would have been found not criminally responsible on account of mental disorder (NCRMD). He or she would not be permitted to ignore NCRMD status and seek a full acquittal on the basis of involuntariness. However, in my view,

est compatible avec les observations de la Haute Cour d’Australie à la majorité dans *Falconer*, précité, et, en particulier, avec l’opinion des juges Deane et Dawson (p. 266), du juge Toohey (pp. 273 et 281) et du juge Gaudron (p. 285), selon laquelle la preuve qui met en doute de façon plausible le caractère volontaire des actes de l’accusé (c.-à-d., qui soulève la question de savoir si l’acte ou l’omission sont survenus indépendamment de sa volonté) doit être soumise à l’appréciation du jury.

Il est loisible au ministère public ou à la défense d’établir l’existence de troubles mentaux selon la prépondérance des probabilités. Il va sans dire que le ministère public doit suivre la règle établie dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, selon laquelle la preuve dont il dispose relativement à des troubles mentaux ne pourra être admise que si la défense met en doute la capacité mentale de l’accusé de former une intention criminelle, comme l’explique le juge en chef Lamer, à la p. 976:

Ainsi, bien que le droit d’un accusé de contrôler sa défense soit un principe de justice fondamentale, ce droit n’est pas «absolu». Si un accusé choisit de mener sa défense de telle manière que sa capacité mentale de former une intention criminelle est d’une manière ou d’une autre mise en doute, le ministère public aura alors le droit de «compléter le tableau» en présentant sa propre preuve d’aliénation mentale et le juge du procès sera fondé à donner au jury des directives relativement à l’art. 16. [Je souligne.]

Le juge La Forest fait la même remarque relativement à l’automatisme, dans l’arrêt *Parks*, précité, à la p. 898:

Si l’accusé plaide l’automatisme, le ministère public peut soulever la question de l’aliénation mentale, mais c’est alors à ce dernier de prouver que l’état en question découle d’une maladie mentale; voir *Rabey*, précité, aux pp. 544 et 545.

Si le jury était convaincu que les exigences de l’art. 16 ont été respectées, la question serait réglée: l’appelant serait jugé non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux. Il ne pourrait pas faire abstraction de sa NRCTM et demander l’acquiescement complet pour cause d’absence de caractère volontaire. J’estime, cependant,

if the jury rejects NCRMD status, it should still be left with the elementary instruction that the accused is entitled to an acquittal if the Crown fails to establish beyond a reasonable doubt all of the elements of the offence, including voluntariness.

(4) Competence of the Jury

87

For these reasons, it is my view that, the trial judge having ruled that the appellant had successfully discharged the evidential onus, the appellant was entitled to have the issue of voluntariness put to the jury. In reaching that conclusion I have not forgotten the sceptical observation of Williams noted earlier, at pp. 673-74:

How strange, the layman may say, and how very convenient for the defendant, that this alleged state of dissociation descended on him at the very moment when he had reason for evading the police, or when he was face to face with a person whom he had a strong motive for attacking. [Emphasis added.]

It is significant that the author pointedly refers to “the layman” and suggests that the layman’s common sense would make quick work of the legal complexities conjured up by the jurisprudence on the topic of automatism. Nor have I forgotten Dickson J.’s concern about the potential for fake pleas of automatism which he expressed in *Rabey* at p. 546:

There are undoubtedly policy considerations to be considered. Automatism as a defence is easily feigned. It is said the credibility of our criminal justice system will be severely strained if a person who has committed a violent act is allowed an absolute acquittal on a plea of automatism arising from a psychological blow. The argument is made that the success of the defence depends upon the semantic ability of psychiatrists, tracing a narrow path between the twin shoals of criminal responsibility and an insanity verdict. Added to these concerns is the *in terrorem* argument that the floodgates will be raised if psychological blow automatism is recognized in law.

In part, Dickson J.’s answer to these concerns was to specify the content of the evidential burden

que si le jury rejetait la NRCTM, il devrait tout de même disposer de la directive élémentaire selon laquelle l’accusé a droit à l’acquiescement si le ministère public n’établit pas hors de tout doute raisonnable tous les éléments de l’infraction, y compris le caractère volontaire.

(4) La compétence du jury

Pour ces motifs, je suis d’avis qu’étant donné que le juge du procès a conclu que l’appelant avait réussi à s’acquiescer de la charge de présentation, ce dernier avait droit à ce que la question du caractère volontaire soit soumise à l’appréciation du jury. En tirant cette conclusion, je n’ai pas oublié l’observation sceptique susmentionnée que Williams fait, aux pp. 673 et 674:

[TRADUCTION] Comme il est étrange, peut dire le profane, et comme cela tombe bien pour le défendeur qu’il ait été plongé dans ce prétendu état de dissociation au moment même où il avait tout lieu de fuir la police ou lorsqu’il s’est trouvé face à face avec une personne qu’il avait de fortes raisons d’attaquer. [Je souligne.]

Il est révélateur que l’auteur mentionne explicitement «le profane» et qu’il laisse entendre que le bon sens du profane résoudrait rapidement les complexités juridiques évoquées par la jurisprudence au sujet de l’automatisme. Je n’ai pas oublié non plus la préoccupation que le juge Dickson a exprimée dans *Rabey*, à la p. 546, au sujet de la possibilité des défenses d’automatisme simulé:

Il faut sans doute tenir compte de considérations d’ordre public. L’automatisme en tant que moyen de défense est facilement simulé. On affirme que la crédibilité de notre système de justice pénale risque d’être sérieusement mise à l’épreuve si une personne qui a commis un acte violent bénéficie d’un verdict d’acquiescement absolu sur un plaidoyer d’automatisme provoqué par un choc psychologique. On fait valoir que le succès de ce moyen de défense dépend de l’habileté d’expression des psychiatres appelés à tracer l’étroit sentier entre les deux écueils de la responsabilité criminelle et du verdict d’aliénation mentale. À tout cela on ajoute l’argument menaçant du raz de marée si la défense d’automatisme provoqué par un choc psychologique est reconnue en droit.

Une partie de la solution envisagée par le juge Dickson pour dissiper cette préoccupation consis-

resting on an accused, requiring (at p. 552) that the evidence of the accused

... should be supported by expert medical opinion that the accused did not feign memory loss and that there is no underlying pathological condition which points to a disease requiring detention and treatment.

Under the Dickson approach, the medical expert has to vouch for the credibility of the accused's evidence of unconsciousness, and thus involuntariness.

More profoundly, however, I think Dickson J.'s response to these concerns was an endorsement of the role of the jury contemplated by Parliament as he expressed, for example, in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 693:

It is of course, entirely possible to construct an argument disputing the theory of trial by jury. Juries are capable of egregious mistakes and they may at times seem to be ill-adapted to the exigencies of an increasingly complicated and refined criminal law. But until the paradigm is altered by Parliament, the Court should not be heard to call into question the capacity of juries to do the job assigned to them.

to which he added, at pp. 693-94:

We should maintain our strong faith in juries which have, in the words of Sir William Holdsworth, "for some hundreds of years been constantly bringing the rules of law to the touchstone of contemporary common sense" (Holdsworth, *A History of English Law* (7th ed. 1956), vol. I, at p. 349).

The common sense of members of the jury is a fundamental and vital part of our criminal justice system. As Cory J. stated in *Osolin*, *supra*, at p. 683: "The jury system has in general functioned exceptionally well. Its importance has been recognized in s. 11(f) of the *Charter*." More specifically, in the context of intoxication and *mens rea*, Dickson C.J. observed in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at p. 848, quoting *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313, at p. 334:

tait à préciser en quoi consiste la charge de présentation qui incombe à l'accusé, en exigeant (à la p. 552) que la preuve de l'accusé soit

... étayée par le témoignage d'un médecin portant que l'accusé n'a pas simulé une perte de mémoire et qu'il n'existe pas d'état pathologique sous-jacent qui indique une maladie nécessitant une détention et des traitements.

Selon la méthode du juge Dickson, l'expert en médecine doit répondre de la crédibilité de la preuve de la perte de conscience et ainsi du caractère involontaire, présentée par l'accusé.

Toutefois, je crois que, si on l'examine plus attentivement, la solution du juge Dickson consistait à sanctionner le rôle du jury envisagé par le législateur, compte tenu notamment du fait qu'il a affirmé dans *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 693:

Bien entendu, il est tout à fait possible de concevoir un argument qui attaque la théorie du procès avec jury. Les jurys sont capables de commettre des erreurs énormes et ils peuvent parfois sembler mal adaptés aux exigences d'un droit criminel de plus en plus compliqué et subtil. Mais tant que le législateur n'aura pas modifié le modèle existant, la cour devra s'abstenir de mettre en doute la capacité des jurys d'accomplir la tâche qui leur est assignée.

Ajoutant, aux pp. 693 et 694:

Nous devrions conserver notre foi dans les jurys qui, comme l'a affirmé sir William Holdsworth, [TRADUCTION] «depuis des centaines d'années n'ont cessé d'appliquer les règles de droit en fonction du bon sens contemporain (Holdsworth, *A History of English Law* (7th ed. 1956), vol. I, à la p. 349).

Le bon sens des membres du jury est une partie fondamentale et cruciale de notre système de justice criminelle. Comme le juge Cory l'a dit dans l'arrêt *Osolin*, précité, à la p. 683: «En général, le système de jury fonctionne exceptionnellement bien. Son importance est confirmée par l'al. 11f) de la *Charte*.» Plus précisément, dans le contexte de l'intoxication et de la *mens rea*, le juge en chef Dickson fait remarquer, dans *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, à la p. 848, en citant *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313, à la p. 334:

“I have the greatest of confidence in the level of intelligence and plain common sense of the average Canadian jury sitting on a criminal case. Juries are perfectly capable of sizing the matter up.”

The jury in this case, for example, had before it the testimony of the Crown psychiatrist that the appellant’s violent response to his wife’s verbal attack was entirely too purposeful and the loss of memory entirely too convenient to be considered “involuntary”. The members of the jury could, I think, have been counted on to exhibit powerful scepticism about such evidence. Anyone who thinks a jury of bus drivers, office workers and other practical people will be less sceptical than members of the bench or professors of law has perhaps spent insufficient time in buses or around office coffee machines.

(5) Conclusion on the Automatism Issue

90 In the result, I believe the appellant was entitled to have the plea of non-mental disorder automatism left to the jury in this case in light of the trial judge’s evidentiary ruling that there was evidence the appellant was unconscious throughout the commission of the offence, for the following reasons.

91 Firstly, I do not accept the Crown’s argument that a judge-made classification of situations into mental disorder automatism and non-mental disorder automatism can relieve the Crown of the obligation to prove all of the elements of the offence, including voluntariness. As stated, such an interpretation encounters strong objections under s. 7 and s. 11(d) of the *Charter*, and there has been no attempt in this case to provide a s. 1 justification.

92 Secondly, imposition of a persuasive burden of proof on the appellant to establish “involuntariness” on a balance of probabilities, in substitution for the present evidential burden, runs into the same *Charter* problems, and no attempt has been made in the record to justify it.

«J’ai la plus grande confiance dans le niveau d’intelligence et de simple bon sens du jury canadien moyen qui siège dans une affaire criminelle. Les jurys sont parfaitement capables d’évaluer la question.»

Par exemple, le jury était saisi en l’espèce du témoignage du psychiatre du ministère public, selon lequel la réaction violente de l’appelant à l’attaque verbale de son épouse était vraiment trop réfléchie et sa perte de mémoire, trop commode, pour être jugées «involontaires». Je crois qu’on pouvait s’attendre à ce que les membres du jury démontrent un puissant scepticisme au sujet d’une telle preuve. Quiconque pense qu’un jury formé de chauffeurs d’autobus, d’employés de bureau et d’autres gens pratiques sera moins sceptique qu’un juge ou un professeur de droit n’a peut-être pas passé assez de temps dans les autobus ou autour des machines à café dans les bureaux.

(5) Conclusion sur la question de l’automatisme

En définitive, je crois que, compte tenu de la décision du juge du procès relative à la preuve, selon laquelle il était établi que l’appelant était inconscient tout au long de la perpétration de l’infraction, ce dernier avait droit à ce que la défense d’automatisme sans troubles mentaux soit soumise à l’appréciation du jury, pour les motifs suivants.

Premièrement, je n’accepte pas l’argument du ministère public selon lequel la classification jurisprudentielle des situations dans les catégories de l’automatisme avec troubles mentaux et de l’automatisme sans troubles mentaux peut le dégager de l’obligation de prouver tous les éléments de l’infraction, y compris le caractère volontaire. Comme nous l’avons vu, une telle interprétation suscite de fortes objections fondées sur l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte*, et il n’y a eu, en l’espèce, aucune tentative de fournir une justification au sens de l’article premier.

Deuxièmement, imposer à l’appelant une charge de persuasion consistant à établir le «caractère involontaire» selon la prépondérance des probabilités, au lieu de la charge de présentation actuelle, soulève les mêmes problèmes de *Charte*, et le dossier n’indique aucune tentative de justification à cet égard.

Thirdly, the “internal cause” theory, on which the Crown rested its argument, cannot be used to deprive the appellant of the benefit of the jury’s consideration of the voluntariness of his action, once he had met the evidential onus, without risking a violation of s. 11(f) of the *Charter*. *Rabey*’s treatment of the internal cause theory has to be looked at in light of the decision of this Court in *Parks, supra*, which signalled some serious reservations about the usefulness of the “internal cause” theory, except as an “analytical tool”. *Rabey*, as clarified in *Parks*, does not impose a presumption that a lack of voluntariness must be attributed to the existence of a mental disorder any time there is no identification of a convincing external cause. Once the appellant in this case had discharged his evidential onus, he was entitled to have the issue of voluntariness go to the jury.

Fourthly, it was wrong of the courts to require the appellant to substitute for his chosen defence of involuntariness the conceptually quite different plea of insanity. One of the few points of agreement between the defence and Crown experts at trial was that the appellant did not suffer from anything that could be described medically as a disease of the mind. He was either unconscious at the time of the killing or he was not telling the truth at the time of the trial. This was a question for the jury. The statutory inquiry into whether he was “suffering from a mental disorder” that rendered him “incapable of appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong” are qualitative questions that are not really responsive to his allegation that he was not conscious of having acted at all.

Finally, the evidence established that there are states of automatism where perfectly sane people lose conscious control over their actions. At that point, it was up to the jury, not the judge, to decide if the appellant had brought himself within the physical and mental condition thus identified. As

Troisièmement, la théorie de la «cause interne», qui sous-tend l’argumentation du ministère public, ne saurait, sans risquer de porter atteinte à l’al. 11f) de la *Charte*, servir à priver l’appelant du bénéfice de voir le jury apprécier le caractère volontaire de son acte, une fois qu’il s’est acquitté de la charge de présentation. La façon dont la théorie de la cause interne est traitée dans *Rabey* doit être examinée à la lumière de l’arrêt *Parks*, précité, dans lequel notre Cour a exprimé de sérieuses réserves au sujet de l’utilité de la théorie de la «cause interne», sauf en tant qu’«instrument d’analyse». L’arrêt *Rabey*, qui est clarifié dans *Parks*, n’impose aucune présomption que l’absence de caractère volontaire doit être attribuée à l’existence de troubles mentaux chaque fois qu’aucune cause externe convaincante n’est identifiée. En l’espèce, une fois qu’il s’était acquitté de sa charge de présentation, l’appelant avait droit à ce que la question du caractère volontaire soit soumise à l’appréciation du jury.

Quatrièmement, les tribunaux ont eu tort d’obliger l’appelant à substituer à la défense du caractère involontaire qu’il avait choisie la défense d’aliénation mentale qui est tout à fait différente sur le plan conceptuel. L’un des rares points sur lesquels s’entendaient les experts de la défense et du ministère public au procès était que l’appelant ne souffrait de rien qui pouvait être décrit comme une maladie mentale au sens médical. Ou bien il était inconscient au moment de l’homicide, ou bien il ne disait pas la vérité au procès. C’est une question qu’il appartenait au jury de trancher. L’examen, prévu par la loi, de la question de savoir s’il était «attein[t] de troubles mentaux» qui le rendaient «incapable de juger de la nature et de la qualité de l’acte ou de l’omission, ou de savoir que l’acte ou l’omission était mauvais» est de nature qualitative et ne règle pas vraiment son allégation qu’il n’était même pas conscient d’avoir agi.

Enfin, la preuve établissait qu’il existe des états d’automatisme dans lesquels des personnes parfaitement saines d’esprit perdent la maîtrise consciente de leurs actes. Il appartenait alors au jury, et non pas au juge, de décider si l’appelant avait sombré dans un tel état physique et mental. Comme le

93

94

95

Dickson C.J. observed in *Bernard, supra*, at p. 848, the jurors were “perfectly capable of sizing the matter up”.

B. *Forced Disclosure of Expert Report to Crown*

96

The appellant advanced a second issue on the conviction appeal, asserting that the trial judge had made a reversible error in ordering the production of Dr. Janke’s report to the Crown at the outset of the defence case. McEachern C.J. agreed that a report prepared by a defence expert would normally be privileged and not properly subject to a disclosure order. However, he held that in light of comments made by defence counsel at the opening of the defence case, and the fact Dr. Janke’s report would have been disclosed in any event as soon as he took the witness stand, premature disclosure had not occasioned any miscarriage of justice.

97

In my view, it was unnecessary to rely on the curative provision of s. 686 in this case. The appellant, through his counsel, waived the privilege in the report at the opening of the defence case. At that time defence counsel made the following references to the content of Dr. Janke’s anticipated evidence:

As I have indicated earlier, you have heard during the Crown’s case what happened. You are now about to hear from Mr. Stone and from a forensic psychiatrist, Dr. Janke, why it happened. Dr. Janke will explain that Mr. Stone’s state of mind at the time of the killing was known in psychiatric terms as a dissociative state.

. . .

Dr. Janke is a psychiatrist who works in private practice, on contract with the government, and he teaches at UBC. He will give evidence to explain in psychiatric terms his diagnosis of Mr. Stone’s state of mind at the time of the attack. He will say that Mr. Stone was in a dissociative state or acting as an automaton, that is, somebody who is acting unconsciously. He will say that as Mr. Stone was not acting consciously, he could not have intended to kill his wife. [Emphasis added.]

juge en chef Dickson le fait observer dans l’arrêt *Bernard*, précité, à la p. 848, les jurés étaient «parfaitement capables d’évaluer la question».

B. *La communication forcée du rapport d’expert au ministère public*

L’appelant a soulevé un deuxième point dans l’appel interjeté contre sa déclaration de culpabilité, affirmant que le juge du procès avait commis une erreur justifiant annulation en ordonnant la production au ministère public du rapport du Dr Janke dès le début de la plaidoirie de la défense. Le juge en chef McEachern a convenu qu’un rapport préparé par un expert de la défense est normalement protégé et ne peut faire l’objet d’une ordonnance de communication. Il a toutefois statué que, compte tenu des commentaires de l’avocat de la défense à l’ouverture de sa preuve et du fait que le rapport du Dr Janke aurait de toute façon été communiqué dès qu’il se serait présenté à la barre des témoins, sa communication prématurée n’avait engendré aucune erreur judiciaire.

J’estime qu’il était inutile, en l’espèce, d’invoquer la disposition réparatrice de l’art. 686. L’appelant a, par l’intermédiaire de son avocat, renoncé au privilège rattaché au rapport, à l’ouverture de la preuve de la défense. À ce moment, l’avocat avait évoqué en ces termes le contenu du témoignage escompté du Dr Janke:

[TRADUCTION] Comme je l’ai déjà indiqué, vous avez appris ce qui s’est passé, pendant la présentation de la preuve de la poursuite. Vous allez maintenant entendre M. Stone et un psychiatre légiste, le Dr Janke, dire pourquoi c’est arrivé. Le Dr Janke vous expliquera que l’état d’esprit de M. Stone au moment de l’homicide est connu, en psychiatrie, comme un état de dissociation.

. . .

Le Dr Janke exerce la psychiatrie en cabinet privé, comme consultant auprès du gouvernement, et il enseigne à UBC. Son témoignage expliquera en termes psychiatriques son diagnostic concernant l’état d’esprit de M. Stone au moment de l’attaque. Il vous dira que M. Stone était dans un état de dissociation ou qu’il agissait comme un automate, c’est-à-dire comme quelqu’un qui agit inconsciemment. Il dira que puisque M. Stone n’agissait pas de façon consciente, il ne pouvait avoir eu l’intention de tuer son épouse. [Je souligne.]

By disclosing what he wanted from the report in favour of the accused, defence counsel could not then conceal the balance of the report whose contents might contradict or put in context what had been disclosed. It is true that Dr. Janke's report included not only his diagnosis, but a recital of the facts as provided by the appellant and which formed the basis of his expert opinion. It was through disclosure of the report, for example, that the Crown learned that the accused, contrary to his initial trial testimony, appeared to have some recall of the beginning of the fatal assault by way of a dream. The contents of the report, including the statements attributed to the appellant, were of course known to defence counsel at the time he chose to make the disclosure to the jury. It was not open to the appellant to pick and choose the portions of an expert report to be put before the trier of fact. Accordingly, the trial judge acted appropriately by ordering the production of Dr. Janke's report at the conclusion of the defence opening address.

However, I would also, if it were necessary, give effect to the alternative ground accepted by McEachern C.J. The act of calling of Dr. Janke would certainly constitute waiver of any privilege attached to his report. As noted by McEachern C.J., once a witness takes the stand, he/she can no longer be characterized as offering private advice to a party. They are offering an opinion for the assistance of the court. As such, the opposing party must be given access to the foundation of such opinions to test them adequately. Given the fact that the report would have to have been disclosed after Dr. Janke's direct examination, the prior disclosure of the report cannot be said to have had any material impact on the outcome of the trial. Absent the earlier disclosure, the Crown would have been entitled to stand the appellant down before completing its cross-examination of him, and to recall him once they had been given an opportunity to consider the contents of the report. Accordingly, even if defence counsel's opening address had been insufficient to trigger disclosure, s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* would properly be applied to cure the error.

En divulguant ce qu'il comptait utiliser en faveur de l'accusé dans le rapport du D^r Janke, l'avocat de la défense ne pouvait dissimuler les autres parties du document susceptibles de contredire ou mettre en contexte ce qui avait été révélé. Il est vrai que le rapport du D^r Janke comprenait non seulement son diagnostic, mais encore une relation des faits fournie par l'appellant sur laquelle l'expert fondait son opinion. C'est grâce à la communication de ce rapport, par exemple, que le ministère public a appris que l'accusé, contrairement à ce qu'il avait déclaré dans son témoignage initial, semblait, à cause d'un rêve, avoir un certain souvenir du début de l'agression fatale. L'avocat de la défense connaissait bien sûr le contenu du rapport, y compris les déclarations attribuées à l'appellant, lorsqu'il a choisi de le communiquer au jury. Il n'était pas loisible à l'appellant de choisir les parties d'un rapport d'expert qui seraient soumises au juge des faits. C'est donc à bon droit que le juge du procès a ordonné la production du rapport du D^r Janke à la fin de l'exposé initial de la défense.

Toutefois, si cela s'avérait nécessaire, je donnerais également suite au moyen subsidiaire retenu par le juge en chef McEachern. Le fait d'appeler le D^r Janke à la barre constituait sûrement une renonciation à tout privilège rattaché à son rapport. Comme le juge en chef McEachern l'a souligné, dès qu'un témoin se présente à la barre, on ne peut plus considérer qu'il donne des conseils confidentiels à une partie. Il donne une opinion pour assister le tribunal. Pour cette raison, la partie adverse doit avoir accès aux fondements de telles opinions pour en vérifier adéquatement l'exactitude. Étant donné que le rapport aurait dû être communiqué après l'interrogatoire principal du D^r Janke, on ne saurait dire que sa communication antérieure a eu un effet important sur l'issue du procès. Si cette communication antérieure n'avait pas eu lieu, le ministère public aurait eu le droit d'interrompre son contre-interrogatoire de l'appellant et de le reprendre après avoir obtenu la possibilité d'examiner le contenu du rapport. Par conséquent, même si l'exposé initial de l'avocat de la défense avait été insuffisant pour entraîner la communication, le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* permettrait de réparer l'erreur commise.

IV. Disposition

100 In the result, I would have allowed the appeal, set aside the order of the British Columbia Court of Appeal and directed a new trial. Had I shared the conclusion of *Bastarache J.* to dismiss the appeal against conviction, I would also have concurred in the dismissal of the Crown's appeal on sentence for the reasons he gives.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin and *Bastarache JJ.* was delivered by

101 *BASTARACHE J.* — The present case involves automatism, and more specifically, “psychological blow” automatism. The appellant claims that nothing more than his wife's words caused him to enter an automatistic state in which his actions, which include stabbing his wife 47 times, were involuntary. How can an accused demonstrate that mere words caused him to enter an automatistic state such that his actions were involuntary and thus do not attract criminal law sanction? This is the issue raised in this appeal.

I. Facts

102 The appellant was charged with the murder of his wife, Donna Stone. At trial, the appellant admitted killing his wife. In his defence, the appellant claimed: insane automatism, non-insane automatism, lack of intent, and alternatively, provocation.

103 The appellant met Donna Stone in the spring of 1993 and the two were married on May 8, 1993. They lived in Winfield, British Columbia, in the Okanagan Valley. This was the appellant's third marriage. He has two teenage sons from his second marriage. His sons live with their mother in Surrey, British Columbia, a suburb of Vancouver.

IV. Dispositif

En définitive, j'aurais accueilli le pourvoi, annulé l'ordonnance de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Si j'avais partagé la décision du juge *Bastarache* de rejeter le pourvoi contre la déclaration de culpabilité, j'aurais également souscrit, pour les raisons qu'il donne, au rejet du pourvoi du ministère public contre la peine infligée.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et *Bastarache* rendu par

LE JUGE *BASTARACHE* — Il est question en l'espèce d'automatisme et, plus précisément, d'automatisme «provoqué par un choc psychologique». L'appellant prétend que les seules paroles prononcées par son épouse l'ont plongé dans un état d'automatisme tel que les actes qu'il a alors accomplis étaient involontaires, y compris les 47 coups de couteau qu'il lui a assénés. Comment un accusé peut-il démontrer que de simples paroles l'ont fait sombrer dans un état d'automatisme tel que ses actes étaient involontaires et ne justifient donc pas une sanction pénale? Telle est la question soulevée dans le présent pourvoi.

I. Les faits

L'appellant a été accusé du meurtre de son épouse, Donna Stone. Au procès, il a admis l'avoir tuée. Pour sa défense, il a invoqué l'automatisme avec aliénation mentale, l'automatisme sans aliénation mentale, l'absence d'intention et, subsidiairement, la provocation.

L'appellant a rencontré Donna Stone au printemps 1993. Ils se sont mariés le 8 mai de la même année. Ils ont habité Winfield (Colombie-Britannique), dans la vallée de l'Okanagan. Il s'agissait du troisième mariage de l'appellant. Deux fils, aujourd'hui adolescents, sont issus de son deuxième mariage. Ils vivent avec leur mère à Surrey (Colombie-Britannique), en banlieue de Vancouver.

In March 1994, the appellant planned a business trip to Vancouver. He decided to visit his sons while in the Vancouver area. He contacted his second wife and made arrangements to take his sons out for dinner and a movie. The appellant did not tell Donna Stone of his intention to travel to Vancouver and visit his sons because she did not get along with them.

According to the appellant, Donna Stone learned of his intention to go to Vancouver. She demanded to go along with him and said she would follow him in another vehicle if he did not take her. The appellant agreed to take her with him to Vancouver.

The appellant testified that Donna Stone berated him throughout the drive to Vancouver and objected to his visit with his sons. Nevertheless, the appellant drove to the home of his second wife for the planned visit with his sons. The visit lasted only 15 minutes because Donna Stone threatened to “lay on the horn until the police come”.

The appellant testified that after the brief visit with his sons, he and Donna Stone drove towards Vancouver. According to the appellant, Donna Stone asked him if he wanted a divorce. He responded that they might as well get divorced if she was not going to let him see his sons. This answer upset the victim and she again began to berate the appellant.

The appellant testified that he pulled into an empty lot and turned off the truck’s engine while Donna Stone continued to yell at him:

... I sat there with my head down while she’s still yelling at me that I’m nothing but a piece of shit and that when she had talked to the police, that she had told them lies, that I was abusing her, and that they were getting all the paperwork ready to have me arrested, and that all she had to do was phone them; and once they had me arrested, that she was going to get a court order so that I wouldn’t be allowed back onto our property and that I would have to go and live with my mother and run my business from there, that she was going to quit working and she was just going to stay in the house with her

En mars 1994, l’appelant a planifié un voyage d’affaires à Vancouver. Il a décidé de rendre visite à ses fils pendant qu’il se trouverait dans cette région. Il a communiqué avec sa seconde épouse et a pris les dispositions nécessaires pour emmener ses fils au restaurant et au cinéma. L’appelant n’a pas informé Donna Stone de son intention d’aller à Vancouver et de rendre visite à ses fils parce que cette dernière ne s’entendait pas bien avec eux.

Selon l’appelant, Donna Stone a appris qu’il avait l’intention d’aller à Vancouver. Elle a exigé de l’accompagner ajoutant qu’elle le suivrait dans un autre véhicule s’il refusait qu’elle soit du voyage. L’appelant a consenti à l’emmener avec lui à Vancouver.

L’appelant a témoigné que Donna Stone l’avait réprimandé pendant tout le trajet jusqu’à Vancouver et qu’elle s’opposait à ce qu’il rende visite à ses fils. Il s’est néanmoins rendu chez sa seconde épouse pour rendre visite à ses fils comme prévu. La visite n’a duré que 15 minutes parce que Donna Stone menaçait d’ [TRADUCTION] «appuyer sur le klaxon jusqu’à ce que la police arrive».

L’appelant a témoigné que, après la brève visite faite à ses fils, lui et Donna Stone s’étaient dirigés vers Vancouver. Selon l’appelant, Donna Stone lui a demandé s’il voulait divorcer. Il a répondu qu’il serait préférable qu’ils divorcent si elle ne le laissait pas voir ses fils. Cette réponse a mis la victime en colère et celle-ci a recommencé à engueuler l’appelant.

L’appelant a témoigné qu’il s’était garé dans un terrain vague et qu’il avait éteint le moteur pendant que Donna Stone continuait de vociférer contre lui:

[TRADUCTION] ... je suis resté assis là la tête baissée pendant qu’elle continuait de me crier que je n’étais rien d’autre qu’un tas de merde, que lorsqu’elle avait parlé aux policiers, elle leur avait menti en leur disant que je la maltraçais, qu’ils étaient en train de préparer les documents nécessaires pour me faire arrêter et que tout ce qu’elle avait à faire était de leur téléphoner; et qu’une fois qu’ils m’auraient arrêté, elle obtiendrait une ordonnance de la cour qui m’empêcherait de retourner à la maison, de sorte que je devrais aller vivre chez ma mère et exploiter mon entreprise depuis cet endroit, qu’elle

104

105

106

107

108

children and that I would have to pay her alimony and child support.

. . . Well, she just continued on and she just said that she couldn't stand to listen to me whistle, that every time I touched her, she felt sick, that I was a lousy fuck and that I had a little penis and that she's never going to fuck me again, and I'm just sitting there with my head down; and by this time, she's kneeling on the seat and she's yelling this in my face. . . .

109 The appellant testified that the victim's voice began to fade off. He recalls wondering why she was treating him and his children in this way. He also remembers thinking about how people in the small town in which he lived would look at him if his wife had him arrested. The appellant then remembers a "whoosh" sensation washing over him from his feet to his head. According to the appellant, when his eyes focussed again, he was staring straight ahead and felt something in his hand. He was holding a six-inch hunting knife which he kept in the truck. He looked over and saw Donna Stone slumped over on the seat. He knew she was dead. It would later be determined that Donna Stone died from loss of blood resulting from 47 stab wounds.

110 The appellant testified that he opened the passenger door and Donna Stone's body fell out onto the ground. After five to ten minutes, the appellant put his wife's body in a toolbox in the back of his truck. He then washed the blood from his hands in a puddle, removed his bloody clothes and put on extra clothes he kept in the truck. The appellant then pulled out of the empty lot and drove to a nearby motel where he asked for directions home and purchased a six-pack of beer to calm his nerves.

111 According to the appellant, he arrived home around 3:00 a.m. He did not immediately go in because the lights were on and he feared someone was still awake. The appellant parked down the road until 6:00 a.m. He then drove the truck into his garage and went into the house where he

arrêterait de travailler et resterait simplement à la maison avec ses enfants, et que je devrais lui verser une pension alimentaire, pour elle et pour ses enfants.

. . . Bien, elle n'arrêtait pas et a simplement dit qu'elle ne pouvait pas endurer m'entendre siffler, que je la dégoûtai chaque fois que je la touchais, que j'étais nul au lit, que j'avais un petit pénis et qu'elle ne coucherait plus jamais avec moi; et j'étais juste assis là, la tête baissée, et, à ce moment-là, elle était à genoux sur le siège et me lançait cela au visage . . .

L'appellant a témoigné que la voix de la victime avait commencé à baisser. Il se rappelle s'être demandé pourquoi elle les traitait ainsi, lui et ses enfants. Il se souvient également avoir pensé à la façon dont les gens de la petite ville où il habitait le jugeraient si son épouse le faisait arrêter. L'appellant se rappelle ensuite avoir eu la sensation «d'être emporté» par une vague le submergeant des pieds à la tête. Selon l'appellant, lorsqu'il a repris ses sens, il regardait droit devant lui et a senti quelque chose dans sa main. Il tenait le couteau de chasse de six pouces qu'il conservait dans le camion. Il a levé les yeux et a aperçu Donna Stone affaissée sur le siège. Il savait qu'elle était morte. Il a été établi, par la suite, que Donna Stone était morte au bout de son sang après avoir été poignardée à 47 reprises.

L'appellant a témoigné qu'il avait ouvert la portière du passager et que le corps de Donna Stone était tombé sur le sol. Entre cinq et dix minutes plus tard, l'appellant a placé le corps de son épouse dans une boîte à outils à l'arrière de son camion. Il a alors lavé ses mains ensanglantées dans une flaque d'eau, puis a retiré ses vêtements tachés de sang pour enfiler des vêtements de rechange qu'il gardait dans le camion. L'appellant a ensuite quitté le terrain vague et s'est rendu à un motel situé tout près où il a demandé des indications sur l'itinéraire à suivre pour retourner chez lui et a acheté un carton de six bières pour se calmer les nerfs.

Selon sa relation des faits, l'appellant est arrivé chez lui vers 3 heures du matin. Il n'est pas entré immédiatement car les lumières étaient allumées et il craignait que quelqu'un ne soit encore couché. Il est resté stationné dans la rue jusqu'à 6 heures du matin, après quoi il a conduit son

cleaned up and packed a few shirts. He left a note for his step-daughter, the daughter of the victim:

Sorry, Nicole, but she just wouldn't stop yelling at me. My loan to the bank, credit union has insurance on it if I die. Love Bert

The appellant testified that he checked into a hotel so he could take a shower and shave. He then collected an outstanding debt, sold a car he owned and took a cab to the airport. He flew to Mexico. While in Mexico, the appellant awoke one morning to the sensation of having his throat cut. In trying to recall his dream, he remembered stabbing Donna Stone twice in the chest before experiencing the “whooshing” sensation.

Donna Stone's body was found in the tool box in the appellant's truck two days after her death.

The appellant returned to Canada approximately six weeks later on May 2, 1994. The next day he spoke to a lawyer and then surrendered himself to police.

II. Psychiatric Evidence

Two psychiatrists gave evidence in this case. The defence psychiatrist, Dr. Janke, interviewed the appellant on two occasions approximately 18 months after the killing. The Crown psychiatrist, Dr. Murphy, interviewed the appellant for one hour on the seventh day of the trial.

A. *Evidence of Dr. Janke*

Dr. Janke testified that a dissociative episode is a medical term for a circumstance in which an individual's thinking component, including his judgment and ability to know what he is doing, splits from his physical body. According to Dr. Janke, dissociation can be caused by a psychological blow and is often accompanied by partial to

camion dans le garage et est entré dans la maison, où il a fait du ménage et mis quelques chemises dans une valise. Il a laissé un mot à sa belle-fille, la fille de la victime:

[TRADUCTION] Désolé, Nicole, mais elle n'arrêtait pas de crier après moi. Le prêt que j'ai à la banque, à la caisse populaire, est assuré au cas où je mourrais. Affectueusement, Bert

L'appelant a témoigné qu'il avait loué une chambre d'hôtel pour prendre une douche et se raser. Ensuite, il a perçu une somme qui lui était due, vendu une auto lui appartenant et pris un taxi en direction de l'aéroport, où il s'est envolé pour le Mexique. Pendant son séjour dans ce pays, l'appelant s'est réveillé un matin, en proie à la sensation qu'on lui tranchait la gorge. En essayant de se remémorer le rêve qu'il avait fait, il s'est souvenu avoir poignardé Donna Stone à la poitrine à deux reprises avant d'avoir la sensation «d'être emporté».

Le corps de Donna Stone a été découvert dans la boîte à outils du camion de l'appelant deux jours après sa mort.

L'appelant est revenu au Canada environ six semaines plus tard, soit le 2 mai 1994. Le lendemain, il a parlé à un avocat et s'est ensuite livré à la police.

II. La preuve psychiatrique

Deux psychiatres ont témoigné dans la présente affaire. Le Dr Janke, psychiatre de la défense, s'est entretenu à deux reprises avec l'appelant environ 18 mois après l'homicide. Le Dr Murphy, psychiatre du ministère public, a rencontré l'appelant pendant une heure le septième jour du procès.

A. *Le témoignage du Dr Janke*

Le Dr Janke a témoigné qu'un «épisode de dissociation» est une expression médicale qui désigne une situation où la pensée d'une personne, y compris son discernement et sa capacité de savoir ce qu'elle fait, se sépare de son corps. Selon le Dr Janke, la dissociation peut être causée par un choc psychologique et s'accompagne souvent

112

113

114

115

116

complete memory loss. Dr. Janke was unaware of any cases in which a violent dissociative episode had recurred.

117 Dr. Janke testified that the appellant's account of the facts in this case was consistent with a dissociative episode caused by a series of psychological blows. In particular, Dr. Janke noted that the following facts are consistent with dissociation: Donna Stone's words immediately prior to the killing were extreme; the appellant's second wife reported that two to three hours before the killing the appellant seemed out of character; the appellant reported experiencing a "whooshing" sensation followed by a re-awareness stage; the appellant reported decreasing concentration, difficulty following driving directions and memory loss; and the attack was of a frenzied, overkill nature.

118 In Dr. Janke's opinion, the appellant was in a dissociative state for at least the majority of the attack on Donna Stone. According to Dr. Janke, this state resulted from Donna Stone's extreme insults which must be viewed in the context of the stress the appellant had endured throughout the day. However, Dr. Janke qualified his opinion by noting that it was largely dependant on the accuracy and truthfulness of the appellant's account of events.

119 According to Dr. Janke, there was no evidence that the appellant suffered from any psychiatric or physical condition which could have been responsible for a dissociative episode. The only psychological factor the appellant possessed which may have contributed to a dissociative episode was his tendency not to be aware of his emotional state. Dr. Janke considered this factor to be within the normal range of human behaviour.

120 Dr. Janke agreed that the appellant told him that while he was in Mexico, he "became aware of a memory of having a knife in his hand and stabbing Donna Stone twice in the chest before having the 'whooshing' sensation" (emphasis added). However, Dr. Janke pointed out that an individual who

d'une perte de mémoire partielle ou totale. À sa connaissance, il n'était jamais arrivé qu'un épisode de dissociation accompagné de violence se répète.

Le D^r Janke a témoigné que les faits relatés par l'appelant en l'espèce pouvaient laisser croire à l'existence d'un épisode de dissociation causé par une série de chocs psychologiques. Il a notamment souligné que les faits suivants pouvaient laisser croire à l'existence d'un état de dissociation: les paroles de Donna Stone juste avant l'homicide étaient outrancières; la seconde épouse de l'appelant a raconté que, deux ou trois heures avant l'homicide, l'appelant lui avait semblé ne pas être le même homme; l'appelant a relaté avoir eu la sensation «d'être emporté», et avoir ensuite repris conscience; l'appelant a dit avoir eu une perte de concentration et de mémoire, ainsi que du mal à suivre les indications routières qui lui avaient été données; enfin l'agression a été particulièrement violente et acharnée.

Selon le D^r Janke, l'appelant était dans un état de dissociation au moins pendant la majeure partie de l'agression à laquelle il s'est livré sur Donna Stone. À son avis, cet état a résulté des graves injures proférées par la victime, qui doivent être considérées dans le contexte du stress que l'appelant avait subi pendant toute la journée. Toutefois, le D^r Janke a nuancé son opinion en soulignant qu'elle reposait en grande partie sur l'exactitude et la fidélité de la relation des faits de l'appelant.

Selon le D^r Janke, il n'y avait aucune preuve que l'appelant souffrait d'un trouble psychiatrique ou physique susceptible de déclencher un épisode de dissociation. Le seul facteur psychologique qui pouvait avoir déclenché un épisode de dissociation chez l'appelant était sa tendance à être inconscient de son état émotif. Le D^r Janke considérait que ce facteur faisait partie du comportement humain normal.

Le D^r Janke a convenu que l'appelant lui avait raconté que, pendant son séjour au Mexique, [TRADUCTION] «lui était revenu le souvenir d'avoir eu un couteau à la main et d'avoir poignardé Donna Stone à la poitrine à deux reprises avant d'avoir la sensation "d'être

has had a dissociative episode is usually unable to sequence memories of events surrounding the episode accurately and chronologically.

B. *Evidence of Dr. Murphy*

Dr. Murphy agreed with much of Dr. Janke's evidence about dissociation generally. For example, she accepted his explanation of what dissociation is. She also agreed that dissociation is often accompanied by memory loss and an inability to sequence memories of events surrounding the episode accurately and chronologically. Like Dr. Janke, Dr. Murphy was unaware of any cases in which a violent dissociative episode had recurred.

In relation to the appellant's claim of dissociation, Dr. Murphy testified that it is possible that the appellant was in a dissociative state when he killed Donna Stone. However, she noted that there is no scientific method of completely ruling out a claim of dissociation once it has been made. Furthermore, she opined that although it is possible, it is extremely unlikely that the appellant was in a dissociative state when he killed his wife. Dr. Murphy's scepticism was based upon several factors. First, she pointed out that the appellant's reported decrease in concentration, difficulty following driving directions and memory loss were common phenomenon which, though consistent with dissociation, could easily be attributed to a number of other factors. In particular, the appellant's reported lack of memory in itself is not conclusive since up to 50 per cent of people who are charged with serious crimes report that they do not remember the incident. Dr. Murphy also pointed out that the frenzied, overkill nature of the attack was equally consistent with rage as with dissociation.

Dr. Murphy noted that the mind and body of a person in a dissociative state have been split. For this reason, she would expect that there would

emporté"» (je souligne). Cependant, le D^r Janke a fait remarquer que la personne qui a connu un épisode de dissociation est généralement incapable de rétablir exactement le déroulement chronologique des faits ayant entouré cet épisode.

B. *Le témoignage du D^r Murphy*

Le D^r Murphy s'est dite d'accord avec une bonne partie du témoignage du D^r Janke portant sur la dissociation en général. Par exemple, elle a accepté sa définition de ce phénomène. Elle a également convenu que la dissociation était souvent accompagnée d'une perte de mémoire et de l'incapacité de rétablir exactement le déroulement chronologique des faits ayant entouré l'épisode de dissociation. Comme le D^r Janke, elle ne connaissait aucun cas où un épisode de dissociation accompagné de violence s'était répété.

Quant à l'argument de la dissociation avancé par l'appelant, le D^r Murphy a témoigné qu'il se pouvait que celui-ci ait été dans un tel état lorsqu'il a tué Donna Stone. Elle a toutefois ajouté qu'il n'existe aucun moyen scientifique d'écarter totalement un tel argument une fois qu'il est avancé. En outre, elle a exprimé l'avis que, même s'il se pouvait que l'appelant se soit trouvé dans un état de dissociation lorsqu'il a tué son épouse, il était fort improbable qu'il en ait été ainsi. Son scepticisme était dû à plusieurs facteurs. Elle a souligné que la perte de concentration et de mémoire, ainsi que la difficulté à suivre les indications routières, relatées par l'appelant étaient des phénomènes courants qui, bien que susceptibles de laisser croire à l'existence d'un état de dissociation, pouvaient facilement être attribués à un certain nombre d'autres facteurs. Notamment, la perte de mémoire mentionnée par l'appelant n'est pas déterminante en soi étant donné que jusqu'à la moitié des gens qui sont accusés de crimes graves disent ne pas se souvenir de les avoir commis. Le D^r Murphy a aussi fait observer que le caractère particulièrement violent et acharné de l'agression pouvait autant être attribué à la rage qu'à un état de dissociation.

Le D^r Murphy a souligné que l'esprit et le corps d'une personne en état de dissociation sont séparés. Pour cette raison, elle s'attendrait à ce

121

122

123

usually be no connection between the dissociated acts and the social context immediately preceding them. For example, a person who is watching television with a group of people might get up and urinate in front of the others. According to Dr. Murphy, the fact that Donna Stone was both the trigger of the dissociative episode and the victim of the appellant's dissociated violence renders the appellant's claim of dissociation suspect.

qu'il n'y ait habituellement aucun lien entre les actes liés à la dissociation et le contexte social qui les a précédés immédiatement. Par exemple, une personne qui regarde la télévision avec un groupe de gens pourrait se lever et uriner devant eux. Selon le D^r Murphy, le fait que Donna Stone a été à la fois l'élément déclencheur de l'état de dissociation et la victime de la violence de l'appellant alors qu'il était dans cet état jette un doute sur l'argument de la dissociation avancé par ce dernier.

124 Finally, Dr. Murphy noted that Dr. Janke's opinion that the appellant had experienced a dissociative episode was based almost exclusively on the appellant's account of events. She testified that psychiatrists must view claims of dissociation with suspicion if they are made in legal contexts where the claimant has an obvious interest in a favourable disposition. In such circumstances, the evidence of bystanders who can corroborate the claimant's explanation of events and provide information about the appearance of the claimant at the time of the incident is an important element in confirming the validity of a claim of dissociation.

Enfin, le D^r Murphy a fait remarquer que l'opinion du D^r Janke, selon laquelle l'appellant avait connu un épisode de dissociation, était fondée presque uniquement sur la relation des faits de ce dernier. Elle a témoigné que les psychiatres doivent se méfier des arguments de dissociation avancés dans un contexte judiciaire où leur auteur a manifestement intérêt à ce qu'ils soient acceptés. Dans de tels cas, le témoignage d'observateurs qui peuvent corroborer l'explication des faits par le demandeur et fournir des renseignements sur son apparence au moment où ces faits se sont déroulés est important pour confirmer la validité d'un argument de dissociation.

125 Dr. Murphy agreed with Dr. Janke that there was no evidence that the appellant suffered from any medically recognized psychiatric disorder which could have been responsible for a dissociative episode.

Le D^r Murphy partageait l'avis du D^r Janke qu'il n'y avait aucune preuve que l'appellant souffrait d'un trouble psychiatrique médicalement reconnu, qui pouvait avoir provoqué un épisode de dissociation.

III. Judicial History

III. Historique des procédures judiciaires

A. *British Columbia Supreme Court — Brenner J.*

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique — le juge Brenner*

(1) Ruling on Whether to Instruct the Jury on Automatism

(1) La décision concernant l'opportunité de donner au jury des directives sur l'automatisme

126 Brenner J. considered whether or not to put the defence of automatism to the jury in the context of a *voir dire*. He identified his first task: to determine, as a question of law, whether the defence had raised sufficient evidence of involuntariness such that the general defence of automatism was entitled to be put to the jury.

Le juge Brenner s'est demandé s'il y avait lieu de soumettre la défense d'automatisme à l'appréciation du jury, dans le cadre d'un *voir-dire*. Selon lui, sa première tâche consistait à décider si, en droit, la défense avait présenté une preuve suffisante du caractère involontaire pour que le moyen de défense général fondé sur l'automatisme puisse être soumis à l'appréciation du jury.

Brenner J. then turned to the definition of automatism. He cited the definition of Dickson J., as he then was, speaking in dissent in *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513, at p. 552:

In principle, the defence of automatism should be available whenever there is evidence of unconsciousness throughout the commission of the crime, that cannot be attributed to fault or negligence of his part.

Noting that this definition had been approved by La Forest J., speaking for the majority of this Court, in *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871, at p. 905, Brenner J. concluded that the defence of automatism is only available where there is evidence of unconsciousness throughout the commission of the crime. However, the evidence in the present case revealed that while in Mexico, the appellant recalled inflicting two of the stab wounds to Donna Stone's chest before experiencing the "whooshing" sensation. Nevertheless, since automatism had been left with juries in other British Columbia cases in which accused persons had partial recollection of the crime, Brenner J. concluded that the authorities did not exclude the availability of this defence merely because the appellant has some recollection of what happened.

Brenner J. held that in the present case there was evidence of unconsciousness throughout the commission of the crime because the only recollection of events had come to the appellant in a dream several days after he had killed Donna Stone. As a result, he found that the defence had laid the proper evidentiary foundation for the general defence of automatism. Brenner J. then correctly identified the second question before him: whether insane or non-insane automatism should be left with the jury.

Brenner J. found the case of *R. v. MacLeod* (1980), 52 C.C.C. (2d) 193 (B.C.C.A.), indistin-

127
Le juge Brenner a alors abordé la définition de l'automatisme. Il a cité celle donnée en dissidence par le juge Dickson, plus tard Juge en chef, dans *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, à la p. 552:

En principe, l'automatisme devrait être un moyen de défense chaque fois qu'est établie une perte de conscience tout au long de la perpétration du crime et qu'on ne peut l'imputer à la faute ou à la négligence de l'accusé.

128
Faisant remarquer que cette définition avait été approuvée par le juge La Forest au nom de notre Cour à la majorité, dans l'arrêt *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871, à la p. 905, le juge Brenner a conclu que l'automatisme comme moyen de défense ne peut être invoqué que lorsqu'est établie une perte de conscience tout au long de la perpétration du crime. Toutefois, la preuve révélait en l'espèce que, pendant son séjour au Mexique, l'appelant s'était souvenu avoir poignardé Donna Stone à la poitrine à deux reprises avant d'avoir la sensation «d'être emporté». Néanmoins, vu que la défense d'automatisme avait été soumise à l'appréciation du jury dans d'autres affaires en Colombie-Britannique où les accusés avaient un souvenir partiel du crime qui leur était reproché, le juge Brenner a conclu que la jurisprudence n'empêchait pas d'invoquer ce moyen simplement parce que l'appelant avait un certain souvenir de ce qui s'était produit.

129
Le juge Brenner a décidé qu'il était établi en l'espèce qu'il y avait eu perte de conscience tout au long de la perpétration du crime, car le seul souvenir que l'appelant avait des faits lui était revenu au cours d'un rêve, plusieurs jours après qu'il eut tué Donna Stone. Il a donc conclu que la défense avait établi les fondements de la défense générale d'automatisme. Le juge Brenner a ensuite correctement énoncé la deuxième question dont il était saisi, celle de savoir si la défense d'automatisme avec aliénation mentale ou d'automatisme sans aliénation mentale devrait être soumise à l'appréciation du jury.

130
Le juge Brenner a conclu qu'aucune distinction ne pouvait être faite d'avec l'arrêt *R. c. MacLeod*

guishable. In *MacLeod*, the British Columbia Court of Appeal applied this Court's decision in *Rabey, supra*, holding that where the only possible cause of the accused's dissociative state was anxiety, an internal factor, the accused must have been suffering from a disease of the mind in the legal sense and accordingly only insane automatism should be left with the jury.

131 Applying *MacLeod*, Brenner J. ruled that the only form of automatism available to the appellant was insane automatism. As a result, he instructed the jury on insane automatism, intention in relation to second degree murder and provocation. He then set out three possible verdicts open to the jury: not criminally responsible on account of mental disorder, guilty or not guilty of the offence of second degree murder, and guilty of the included offence of manslaughter. The jury found the appellant criminally responsible but not guilty of second degree murder. Brenner J. directed a verdict on the included offence of manslaughter.

(2) Ruling on the Disclosure of the Defence Expert Report to the Crown

132 In opening remarks, counsel for the defence stated that the evidence which would be given by Dr. Janke, the defence psychiatrist, would support the defence of automatism. At the conclusion of the defence's opening remarks, the Crown requested production of a copy of the report prepared by Dr. Janke. The Crown submitted that it required the report to cross-examine the appellant on the statements he had made to Dr. Janke. According to the Crown, this was necessary in order to assist the jury in determining what weight to place on Dr. Janke's assessment. The defence denied the Crown's request claiming that it had no obligation to produce the report. However, the defence acknowledged that it would nevertheless supply the Crown with a copy of the report at the

(1980), 52 C.C.C. (2d) 193 (C.A.C.-B.). Dans cette affaire, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait appliqué l'arrêt *Rabey*, précité, de notre Cour pour conclure que, lorsque la seule cause possible de l'état de dissociation était l'angoisse, c'est-à-dire un facteur interne, il fallait que l'accusé ait souffert d'une maladie mentale au sens juridique, de sorte que seule la défense d'automatisme avec aliénation mentale devait être soumise à l'appréciation du jury.

Appliquant l'arrêt *MacLeod*, le juge Brenner a conclu que la seule forme d'automatisme que l'appelant pouvait invoquer était l'automatisme avec aliénation mentale. En conséquence, il a donné au jury des directives sur l'automatisme avec aliénation mentale, l'intention relative au meurtre au deuxième degré et la provocation. Il lui a ensuite cité trois verdicts possibles: non criminellement responsable pour cause de troubles mentaux, coupable ou non coupable de l'infraction de meurtre au deuxième degré, et coupable de l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable. Le jury a déclaré l'appelant criminellement responsable mais non coupable de meurtre au deuxième degré. Le juge Brenner a imposé un verdict de culpabilité de l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable.

(2) La décision concernant la communication du rapport d'expert de la défense au ministère public

Dans ses remarques préliminaires, l'avocat de la défense a déclaré que le témoignage du D^r Janke, psychiatre de la défense, étayerait le moyen de défense fondé sur l'automatisme. À la fin de ces remarques, le ministère public a demandé la production d'un exemplaire du rapport préparé par le D^r Janke. Il a soutenu qu'il en aurait besoin pour contre-interroger l'appelant au sujet de ses déclarations au D^r Janke. Il a ajouté que cela était nécessaire pour aider le jury à déterminer l'importance à accorder à l'évaluation du D^r Janke. La défense a rejeté la demande du ministère public sous prétexte qu'elle n'avait pas à produire ce rapport. Elle a cependant admis qu'elle lui en remettrait néan-

end of the appellant's testimony. The defence made no claim of privilege.

Brenner J. ordered the defence to produce Dr. Janke's report immediately stating that "the Crown ought to be in a position of being able to explore on cross-examination with the accused whatever statements Dr. Janke may or may not have relied upon in his report". The Crown relied on the report in its cross-examination of the appellant.

(3) Sentencing

A sentencing hearing was held on December 1, 1995 before Brenner J. Defence counsel argued that a sentence of one to two years was appropriate, in addition to the 18 months the appellant had already spent in custody. The Crown suggested a sentence of 15 years to life imprisonment. The Crown agreed that the 18 months the appellant had already spent in custody had to be taken into account in determining an appropriate sentence.

Brenner J. began by noting that the jury had accepted the defence of provocation, and the appellant had accordingly been convicted of manslaughter rather than second degree murder. After reviewing the circumstances of the offence and the appellant's background, he concluded that the principle concern of this sentencing was general deterrence, specifically noting in particular that this was an offence of domestic violence.

Brenner J. was of the opinion that sentencing had to be assessed in light of the jury's acceptance of the defence of provocation, while still bearing in mind the brutality of the offence. After reviewing a number of cases, two of which he found particularly relevant — *R. v. Archibald* (1992), 15 B.C.A.C. 301, and *R. v. Eklund*, [1985] B.C.J. No. 2415 (QL) (C.A.) — Brenner J. sentenced the appellant to a further four years in jail, treating the

moins un exemplaire à la fin du témoignage de l'appellant. La défense n'a invoqué aucun privilège.

Le juge Brenner a ordonné à la défense de produire immédiatement le rapport du D^r Janke, en affirmant que [TRADUCTION] «le ministère public devrait être en mesure d'étudier, lors du contre-interrogatoire de l'accusé, toute déclaration sur laquelle le D^r Janke a pu ou non s'appuyer dans son rapport». Le ministère public s'est appuyé sur ce rapport pour contre-interroger l'appellant.

(3) La détermination de la peine

L'audience relative à la détermination de la peine a eu lieu devant le juge Brenner le 1^{er} décembre 1995. L'avocat de la défense a soutenu qu'il convenait d'infliger une peine d'une à deux années d'emprisonnement, en sus des 18 mois déjà purgés par l'appellant. Le ministère public a proposé une peine allant de 15 années à l'emprisonnement à vie. Il a convenu que les 18 mois déjà purgés par l'appellant devaient être pris en considération pour déterminer une peine appropriée.

Le juge Brenner a commencé par souligner que le jury avait accepté la défense de provocation, de sorte que l'appellant avait été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable au lieu de meurtre au deuxième degré. Après avoir examiné les circonstances de l'infraction et les antécédents de l'appellant, il a conclu que la dissuasion générale était le principal objectif de la détermination de la peine en l'espèce, faisant expressément remarquer qu'il s'agissait d'une infraction de violence familiale.

Selon le juge Brenner, la peine devait être déterminée en fonction de l'acceptation de la défense de provocation par le jury, mais compte tenu aussi de la brutalité de l'infraction commise. Après avoir analysé un certain nombre de précédents, parmi lesquels il en a jugé deux particulièrement pertinents — *R. c. Archibald* (1992), 15 B.C.A.C. 301, et *R. c. Eklund*, [1985] B.C.J. No. 2415 (QL) (C.A.) —, le juge Brenner a infligé à l'appellant une peine de quatre années supplémentaires d'emprisonnement, considérant que sa détention de

133

134

135

136

appellant's 18-month pre-trial custody as the equivalent of a three-year sentence.

B. *British Columbia Court of Appeal* — (1997), 86 B.C.A.C. 169 (Conviction) and (1997), 89 B.C.A.C. 139 (Sentencing)

(1) Should Non-Insane Automatism Have Been Left with the Jury?

137 McEachern C.J. (Cumming and Braidwood J.J.A. concurring) began by reviewing the facts. He then turned to the first ground of appeal: whether the trial judge had erred in failing to leave non-insane automatism to the jury.

138 McEachern C.J. reviewed the two-step process which must be followed by trial judges when dealing with claims of automatism. First, the judge must determine whether or not the accused has raised sufficient evidence to give the general defence of automatism an air of reality. Next, if this proper evidentiary foundation has been laid by the defence, the trial judge must determine whether insane or non-insane automatism should be left with the trier of fact. This entails determining whether or not the automatism stemmed from a disease of the mind. According to McEachern C.J., at p. 173, "the defence must identify evidence from which the jury could reasonably conclude that the dissociated state was not caused by a disease of the mind. If there is no such evidence, a dissociated state could only result from a disease of the mind."

139 After specifically commenting that the only explanation for the alleged automatism was the critical and insulting words of Donna Stone, McEachern C.J. cited this Court's decision in *Rabey, supra*, for the proposition that a violent reaction to psychological trauma is generally attributed to the actor's internal psychological make-up and thus characterized as a disease of the

18 mois antérieure au procès équivalait à une peine de trois ans.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1997), 86 B.C.A.C. 169 (déclaration de culpabilité), et (1997), 89 B.C.A.C. 139 (détermination de la peine)

(1) L'automatisme sans aliénation mentale aurait-il dû être soumis à l'appréciation du jury?

Le juge en chef McEachern (avec l'appui des juges Cumming et Braidwood) a commencé par examiner les faits. Il a ensuite abordé le premier moyen d'appel: le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne soumettant pas à l'appréciation du jury l'automatisme sans aliénation mentale?

Le juge en chef McEachern a analysé la procédure en deux étapes que le juge du procès doit suivre lorsqu'il examine une allégation d'automatisme. D'abord, le juge doit se demander si l'accusé a présenté une preuve suffisante pour conférer une vraisemblance à la défense générale d'automatisme. Ensuite, si ces fondements ont été établis, le juge du procès doit décider s'il y a lieu de soumettre à l'appréciation du juge des faits la défense d'automatisme avec aliénation mentale ou la défense d'automatisme sans aliénation mentale, ce qui oblige à trancher la question de savoir si l'automatisme découlait ou non d'une maladie mentale. Selon le juge en chef McEachern, à la p. 173, [TRADUCTION] «la défense doit présenter une preuve qui permettrait au jury de conclure raisonnablement que l'état de dissociation n'a pas été causé par une maladie mentale. En l'absence d'une telle preuve, la dissociation ne pourrait être que le fruit d'une maladie mentale.»

Après avoir expressément indiqué que seules les critiques et les insultes de Donna Stone pouvaient expliquer l'état d'automatisme allégué, le juge en chef McEachern a cité l'arrêt *Rabey*, précité, de notre Cour à l'appui de la proposition selon laquelle une réaction violente à un traumatisme psychologique est généralement attribuée à la propre constitution psychologique de l'acteur et est

mind, giving rise to a defence of insane, rather than non-insane, automatism.

McEachern C.J. then reviewed (at p. 175) this Court's decision in *Parks* and particularly the following words of La Forest J., at p. 902:

“. . . that the [internal cause] theory is really meant to be used only as an analytical tool, and not as an all-encompassing methodology. As Watt, J., commented in his reasons in support of his charge to the jury in this case, the dichotomy “constitutes a general, but not an unremitting or universal, classificatory scheme for ‘disease of the mind’”.”

McEachern C.J. concluded that La Forest J.'s comments in *Parks* must be read in light of the fact that that case involved sleepwalking, which gives rise to special considerations. He therefore rejected the argument that *Parks* could be cited as authority for the proposition that the trial judge erred in applying the *Rabey* internal cause theory to the facts of the present case. According to McEachern C.J., *Parks* simply recognizes that courts are justified in straying from the internal cause theory if the unique facts of a given case are not well suited to an analysis under that theory.

McEachern C.J. correctly noted that the jurisprudence surrounding “disease of the mind” has evolved beyond the strict application of the internal cause theory as dictated in *Rabey*. In particular, later authorities reveal that policy considerations are also to be taken into account in assessing whether or not automatism stems from a disease of the mind.

After assessing the relevant case law, McEachern C.J. was not satisfied that the trial judge erred in concluding that the internal cause theory was the best guide based on the bizarre facts of this case. Unlike *Parks*, there were no circumstances which required departure from this

ainsi qualifiée de maladie mentale, ce qui donne lieu à une défense d'automatisme avec aliénation mentale plutôt qu'à une défense d'automatisme sans aliénation mentale.

Le juge en chef McEachern a ensuite examiné (à la p. 175) l'arrêt *Parks* de notre Cour et, en particulier, les propos suivants du juge La Forest, à la p. 902:

« . . . on entend appliquer cette théorie [de la cause interne] simplement à titre d'instrument d'analyse, et non à titre de méthodologie universelle. Comme l'a souligné le juge Watt dans ses motifs à l'appui de son exposé au jury en l'espèce, la dichotomie [TRADUCTION] “constitue un régime général de classification de la ‘maladie mentale’ qui n'est toutefois ni constant ni universel”.»

Le juge en chef McEachern a conclu que les observations du juge La Forest dans *Parks* doivent être interprétées à la lumière du fait qu'il était question de somnambulisme dans cette affaire, ce qui fait intervenir des considérations particulières. Il a donc rejeté l'argument que l'arrêt *Parks* pouvait être cité à l'appui de la proposition selon laquelle le juge du procès a commis une erreur en appliquant aux faits de la présente affaire la théorie de la cause interne énoncée dans l'arrêt *Rabey*. Selon lui, l'arrêt *Parks* ne fait que reconnaître que les tribunaux ont raison de délaisser la théorie de la cause interne lorsque les faits exceptionnels d'une affaire donnée ne se prêtent pas à une analyse fondée sur cette théorie.

Le juge en chef McEachern a fait remarquer à juste titre que la jurisprudence en matière de «maladie mentale» avait évolué au-delà de l'application stricte de la théorie de la cause interne, prescrite dans *Rabey*. Il ressort notamment de la jurisprudence subséquente qu'il faut aussi tenir compte de considérations d'ordre public pour évaluer si l'automatisme découle d'une maladie mentale.

L'examen de la jurisprudence pertinente n'a pas convaincu le juge en chef McEachern que le juge du procès avait eu tort de conclure que la théorie de la cause interne constituait le meilleur guide d'analyse vu l'étrangeté des faits de la présente affaire. À la différence de l'affaire *Parks*, aucune

140

141

142

143

approach. Furthermore, there were valid reasons, including policy concerns, supporting the trial judge's decision to reject the expert evidence that the appellant was not suffering from a disease of the mind in a medical sense. There was no indication that the trial judge failed to consider these policy factors in deciding to leave only insane automatism to the jury, particularly since he had made his ruling at *nisi prius* where judges are not expected to articulate all of their reasons. To the contrary, the trial judge's reference to *Parks* indicated that he was aware of his duty to take policy considerations into account in assessing which species of automatism to leave with the jury.

144 McEachern C.J. concluded that the trial judge had carefully considered all of the evidence and was justified in deciding not to leave sane automatism with the jury. He thus refused to disturb that decision.

(2) Ordered Disclosure of Defence Expert Report to the Crown

145 McEachern C.J. (with Cumming and Braidwood JJ.A. concurring) began by reviewing the facts surrounding the disclosure, including the use the Crown made of Dr. Janke's report in its cross-examination of the appellant.

146 Relying on *R. v. Peruta* (1992), 78 C.C.C. (3d) 350, *sub nom. Brouillette c. R.*, [1992] R.J.Q. 2776 (C.A.), and *Hodgkinson v. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129 (C.A.), McEachern C.J. concluded that Dr. Janke's report was privileged under the rubric of solicitor's privilege. Despite the fact that the defence did not claim this privilege, the trial judge should have protected the privilege since the report might well have contained prejudicial information unrelated to automatism. McEachern C.J. therefore concluded that he must uphold this ground of appeal unless there was no substantial miscarriage of justice under

circonstance n'exigeait de s'écarter de cette théorie. De plus, des raisons valables, y compris des préoccupations d'ordre public, étayaient la décision du juge du procès de rejeter la preuve d'expert selon laquelle l'appelant ne souffrait pas d'une maladie mentale au sens médical. Rien n'indiquait que le juge du procès avait omis de tenir compte de ces facteurs d'ordre public pour décider de ne soumettre à l'appréciation du jury que la défense d'automatisme avec aliénation mentale, d'autant plus qu'il avait rendu sa décision à une étape du procès où l'on ne s'attend pas à ce que les juges exposent tous leurs motifs. Au contraire, le renvoi du juge du procès à l'arrêt *Parks* indiquait qu'il était conscient de son obligation de tenir compte de considérations d'ordre public pour déterminer quels types d'automatisme devaient être soumis à l'appréciation du jury.

Le juge en chef McEachern a conclu que le juge du procès avait examiné attentivement l'ensemble de la preuve et qu'il avait eu raison de ne pas soumettre à l'appréciation du jury l'automatisme sans aliénation mentale. Il a donc refusé de modifier cette décision.

(2) L'ordonnance de communication du rapport d'expert de la défense au ministère public

Le juge en chef McEachern (avec l'appui des juges Cumming et Braidwood) a commencé par examiner les faits entourant la communication du rapport du Dr Janke, notamment l'usage que le ministère public en avait fait en contre-interrogeant l'appelant.

Se fondant sur les arrêts *Brouillette c. R.*, [1992] R.J.Q. 2776 (C.A.), et *Hodgkinson c. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129 (C.A.), le juge en chef McEachern a conclu que le rapport du Dr Janke était protégé par le secret professionnel de l'avocat. Même si la défense n'avait pas invoqué ce privilège, le juge du procès aurait dû l'appliquer étant donné que le rapport aurait bien pu contenir des renseignements préjudiciables n'ayant rien à voir avec l'automatisme. Le juge en chef McEachern a donc conclu qu'il devait retenir ce moyen d'appel, à moins qu'il n'y ait eu absence d'erreur judiciaire grave au sens du

s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

In assessing whether there was no substantial miscarriage of justice, McEachern C.J. noted that the defence was entitled to change tactics and not call Dr. Janke despite its opening remarks. He also opined that a statement by counsel that a witness will be called does not constitute a waiver of privilege. However, the Crown was entitled to cross-examine the appellant on the statements he had made to Dr. Janke. According to McEachern C.J., if the defence refused to produce the report for this purpose, the Crown could stand the appellant down and resume its cross-examination after Dr. Janke had given evidence. After Dr. Janke was called, the Crown was entitled to a copy of his report because privilege of an expert report is waived when the expert takes the stand. Having examined the report and cross-examined Dr. Janke, if there was any discrepancy between the appellant's evidence and what the report indicates he said to the doctor, the Crown could resume its cross-examination of the appellant in order to question him about his previous inconsistent statement.

McEachern C.J. concluded that there was no substantial miscarriage of justice in the present case because the Crown could properly have achieved the same result using the more complicated procedure examined above. He therefore dismissed this ground of appeal.

(3) Sentencing

The Crown had two primary grounds of appeal on the sentencing issue in the Court of Appeal. First, the Crown argued that the trial judge erred in considering provocation as a mitigating factor in sentencing after s. 232 of the *Code* had reduced a verdict of murder to one of manslaughter. Second, the Crown argued that the seven-year sentence

sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

En se demandant s'il y avait eu absence d'erreur judiciaire grave, le juge en chef McEachern a fait remarquer que la défense avait le droit de changer de stratégie et de ne pas faire témoigner le D^r Janke malgré ses remarques préliminaires. Il a ajouté que l'affirmation d'un avocat qu'un témoin sera entendu ne constitue pas une renonciation à un privilège. Cependant, le ministère public avait le droit de contre-interroger l'appellant sur les déclarations qu'il avait faites au D^r Janke. Selon le juge en chef McEachern, si la défense refusait de produire le rapport à cette fin, le ministère public pouvait interrompre le contre-interrogatoire de l'appellant et le reprendre après le témoignage du D^r Janke. Dès que le D^r Janke était appelé à la barre, le ministère public avait le droit d'obtenir un exemplaire de son rapport, car il y a renonciation à la protection du rapport d'expert quand l'expert se présente à la barre. Si l'analyse du rapport et le contre-interrogatoire du D^r Janke permettaient de constater une contradiction entre le témoignage de l'appellant et les déclarations qu'il avait faites au médecin selon le rapport, le ministère public pouvait reprendre son contre-interrogatoire de l'appellant pour le questionner au sujet de ses déclarations contradictoires antérieures.

Le juge en chef McEachern a conclu à l'absence d'erreur judiciaire grave en l'espèce, parce que le ministère public aurait pu arriver au même résultat en recourant à la procédure plus complexe susmentionnée. Il a donc rejeté ce moyen d'appel.

(3) La détermination de la peine

Le ministère public a invoqué, en Cour d'appel, deux moyens principaux relativement à la question de la détermination de la peine. Premièrement, il a fait valoir que le juge du procès avait commis une erreur en considérant la provocation comme un facteur atténuant en matière de détermination de la peine, après que le verdict de meurtre eut été réduit à un verdict d'homicide involontaire coupable en vertu de l'art. 232 du *Code*. Deuxièmement, il a

147

148

149

imposed by the trial judge was clearly unreasonable.

150 Finch J.A. (Esson and Donald J.J.A. concurring) began by reviewing the circumstances of the offence, the psychiatric evidence and the appellant's background. He then cited this Court's decisions in *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, and *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, on the standard of appellate review of sentencing.

151 Finch J.A. rejected the Crown's duplication argument with respect to provocation. He found that the trial judge was correct to consider provocation as a mitigating factor when sentencing the appellant. He reasoned that the provocation evidence was probative as to the appellant's state of mind at the time of the killing and as such was relevant to the issue of moral blameworthiness. According to Finch J.A., the consideration of this evidence, among all of the other relevant evidence, did not give the appellant a second or unfair benefit.

152 Finch J.A. concluded that the sentence was not clearly unreasonable. It adequately reflected the gravity of the offence and the moral culpability of the appellant. It was also within the range indicated by the case law. The Crown's sentence appeal was accordingly dismissed.

IV. Issues

- 153
1. Did the Court of Appeal err in upholding the decision of the learned trial judge to refuse to leave the "defence" of non-insane automatism to the jury?
 2. Did the Court of Appeal err in holding that there was no miscarriage of justice when the defence report of Dr. Janke was ordered disclosed to the Crown?
 3. (a) Did the Court of Appeal err in principle in deciding that the sentencing judge was

soutenu que la peine de sept ans infligée par le juge du procès était manifestement déraisonnable.

Le juge Finch (avec l'appui des juges Esson et Donald) a commencé par examiner les circonstances de l'infraction, la preuve psychiatrique et les antécédents de l'appellant. Il a ensuite cité les arrêts de notre Cour *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, et *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, relativement à la norme de contrôle de la sentence en appel.

Le juge Finch a rejeté l'argument du double emploi avancé par le ministère public relativement à la provocation. Il a conclu que le juge du procès avait eu raison de considérer la provocation comme un facteur atténuant au moment de déterminer la peine de l'appellant. Il a estimé que la preuve de provocation était probante quant à l'état d'esprit de l'appellant au moment de l'homicide, de sorte qu'elle était pertinente relativement à la question de sa culpabilité morale. Selon lui, l'examen de cet élément tiré de l'ensemble de la preuve pertinente n'avait pas conféré à l'appellant un avantage supplémentaire ou inéquitable.

Le juge Finch a décidé que la peine n'était pas manifestement déraisonnable. Elle reflétait adéquatement la gravité de l'infraction et la culpabilité morale de l'appellant. Elle respectait en outre les limites fixées par la jurisprudence. En conséquence, l'appel du ministère public relativement à la peine a été rejeté.

IV. Les questions en litige

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant la décision du juge du procès de refuser de soumettre à l'appréciation du jury la «défense» d'automatisme sans aliénation mentale?
2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant qu'aucune erreur judiciaire n'a été commise lorsque la communication au ministère public du rapport préparé pour la défense par le Dr Janke a été ordonnée?
3. a) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de principe en décidant que le juge

entitled to consider provocation as a mitigating factor for manslaughter where the same provocation, through the operation of s. 232 of the *Criminal Code* had already reduced the stigma and penalty of an intentional killing from murder to manslaughter?

- (b) Did the Court of Appeal err in upholding a demonstrably unfit sentence that failed to reflect the gravity of the offence properly and the moral culpability of the offender?

V. Relevant Statutory Provisions

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

16. (1) No person is criminally responsible for an act committed or an omission made while suffering from a mental disorder that rendered the person incapable of appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing it was wrong.

(2) Every person is presumed not to suffer from a mental disorder so as to be exempt from criminal responsibility by virtue of subsection (1), until the contrary is proved on the balance of probabilities.

(3) The burden of proof that an accused was suffering from a mental disorder so as to be exempt from criminal responsibility is on the party that raises the issue.

232. (1) Culpable homicide that otherwise would be murder may be reduced to manslaughter if the person who committed it did so in the heat of passion caused by sudden provocation.

(2) A wrongful act or an insult that is of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control is provocation for the purposes of this section if the accused acted on it on the sudden and before there was time for his passion to cool.

(3) For the purposes of this section, the questions

(a) whether a particular wrongful act or insult amounted to provocation, and

qui a infligé la peine pouvait considérer la provocation comme un facteur atténuant relativement à l'homicide involontaire coupable, alors que cette même provocation avait déjà permis, en vertu de l'art. 232 du *Code criminel*, de réduire de meurtre à homicide involontaire coupable le stigmate et la sanction liés à un homicide volontaire?

- b) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant une peine manifestement inappropriée qui ne reflétait pas correctement la gravité de l'infraction ni la culpabilité morale de son auteur?

V. Les dispositions législatives pertinentes

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

154

16. (1) La responsabilité criminelle d'une personne n'est pas engagée à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part survenu alors qu'elle était atteinte de troubles mentaux qui la rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais.

(2) Chacun est présumé ne pas avoir été atteint de troubles mentaux de nature à ne pas engager sa responsabilité criminelle sous le régime du paragraphe (1); cette présomption peut toutefois être renversée, la preuve des troubles mentaux se faisant par prépondérance des probabilités.

(3) La partie qui entend démontrer que l'accusé était affecté de troubles mentaux de nature à ne pas engager sa responsabilité criminelle a la charge de le prouver.

232. (1) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre peut être réduit à un homicide involontaire coupable si la personne qui l'a commis a ainsi agi dans un accès de colère causé par une provocation soudaine.

(2) Une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, est une provocation pour l'application du présent article, si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

(3) Pour l'application du présent article, les questions de savoir:

a) si une action injuste ou une insulte déterminée équivalait à une provocation;

(b) whether the accused was deprived of the power of self-control by the provocation that he alleges he received,

are questions of fact, but no one shall be deemed to have given provocation to another by doing anything that he had a legal right to do, or by doing anything that the accused incited him to do in order to provide the accused with an excuse for causing death or bodily harm to any human being.

(4) Culpable homicide that otherwise would be murder is not necessarily manslaughter by reason only that it was committed by a person who was being arrested illegally, but the fact that the illegality of the arrest was known to the accused may be evidence of provocation for the purpose of this section.

687. (1) Where an appeal is taken against sentence, the court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against, and may on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive,

(a) vary the sentence within the limits prescribed by law for the offence of which the accused was convicted; or

(b) dismiss the appeal.

718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

(a) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing,

. . .

(ii) evidence that the offender, in committing the offence, abused the offender's spouse or child . . .

shall be deemed to be aggravating circumstances;

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

b) si l'accusé a été privé du pouvoir de se maîtriser par la provocation qu'il allègue avoir reçue,

sont des questions de fait, mais nul n'est censé avoir provoqué un autre individu en faisant quelque chose qu'il avait un droit légal de faire, ou en faisant une chose que l'accusé l'a incité à faire afin de fournir à l'accusé une excuse pour causer la mort ou des lésions corporelles à un être humain.

(4) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre n'est pas nécessairement un homicide involontaire coupable du seul fait qu'il a été commis par une personne alors qu'elle était illégalement mise en état d'arrestation; le fait que l'illégalité de l'arrestation était connue de l'accusé peut cependant constituer une preuve de provocation pour l'application du présent article.

687. (1) S'il est interjeté appel d'une sentence, la cour d'appel considère, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir:

a) soit modifier la sentence dans les limites prescrites par la loi pour l'infraction dont l'accusé a été déclaré coupable;

b) soit rejeter l'appel.

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants:

a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant:

. . .

(ii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son conjoint ou de ses enfants;

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

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

11. Any person charged with an offence has the right

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

VI. Analysis

1. Did the Court of Appeal err in upholding the decision of the learned trial judge to refuse to leave the “defence” of non-insane automatism to the jury?

A. *The Nature of Automatism*

The legal term “automatism” has been defined on many occasions by many courts. In *Rabey*, *supra*, Ritchie J., speaking for the majority of this Court, at p. 518, adopted the following definition of the Ontario High Court of Justice in *R. v. K.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 84, at p. 84:

Automatism is a term used to describe unconscious, involuntary behaviour, the state of a person who, though capable of action is not conscious of what he is doing. It means an unconscious involuntary act where the mind does not go with what is being done.

The reference to unconsciousness in the definition of automatism has been the source of some criticism. In her article “Automatism and Criminal Responsibility” (1982-83), 25 *Crim. L.Q.* 95, W. H. Holland points out that this reference to unconsciousness reveals that the law assumes that a person is necessarily either conscious or unconscious. However, the medical literature speaks of different levels of consciousness (p. 96). Indeed, the expert evidence in the present case reveals that medically speaking, “unconscious” means “flat on the floor”, that is, in a comatose-type state. I therefore prefer to define automatism as a state of impaired consciousness, rather than unconscious-

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

11. Tout inculpé a le droit:

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

VI. Analyse

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant la décision du juge du procès de refuser de soumettre à l'appréciation du jury la «défense» d'automatisme sans aliénation mentale?

A. *La nature de l'automatisme*

Le terme juridique «automatisme» a été défini à maintes reprises par de nombreux tribunaux. Dans l'arrêt *Rabey*, précité, à la p. 518, le juge Ritchie, s'exprimant au nom de notre Cour à la majorité, a adopté la définition suivante donnée par la Haute Cour de justice de l'Ontario dans *R. c. K.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 84, à la p. 84:

[TRADUCTION] L'automatisme désigne un comportement qui se produit à l'insu de la conscience et qui échappe à la volonté. C'est l'état d'une personne qui, tout en étant capable d'agir, n'est pas consciente de ce qu'elle fait. Il désigne un acte inconscient et involontaire, où l'esprit ne sait pas ce qui se produit.

La mention de la perte de conscience dans la définition de l'automatisme a suscité certaines critiques. Dans son article intitulé «Automatism and Criminal Responsibility» (1982-83), 25 *Crim. L.Q.* 95, W. H. Holland signale que cette mention indique que le droit présume qu'une personne est nécessairement consciente ou inconsciente. Cependant, les publications médicales parlent de différents degrés de conscience (p. 96). En fait, la preuve d'expert soumise en l'espèce révèle que, du point de vue médical, «inconscient» signifie [TRADUCTION] «être étendu complètement sur le sol», c'est-à-dire être dans un état de type comateux. Je préfère donc définir l'automatisme

155

156

ness, in which an individual, though capable of action, has no voluntary control over that action.

- 157 Two forms of automatism are recognized at law: insane automatism and non-insane automatism. Involuntary action which does not stem from a disease of the mind gives rise to a claim of non-insane automatism. If successful, a claim of non-insane automatism entitles the accused to an acquittal. In *Parks, supra*, La Forest J. cited with approval, at p. 896, the following words of Dickson J. speaking in dissent in *Rabey, supra*, at p. 522:

Although the word “automatism” made its way but lately to the legal stage, it is basic principle that absence of volition in respect of the act involved is always a defence to a crime. A defence that the act is involuntary entitles the accused to a complete and unqualified acquittal. That the defence of automatism exists as a middle ground between criminal responsibility and legal insanity is beyond question.

- 158 On the other hand, involuntary action which is found, at law, to result from a disease of the mind gives rise to a claim of insane automatism. It has long been recognized that insane automatism is subsumed by the defence of mental disorder, formerly referred to as the defence of insanity. For example, in *Rabey, supra*, Ritchie J. adopted the reasoning of Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal. In *R. v. Rabey* (1977), 17 O.R. (2d) 1, Martin J.A. stated, at p. 12:

Automatism caused by disease of the mind is subsumed under the defence of insanity leading to the special verdict of not guilty on account of insanity, whereas automatism not resulting from disease of the mind leads to an absolute acquittal. . . .

- 159 Likewise, in dissent in *Rabey* (S.C.C.), Dickson J. noted, at p. 524:

comme étant un état de conscience diminué, plutôt qu'une perte de conscience, dans lequel la personne, quoique capable d'agir, n'a pas la maîtrise de ses actes.

Le droit reconnaît deux formes d'automatisme: l'automatisme avec aliénation mentale et l'automatisme sans aliénation mentale. L'acte involontaire qui n'est pas le fruit d'une maladie mentale donne ouverture à la défense d'automatisme sans aliénation mentale. Si ce moyen de défense est retenu, l'accusé a droit à l'acquittement. Dans l'arrêt *Parks*, précité, à la p. 896, le juge La Forest cite, en l'approuvant, l'extrait suivant des motifs de dissidence du juge Dickson dans *Rabey*, précité, à la p. 522:

Malgré l'introduction tardive du terme «automatisme» dans le domaine juridique, il demeure un principe fondamental que l'absence de volonté à l'égard de l'acte visé constitue toujours un moyen de défense à un acte criminel. Alléguer en défense que l'acte est involontaire donne à l'accusé le droit d'être complètement et inconditionnellement acquitté. Il ne fait aucun doute que la défense fondée sur l'automatisme constitue un moyen terme entre la responsabilité criminelle et l'aliénation mentale au sens de la loi.

Par ailleurs, l'acte involontaire qui, en droit, est jugé résulter d'une maladie mentale donne ouverture à la défense d'automatisme avec aliénation mentale. Il est reconnu depuis longtemps que ce moyen est subsumé sous la défense des troubles mentaux auparavant appelée «défense d'aliénation mentale». Par exemple, dans *Rabey*, précité, le juge Ritchie a adopté le raisonnement du juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario. Dans *R. c. Rabey* (1977), 17 O.R. (2d) 1, le juge Martin affirme, à la p. 12:

[TRADUCTION] L'automatisme causé par une maladie mentale est subsumé sous la défense d'aliénation mentale, qui mène au verdict particulier de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, tandis que l'automatisme ne résultant pas d'une maladie mentale mène à l'acquittement absolu ou pur et simple . . .

De même, dans l'arrêt *Rabey* (C.S.C.), le juge Dickson, dissident, fait remarquer ce qui suit, à la p. 524:

Automatism may be subsumed in the defence of insanity in cases in which the unconscious action of an accused can be traced to, or rooted in, a disease of the mind. Where that is so, the defence of insanity prevails.

More recently, in *Parks, supra*, La Forest J. confirmed that insane automatism falls within the scope of the defence of mental disorder as set out in s. 16 of the *Code* when he noted that where automatism stems from a disease of the mind, the accused is entitled to a verdict of insanity rather than an acquittal (p. 896). See also *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1321. This classification is consistent with the wording of s. 16, which makes no distinction between voluntary and involuntary acts. Furthermore, the inclusion of mental disorder automatism within the ambit of s. 16 provides courts with an appropriate framework for protecting the public from offenders whose involuntarily criminal acts are rooted in diseases of the mind. Courts in other commonwealth countries have also recognized that insane automatism is subsumed by the defence of mental disorder or insanity. See for example *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386 (H.L.), at pp. 410 and 414; *R. v. Falconer* (1990), 50 A. Crim. R. 244 (H.C.), at pp. 255-56, 265 and 273-74; *R. v. Cottle*, [1958] N.Z.L.R. 999, at p. 1007.

Accordingly, a successful claim of insane automatism will trigger s. 16 of the *Code* and result in a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder. Thus, although courts to date have spoken of insane “automatism” and non-insane “automatism” for purposes of consistency, it is important to recognize that in actuality true “automatism” only includes involuntary behaviour which does not stem from a disease of the mind. Involuntary behaviour which results from a disease of the mind is more correctly labelled a s. 16 mental disorder rather than insane automatism. For purposes of consistency, I will continue to refer to both as “automatism”. However, I believe the terms “mental disorder” automatism and “non-mental disorder” automatism rather than

Dans le cadre d'une défense fondée sur l'aliénation mentale, l'automatisme peut être subsumé dans les cas où l'action inconsciente de l'accusé provient ou tire son origine d'une maladie mentale. Dans un tel cas, la défense d'aliénation mentale prévaut.

Plus récemment, dans l'arrêt *Parks*, précité, le juge La Forest a confirmé que l'automatisme avec aliénation mentale relève de la défense de troubles mentaux énoncée à l'art. 16 du *Code*, lorsqu'il a souligné que, dans le cas où l'automatisme découle d'une maladie mentale, l'accusé a droit à un verdict d'aliénation mentale plutôt qu'à l'acquiescement (p. 896). Voir également *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, à la p. 1321. Cette classification est conforme au libellé de l'art. 16 qui n'établit aucune distinction entre les actes volontaires et les actes involontaires. En outre, l'inclusion de l'automatisme avec troubles mentaux dans le champ d'application de l'art. 16 fournit aux tribunaux un cadre adéquat pour protéger le public contre les contrevenants dont les actes criminels involontaires résultent d'une maladie mentale. Les tribunaux d'autres pays du Commonwealth ont aussi reconnu que l'automatisme avec aliénation mentale est subsumé sous la défense de troubles mentaux ou d'aliénation mentale. Voir, par exemple, *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386 (H.L.), aux pp. 410 et 414; *R. c. Falconer* (1990), 50 A. Crim. R. 244 (H.C.), aux pp. 255 et 256, 265, 273 et 274; *R. c. Cottle*, [1958] N.Z.L.R. 999, à la p. 1007.

En conséquence, lorsque la défense d'automatisme avec aliénation mentale est retenue, l'art. 16 du *Code* s'applique et un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux est rendu. Donc, même si, jusqu'à maintenant, les tribunaux ont parlé d'«automatisme» avec aliénation mentale et d'«automatisme» sans aliénation mentale pour des raisons d'uniformité, il importe de reconnaître qu'en réalité le véritable «automatisme» vise uniquement le comportement involontaire qui ne découle pas d'une maladie mentale. Le comportement involontaire résultant d'une maladie mentale est qualifié à plus juste titre de trouble mental au sens de l'art. 16 que d'automatisme avec aliénation mentale. Pour des raisons d'uniformité, je vais continuer de qualifier les deux d'«automa-

160

161

“insane” automatism and “non-insane” automatism more accurately reflect the recent changes to s. 16 of the *Code*, and the addition of Part XX.1 of the *Code*.

B. *Establishing a Single Approach to all Cases Involving Claims of Automatism*

162 Automatism may arise in different contexts. For example, in *Parks*, *supra*, this Court dealt with a claim of automatism attributed to a state of somnambulism. In *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63, this Court addressed extreme intoxication akin to a state of automatism. In the present case, the appellant claims that nothing more than his wife’s words caused him to enter an automatistic state. This type of claim has become known as “psychological blow” automatism. Automatism attributed to a psychological blow was at the centre of this Court’s decision in *Rabey*, *supra*.

163 The application of different legal tests for automatism dependent on the context in which the alleged automatism arose is a problem because there may be cases in which the facts simply are not conducive to such strict categorization. Cases involving disputes over the cause of the alleged automatism come to mind. The solution to this problem is, of course, to develop a general test applicable to all cases involving claims of automatism. This I will do in these reasons. I therefore emphasize that the following analysis is meant to apply to all claims of automatism and not simply to cases of “psychological blow” automatism. In my opinion, the most effective general test will incorporate various elements of this Court’s most recent statements on automatistic-like behaviour; see *Daviault*, *Parks* and *Rabey*.

164 In *Parks*, *supra*, La Forest J. set out two discrete tasks which trial judges must undertake in determining whether automatism should be left with the

tisme». Toutefois, je crois que les expressions automatisme «avec troubles mentaux» et automatisme «sans troubles mentaux» reflètent mieux les modifications récentes de l’art. 16 du *Code* et l’ajout de la partie XX.1 du *Code*, que les expressions automatisme «avec aliénation mentale» et automatisme «sans aliénation mentale».

B. *L’établissement d’une seule méthode applicable à toutes les affaires où l’automatisme est allégué*

L’automatisme peut survenir dans différents contextes. Par exemple, dans *Parks*, précité, notre Cour était saisie d’une allégation d’automatisme imputable à un état de somnambulisme. Dans *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, notre Cour a examiné la question de l’intoxication extrême s’apparentant à un état d’automatisme. Dans la présente affaire, l’appelant soutient que les seules paroles de son épouse l’ont plongé dans un état d’automatisme. Cet argument est connu sous le nom d’automatisme «provoqué par un choc psychologique». Cette forme d’automatisme était au cœur de l’arrêt *Rabey*, précité, de notre Cour.

L’application de critères juridiques d’automatisme qui diffèrent selon le contexte dans lequel serait survenu l’automatisme pose un problème, car il peut y avoir des cas où les faits ne se prêtent tout simplement pas à une classification aussi rigoureuse. On peut penser au cas où l’on ne s’entend pas sur la cause de l’automatisme allégué. Il est évident que la solution de ce problème consiste à établir un critère général applicable à toutes les affaires où l’automatisme est allégué. C’est ce que je vais faire dans les présents motifs. Je souligne donc que l’analyse qui suit devrait s’appliquer à toute allégation d’automatisme, et non seulement aux cas où l’automatisme «provoqué par un choc psychologique» est allégué. À mon avis, le critère général le plus efficace comportera divers éléments des énoncés les plus récents de notre Cour sur le comportement apparenté à l’automatisme: voir *Daviault*, *Parks* et *Rabey*.

Dans l’arrêt *Parks*, précité, le juge La Forest a énoncé deux tâches distinctes que le juge du procès doit remplir pour décider s’il y a lieu de soumettre

trier of fact. First, he or she must assess whether a proper foundation for a defence of automatism has been established. As I will explain below, establishing a proper foundation for automatism is the equivalent of satisfying the evidentiary burden for this defence. The mere assertion of involuntariness will not suffice. If a proper evidentiary foundation has been established, the trial judge must next determine whether the condition alleged by the accused is mental disorder or non-mental disorder automatism (p. 897).

In my opinion, the functionality of such a two-step framework is apparent and warrants making such an approach generally applicable to all cases involving claims of automatism. However, this framework only provides a starting point from which to develop a general legal approach to automatism. I will now clarify the particulars of the legal analysis which must be undertaken at each of the framework's two stages.

C. Step 1: Establishing a Proper Foundation for a Defence of Automatism

A review of the case law reveals that courts, including this Court, have provided little guidance about exactly what an accused must do to establish a proper foundation for a defence of automatism. Frequently, this stage of the judicial two-step analysis consists of nothing more than a remark that there is sufficient evidence on the record. By far the majority of judicial attention has concentrated on the second stage of the automatism analysis, that is, whether the defence of mental disorder or non-mental disorder automatism should be left with the trier of fact. In my opinion, this Court must provide trial judges with more detail about the required elements of a proper foundation for a defence of automatism. First, however, it is necessary to review how the proper foundation requirement fits into the general structure of our criminal law.

As mentioned above, establishing a proper foundation for automatism is the equivalent of satisfying the evidentiary burden for this defence. In *The*

l'automatisme à l'appréciation du juge des faits. Premièrement, le juge du procès doit déterminer si les fondements d'une défense d'automatisme ont été établis. Comme je vais l'expliquer plus loin, établir les fondements de l'automatisme revient à s'acquitter de la charge de présentation applicable à ce moyen de défense. Une simple allégation de caractère involontaire ne suffira pas. Une fois les fondements établis, le juge du procès doit ensuite déterminer si l'état allégué par l'accusé constitue un automatisme avec ou sans troubles mentaux (p. 897).

Selon moi, le caractère pratique de cette procédure en deux étapes est évident et justifie d'en étendre l'application à toute affaire où l'automatisme est allégué. Cette procédure ne représente cependant qu'un point de départ pour établir une façon générale, en droit, d'aborder l'automatisme. Je vais maintenant donner les détails de l'analyse juridique qui doit être entreprise à chacune des étapes de la procédure.

C. Première étape: établir les fondements de la défense d'automatisme

Il ressort de la jurisprudence que les tribunaux, y compris notre Cour, ont fourni peu d'indications sur ce qu'un accusé doit faire exactement pour établir les fondements d'une défense d'automatisme. Souvent, à cette étape de l'analyse à deux volets, les tribunaux se contentent de faire observer que le dossier renferme une preuve suffisante. Ceux-ci ont accordé beaucoup plus d'attention à la deuxième étape de l'analyse de l'automatisme, c'est-à-dire à la question de savoir s'il y a lieu de soumettre la défense d'automatisme avec ou sans troubles mentaux à l'appréciation du juge des faits. J'estime que notre Cour doit fournir au juge du procès plus de détails sur les éléments requis pour établir les fondements d'une défense d'automatisme. En premier lieu, toutefois, il est nécessaire d'examiner comment l'exigence de l'établissement des fondements s'inscrit dans le cadre général de notre droit criminel.

Tel que mentionné plus haut, établir les fondements de l'automatisme revient à s'acquitter de la charge de présentation applicable à ce moyen

165

166

167

Law of Evidence in Canada (1992), J. Sopinka, S. Lederman and A. Bryant distinguish the evidentiary burden from the legal burden as follows, at p. 53:

The term “burden of proof” is used to describe two distinct concepts relating to the obligation of a party to a proceeding in connection with the proof of a case. In its first sense, the term refers to the obligation imposed on a party to prove or disprove a fact or issue. In the second sense, it refers to a party’s obligation to adduce evidence satisfactorily to the judge, in order to raise an issue.

168

The first sense of the term “burden of proof” suggested by Sopinka, Lederman and Bryant is referred to as the legal or ultimate burden, while the second is known as the evidentiary burden (p. 54). The first, or proper foundation, stage of the automatism analysis sets out what an accused must do to satisfy the evidentiary burden for automatism. As I will discuss below, this burden is directly related to the nature of the legal burden connected with automatism. Whether the accused has satisfied its evidentiary burden is a question of mixed law and fact for the trial judge. It should be noted that, until recently, this determination was considered to be a question of law: see *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paras. 35 and 36. In determining whether the evidentiary burden has been satisfied, the trial judge must assess the evidence before the court. According to Viscount Kilmuir in *Bratty, supra*, at p. 406:

... for a defence of automatism to be “genuinely raised in a genuine fashion”, there must be evidence on which a jury could find that a state of automatism exists. By this I mean that the defence must be able to point to some evidence, whether it emanates from their own or the Crown’s witnesses, from which the jury could reasonably infer that the accused acted in a state of

de défense. Dans leur ouvrage intitulé *The Law of Evidence in Canada* (1992), J. Sopinka, S. Lederman et A. Bryant établissent la distinction suivante entre la charge de présentation et la charge de persuasion (à la p. 53):

[TRADUCTION] L’expression «charge de preuve» sert à décrire deux notions distinctes concernant l’obligation en matière de preuve qui incombe à une partie à des procédures. Prise dans son premier sens, l’expression désigne l’obligation d’une partie de prouver ou de réfuter un fait ou un point litigieux. Dans son deuxième sens, elle désigne l’obligation d’une partie de présenter une preuve de manière satisfaisante au juge, afin de soulever un point litigieux.

Dans le premier sens que lui donnent Sopinka, Lederman et Bryant, l’expression «charge de preuve» est connue sous le nom de charge de persuasion ou charge ultime, alors que, dans son deuxième sens, elle est connue sous le nom de charge de présentation (p. 54). La première étape de l’analyse de l’automatisme, celle de l’établissement des fondements, désigne ce qu’un accusé doit faire pour s’acquitter de la charge de présentation relative à l’automatisme. Comme nous le verrons plus loin, cette charge est directement liée à la nature de la charge de persuasion en matière d’automatisme. La question de savoir si l’accusé s’est acquitté de la charge de présentation qui lui incombe est une question mixte de droit et de fait qu’il appartient au juge du procès de trancher. Il y a lieu de noter que, jusqu’à récemment, cette question était considérée comme une question de droit seulement: voir *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, aux par. 35 et 36. Pour déterminer si l’on s’est acquitté de la charge de présentation, le juge du procès doit donc évaluer la preuve dont le tribunal est saisi. Selon le vicomte Kilmuir, dans *Bratty*, précité, à la p. 406:

[TRADUCTION] ... pour qu’une défense d’automatisme soit «invoquée à juste titre», il doit y avoir une preuve qui permettrait à un jury de conclure à l’existence d’un état d’automatisme. J’entends, par là, que la défense doit pouvoir signaler des éléments de preuve, émanant de ses propres témoins ou de ceux du ministère public, qui permettraient au jury de conclure raisonnablement à

automatism. Whether or not there is such evidence is a matter of law for the judge to decide.

D. *Nature and Origin of the Burdens Applied in Cases Involving Claims of Automatism*

This Court has stated on many occasions that it is a fundamental principle of criminal law that only voluntary actions will attract findings of guilt. See for example *Daviault, supra*, at pp. 74-75, *per* Cory J.; *Rabey* (S.C.C.), *supra*, at pp. 522 and 545, *per* Dickson J.; *Parks, supra*, at p. 896, *per* La Forest J.; *Rabey* (Ont. C.A.), *supra, per* Martin J.A., at p. 24, adopted by Ritchie J. In *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, McLachlin J. classified voluntariness as the mental element of the *actus reus* of a crime (p. 17). In *Daviault*, Cory J. also recognized that voluntariness may be linked to the *actus reus* (p. 102). See also *Chaulk, supra*, at p. 1321, *per* Lamer C.J.

In *Parks, supra*, La Forest J. classified automatism as a sub-set of the voluntariness requirement, which he too recognized as part of the *actus reus* component of criminal responsibility (p. 896). I agree and would add that voluntariness, rather than consciousness, is the key legal element of automatic behaviour since a defence of automatism amounts to a denial of the voluntariness component of the *actus reus*.

The law presumes that people act voluntarily. Accordingly, since a defence of automatism amounts to a claim that one's actions were not voluntary, the accused must rebut the presumption of voluntariness. An evidentiary burden is thereby imposed on the accused. The nature of this evidentiary burden stems from the legal burden imposed in cases involving claims of automatism. Generally, the legal burden in such cases has been on the Crown to prove voluntariness, a component of the *actus reus*, beyond a reasonable doubt — hence Dickson J.'s contention in *Rabey* that an accused

l'existence d'un état d'automatisme. La question de savoir si de tels éléments de preuve existent est une question de droit qu'il incombe au juge de trancher.

D. *Nature et origine des charges de preuve applicables dans les cas où l'automatisme est allégué*

Notre Cour a affirmé, à maintes reprises, que, selon un principe fondamental de notre droit criminel, seul l'acte volontaire justifie une déclaration de culpabilité. Voir, par exemple, *Daviault*, précité, aux pp. 74 et 75, le juge Cory; *Rabey* (C.S.C.), précité, aux pp. 522 et 545, le juge Dickson; *Parks*, précité, à la p. 896, le juge La Forest; *Rabey* (C.A. Ont.), précité, le juge Martin, à la p. 24, dont les propos ont été adoptés par le juge Ritchie. Dans *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, le juge McLachlin a qualifié le caractère volontaire d'élément moral de l'*actus reus* d'un crime (p. 17). Dans *Daviault*, le juge Cory a lui aussi reconnu que le caractère volontaire peut être lié à l'*actus reus* (p. 102). Voir également *Chaulk*, précité, à la p. 1321, le juge en chef Lamer.

Dans l'arrêt *Parks*, précité, le juge La Forest a qualifié l'automatisme de composante de l'exigence de caractère volontaire, qui, également selon lui, fait elle-même partie de l'élément *actus reus* de la responsabilité criminelle (p. 896). Je partage cet avis et j'ajouterais que c'est le caractère volontaire, et non la conscience, qui constitue l'élément juridique principal du comportement automatique, puisqu'une défense d'automatisme revient à nier l'existence de la composante de l'*actus reus*, qu'est le caractère volontaire.

Le droit présume que les gens agissent volontairement. En conséquence, étant donné que la défense d'automatisme revient à prétendre qu'un acte n'était pas volontaire, l'accusé doit réfuter la présomption de caractère volontaire. L'accusé se voit, de ce fait, imposer une charge de présentation dont la nature dépend de la charge de persuasion requise dans les cas où l'automatisme est allégué. Dans ces cas, la charge de persuasion incombe généralement au ministère public qui doit alors prouver hors de tout doute raisonnable l'existence du caractère volontaire, qui est un élément de

169

170

171

claiming automatism need only raise evidence sufficient to permit a properly instructed jury to find a reasonable doubt as to voluntariness in order to rebut the presumption of voluntariness. The Crown then has the legal burden of proving voluntariness beyond a reasonable doubt to the trier of fact. If the Crown fails to satisfy this burden, the accused will be acquitted.

l'actus reus, d'où l'affirmation du juge Dickson, dans *Rabey*, que, pour réfuter la présomption de caractère volontaire, l'accusé qui allègue l'automatisme a seulement besoin de présenter une preuve suffisante pour permettre à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure à l'existence d'un doute raisonnable. La charge de persuasion qui incombe alors au ministère public consiste à prouver hors de tout doute raisonnable au juge des faits l'existence du caractère volontaire. L'accusé sera acquitté si le ministère public ne s'acquitte pas de cette charge.

172 My colleague, Justice Binnie, relies heavily on Dickson J.'s approach to the nature of the burdens in cases involving claims of automatism. I do not agree that the reasons of Dickson J. provide justification for the refusal to review the appropriateness of these burdens on their merits in the present appeal. Furthermore, I must respectfully disagree with my colleague regarding the treatment of Dickson J.'s views on this point by La Forest J. in *Parks*. I note that in *Parks* the appropriateness of the evidentiary burden on the defence at the proper foundation stage was not directly at issue before this Court. As a result, La Forest J. did not find it necessary to assess the precise nature of either of the burdens of proof as set out by Dickson J. in *Rabey*.

Mon collègue le juge Binnie se fonde considérablement sur l'interprétation du juge Dickson quant à la nature des charges de preuve applicables dans les cas où l'automatisme est allégué. Je ne suis pas d'accord pour dire que les motifs du juge Dickson justifient le refus d'examiner l'opportunité d'imposer ces charges en fonction de leur bien-fondé dans le présent pourvoi. De plus, je dois, en toute déférence, exprimer mon désaccord avec mon collègue en ce qui concerne la façon dont le juge La Forest traite, dans *Parks*, le point de vue du juge Dickson à cet égard. Je souligne que, dans *Parks*, l'opportunité d'imposer la charge de présentation à la défense, à l'étape de l'établissement des fondements, n'était pas directement en cause devant notre Cour. C'est pourquoi le juge La Forest n'a pas estimé nécessaire de déterminer la nature précise de l'une ou l'autre des charges de preuve énoncées par le juge Dickson dans *Rabey*.

E. *What Should the Burdens of Proof Associated with Automatism Be?*

E. *Quelles devraient être les charges de preuve applicables à l'automatisme?*

173 The relationship between the burdens associated with automatism dictates that any change in the legal burden of automatism will necessarily result in a change to the evidentiary or proper foundation burden associated with this defence. The evidentiary burden will relate either to evidence sufficient to establish voluntariness beyond a reasonable doubt, as suggested by Binnie J., or, as set out below, to evidence sufficient to establish involuntariness on a balance of probabilities. In my opinion, a review of the legal burden applicable in cases involving claims of automatism is in order. My colleague Binnie J. is of the view that this

En raison du lien qui existe entre les charges de preuve applicables à l'automatisme, tout changement de la charge de persuasion liée à l'automatisme entraîne nécessairement un changement de la charge de présentation ou d'établissement des fondements liée à ce moyen de défense. La charge de présentation consistera à produire soit une preuve suffisante pour établir le caractère volontaire hors de tout doute raisonnable, comme le propose le juge Binnie, soit, comme nous le verrons plus loin, une preuve suffisante pour établir le caractère involontaire selon la prépondérance des probabilités. À mon avis, un examen de la charge de

Court ought not review either the legal or the evidentiary burden set out in the dissenting reasons of Dickson J. in *Rabey*. In support of this position, Binnie J. argues that neither the respondent nor any of the intervening Attorneys General requested such a review. With respect, I disagree. In its written submissions, the respondent invited this Court to reconsider the trial judge's finding that there was a proper foundation for automatism. The respondent also requested that this Court make the proper foundation stage of the automatism analysis more stringent. As explained above, an assessment of an evidentiary or proper foundation burden cannot be undertaken without reference to the related legal burden.

In her 1993 *Proposals to amend the Criminal Code (general principles)*, the Minister of Justice recommended that the legal burden of proof in all cases of automatism be on the party that raises the issue on a balance of probabilities. This is the same legal burden that this Court applied to a claim of extreme intoxication akin to a state of automatism in *Daviault, supra*. It is also the legal burden Parliament assigned to the defence of mental disorder in s. 16 of the *Code*, which, as mentioned above, is equally applicable to voluntary and involuntary actions stemming from a disease of the mind and therefore applies to mental disorder automatism. As I explained above, different legal approaches to claims of automatism, whether based on the context in which the alleged automatism arose or on the distinction between mental disorder and non-mental disorder automatism, is problematic and should be avoided. Indeed, counsel for the appellant in the present case recognized as much in oral argument before this Court:

No, I think that the — the conflict arises in a slightly different situation, which I'm going to come to in a

persuasion applicable dans les cas où l'automatisme est allégué s'impose. Mon collègue le juge Binnie estime que notre Cour ne devrait pas examiner la charge de persuasion ou la charge de présentation énoncées dans les motifs dissidents du juge Dickson dans *Rabey*. Le juge Binnie affirme, à l'appui de ce point de vue, que ni l'intimée ni les procureurs généraux intervenants n'ont sollicité un tel examen. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Dans son argumentation écrite, l'intimée invite notre Cour à reconsidérer la conclusion du juge du procès que la défense d'automatisme était fondée. Elle a aussi demandé à notre Cour de rendre plus stricte l'étape de l'analyse de l'automatisme consistant à établir les fondements de cette défense. Comme nous l'avons vu, on ne saurait entreprendre la détermination de la nature d'une charge de présentation ou d'établissement des fondements indépendamment de la charge de persuasion connexe.

Dans sa *Proposition de modification du Code criminel (principes généraux)* de 1993, le ministre de la Justice a recommandé que, dans tous les cas, la charge de persuasion selon la prépondérance des probabilités incombe à la partie qui invoque l'automatisme. C'est cette même charge de persuasion que notre Cour a appliquée à une allévation d'intoxication extrême s'apparentant à un état d'automatisme, dans *Daviault*, précité. C'est également la charge de persuasion que le législateur a imposée relativement à la défense de troubles mentaux prévue à l'art. 16 du *Code*, qui, nous l'avons vu, s'applique également aux actes volontaires et involontaires découlant d'une maladie mentale, et donc à l'automatisme avec troubles mentaux. Comme je l'ai expliqué plus haut, le recours, sur le plan juridique, à différentes façons d'aborder les allévements d'automatisme, peu importe qu'elles reposent sur le contexte dans lequel l'automatisme allégué est survenu ou sur la distinction entre l'automatisme avec troubles mentaux et l'automatisme sans troubles mentaux, pose un problème et devrait être évité. C'est, en fait, ce que l'avocat de l'appelant en l'espèce a reconnu dans sa plaidoirie devant notre Cour:

[TRADUCTION] Non, je crois que le — le conflit survient dans une situation légèrement différente, à laquelle

moment, and that is that, when one deals with insanity, the evidentiary burden is upon the accused to establish that on the balance of probabilities.

When one comes now, pursuant to this Court's decision in *Daviault*, to drunkenness akin to automatism, again, the onus is upon the accused, and the evidentiary burden as well.

Whereas in non-insane automatism, the onus simply is upon the defence to raise it and for the Crown to then disprove it beyond a reasonable doubt in essence.

So that is where I concede that there is a contradiction and that there may be some merit in having the same test and the same process applied to each of the different kinds of mental disorder, to use the term loosely.

175 An appropriate legal burden applicable to all cases involving claims of automatism must reflect the policy concerns which surround claims of automatism. The words of Schroeder J.A. in *R. v. Szymusiak*, [1972] 3 O.R. 602 (C.A.), at p. 608, come to mind:

... a defence which in a true and proper case may be the only one open to an honest man, but it may just as readily be the last refuge of a scoundrel.

176 The recognition that policy considerations are relevant is nothing new to this area of criminal law. In *Rabey* (Ont. C.A.), *supra*, Martin J.A., whose reasons were adopted by the majority of this Court, recognized that the term "disease of the mind" contains both a medical component and legal or policy component (p. 12). Dickson J., dissenting in *Rabey* (S.C.C.), noted, at p. 546, that specific policy considerations were involved in determining whether a claim of automatism should be categorized as mental disorder or non-mental disorder:

There are undoubtedly policy considerations to be considered. Automatism as a defence is easily feigned. It is said the credibility of our criminal justice system will be severely strained if a person who has committed a violent act is allowed an absolute acquittal on a plea of

je vais en venir dans un instant, c'est-à-dire que, lorsqu'il est question d'aliénation mentale, l'accusé doit s'acquitter d'une charge de présentation consistant à en établir l'existence selon la prépondérance des probabilités.

Maintenant, conformément à l'arrêt *Daviault* de notre Cour, lorsqu'il est question d'ivresse s'apparentant à l'automatisme, là encore l'obligation incombe à l'accusé, de même que la charge de présentation.

Par contre, dans le cas de l'automatisme sans aliénation mentale, la défense est seulement tenue de soulever ce moyen, et le ministère public doit ensuite le réfuter hors de tout doute raisonnable pour l'essentiel.

Ainsi, c'est là que je reconnais qu'il existe une contradiction et que l'application d'un seul critère et du même processus à chacun des différents types de troubles mentaux, au sens large, peut être fondée jusqu'à un certain point.

Une charge de persuasion applicable à tous les cas où l'automatisme est allégué doit refléter les préoccupations d'ordre public qui entourent les allégations d'automatisme, ce qui rappelle les propos du juge Schroeder dans *R. c. Szymusiak*, [1972] 3 O.R. 602 (C.A.), à la p. 608:

[TRADUCTION] ... un moyen de défense qui, dans un cas qui s'y prête vraiment, peut être le seul dont dispose un honnête homme, mais il peut tout aussi bien être le dernier recours d'une canaille.

Ce n'est pas la première fois qu'on reconnaît la pertinence des considérations d'ordre public dans ce domaine du droit criminel. Dans l'arrêt *Rabey* (C.A. Ont.), précité, le juge Martin, dont les motifs ont été adoptés par notre Cour à la majorité, a reconnu que l'expression «maladie mentale» renferme à la fois un élément médical et un élément juridique ou d'ordre public (p. 12). Le juge Dickson, dissident, dans *Rabey* (S.C.C.), a souligné, à la p. 546, que des considérations d'ordre public particulières entrent en jeu lorsqu'il s'agit de déterminer si l'automatisme allégué devrait être qualifié ou non de troubles mentaux:

Il faut sans aucun doute tenir compte de considérations d'ordre public. L'automatisme en tant que moyen de défense est facilement simulé. On affirme que la crédibilité de notre système de justice pénale risque d'être sérieusement mise à l'épreuve si une personne qui a

automatism arising from a psychological blow. The argument is made that the success of the defence depends upon the semantic ability of psychiatrists, tracing a narrow path between the twin shoals of criminal responsibility and an insanity verdict. Added to these concerns is the *in terrorem* argument that the floodgates will be raised if psychological blow automatism is recognized in law.

Likewise, in *Parks, supra*, La Forest J. considered policy to be a relevant consideration for trial judges in distinguishing between mental disorder and non-mental disorder automatism (p. 896 and pp. 907-8).

In both *Rabey* and *Parks*, policy considerations were relegated to the second stage of the automatism analysis to determine whether the condition alleged by the accused was mental disorder or non-mental disorder automatism. In neither case is there any indication that this Court intended to preclude the consideration of policy in the determination of an appropriate legal burden for cases involving claims of automatism.

The foregoing leads me to the conclusion that the legal burden in cases involving claims of automatism must be on the defence to prove involuntariness on a balance of probabilities to the trier of fact. This is the same burden supported by Lord Goddard, dissenting in *Hill v. Baxter*, [1958] 1 Q.B. 277, at pp. 282-83, and imposed in some American jurisdictions; see for example *State v. Caddell*, 215 S.E.2d 348 (N.C. 1975); *Fulcher v. State*, 633 P.2d 142 (Wyo. 1981); *Polston v. State*, 685 P.2d 1 (Wyo. 1984); *State v. Fields*, 376 S.E.2d 740 (N.C. 1989).

In *Chaulk, supra*, and *Daviault, supra*, this Court recognized that although placing a balance of probabilities burden on the defence with respect to an element of the offence constitutes a limitation of an accused person's rights under s. 11(d) of the *Charter*, it can be justified under s. 1. In my opinion, the burden is also justified in the present case.

commis un acte violent bénéficie d'un verdict d'acquiescement absolu sur un plaidoyer d'automatisme provoqué par un choc psychologique. On fait valoir que le succès de ce moyen de défense dépend de l'habileté d'expression des psychiatres appelés à tracer l'étroit sentier entre les deux écueils de la responsabilité criminelle et du verdict d'aliénation mentale. À tout cela, on ajoute l'argument menaçant du raz de marée si la défense d'automatisme provoqué par un choc psychologique est reconnue en droit.

De même, dans l'arrêt *Parks*, précité, le juge La Forest a conclu que l'ordre public était une considération pertinente pour le juge du procès lorsqu'il s'agissait de distinguer l'automatisme avec troubles mentaux de l'automatisme sans troubles mentaux (pp. 896, 907 et 908).

Dans les arrêts *Rabey* et *Parks*, les considérations d'ordre public ont été reléguées à la deuxième étape de l'analyse, qui consiste à déterminer si l'état allégué par l'accusé en est un d'automatisme avec troubles mentaux ou d'automatisme sans troubles mentaux. Ni l'un ni l'autre arrêt n'indique que notre Cour a voulu empêcher de tenir compte de l'ordre public pour définir une charge de persuasion appropriée dans les cas où l'automatisme est allégué.

Je conclus de ce qui précède que la charge de persuasion, dans les cas où l'automatisme est allégué, incombe à la défense qui doit alors prouver au juge des faits le caractère involontaire selon la prépondérance des probabilités. C'est la même charge de preuve que préconise lord Goddard, dissident, dans *Hill c. Baxter*, [1958] 1 Q.B. 277, aux pp. 282 et 283, et qui est imposée dans certains ressorts américains; voir, par exemple, *State c. Caddell*, 215 S.E.2d 348 (N.C. 1975); *Fulcher c. State*, 633 P.2d 142 (Wyo. 1981); *Polston c. State*, 685 P.2d 1 (Wyo. 1984); *State c. Fields*, 376 S.E.2d 740 (N.C. 1989).

Dans les arrêts *Chaulk* et *Daviault*, précités, notre Cour a reconnu que l'imposition à la défense d'une charge de preuve selon la prépondérance des probabilités relativement à un élément de l'infraction peut être justifiée au sens de l'article premier, même si elle restreint les droits garantis à l'accusé par l'al. 11d) de la *Charte*. J'estime que cette

177

178

179

180

The law presumes that people act voluntarily in order to avoid placing the onerous burden of proving voluntariness beyond a reasonable doubt on the Crown. Like extreme drunkenness akin to automatism, genuine cases of automatism will be extremely rare. However, because automatism is easily feigned and all knowledge of its occurrence rests with the accused, putting a legal burden on the accused to prove involuntariness on a balance of probabilities is necessary to further the objective behind the presumption of voluntariness. In contrast, saddling the Crown with the legal burden of proving voluntariness beyond a reasonable doubt actually defeats the purpose of the presumption of voluntariness. Thus, requiring that an accused bear the legal burden of proving involuntariness on a balance of probabilities is justified under s. 1. There is therefore no violation of the Constitution. On this latter point, I would note the words of Lamer C.J. in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at pp. 996-97:

I also wish to point out that, throughout my reasons on this issue, I have been careful to speak of the old common law rule as limiting the s. 7 *Charter* right and as violating the Constitution only after having reached the conclusion that the limitation is not justified under s. 1 of the *Charter*. This choice of language is deliberate but does not depend on the fact that this case involves a *Charter* challenge to a common law rule as opposed to a legislative provision. Whether one is speaking of a legislative provision or a common law rule it is not, in my view, correct to speak of a law violating a particular provision of the *Charter* (such as s. 7) prior to having gone through a s. 1 analysis. The *Charter* guarantees the particular rights and freedoms set out in it subject to reasonable limits which can be, under s. 1, demonstrably justified in a free and democratic society. Thus a law which limits a right set out in the *Charter* will only violate the Constitution if it is not justified under s. 1. In this instance, the law will either be struck down (to the extent of the inconsistency) under s. 52(1) or it will be reinterpreted so as not to violate the Constitution. If a

charge de preuve est aussi justifiée en l'espèce. Le droit présume que les gens agissent volontairement afin d'éviter d'imposer au ministère public la lourde charge de prouver hors de tout doute raisonnable le caractère volontaire. À l'instar de l'ivresse extrême s'apparentant à l'automatisme, les vrais cas d'automatisme sont extrêmement rares. Cependant, du fait que l'automatisme est facilement simulé et que c'est l'accusé lui-même qui est en mesure de savoir qu'il a été plongé dans un tel état, il est nécessaire, pour atteindre l'objectif qui sous-tend la présomption de caractère volontaire, d'imposer à l'accusé la charge de persuasion consistant à prouver le caractère involontaire selon la prépondérance des probabilités. Par contre, imposer au ministère public la charge de persuasion consistant à prouver hors de tout doute raisonnable le caractère volontaire va, en réalité, à l'encontre de l'objet de la présomption de caractère volontaire. Donc, l'imposition à l'accusé de la charge de persuasion consistant à prouver le caractère involontaire selon la prépondérance des probabilités est justifiée au sens de l'article premier. Il n'y a donc aucune violation de la Constitution. Sur ce dernier point, je tiens à souligner les propos que le juge en chef Lamer a tenus dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, aux pp. 996 et 997:

J'aimerais également souligner que, tout au long de mes motifs sur cette question, j'ai pris soin de dire que l'ancienne règle de common law restreignait le droit garanti par l'art. 7 de la *Charte* et ce n'est qu'après avoir conclu que la restriction n'était pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* que j'ai dit que la règle violait la Constitution. Ce choix de terme est délibéré mais ne repose pas sur le fait que ce pourvoi porte sur la contestation, en vertu de la *Charte*, d'une règle de common law plutôt que d'une disposition législative. Peu importe qu'il s'agisse d'une disposition législative ou d'une règle de common law, j'estime qu'il est faux d'affirmer qu'une règle de droit viole une disposition donnée de la *Charte* (comme l'art. 7) avant d'avoir procédé à l'examen de l'article premier. La *Charte* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés, sous réserve de limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier. Ainsi, une règle de droit qui restreint un droit énoncé dans la *Charte* ne violera la Constitution que si elle n'est pas justifiée en vertu de l'article premier. Dans un tel cas, les parties incompatibles de la règle de droit seront abrogées en vertu du

law which limits a right set out in the *Charter* is justified under s. 1, that law does not violate the Constitution.

One final point on the issue of justification. My colleague Binnie J. distinguishes the s. 1 analysis in the present case from that in *Daviault* on the basis of the state of the law prior to a change established by this Court. With respect, I cannot agree that the issue of whether the previous state of the law was more or less advantageous to the accused is relevant to the justification of subsequent law. In both instances, the relevant matter is whether an existing infringement can be justified as a reasonable limit in a free and democratic society. The relevant subject of the s. 1 analysis is therefore the current state of the law rather than the comparative nature of previous law.

As explained above, what an accused must do to satisfy the evidentiary or proper foundation burden in cases involving claims of automatism is directly related to the nature of the legal burden in such cases. Accordingly, a change to the evidentiary burden associated with automatism is in order. To meet this burden, the defence must satisfy the trial judge that there is evidence upon which a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities. In my opinion, this evidentiary burden is consistent with the two-step approach taken by La Forest J. in *Parks*, *supra*. As noted above, the appropriateness of the evidentiary burden on the defence at the proper foundation stage was not directly at issue before this Court in *Parks*. This explains why La Forest J. did not find it necessary to refine the burdens associated with automatism to the extent that it has been necessary for me to do in the present case. What then is the nature of the evidence which will be required to satisfy this revised proper foundation or evidentiary burden?

par. 52(1) ou reformulées de façon à ne pas violer la Constitution. Si une règle de droit qui restreint un droit énoncé dans la *Charte* est justifiée en vertu de l'article premier, elle ne viole pas la Constitution.

Il convient de faire une dernière remarque sur la question de la justification. Mon collègue le juge Binnie distingue l'analyse fondée sur l'article premier en l'espèce de celle effectuée dans *Daviault*, en raison de l'état du droit avant un changement apporté par notre Cour. En toute déférence, je ne puis accepter que la question de savoir si l'état antérieur du droit était plus ou moins avantageux pour l'accusé est utile pour justifier le droit subséquent. Dans les deux cas, la question pertinente est de savoir si une violation existante est justifiable en tant que limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'objet pertinent de l'analyse fondée sur l'article premier est donc l'état actuel du droit au lieu de la nature comparative du droit antérieur.

181

Comme je l'ai expliqué plus haut, ce qu'un accusé doit faire pour s'acquitter de la charge de présentation ou d'établissement des fondements dans les cas où l'automatisme est allégué dépend directement de la nature de la charge de persuasion dans ces cas. Par conséquent, un changement de la charge de présentation applicable à l'automatisme s'impose. Pour s'acquitter de cette charge, la défense doit convaincre le juge du procès de l'existence d'une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. Selon moi, cette charge de présentation est compatible avec la méthode en deux étapes adoptée par le juge La Forest dans l'arrêt *Parks*, précité. Comme nous l'avons vu, l'opportunité de la charge de présentation imposée à la défense à l'étape de l'établissement des fondements n'était pas directement en cause devant notre Cour dans *Parks*. Cela explique pourquoi le juge La Forest n'a pas estimé utile de préciser les charges de preuve liées à l'automatisme autant que j'ai dû le faire en l'espèce. Quelle preuve sera donc requise pour satisfaire à cette nouvelle charge de présentation ou d'établissement des fondements?

182

- 183 A review of the case law reveals that an accused must claim that he acted involuntarily at the relevant time in order to satisfy the automatism evidentiary burden. As stated earlier, a mere assertion of involuntariness will not suffice. See for example *Bratty, supra*, at pp. 406 and 413-14; *Rabey (Ont. C.A.), supra*, at pp. 24-25, *per* Martin J.A. adopted by Ritchie J.; *Parks, supra*, at p. 897, *per* La Forest J.; *Falconer, supra*, at pp. 250-51 and 266.
- Il ressort d'un examen de la jurisprudence que, pour s'acquitter de la charge de présentation applicable à l'automatisme, l'accusé doit alléguer qu'il a agi involontairement au moment pertinent. Comme je l'ai dit précédemment, une simple allégation de caractère involontaire ne suffit pas. Voir, par exemple, *Bratty, précité*, aux pp. 406, 413 et 414; *Rabey (C.A. Ont.), précité*, aux pp. 24 et 25, le juge Martin, dont les propos ont été adoptés par le juge Ritchie; *Parks, précité*, à la p. 897, le juge La Forest; *Falconer, précité*, aux pp. 250, 251 et 266.
- 184 In addition to an assertion of involuntariness, the defence must present expert psychiatric evidence confirming its claim. See for example *Bratty, supra*, at p. 413; *Falconer, supra*, at pp. 250-57 and 266; *Daviault, supra*, at pp. 101 and 103; *Rabey (S.C.C.), supra*, at p. 552, *per* Dickson J. Even the appellant in the present case concedes that in the absence of such psychiatric evidence it is unlikely that he could satisfy his evidentiary or proper foundation burden.
- En plus d'alléguer le caractère involontaire, la défense doit présenter une preuve d'expert en psychiatrie à l'appui de son allégation. Voir, par exemple, *Bratty, précité*, à la p. 413; *Falconer, précité*, aux pp. 250 à 257, ainsi que 266; *Daviault, précité*, aux pp. 101 et 103; *Rabey (C.S.C.), précité*, à la p. 552, le juge Dickson. En l'espèce, même l'appelant concède qu'en l'absence d'une telle preuve psychiatrique il est peu probable qu'il pourrait s'acquitter de sa charge de présentation ou d'établissement des fondements.
- 185 The law often requires judges to make subtle and sophisticated determinations about scientific methodology and expert evidence. Cases involving claims of automatism are no exception. Yet as Breyer J. of the United States Supreme Court aptly recognized in *General Electric Co. v. Joiner*, 118 S.Ct. 512 (1997), judges are usually not scientists and thus do not have the scientific training which facilitates the making of such decisions. For this reason, when law and science intersect, judges must undertake their duties with special care (p. 520).
- Le droit oblige souvent les juges à prendre des décisions subtiles et complexes au sujet de la méthode scientifique utilisée et de la preuve d'expert produite. Les affaires dans lesquelles l'automatisme est allégué ne font pas exception. Pourtant, comme le juge Breyer de la Cour suprême des États-Unis l'a pertinemment reconnu dans l'affaire *General Electric Co. c. Joiner*, 118 S.Ct. 512 (1997), le juge n'est généralement pas un scientifique, de sorte qu'il n'a pas la formation scientifique qui faciliterait la prise de ces décisions. C'est pourquoi lorsque le droit et la science s'entrecroisent, le juge doit exercer ses fonctions avec une diligence particulière (p. 520).
- 186 Although cases involving claims of automatism do not deal with complex chemical reactions or the like, they do require judges to assess confusing and often contradictory psychiatric evidence. In particular, when determining whether the evidentiary burden for automatism has been satisfied, trial judges must be careful to recognize that the weight to be given to expert evidence may vary from case to case. If the expert testimony establishes a docu-
- Bien que, dans les affaires où l'automatisme est allégué, il ne soit pas question de réactions chimiques complexes ou d'autres phénomènes du genre, le juge du procès doit néanmoins évaluer une preuve psychiatrique déroutante et souvent contradictoire. Plus particulièrement, au moment de déterminer si l'on s'est acquitté de la charge de présentation applicable à l'automatisme, le juge du procès doit prendre soin de reconnaître que

mented history of automatistic-like dissociative states, it must be given more weight than if the expert is simply confirming that the claim of automatism is plausible. In the former case, the expert is actually providing a medical opinion about the accused. In the latter case, however, the expert is simply providing an opinion about the circumstances surrounding the allegation of automatism as they have been told to him or her by the accused. Trial judges must keep in mind that an expert opinion of this latter type is entirely dependent on the accuracy and truthfulness of the account of events given to the expert by the accused. Indeed, in the present case, Dr. Janke, the defence psychiatrist, qualified his opinion by noting that it was based almost exclusively on the accuracy and truthfulness of the appellant's account of events:

I think that, that when, in offering the [expert psychiatric] opinion, it is, in this circumstance, it's contingent upon the person being accurate in representing what they recall from that event. There are circumstances where you do have other witnesses who can give you some supportive evidence, but in this situation, you have to rely on a person. If they're not telling the truth, then the opinion is worthless.

In order to satisfy the evidentiary or proper foundation burden, all cases will require an assertion of involuntariness and confirming psychiatric evidence. However, this burden will generally require more than an assertion of involuntariness on the part of the accused accompanied by confirming expert evidence that automatism is plausible assuming the account of events given to the expert by the accused was accurate and truthful. The recognition of Sopinka, Lederman and Bryant in *The Law of Evidence in Canada, supra*, at p. 129, that “[p]olicy considerations are important in determining the sufficiency of evidence that is required to satisfy [evidential burdens] in both criminal and civil proceedings” supports such an approach. I will now attempt to provide some guidance on what additional evidence is relevant to the determination of whether the defence has raised evidence which would permit a properly instructed jury to find that the accused acted

l'importance à accorder à une preuve d'expert peut varier d'une affaire à l'autre. Il faut attribuer plus d'importance au témoignage d'expert qui établit l'existence d'antécédents documentés d'états de dissociation apparentés à l'automatisme qu'à celui qui ne fait que confirmer la plausibilité de l'automatisme allégué. Dans le premier cas, l'expert donne en fait une opinion médicale au sujet de l'accusé. Dans le dernier cas, il se prononce seulement sur les circonstances entourant l'allégation d'automatisme, qui lui ont été relatées par l'accusé. Le juge du procès doit se rappeler que ce dernier type d'opinion d'expert dépend entièrement de l'exactitude et de la véracité des faits relatés à l'expert par l'accusé. En réalité, dans la présente affaire, le Dr Janke, psychiatre de la défense, a nuancé son opinion en faisant remarquer qu'elle reposait presque exclusivement sur l'exactitude et la véracité de la relation des faits de l'appellant:

[TRADUCTION] Je crois que, que lorsque, en présentant l'opinion [d'expert en psychiatrie], elle est, dans le présent cas, elle est subordonnée à l'exactitude de la relation, par la personne, du souvenir qu'elle a de cet épisode. Il y a des cas où il y a d'autres témoins qui peuvent vous donner des éléments de preuve à l'appui, mais dans le cas qui nous occupe, vous devez vous en remettre à une personne. Si elle ne dit pas la vérité, l'opinion n'a alors aucune valeur.

Pour satisfaire à la charge de présentation ou d'établissement des fondements, une allégation de caractère involontaire appuyée d'une preuve psychiatrique est nécessaire dans tous les cas. Toutefois, cette charge exigera généralement plus qu'une allégation de caractère involontaire de la part de l'accusé, confirmée par une preuve d'expert que l'automatisme est plausible en supposant que les faits relatés à l'expert par l'accusé sont exacts et véridiques. Ce point de vue est appuyé par le fait que, dans *The Law of Evidence in Canada, op. cit.*, à la p. 129, Sopinka, Lederman et Bryant reconnaissent que [TRADUCTION] «[d]es considérations d'ordre public sont importantes pour décider du caractère suffisant de la preuve requise pour satisfaire [aux charges de preuve] tant en matière criminelle qu'en matière civile». Je vais maintenant tenter de fournir certaines indications sur la nature des autres éléments de preuve pertinents requis pour décider si la défense a soumis

involuntarily on a balance of probabilities. The factors discussed here are given only by way of example and are meant to illustrate the type of reasoning trial judges should employ when evaluating the evidence adduced at trial.

188 Both the majority and dissent of this Court in *Rabey, supra*, recognized that a “shocking” psychological blow was required before non-mental disorder, rather than mental disorder, automatism could be left with the trier of fact. Although *Rabey* dealt specifically with “psychological blow” automatism, I am of the opinion that it is appropriate in all cases for trial judges to consider the nature of the alleged automatism trigger in order to assess whether the defence has raised evidence on which a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities. With reference to psychological blow automatism specifically, I agree that the defence will generally have to provide evidence of a trigger equivalent to a “shock” in order to satisfy its evidentiary burden.

189 The existence or non-existence of evidence which corroborates the accused’s claim of automatism will also be relevant to the assessment of whether a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities. Such evidence may take different forms. Two examples are worth noting here. First, evidence of a documented medical history of automatic-like dissociative states would certainly assist the defence in satisfying a trial judge that a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities. Furthermore, the more similar the historical pattern of dissociation is with the current claim of automatism, the more persuasive the evidence will be on the issue of involuntariness. For example, a documented history of dissociation in response to

une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l’accusé a agi involontairement. Les facteurs analysés ici ne sont exposés qu’à titre d’exemple destiné à illustrer le genre de raisonnement que le juge du procès devrait adopter en évaluant la preuve présentée au procès.

Dans l’arrêt *Rabey*, précité, de notre Cour, tant les juges majoritaires que les juges dissidents ont reconnu qu’un choc psychologique «traumatisant» était nécessaire pour que l’automatisme sans troubles mentaux, au lieu de l’automatisme avec troubles mentaux, puisse être soumis à l’appréciation du juge des faits. Même si, dans cette affaire, il était précisément question d’automatisme «provoqué par un choc psychologique», j’estime qu’il convient dans tous les cas que le juge du procès examine la nature de l’élément déclencheur de l’automatisme allégué pour déterminer si la défense a soumis une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l’accusé a agi involontairement. En ce qui concerne particulièrement l’automatisme provoqué par un choc psychologique, je reconnais que la défense devra généralement prouver l’existence d’un élément déclencheur équivalant à un «choc» pour s’acquitter de sa charge de présentation.

L’existence ou l’inexistence d’une preuve corroborant l’automatisme allégué par l’accusé sera également pertinente pour déterminer si un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l’accusé a agi involontairement. Cette preuve peut revêtir différentes formes. Deux exemples sont dignes de mention ici. Premièrement, la preuve composée d’antécédents médicaux documentés d’états de dissociation apparentés à l’automatisme aiderait sûrement la défense à convaincre le juge du procès qu’un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l’accusé a agi involontairement. En outre, plus les états de dissociation antérieurs s’apparenteront à celui allégué, plus la preuve du caractère involontaire sera convain-

the particular triggering stimuli in question in the case could serve as strong evidence that the same stimuli once again triggered an involuntary response. Although I would not go so far as to make a medical history of dissociation a requirement for the defence to meet its evidentiary burden at the proper foundation stage, I would note that the lack of such evidence is also a relevant factor in determining whether this defence burden has been satisfied.

Corroborating evidence of a bystander which reveals that the accused appeared uncharacteristically glassy-eyed, unresponsive and or distant immediately before, during or after the alleged involuntary act will also be relevant to the assessment of whether the defence has raised evidence on which a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities. This is confirmed by the expert evidence of Dr. Murphy, the Crown psychiatrist in the present case, as set out above. Indeed, the fact that it is common practice for judges to note specifically witness' comments about the appearance of the accused at the relevant time indicates that this may already be a factor weighed in the assessment of whether or not the defence has satisfied its evidentiary burden in cases involving claims of automatism. I would caution, however, that the evidence of bystanders must be approached very carefully since automatism and rage may often be indistinguishable to untrained bystanders.

Another factor which trial judges should consider in assessing whether the defence has raised evidence which would permit a properly instructed jury to find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities is motive. A motiveless act will generally lend plausibility to an accused's claim of involuntariness. Indeed, in the present case, Dr. Murphy, the Crown psychiatrist, testified that since the mind and body of a person in a dissociative state have been split, she would expect

cante. Par exemple, des antécédents documentés de dissociation provoquée par l'élément déclencheur en cause dans une affaire particulière constitueraient une preuve solide que le même élément déclencheur a de nouveau provoqué une réaction involontaire. Même si je ne vais pas jusqu'à dire que des antécédents médicaux de dissociation sont nécessaires pour que la défense s'acquitte de la charge de présentation qui lui incombe à l'étape de l'établissement des fondements, je tiens à souligner que l'absence d'une telle preuve constitue aussi un facteur pertinent pour déterminer si la défense s'est acquittée de cette charge.

Le témoignage d'un observateur qui corrobore que, contrairement à son habitude, l'accusé avait le regard vitreux, n'avait aucune réaction ou semblait distant immédiatement avant, pendant ou après l'acte involontaire allégué sera également pertinent pour déterminer si la défense a présenté une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. Comme nous l'avons vu, c'est ce que confirme en l'espèce le témoignage d'expert du D^r Murphy, le psychiatre du ministère public. En fait, comme les juges ont l'habitude de relever les observations des témoins concernant l'apparence de l'accusé au moment pertinent, cela indique qu'il peut déjà s'agir d'un facteur qui est pris en considération pour déterminer si la défense s'est acquittée de sa charge de présentation dans un cas où l'automatisme est allégué. Je tiens cependant à prévenir qu'il faut aborder avec beaucoup de prudence le témoignage d'observateurs étant donné qu'automatisme et rage peuvent souvent être confondus par le profane.

Le mobile est un autre facteur que le juge du procès devrait prendre en considération pour déterminer si la défense a présenté une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. Un acte gratuit confère généralement une plausibilité à une allégation de caractère involontaire par l'accusé. En réalité, dans la présente affaire, le D^r Murphy, psychiatre du ministère public, a

190

191

that there would usually be no connection between involuntary acts done in a state of automatism and the social context immediately preceding them. Dr. Murphy also noted that if a single person is both the trigger of the alleged automatism and the victim of the automatistic violence, the claim of involuntariness should be considered suspect. I agree that the plausibility of a claim of automatism will be reduced if the accused had a motive to commit the crime in question or if the “trigger” of the alleged automatism is also the victim. On the other hand, if the involuntary act is random and lacks motive, the plausibility of the claim of automatism will be increased. A question that trial judges should ask in assessing whether the defence has raised evidence which would permit a properly instructed jury to find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities is therefore whether or not the crime in question is explicable without reference to the alleged automatism. If this question can be answered in the negative, the plausibility of the accused’s claim of involuntariness will be heightened. Such was the case in *Parks*, *supra*, for example, where there was no explanation for why the accused would attack his “in-laws”, with whom he otherwise had a good relationship, except automatism induced by a state of somnambulism. In contrast, if this question invokes a positive response, the plausibility of the claim of involuntariness will be decreased.

témoigné que, puisque l’esprit et le corps d’une personne en état de dissociation sont séparés, elle s’attendrait à ce qu’il n’y ait habituellement aucun lien entre les actes involontaires accomplis en état d’automatisme et le contexte social qui les a précédés immédiatement. Elle a également fait observer que, lorsqu’une même personne est à la fois l’élément déclencheur de l’automatisme allégué et la victime de la violence qui en a résulté, il y a lieu de mettre en doute l’allégation de caractère involontaire. Je conviens qu’une allégation d’automatisme sera moins plausible si l’accusé avait un motif de commettre le crime en cause ou si l’«élément déclencheur» de l’automatisme allégué est la victime elle-même. Par ailleurs, si l’acte involontaire est accompli au hasard et sans motif, l’allégation d’automatisme sera davantage plausible. En conséquence, pour déterminer si la défense a présenté une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l’accusé a agi involontairement, le juge du procès devrait se demander si le crime en cause peut s’expliquer indépendamment de l’automatisme allégué. S’il est possible de répondre à cette question par la négative, la plausibilité de l’allégation de caractère involontaire par l’accusé sera accrue. Tel était le cas, par exemple, dans *Parks*, précité, où aucune autre raison que l’automatisme causé par un état de somnambulisme n’expliquait pourquoi l’accusé avait agressé ses beaux-parents, avec qui il était par ailleurs en bons termes. Par contre, s’il est possible de répondre à la question par l’affirmative, l’allégation de caractère involontaire sera moins plausible.

192

To sum up, in order to satisfy the evidentiary or proper foundation burden in cases involving claims of automatism, the defence must make an assertion of involuntariness and call expert psychiatric or psychological evidence confirming that assertion. However, it is an error of law to conclude that this defence burden has been satisfied simply because the defence has met these two requirements. The burden will only be met where the trial judge concludes that there is evidence upon which a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of

Somme toute, pour s’acquitter de la charge de présentation ou d’établissement des fondements dans un cas où l’automatisme est invoqué, la défense doit présenter une allégation de caractère involontaire, confirmée par le témoignage d’expert d’un psychiatre ou d’un psychologue. Toutefois, conclure que la défense s’est acquittée de cette charge simplement parce qu’elle a satisfait à ces deux exigences est une erreur de droit. Elle ne s’en sera acquittée que si le juge du procès conclut qu’il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon

probabilities. In reaching this conclusion, the trial judge will first examine the psychiatric or psychological evidence and inquire into the foundation and nature of the expert opinion. The trial judge will also examine all other available evidence, if any. Relevant factors are not a closed category and may, by way of example, include: the severity of the triggering stimulus, corroborating evidence of bystanders, corroborating medical history of automatistic-like dissociative states, whether there is evidence of a motive for the crime, and whether the alleged trigger of the automatism is also the victim of the automatistic violence. I point out that no single factor is meant to be determinative. Indeed, there may be cases in which the psychiatric or psychological evidence goes beyond simply corroborating the accused's version of events, for example, where it establishes a documented history of automatistic-like dissociative states. Furthermore, the ever advancing state of medical knowledge may lead to a finding that other types of evidence are also indicative of involuntariness. I leave it to the discretion and experience of trial judges to weigh all of the evidence available on a case-by-case basis and to determine whether a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities.

F. Step 2: Determining Whether to Leave Mental Disorder or Non-Mental Disorder Automatism with the Trier of Fact

Only if the accused has laid a proper foundation for a defence of automatism will it be necessary for the trial judge to determine whether mental disorder or non-mental disorder automatism should be left with the trier of fact. If the trial judge concludes that a proper foundation has not been established, the presumption of voluntariness will be effective and neither automatism defence will be available to the trier of fact. In such a case, however, the accused may still claim an independent s. 16 defence of mental disorder.

la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. Pour tirer cette conclusion, le juge du procès commence par analyser la preuve psychiatrique ou psychologique, et examiner le fondement et la nature de l'opinion d'expert. Il analyse également tout autre élément de preuve disponible. Les facteurs pertinents ne sont pas exhaustifs et peuvent notamment inclure l'intensité de l'élément déclencheur, le témoignage corroborant d'observateurs, les antécédents médicaux corroborants d'états de dissociation apparentés à l'automatisme, la question de savoir s'il y a preuve de l'existence d'un mobile du crime et celle de savoir si la personne qui aurait déclenché l'état d'automatisme est également la victime de la violence qui en a résulté. Je précise qu'aucun facteur ne se veut déterminant à lui seul. En fait, il peut y avoir des cas où la preuve psychiatrique ou psychologique fait plus que simplement corroborer la relation des faits de l'accusé, par exemple, en établissant l'existence d'antécédents documentés d'états de dissociation apparentés à l'automatisme. En outre, l'avancement constant des connaissances médicales peut amener à conclure que d'autres types d'éléments de preuve indiquent également l'absence de caractère volontaire. Je m'en remets à la discrétion et à l'expérience du juge du procès pour ce qui est de soupeser toute la preuve disponible dans chaque affaire, et de décider si un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement.

F. Deuxième étape: déterminer s'il y a lieu de soumettre à l'appréciation du juge des faits l'automatisme avec ou sans troubles mentaux

Ce n'est qu'une fois que l'accusé a établi les fondements d'une défense d'automatisme que le juge du procès doit décider s'il y a lieu de soumettre à l'appréciation du juge des faits l'automatisme avec ou sans troubles mentaux. S'il conclut que ces fondements n'ont pas été établis, la présomption de caractère volontaire s'applique et aucune des défenses d'automatisme ne peut être soumise à l'appréciation du juge des faits. En pareil cas cependant, l'accusé peut toujours invoquer une défense indépendante de troubles mentaux fondée sur l'art. 16.

- 194 The determination of whether mental disorder or non-mental disorder automatism should be left with the trier of fact must be undertaken very carefully since it will have serious ramifications for both the individual accused and society in general. As mentioned above, mental disorder automatism is subsumed by the defence of mental disorder as set out in the *Code*. Accordingly, a successful defence of mental disorder automatism will result in a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder as dictated by s. 672.34 of the *Code*. Under s. 672.54, an accused who receives this qualified acquittal may be discharged absolutely, discharged conditionally or detained in a hospital. In contrast, a successful defence of non-mental disorder automatism will always result in an absolute acquittal.
- La question de savoir si le juge des faits devrait être saisi d'une défense d'automatisme avec ou sans troubles mentaux doit être tranchée avec beaucoup de prudence, étant donné les graves répercussions qui en résulteront à la fois sur l'accusé lui-même et sur la société en général. Comme nous l'avons vu, l'automatisme avec troubles mentaux est subsumé sous la défense des troubles mentaux prévue par le *Code*. Par conséquent, l'acceptation d'une défense d'automatisme avec troubles mentaux entraînera un verdict de non-responsabilité pour cause de troubles mentaux, conformément à l'art. 672.34 du *Code*. Aux termes de l'art. 672.54, l'accusé qui fait l'objet d'un tel verdict peut être libéré inconditionnellement, libéré conditionnellement ou détenu dans un hôpital. Par contre, l'acceptation d'une défense d'automatisme sans troubles mentaux entraînera toujours l'acquittement pur et simple.
- 195 The assessment of which form of automatism should be left with the trier of fact comes down to the question of whether or not the condition alleged by the accused is a mental disorder. Mental disorder is a legal term. It is defined in s. 2 of the *Code* as "a disease of the mind". In *Parks, supra*, at pp. 898-99, the majority of this Court adopted the reasons of Martin J.A. in *Rabey (Ont. C.A.)*, *supra*, which included the following explanation of the term "disease of the mind", at pp. 12-13:
- Décider de la forme d'automatisme qui devrait être soumise à l'appréciation du juge des faits revient à déterminer si l'état allégué par l'accusé correspond à des troubles mentaux. L'expression «troubles mentaux» est une expression juridique définie à l'art. 2 du *Code* comme étant une «maladie mentale». Dans l'arrêt *Parks*, précité, aux pp. 898 et 899, notre Cour à la majorité a adopté les motifs du juge Martin, dans *Rabey (C.A. Ont.)*, précité, qui comprenaient l'explication suivante du terme «maladie mentale», aux pp. 12 et 13:
- Although the term "disease of the mind" is not capable of precise definition, certain propositions may, I think, be asserted with respect to it. "Disease of the mind" is a legal term, not a medical term of art; although a legal concept, it contains a substantial medical component as well as a legal or policy component.
- [TRADUCTION] Bien qu'il soit impossible de définir avec précision le terme «maladie mentale», je crois qu'on peut faire valoir certaines propositions à cet égard. «Maladie mentale» est une expression juridique, non une expression du vocabulaire médical; bien que ce soit une notion juridique, elle renferme un élément médical important ainsi qu'un élément juridique ou d'ordre public.
- The evidence of medical witnesses with respect to the cause, nature and symptoms of the abnormal mental condition from which the accused is alleged to suffer, and how that condition is viewed and characterized from the medical point of view, is highly relevant to the judicial determination of whether such a condition is capable of constituting a "disease of the mind". The opinions of medical witnesses as to whether an abnormal mental
- Le témoignage des experts médicaux sur la cause, la nature et les symptômes de l'état mental anormal dont aurait souffert l'accusé, et la façon dont cet état est considéré et qualifié du point de vue médical sont très utiles aux tribunaux qui doivent déterminer si un tel état peut constituer une «maladie mentale». L'opinion des experts médicaux sur la question de savoir si un état mental anormal constitue ou non une maladie mentale n'est

state does or does not constitute a disease of the mind are not, however, determinative, since what is a disease of the mind is a legal question. . . .

In *Rabey* (Ont. C.A.), Martin J.A. described the task of the trial judge in determining the disease of the mind issue as follows, at p. 13:

I take the true principle to be this: It is for the Judge to determine what mental conditions are included within the term “disease of the mind”, and whether there is any evidence that the accused suffered from an abnormal mental condition comprehended by that term.

Taken alone, the question of what mental conditions are included in the term “disease of the mind” is a question of law. However, the trial judge must also determine whether the condition the accused claims to have suffered from satisfies the legal test for disease of the mind. This involves an assessment of the particular evidence in the case rather than a general principle of law and is thus a question of mixed law and fact. See *Southam*, *supra*, at paras. 35 and 36. The question of whether the accused actually suffered from a disease of the mind is a question of fact to be determined by the trier of fact. See *Rabey* (S.C.C.), *supra*, at p. 519, *per* Ritchie J.; *Parks*, *supra*, at p. 897, *per* La Forest J.; and *Bratty*, *supra*, at p. 412, *per* Lord Denning.

In response to the above-mentioned proposed revisions to the *Code* regarding automatism, the Canadian Psychiatric Association submitted a Brief to the House of Commons Standing Committee on Justice and the Solicitor General. In this brief, the Association, on behalf of its 2,400 members nationwide, suggested that from a medical perspective, all automatism necessarily stems from mental disorder. Accordingly, the Association recommended that non-mental disorder automatism be eliminated and all claims of automatism be classified as mental disorders.

Since mental disorder is a legal term, the opinion of the Canadian Psychiatric Association, while

toutefois pas déterminante puisqu’il s’agit là d’une question de droit . . .

Dans *Rabey* (C.A. Ont.), le juge Martin a décrit ainsi la tâche qui incombe au juge du procès de trancher la question de la maladie mentale (à la p. 13):

[TRADUCTION] Je considère que le véritable principe est le suivant: il appartient au juge de déterminer quels états mentaux sont englobés par l’expression «maladie mentale», et s’il existe une preuve que l’accusé se trouvait dans un état mental anormal visé par cette expression.

Prise isolément, la question de savoir quels états mentaux sont englobés par l’expression «maladie mentale» est une question de droit. Toutefois, le juge du procès doit également déterminer si l’état dans lequel l’accusé prétend s’être trouvé satisfait au critère juridique de la maladie mentale. Il lui faut alors évaluer la preuve présentée dans l’affaire dont il est saisi, au lieu d’un principe général de droit, de sorte qu’il s’agit d’une question mixte de droit et de fait. Voir *Southam*, précité, aux par. 35 et 36. La question de savoir si l’accusé souffrait véritablement d’une maladie mentale est une question de fait qui doit être tranchée par le juge des faits. Voir *Rabey* (C.S.C.), précité, à la p. 519, le juge Ritchie; *Parks*, précité, à la p. 897, le juge La Forest; *Bratty*, précité, à la p. 412, lord Denning.

Réagissant à la proposition susmentionnée de modifier le *Code* en ce qui concerne l’automatisme, l’Association des psychiatres du Canada a présenté un mémoire au Comité permanent de la justice et du Solliciteur général de la Chambre des communes. Dans ce mémoire, l’Association, qui compte 2 400 membres à l’échelle du pays, a laissé entendre que, du point de vue médical, tout automatisme découle nécessairement de troubles mentaux. Elle a donc recommandé la suppression de l’automatisme sans troubles mentaux et de classer tout automatisme allégué comme étant un trouble mental.

Vu que l’expression «troubles mentaux» est une expression juridique, l’opinion de l’Association,

196

197

198

199

relevant, is not determinative of whether two distinct forms of automatism, mental disorder and non-mental disorder, should continue to be recognized at law. In my opinion, this Court should not go so far as to eliminate the defence of non-mental disorder automatism as the Association suggests. However, I take judicial notice that it will only be in rare cases that automatism is not caused by mental disorder. Indeed, since the trial judge will have already concluded that there is evidence upon which a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities, there is a serious question as to the existence of an operating mind by the time the disease of the mind issue is considered. The foregoing lends itself to a rule that trial judges start from the proposition that the condition the accused claims to have suffered from is a disease of the mind. They must then determine whether the evidence in the particular case takes the condition out of the disease of the mind category. This approach is consistent with this Court's decision in *Rabey*, *supra*.

quoique pertinente, n'est pas déterminante quant à savoir s'il y a toujours lieu, en droit, de reconnaître deux formes distinctes d'automatisme, c'est-à-dire l'automatisme avec troubles mentaux et l'automatisme sans troubles mentaux. J'estime que notre Cour ne devrait pas aller jusqu'à supprimer la défense d'automatisme sans troubles mentaux, comme le suggère l'Association. Je reconnais cependant d'office qu'il est très rare que l'automatisme ne découle pas de troubles mentaux. En fait, étant donné que le juge du procès aura déjà décidé qu'il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement, il se posera une sérieuse question quant à l'existence d'un état d'esprit conscient au moment d'examiner la question de la maladie mentale. Ce qui précède permet d'établir la règle selon laquelle le juge du procès part du principe que l'état dans lequel l'accusé allègue avoir été constitué une maladie mentale. Il doit ensuite déterminer si la preuve soumise fait sortir l'état allégué de la catégorie de la maladie mentale. Ce point de vue est compatible avec l'arrêt *Rabey*, précité.

200

In *Rabey*, this Court adopted the "internal cause theory" of Martin J.A. as the primary test for determining whether automatism resulting from a psychological blow stems from a disease of the mind. The following is a portion of Martin J.A.'s explanation of this approach, which was cited with approval by the majority of this Court, at p. 519:

In general, the distinction to be drawn is between a malfunctioning of the mind arising from some cause that is primarily internal to the accused, having its source in his psychological or emotional makeup, or in some organic pathology, as opposed to a malfunctioning of the mind, which is the transient effect produced by some specific external factor such as, for example, concussion. Any malfunctioning of the mind or mental disorder having its source primarily in some subjective condition or weakness internal to the accused (whether fully understood or not) may be a 'disease of the mind' if it prevents the accused from knowing what he is doing, but transient disturbances of consciousness due to certain specific external factors do not fall within the concept of disease of the mind.

Dans *Rabey*, notre Cour a adopté la «théorie de la cause interne» du juge Martin comme critère principal pour déterminer si l'automatisme provoqué par un choc psychologique découle d'une maladie mentale. Voici un extrait de l'explication de cette théorie par le juge Martin, que notre Cour à la majorité a cité, en l'approuvant, à la p. 519:

[TRADUCTION] De façon générale, on fait une distinction entre le déséquilibre mental découlant d'une cause essentiellement interne, dont l'origine tient à la constitution psychologique ou émotionnelle de l'accusé ou à une maladie organique, et le déséquilibre mental momentané provoqué par un facteur spécifiquement externe, par exemple, une commotion cérébrale. Tout déséquilibre ou trouble mental résultant d'un état ou d'une faiblesse subjective propre à l'accusé (qu'elle soit ou non tout à fait comprise) peut constituer une «maladie mentale» s'il empêche l'accusé de savoir ce qu'il fait. Par ailleurs, des troubles momentanés de la conscience dus à des facteurs externes spécifiques ne relèvent pas du concept de la maladie mentale.

It is clear from Martin J.A.'s reasons that the internal cause theory starts from the proposition that the condition the accused claims to have suffered from is a disease of the mind. At pp. 21-22, he states:

The malfunctioning of the mind which the respondent suffered, although temporary, is a "disease of the mind", unless it can be considered as a transient state produced by an external cause within the meaning of the authorities.

In my view, the ordinary stresses and disappointments of life which are the common lot of mankind do not constitute an external cause constituting an explanation for a malfunctioning of the mind which takes it out of the category of a "disease of the mind". [Emphasis added.]

The reasons of La Forest J. in *Parks, supra*, are sometimes read as reversing the *Rabey* notion that the disease of the mind inquiry should begin from the proposition that the condition the accused claims to have suffered from is a disease of the mind. However, La Forest J. clearly stipulated, at p. 898, that "the approach to distinguishing between insane and non-insane automatism was settled by this Court's judgment in *Rabey*". Furthermore, in applying the second step of the automatism analysis, La Forest J. considered whether policy factors precluded a finding of non-mental disorder automatism (p. 908). In the end, given the fact specific approach taken by this Court in *Parks*, I would conclude that *Parks* cannot be interpreted as reversing *Rabey* on this issue.

G. *Determining Whether the Condition the Accused Claims to Have Suffered from is a Disease of the Mind*

In *Parks*, La Forest J. recognized that there are two distinct approaches to the disease of the mind inquiry: the internal cause theory and the continuing danger theory. He recognized the internal cause theory as the dominant approach in Canadian jurisprudence but concluded, at p. 902, that this theory "is really meant to be used only as an analytical tool, and not as an all-encompassing

Il ressort des motifs du juge Martin que la théorie de la cause interne suppose, a priori, que l'état dont l'accusé prétend avoir souffert est une maladie mentale. Il dit ce qui suit aux pp. 21 et 22 de son jugement:

[TRADUCTION] Le déséquilibre mental dont l'accusé a souffert, même s'il a été temporaire, constitue une «maladie mentale», sauf s'il peut être considéré comme un état momentané résultant d'une cause externe au sens de la jurisprudence et de la doctrine.

À mon avis, le stress et les contrariétés courantes de la vie qui sont le lot commun de l'humanité ne constituent pas une cause externe qui peut servir d'explication à un déséquilibre mental et le sortir de la catégorie «maladie mentale». [Je souligne.]

Les motifs du juge La Forest dans l'arrêt *Parks*, précité, sont parfois interprétés comme infirmant l'idée exprimée dans *Rabey* que l'examen de la question de la maladie mentale devrait partir du principe que l'état dans lequel l'accusé allègue avoir été constitué une maladie mentale. Toutefois, le juge La Forest a clairement indiqué, à la p. 898, que «notre Cour a établi, dans l'arrêt *Rabey*, la façon de distinguer entre l'automatisme avec aliénation mentale et l'automatisme sans aliénation mentale». De plus, en procédant à la seconde étape de l'analyse de l'automatisme, le juge La Forest s'est demandé si des facteurs d'ordre public empêchaient de conclure à l'automatisme sans troubles mentaux (p. 908). En somme, vu la démarche factuelle particulière que notre Cour a adoptée dans *Parks*, je suis d'avis de conclure que cet arrêt ne peut être interprété comme infirmant *Rabey* sur ce point.

G. *Déterminer si l'état dans lequel l'accusé allègue avoir été constitué une maladie mentale*

Dans l'arrêt *Parks*, le juge La Forest a reconnu l'existence de deux théories distinctes en matière d'examen de la question de la maladie mentale: la théorie de la cause interne et celle du risque subsistant. Il a reconnu que la théorie de la cause interne est la théorie dominante dans la jurisprudence canadienne, mais il a conclu, à la p. 902, «qu'on entend appliquer cette théorie simplement à

201

202

203

methodology”. This conclusion stemmed from a finding that somnambulism, the alleged trigger of the automatism in *Parks*, raises unique problems which are not well-suited to analysis under the internal cause theory. I agree that the internal cause theory cannot be regarded as a universal classificatory scheme for “disease of the mind”. There will be cases in which the approach is not helpful because, in the words of La Forest J., at p. 903, “the dichotomy between internal and external causes becomes blurred”. Accordingly, a new approach to the disease of the mind inquiry is in order. As I will explain below, a more holistic approach, like that developed by La Forest J. in *Parks*, must be available to trial judges in dealing with the disease of the mind question. This approach must be informed by the internal cause theory, the continuing danger theory and the policy concerns raised in this Court’s decisions in *Rabey* and *Parks*.

(1) The Internal Cause Theory

204

The internal cause theory was developed in the context of psychological blow automatism. Under the internal cause theory, the trial judge must compare the accused’s automatistic reaction to the psychological blow to the way one would expect a normal person in the same circumstances to react in order to determine whether the condition the accused claims to have suffered from is a disease of the mind. As K. L. Campbell points out, at p. 354 of his article “Psychological Blow Automatism: A Narrow Defence” (1980-81), 23 *Crim. L.Q.* 342, how can abnormality be defined in any other way but by comparison to what is normal. The words of Martin J.A. in *Rabey* (Ont. C.A.), *supra*, adopted by the majority of this Court, at p. 520, highlight this comparative approach to the disease of the mind question:

In my view, the ordinary stresses and disappointments of life which are the common lot of mankind do not constitute an external cause constituting an explanation for a malfunctioning of the mind which takes it out

titre d’instrument d’analyse, et non à titre de méthodologie universelle». Cette conclusion découlait d’une constatation que le somnambulisme, le prétendu élément déclencheur de l’automatisme dans *Parks*, soulève des problèmes uniques qui se prêtent mal à une analyse fondée sur la théorie de la cause interne. Je conviens que cette dernière théorie ne saurait être considérée comme un régime universel de classification de la «maladie mentale». Dans certains cas, elle n’est d’aucune utilité car, pour reprendre les termes du juge La Forest, à la p. 903, «la dichotomie entre les causes internes et externes s’estompe». Une nouvelle façon d’aborder l’examen de la question de la maladie mentale s’impose donc. Comme je vais l’expliquer plus loin, le juge du procès doit disposer d’une méthode plus globale, comme celle conçue par le juge La Forest dans *Parks*, pour trancher la question de la maladie mentale. Cette méthode doit s’inspirer de la théorie de la cause interne, de la théorie du risque subsistant et des préoccupations d’ordre public soulevées dans les arrêts *Rabey* et *Parks* de notre Cour.

(1) La théorie de la cause interne

La théorie de la cause interne a été conçue dans le contexte de l’automatisme provoqué par un choc psychologique. Suivant cette théorie, pour déterminer si l’état dans lequel l’accusé allègue avoir été constitué une maladie mentale, le juge du procès doit comparer la réaction automatique de l’accusé au choc psychologique avec la réaction à laquelle on s’attendrait de la part d’une personne normale dans la même situation. Comme le souligne K. L. Campbell dans son article intitulé «Psychological Blow Automatism: A Narrow Defence» (1980-81), 23 *Crim. L.Q.* 342, à la p. 354: comment peut-on définir l’anormalité autrement que par rapport à ce qui est normal? Les propos que le juge Martin a tenus dans *Rabey* (C.A. Ont.), précité, et que notre Cour a adoptés à la majorité, à la p. 520, mettent en évidence cette façon comparative d’aborder la question de la maladie mentale:

[TRADUCTION] À mon avis, le stress et les contrariétés courantes de la vie qui sont le lot commun de l’humanité ne constituent pas une cause externe qui peut servir d’explication à un déséquilibre mental et le sortir de la

of the category of a “disease of the mind”. . . . I leave aside, until it becomes necessary to decide them, cases where a dissociative state has resulted from emotional shock without physical injury, resulting from such causes, for example, as being involved in a serious accident although no physical injury has resulted; being the victim of a murderous attack with an uplifted knife, notwithstanding that the victim has managed to escape physical injury; seeing a loved one murdered or seriously assaulted, and like situations. Such extraordinary external events might reasonably be presumed to affect the average normal person without reference to the subjective makeup of the person exposed to such experience.

The nature of the alleged trigger of the automatism is at the centre of the comparison the trial judge must undertake. For example, in the context of psychological blow automatism, both the majority and dissent of this Court in *Rabey* recognized that a “shocking” psychological blow was required before non-mental disorder, rather than mental disorder, automatism could be left with the trier of fact. To this end, the majority adopted the above-quoted words of Martin J.A. In dissent, Dickson J. made the following comment, at p. 549:

I agree with the requirement that there be a shock precipitating the state of automatism. Dissociation caused by a low stress threshold and surrender to anxiety cannot fairly be said to result from a psychological blow.

Accordingly, in *Rabey*, this Court unanimously supported the notion that there is a comparative element to the disease of the mind inquiry which involves an assessment of the nature of the trigger of the alleged automatism. In effect, the trial judge must consider the nature of the trigger and determine whether a normal person in the same circumstances might have reacted to it by entering an automatistic state as the accused claims to have done. Although I recognize that this approach will not be helpful in all cases, I believe that it remains useful in others. As such, the internal cause approach is a factor for trial judges to consider in cases in which they deem it useful. It may be

catégorie «maladie mentale». [. . .] Je laisse de côté, jusqu’à ce qu’ils se présentent, les cas où l’état de dissociation résulte d’un choc émotionnel sans blessures physiques: par exemple le fait d’avoir été impliqué dans un accident grave sans avoir subi de blessures physiques, d’avoir été victime d’un assaillant brandissant un couteau tout en ayant échappé à des blessures physiques, d’avoir vu un être cher assassiné ou gravement agressé, etc. On peut à juste titre présumer qu’une personne normale ordinaire puisse être affectée par ce genre d’événement externe extraordinaire, sans qu’intervienne la constitution subjective de la personne exposée à pareille expérience.

La nature du prétendu élément déclencheur de l’automatisme est au cœur de la comparaison que doit effectuer le juge du procès. Par exemple, dans le cas d’un automatisme provoqué par un choc psychologique, tant les juges majoritaires que les juges dissidents ont reconnu, dans l’arrêt *Rabey* de notre Cour, qu’un choc psychologique «traumatisant» était nécessaire pour que l’automatisme sans troubles mentaux, au lieu de l’automatisme avec troubles mentaux, soit soumis à l’appréciation du juge des faits. À cette fin, les juges majoritaires ont adopté les propos précités du juge Martin. Quant au juge Dickson, dissident, il a formulé l’observation suivante, à la p. 549:

Je partage l’opinion qu’il doit y avoir un choc à même de provoquer l’état d’automatisme. On ne peut, à juste titre, prétendre qu’un état de dissociation causé par un seuil peu élevé de tolérance au stress et par une non-résistance à l’angoisse puisse résulter d’un choc psychologique.

En conséquence, dans l’arrêt *Rabey*, notre Cour a appuyé à l’unanimité l’idée qu’il y a, dans l’examen de la question de la maladie mentale, un point de comparaison qui implique une évaluation de la nature de l’élément déclencheur de l’automatisme allégué. En fait, le juge du procès doit examiner la nature de l’élément déclencheur et décider si ce dernier était susceptible de plonger une personne normale, se trouvant dans la même situation, dans l’état d’automatisme dans lequel l’accusé allègue avoir sombré. Bien que je reconnaisse que cette méthode ne sera pas utile dans certains cas, je crois qu’elle conserve son utilité dans d’autres cas. C’est pourquoi la théorie de la cause interne est un

205

206

helpful to provide some guidance as to how the comparison involved in the internal cause theory should be undertaken. I will do so in the context of psychological blow automatism, as I believe the internal cause approach will be most useful in cases involving automatism claims of this nature.

207 In his article, *supra*, Campbell points out that in assessing triggers of psychological blow automatism in *Rabey*, the majority of this Court drew the line between stressful situations and extremely shocking events. Under this approach, a finding that an alleged condition is not a disease of the mind, and consequently can support a defence of non-mental disorder automatism, is limited to cases involving triggers that normal people would find extremely shocking. Involuntariness caused by any less severe shock or mere stress is presumed to be triggered by a factor internal to the accused and as such constitutes a disease of the mind which can only give rise to a defence of mental disorder automatism (p. 357). Dickson J., in dissent, drew the line between stressful situations and mildly shocking events. Under this approach, the threshold requirement for a finding that a condition is not a disease of the mind is any shock, no matter what its severity. Only events which cannot be classified as a shock of any degree are labelled as internal, and thus diseases of the mind which can only give rise to the defence of mental disorder automatism (p. 358).

208 Given that the present case involves psychological blow automatism, I believe it is appropriate to express my opinion that the position of the majority in *Rabey* on this issue is preferable. The point of undertaking the comparison is to determine whether a normal person might have reacted to the alleged trigger by entering an automatistic state as the accused claims to have done. In cases involving claims of psychological blow automatism,

facteur dont le juge du procès doit tenir compte dans les cas où il estime utile de le faire. Il peut être utile de donner certaines indications sur la façon d'effectuer la comparaison que comporte la théorie de la cause interne. Je vais le faire dans le contexte de l'automatisme provoqué par un choc psychologique, car je crois que la théorie de la cause interne est des plus utiles dans les cas où un tel automatisme est allégué.

Dans son article précité, Campbell fait remarquer qu'en évaluant, dans *Rabey*, les éléments déclencheurs de l'automatisme provoqué par un choc psychologique, notre Cour à la majorité a tracé la ligne de démarcation entre la situation stressante et l'événement extrêmement traumatisant. Selon cette méthode, ce n'est qu'en présence d'un élément déclencheur qui, pour une personne normale, serait extrêmement traumatisant qu'on peut conclure que l'état allégué n'est pas une maladie mentale et qu'il peut donc étayer une défense d'automatisme sans troubles mentaux. On présume que le caractère involontaire dû à un traumatisme moins grave ou au simple stress est déclenché par un facteur propre à l'accusé et qu'il s'agit donc d'une maladie mentale qui ne donne ouverture qu'à une défense d'automatisme avec troubles mentaux (p. 357). Le juge Dickson, dissident, a tracé la ligne de démarcation entre la situation stressante et l'événement légèrement traumatisant. Selon ce point de vue, tout traumatisme, peu importe sa gravité, peut permettre de conclure qu'un état donné ne constitue pas une maladie mentale. Seul l'épisode qui ne peut être considéré comme un traumatisme quelconque est tenu pour interne et donc pour une maladie mentale ne donnant ouverture qu'à la défense d'automatisme avec troubles mentaux (p. 358).

Étant donné qu'il est question, en l'espèce, d'automatisme provoqué par un choc psychologique, je crois opportun d'indiquer que le point de vue adopté à cet égard par les juges majoritaires dans l'arrêt *Rabey* me semble préférable. La comparaison vise à déterminer si une personne normale aurait réagi au prétendu élément déclencheur en sombrant dans l'état d'automatisme allégué par l'accusé. Dans les affaires où l'automatisme

evidence of an extremely shocking trigger will be required to establish that a normal person might have reacted to the trigger by entering an automatic state, as the accused claims to have done.

When undertaking a comparison with a normal person, one is immediately faced with the difficulty of determining the importance of the context in which the comparison is made. I agree with the following comments of the High Court of Australia in *Falconer, supra*, on this issue (at p. 264):

In determining whether the mind of an ordinary person would have malfunctioned in the face of the physical or psychological trauma to which the accused was subjected, the psychotic, neurotic or emotional state of the accused at that time is immaterial. The ordinary person is assumed to be a person of normal temperament and self-control. Consequently, evidence that, in the week preceding the shooting, [the accused] had demonstrated fear, depression, emotional disturbance and an apparently changed personality would not have been relevant in determining the reaction of an ordinary person. Likewise, evidence of the stress that she suffered on discovering that her husband had sexually assaulted their two daughters would not have been relevant in determining the reaction of the ordinary person to the incidents which took place on the day of the shooting. But evidence of the objective circumstances of the relationship between the parties would have been relevant to that issue, for only by considering the pertinent circumstances of that relationship could the jury determine whether an ordinary person would have succumbed to a state of dissociation similar to that which [the accused] claims overtook her on that day. Speaking generally, the issue for the jury on this aspect of the case would be whether an ordinary woman of [the accused]'s age and circumstances, who had been subjected to the history of violence which she alleged, who had recently discovered that her husband had sexually assaulted their daughters, who knew that criminal charges had been laid against her husband in respect of these matters and who was separated from her husband as a result of his relationship with another woman, would have entered a state of dissociation as the result of the incidents which occurred on the day of the shooting.

provoqué par un choc psychologique est allégué, la preuve d'un élément déclencheur extrêmement traumatisant sera requise pour établir qu'une personne normale aurait réagi à l'élément déclencheur en sombrant dans l'état d'automatisme allégué par l'accusé.

Lorsqu'on entreprend de faire la comparaison avec une personne normale, la première difficulté qui se pose est de déterminer l'importance du contexte dans lequel la comparaison est faite. Je suis d'accord avec les observations suivantes que la Haute Cour d'Australie a formulées à ce sujet dans *Falconer*, précité, à la p. 264:

[TRADUCTION] Pour déterminer si le traumatisme physique ou psychologique subi par l'accusé aurait causé un déséquilibre mental chez une personne ordinaire, l'état psychotique, névrotique ou émotif de l'accusé au moment en question est sans importance. On présume que la personne ordinaire a une maîtrise de soi et un tempérament normaux. En conséquence, n'aurait pas été pertinente, pour déterminer la réaction d'une personne ordinaire, la preuve que, durant la semaine ayant précédé la fusillade, [l'accusée] s'était montrée craintive, dépressive et bouleversée et avait apparemment subi un changement de personnalité. De même, la preuve du stress qu'elle a subi lorsqu'elle a découvert que son mari avait agressé sexuellement leurs deux filles n'aurait pas été pertinente pour déterminer comment aurait réagi une personne ordinaire face aux événements qui se sont produits le jour de la fusillade. Par contre, une preuve des circonstances objectives de la relation entre les parties aurait été utile à cet égard, puisque ce n'est qu'en examinant les circonstances pertinentes de cette relation que le jury était en mesure de déterminer si une personne ordinaire aurait été plongée dans un état de dissociation semblable à celui dans lequel [l'accusée] prétend avoir sombré ce jour-là. En général, la question que devrait trancher le jury relativement à cet aspect de l'affaire serait de savoir si une femme ordinaire, du même âge et dans la même situation que [l'accusée] — c'est-à-dire, qui aurait subi dans le passé la violence alléguée, qui aurait récemment découvert que son mari avait agressé sexuellement leurs filles, qui aurait su que des accusations criminelles avaient été portées contre son mari à cet égard et qui se serait séparée de son mari à cause de la liaison de ce dernier avec une autre femme —, aurait été plongée dans un état de dissociation en raison des événements qui se sont produits le jour de la fusillade.

210 The comparison involved in the disease of the mind inquiry is thus a contextual objective test. The accused's automatic reaction to the alleged trigger must be assessed from the perspective of a similarly situated individual. This requires that the circumstances of the case be taken into account. However, I emphasize that this is not a subjective test.

211 The appellant argues that the objective element of the internal cause theory violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. According to the appellant, the *Charter* requires that the focus of the disease of the mind inquiry be on the actual, subjective response of the accused rather than that of a normal person. With respect, this argument fails to recognize that the objective inquiry into whether the condition claimed by the accused is a disease of the mind is applied only after a subjective inquiry into whether there is evidence upon which a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities has been completed by the trial judge. That is, the objective standard affects only the classification of the defence rather than the assessment of whether the *actus reus* of the offence has been established. A similar objective standard was applied to the defence of provocation in *R. v. Cameron* (1992), 71 C.C.C. (3d) 272, where the Ontario Court of Appeal held that the objective standard involved in the defence of provocation does not violate ss. 7 and 11(d) because it does not detract from the *mens rea* required to establish murder. The point I wish to make here is that the objective component of the internal cause theory does not affect the burden of proof on the issue of whether the accused voluntarily committed the offence. Moreover, the impact of the objective comparison is limited even with regard to the disease of the mind inquiry. As noted above, I agree with La Forest J. in *Parks* that the internal cause theory is only an analytical tool. It is not being held out as the definitive answer to the disease of the mind question. In each case, the trial judge must determine whether and to what extent the theory is useful given the facts of the case. Indeed, he or she has the discretion to disregard the theory if its application would not accord with the

La comparaison qui doit être effectuée lors de l'examen de la question de la maladie mentale est donc un critère contextuel objectif. La réaction automatique de l'accusé au prétendu élément déclencheur doit être évaluée du point de vue d'une personne qui se serait trouvée dans la même situation. Cela exige de prendre en considération les circonstances de l'affaire. Je souligne toutefois qu'il ne s'agit pas d'un critère subjectif.

L'appelant fait valoir que l'élément objectif de la théorie de la cause interne viole l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Selon lui, la *Charte* exige que l'examen de la question de la maladie mentale soit axé sur la réaction subjective véritable de l'accusé plutôt que sur celle de la personne normale. En toute déférence, cet argument ne tient pas compte du fait que l'examen objectif de la question de savoir si l'état allégué par l'accusé est une maladie mentale n'est entrepris qu'après que le juge du procès a procédé à un examen subjectif de la question de savoir s'il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. Autrement dit, la norme objective touche uniquement la classification du moyen de défense, et non pas l'analyse de la question de savoir si l'*actus reus* de l'infraction a été établi. Une norme objective semblable a été appliquée à la défense de provocation dans l'arrêt *R. c. Cameron* (1992), 71 C.C.C. (3d) 272, où la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la norme objective applicable à la défense de provocation ne viole ni l'art. 7 ni l'al. 11d), car elle ne diminue pas la *mens rea* requise pour établir le meurtre. Je tiens à faire remarquer ici que l'élément objectif de la théorie de la cause interne ne modifie en rien la charge de preuve relative à la question de savoir si l'accusé a commis volontairement l'infraction. De plus, l'effet de la comparaison objective est limité, même en ce qui concerne l'examen de la question de la maladie mentale. Comme je l'ai souligné précédemment, je partage l'opinion exprimée par le juge La Forest dans l'arrêt *Parks* que la théorie de la cause interne n'est qu'un instrument d'analyse. Cette théorie n'est pas présentée comme la réponse définitive à la question de la maladie mentale.

policy concerns which underlie the disease of the mind inquiry. In this way, the internal cause approach attempts to strike an appropriate balance between the objectives of providing an exemption from criminal liability for morally innocent offenders and protecting the public. In these circumstances, the objective component of the internal cause theory does not limit either s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*. I would add that consideration of the subjective psychological make-up of the accused in the internal cause theory would frustrate the very purpose of making the comparison, which is of course to determine whether the accused was suffering from a disease of the mind in a legal sense.

(2) The Continuing Danger Theory

As mentioned above, both the majority and dissenting judges of this Court in *Rabey*, as well as La Forest J. in *Parks*, recognized that policy considerations are relevant to the determination of whether a claim of automatism is the result of a disease of the mind. One policy factor which is central to the disease of the mind inquiry is the need to ensure public safety. Indeed, as mentioned above, La Forest J. recognized in *Parks* that the second dominant approach to the disease of the mind question is the continuing danger theory. This theory holds that any condition which is likely to present a recurring danger to the public should be treated as a disease of the mind. In other words, the likelihood of recurrence of violence is a factor to be considered in the disease of the mind inquiry. This approach must be qualified to recognize that while a continuing danger suggests a disease of the mind, a finding of no continuing danger does not preclude a finding of a disease of the mind. See *Rabey*, *supra*, at p. 15 (Ont. C.A.), *per* Martin J.A., and at pp. 533 and 551 (S.C.C.), *per* Dickson J.; *Parks*, *supra*, at p. 907, *per* La Forest J.

Le juge du procès doit décider, dans chaque cas, si et dans quelle mesure la théorie est utile selon les faits de l'affaire. En réalité, il lui est loisible de ne pas en tenir compte si son application n'est pas conforme aux préoccupations d'ordre public qui sous-tendent l'examen de la question de la maladie mentale. De cette façon, la théorie de la cause interne tente d'établir un équilibre approprié entre l'objectif d'exonérer de la responsabilité criminelle les contrevenants moralement innocents et celui de protéger le public. Dans ces circonstances, l'élément objectif de la théorie de la cause interne n'impose aucune restriction à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte*. J'ajouterais que prendre en considération la condition psychologique subjective de l'accusé dans le cadre de cette théorie irait à l'encontre de l'objet même de la comparaison, qui est naturellement de déterminer si l'accusé souffrait d'une maladie mentale au sens juridique.

(2) La théorie du risque subsistant

Comme nous l'avons vu, les juges majoritaires et les juges dissidents de notre Cour dans *Rabey*, de même que le juge La Forest dans *Parks*, ont reconnu que des considérations d'ordre public sont pertinentes pour déterminer si l'automatisme allégué résulte d'une maladie mentale. Un facteur d'ordre public qui est au cœur de l'examen de la question de la maladie mentale est la nécessité d'assurer la sécurité du public. Ainsi, comme je l'ai déjà mentionné, le juge La Forest a reconnu, dans *Parks*, que la deuxième façon dominante d'aborder la question de la maladie mentale est la théorie du risque subsistant. Suivant cette théorie, tout état comportant vraisemblablement la récurrence d'un danger pour le public devrait être considéré comme une maladie mentale. En d'autres termes, la probabilité de récurrence de la violence est un facteur qui doit être considéré dans l'examen de la question de la maladie mentale. Cette théorie doit être nuancée de manière à reconnaître que, même si un risque subsistant est un indice de maladie mentale, la conclusion à l'absence de risque subsistant n'empêche pas de conclure à l'existence d'une maladie mentale. Voir *Rabey*, précité, à la p. 15 (C.A. Ont.), le juge Martin, et aux pp. 533 et 551 (C.S.C.), le juge Dickson; *Parks*, précité, à la p. 907, le juge La Forest.

- 213 In my opinion, trial judges should continue to consider the continuing danger theory as a factor in the determination of whether a condition should be classified as a disease of the mind. However, I emphasize that the continuing danger factor should not be viewed as an alternative or mutually exclusive approach to the internal cause factor. Although different, both of these approaches are relevant factors in the disease of the mind inquiry. As such, in any given case, a trial judge may find one, the other or both of these approaches of assistance. To reflect this unified, holistic approach to the disease of the mind question, it is therefore more appropriate to refer to the internal cause factor and the continuing danger factor, rather than the internal cause theory and the continuing danger theory.
- 214 In examining the continuing danger factor, trial judges may consider any of the evidence before them in order to assess the likelihood of recurrence of violence. However, two issues will be particularly relevant to the continuing danger factor: the psychiatric history of the accused and the likelihood that the trigger alleged to have caused the automatistic episode will recur.
- 215 As noted above, the defence must present expert psychiatric evidence in order to establish a proper foundation for a defence of automatism. The weight to be given to such evidence at the foundation stage will depend upon whether it establishes a documented history of automatistic-like dissociative states or simply confirms that a claim of automatism is plausible provided that the account of events given to the expert by the accused was accurate and truthful. The same distinction is again relevant when assessing the continuing danger factor in order to determine whether the condition the accused claims to have suffered from is a disease of the mind. Psychiatric evidence which reveals a documented history of automatistic-like dissociative states suggests that the condition alleged by the accused is of a recurring nature and thus increases the likelihood that automatism will recur.
- Selon moi, le juge du procès devrait continuer de considérer la théorie du risque subsistant comme un facteur à prendre en considération pour décider si un état donné devrait être qualifié de maladie mentale. Je souligne toutefois que le facteur du risque subsistant ne doit pas être considéré comme une façon subsidiaire ou mutuellement exclusive d'aborder le facteur de la cause interne. Bien qu'elles soient différentes, ces deux méthodes sont des facteurs pertinents dans l'examen de la question de la maladie mentale. C'est pourquoi le juge du procès, dans une affaire donnée, peut estimer utiles les deux méthodes, ou l'une ou l'autre de celles-ci. Pour refléter cette façon unifiée et globale d'aborder la question de la maladie mentale, il est donc plus approprié de parler du facteur de la cause interne et du facteur du risque subsistant plutôt que de la théorie de la cause interne et de la théorie du risque subsistant.
- En examinant le facteur du risque subsistant, le juge du procès peut tenir compte de tout élément de preuve dont il est saisi pour évaluer la probabilité de récurrence de la violence. Deux questions seront cependant particulièrement pertinentes quant au facteur du risque subsistant: les antécédents psychiatriques de l'accusé et la probabilité que l'élément qui aurait déclenché l'épisode d'automatisme se présente de nouveau.
- Comme nous l'avons vu, la défense doit présenter une preuve d'expert en psychiatrie pour établir les fondements d'une défense d'automatisme. L'importance à accorder à une telle preuve, à l'étape de l'établissement des fondements, variera selon qu'elle établit l'existence d'antécédents documentés d'états de dissociation apparentés à l'automatisme ou qu'elle ne fait que confirmer qu'une allégation d'automatisme est plausible à la condition que les faits relatés à l'expert par l'accusé soient exacts et véridiques. La même distinction est également pertinente lorsqu'il s'agit d'évaluer le facteur du risque subsistant pour déterminer si l'état dans lequel l'accusé allègue avoir été plongé constitue une maladie mentale. La preuve psychiatrique qui révèle des antécédents documentés d'états de dissociation apparentés à l'automatisme indique que l'état allégué par l'accusé est

The likelihood of recurrence of violence is in turn heightened by the fact that at least one of the accused's automatistic episodes involved violence. In such a case, the continuing danger factor indicates that the condition the accused claims to have suffered from is likely to be classified as a disease of the mind. I would note that the absence of a history of automatistic-like dissociative states in no way indicates that there will be no recurrence of violence. In such a case, the trial judge will have to determine the recurrence of violence issue through other methods, one of which may be an assessment of the likelihood of recurrence of the alleged trigger of the automatism.

In their Case Comment on *R. v. Parks* (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 224, I. Grant and L. Spitz point out that in assessing the likelihood of recurrence of violence, courts have been asking the wrong question. Courts have been focussing on whether the accused is likely to exhibit violent behaviour if he or she were again to encounter the alleged trigger of the current automatistic episode. According to Grant and Spitz, a more appropriate question is simply whether the alleged trigger is likely to recur. Grant and Spitz reason that there is no way of accurately predicting whether actual violence will recur. Indeed the likelihood of the initial automatistic violence would generally have been remote and thus difficult to predict. In contrast, the likelihood of recurrence of the circumstances which are alleged to have given rise to the automatism is more easily predicted (see pp. 235-36).

The logic of the reasoning of Grant and Spitz is difficult to deny. Indeed, it reveals that an assessment of the likelihood that the particular accused will again encounter the trigger alleged to have caused the current automatistic episode, or a similar one of at least equal severity, may assist a judge in assessing the continuing danger factor. The greater the anticipated frequency of the trigger in the accused's life, the greater the risk posed to the public and, consequently, the more likely it is that

récurrent et accroît donc la probabilité de récurrence de l'automatisme. La probabilité de récurrence de la violence est, à son tour, accrue du fait qu'au moins un des épisodes d'automatisme de l'accusé comportait de la violence. Dans un tel cas, le facteur du risque subsistant indique que l'état dans lequel l'accusé allègue avoir été plongé est susceptible d'être qualifié de maladie mentale. Je tiens à souligner que l'absence d'antécédents d'états de dissociation apparentés à l'automatisme n'indique nullement qu'il n'y aura aucune récurrence de violence. Le cas échéant, le juge du procès devra trancher la question de la récurrence de violence par d'autres moyens, dont l'évaluation de la probabilité de récurrence de l'élément qui aurait déclenché l'automatisme.

Dans leur commentaire de l'arrêt *R. v. Parks* (1993), 72 *R. du B. can.* 224, I. Grant et L. Spitz soulignent que les tribunaux posent la mauvaise question en évaluant la probabilité de récurrence de la violence. Les tribunaux se concentrent sur la question de savoir si l'accusé est susceptible d'adopter un comportement violent s'il se retrouve en présence de l'élément qui aurait déclenché l'épisode d'automatisme en cause. Selon Grant et Spitz, il convient davantage de se demander simplement si l'élément déclencheur est susceptible de se présenter de nouveau. Elles estiment qu'il n'y a aucun moyen de prédire exactement si la violence se répétera ou non. En fait, la première manifestation de violence dans un état d'automatisme est généralement inopinée et, par conséquent, difficile à prévoir. Par contre, il est plus facile d'évaluer la probabilité de récurrence des circonstances qui auraient déclenché l'automatisme (voir pp. 235 et 236).

La logique du raisonnement de Grant et Spitz est difficile à nier. En effet, elle révèle que l'évaluation de la probabilité que l'accusé en question se retrouve en présence de l'élément qui aurait déclenché l'état d'automatisme dans lequel il a été plongé, ou d'un élément semblable tout au moins aussi grave, peut aider le juge à jauger le facteur du risque subsistant. Plus élevée est la fréquence prévue de l'élément déclencheur dans la vie de l'accusé, plus grand est le risque couru par le

216

217

the condition alleged by the accused is a disease of the mind.

(3) Other Policy Factors

218

There may be cases in which consideration of the internal cause and continuing danger factors alone does not permit a conclusive answer to the disease of the mind question. Such will be the case, for example, where the internal cause factor is not helpful because it is impossible to classify the alleged cause of the automatism as internal or external, and the continuing danger factor is inconclusive because there is no continuing danger of violence. Accordingly, a holistic approach to disease of the mind must also permit trial judges to consider other policy concerns which underlie this inquiry. As mentioned above, in *Rabey* and *Parks*, this Court outlined some of the policy concerns which surround automatism. I have already referred to those specific policy concerns earlier in these reasons. I repeat that I do not view those policy concerns as a closed category. In any given automatism case, a trial judge may identify a policy factor which this Court has not expressly recognized. Any such valid policy concern can be considered by the trial judge in order to determine whether the condition the accused claims to have suffered from is a disease of the mind. In determining this issue, policy concerns assist trial judges in answering the fundamental question of mixed law and fact which is at the centre of the disease of the mind inquiry: whether society requires protection from the accused and, consequently, whether the accused should be subject to evaluation under the regime contained in Part XX.1 of the *Code*.

H. *Available Defences Following the Determination of the Disease of the Mind Question*

219

If the trial judge concludes that the condition the accused claims to have suffered from is not a disease of the mind, only the defence of non-mental disorder automatism will be left with the trier of

public, et, par conséquent, plus il est probable que l'état allégué par l'accusé est une maladie mentale.

(3) Autres facteurs d'ordre public

Il peut y avoir des cas où l'examen des facteurs de la cause interne et du risque subsistant ne permet pas, à lui seul, de répondre de façon définitive à la question de la maladie mentale. Il en est ainsi, par exemple, lorsque le facteur de la cause interne n'est d'aucune utilité parce qu'il est impossible de qualifier d'interne ou d'externe la cause alléguée de l'automatisme, et lorsque le facteur du risque subsistant n'est pas concluant parce qu'il n'y a aucun risque subsistant de violence. Par conséquent, une façon globale d'aborder la question de la maladie mentale doit aussi permettre au juge du procès de tenir compte des autres préoccupations d'ordre public qui sous-tendent cet examen. Comme nous l'avons vu, notre Cour a, dans *Rabey* et *Parks*, exposé certaines préoccupations d'ordre public au sujet de l'automatisme. Je les ai déjà mentionnées expressément dans les présents motifs. Je répète que je ne considère pas que ces préoccupations sont exhaustives. Il se peut que, dans un cas donné d'automatisme, le juge du procès décèle un facteur d'ordre public que notre Cour n'a pas expressément reconnu. Le juge du procès peut tenir compte de toute préoccupation valable de cette nature pour déterminer si l'état dans lequel l'accusé allègue avoir été est une maladie mentale. En tranchant cette question, des préoccupations d'ordre public aident le juge du procès à répondre à la question fondamentale de droit et de fait fondamentale qui est au cœur de l'examen de la question de la maladie mentale: celle de savoir si la société a besoin d'être protégée contre l'accusé et, par conséquent, si ce dernier devrait faire l'objet d'une évaluation selon le régime établi dans la partie XX.1 du *Code*.

H. *Moyens de défense susceptibles d'être invoqués à la suite d'une décision sur la question de la maladie mentale*

Si le juge du procès conclut que l'état dans lequel l'accusé allègue avoir été n'est pas une maladie mentale, seule la défense d'automatisme sans troubles mentaux pourra être soumise à

fact as the trial judge will have already found that there is evidence upon which a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities. The question for the trier of fact will then be whether the defence has proven that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities. A positive answer to this question by the trier of fact will result in a successful defence of non-mental disorder automatism and, consequently, an absolute acquittal.

I would note that in his instructions to the jury on the voluntariness issue in cases of non-mental disorder automatism, the trial judge should begin by thoroughly reviewing the serious policy factors which surround automatism, including concerns about feignability and the repute of the administration of justice. It will also be helpful for the trial judge to refer specifically to evidence relevant to the issue of involuntariness, such as: the severity of the triggering stimulus, corroborating evidence of bystanders, corroborating medical history of automatistic-like dissociative states, whether there is evidence of a motive for the crime, and whether the alleged trigger of the automatism is also the victim of the automatistic violence.

On the other hand, if the trial judge concludes that the alleged condition is a disease of the mind, only mental disorder automatism will be left with the trier of fact. The case will then proceed like any other s. 16 case, leaving for the trier of fact the question of whether the defence has proven, on a balance of probabilities, that the accused suffered from a mental disorder which rendered him or her incapable of appreciating the nature and quality of the act in question. As mentioned earlier, s. 16 provides a framework within which the protection of

l'appréciation du juge des faits, car le juge du procès aura déjà conclu qu'il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. Il appartient alors au juge des faits de décider si la défense a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. S'il répond à cette question par l'affirmative, la défense d'automatisme sans troubles mentaux sera alors retenue, entraînant ainsi l'acquiescement pur et simple.

Je tiens à faire remarquer que, dans ses directives au jury sur la question du caractère volontaire dans les cas d'automatisme sans troubles mentaux, le juge du procès devrait commencer par examiner en profondeur les facteurs importants d'ordre public qui entourent l'automatisme, y compris les préoccupations relatives à la possibilité de simulation et à la considération dont l'administration de la justice doit jouir. Il sera également utile au juge du procès de renvoyer expressément à la preuve pertinente relativement à la question du caractère involontaire, comme l'intensité de l'élément déclencheur, le témoignage corroborant d'observateurs, les antécédents médicaux corroborants d'états de dissociation apparentés à l'automatisme, la question de savoir s'il y a preuve de l'existence d'un mobile du crime et celle de savoir si la personne qui aurait déclenché l'état d'automatisme est également la victime de la violence qui en a résulté.

Par contre, si le juge du procès conclut que l'état allégué est une maladie mentale, seule la défense d'automatisme avec troubles mentaux sera soumise à l'appréciation du juge des faits. L'affaire sera dès lors instruite comme toute autre cause comportant l'application de l'art. 16, et il appartiendra au juge des faits de trancher la question de savoir si la défense a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé était atteint de troubles mentaux qui le rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte reproché. Comme nous l'avons vu, l'art. 16 fournit un cadre dans lequel la protection du public est

220

221

the public will be assured when mental disorder automatism is established.

222

The trier of fact's determination of whether an accused has made out a successful claim of mental disorder automatism will absorb the question of whether the accused in fact acted involuntarily. That is, if the trial judge concludes that the allegation of automatism, if genuine, could only have resulted from a disease of the mind, a finding that the accused was not suffering from a mental disorder by the trier of fact necessarily extinguishes the validity of the accused's claim of involuntariness. Viscount Kilmuir L.C. put it this way in *Bratty*, *supra*, at p. 403:

Where the possibility of an unconscious act depends on, and only on, the existence of a defect of reason from disease of the mind within the M'Naughten Rules, a rejection by the jury of this defence of insanity necessarily implies that they reject the possibility.

See also *Bratty*, *supra*, at pp. 404, 415 and 417-18; and *Rabey* (Ont. C.A.), *supra*, at pp. 24-25, *per* Martin J.A.

I. *Application to the Present Case*

223

At trial, the appellant claimed both mental disorder and non-mental disorder automatism. The learned trial judge concluded that the appellant had established a proper foundation for a defence of automatism, but that only mental disorder automatism should be left with the jury. In coming to these conclusions, the trial judge did not have the benefit of these reasons to guide him. Nevertheless, this does not warrant allowing the appeal because, as I explain below, the approach taken by the trial judge did not impair the appellant's position.

224

In determining whether the appellant had established a proper foundation for a defence of automatism, the trial judge stated that there must be evidence of unconsciousness throughout the commission of the crime. As I have explained above, automatism is more properly defined as

assurée lorsque l'automatisme avec troubles mentaux est établi.

En décidant si l'accusé a allégué avec succès l'automatisme avec troubles mentaux, le juge des faits se prononcera par la même occasion sur la question de savoir si celui-ci a effectivement agi involontairement. En d'autres termes, dans le cas où le juge du procès conclut que l'automatisme allégué, en supposant qu'il a été allégué à juste titre, ne peut avoir résulté que d'une maladie mentale, la conclusion du juge des faits que l'accusé n'était pas atteint de troubles mentaux invalide nécessairement toute allégation de caractère involontaire par l'accusé. Le vicomte Kilmuir exprime cela en ces termes dans *Bratty*, précité, à la p. 403:

[TRADUCTION] Lorsque la possibilité d'un acte inconscient dépend, et ce uniquement, de l'existence d'une défaillance de la raison découlant d'une maladie mentale selon les règles de M'Naughten, le rejet par le jury de la défense d'aliénation mentale implique nécessairement le rejet de cette possibilité.

Voir également *Bratty*, précité, aux pp. 404, 415, 417 et 418, et *Rabey* (C.A. Ont.), précité, aux pp. 24 et 25, le juge Martin.

I. *Application à la présente affaire*

Au procès, l'appelant a allégué à la fois l'automatisme avec troubles mentaux et l'automatisme sans troubles mentaux. Le juge du procès a conclu que l'appelant avait établi les fondements d'une défense d'automatisme, mais que seul l'automatisme avec troubles mentaux devait être soumis à l'appréciation du jury. Quand il a tiré ces conclusions, le juge du procès ne bénéficiait pas des présents motifs pour le guider. Ce n'est toutefois pas une raison d'accueillir le pourvoi, car, comme je vais l'expliquer plus loin, la méthode suivie par le juge du procès n'a pas nui à la position de l'appelant.

En déterminant si l'appelant avait établi les fondements d'une défense d'automatisme, le juge du procès a affirmé qu'il devait y avoir une preuve de perte de conscience tout au long de la perpétration du crime. Comme je l'ai déjà expliqué, l'automatisme est mieux défini comme un état de

impaired consciousness, rather than unconsciousness. Furthermore, lack of voluntariness, rather than consciousness, is the key legal element of automatism. Accordingly, the trial judge should have concerned himself with assessing whether there was evidence that the appellant experienced a state of impaired consciousness in which he had no voluntary control over his actions rather than whether there was evidence that the appellant was unconscious throughout the commission of the crime. Obviously, unconsciousness as defined by the trial judge supposes involuntariness. However, his finding that there was evidence of unconsciousness throughout the commission of the crime may have been based on a misunderstanding of the nature of the evidentiary burden on the accused at the proper foundation stage.

In accordance with much of the jurisprudence at the time, the trial judge may have found that a proper foundation for automatism had been established because the defence had met an evidentiary burden which amounted to no more than the appellant's claim of involuntariness and confirming expert psychiatric evidence. There is no indication that he assessed whether the defence had raised evidence on which a properly instructed jury could find that the appellant acted involuntarily on a balance of probabilities. Likewise, there is no indication that the trial judge recognized the limited weight to be accorded to the psychiatric evidence in this case, which only served to confirm that the appellant's claim of automatism was plausible provided the account of events he provided to Dr. Janke was accurate and truthful. Nor did the trial judge discuss the relevance of motive or corroborating evidence on his conclusion that a proper foundation for automatism had been established.

Turning to the disease of the mind stage of the automatism analysis, I note that the evidence in this case raised only one alleged cause of automatism, Donna Stone's words. Based on this evidence, the trial judge found that only mental disorder automatism should be left with the jury. This

conscience diminué que comme une perte de conscience. En outre, c'est l'absence de caractère volontaire, et non la perte de conscience, qui constitue l'élément juridique principal de l'automatisme. Par conséquent, le juge du procès aurait dû se demander s'il y avait une preuve que l'appellant s'était trouvé dans un état de conscience diminué où il n'avait pas la maîtrise de ses actes, au lieu de se demander s'il existait une preuve que l'appellant avait été inconscient tout au long de la perpétration du crime. De toute évidence, la perte de conscience définie par le juge du procès suppose l'absence de caractère volontaire. Toutefois, il se peut que sa conclusion qu'il y avait une preuve de perte de conscience tout au long de la perpétration du crime ait été fondée sur une méprise quant à la nature de la charge de présentation qui incombe à l'accusé à l'étape de l'établissement des fondements.

Conformément à une bonne partie de la jurisprudence de l'époque, le juge du procès a pu conclure que les fondements de l'automatisme avaient été établis parce que la défense s'était acquittée d'une charge de présentation qui ne correspondait à rien de plus que l'allégation de caractère involontaire par l'appellant, confirmée par la preuve d'expert d'un psychiatre. Rien n'indique qu'il s'est demandé si la défense avait soumis une preuve qui aurait permis à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'appellant avait agi involontairement. De même, rien n'indique que le juge du procès a reconnu l'importance limitée à accorder à la preuve psychiatrique en l'espèce, qui ne faisait que confirmer que l'automatisme allégué par l'appellant était plausible à la condition que les faits qu'il avait relatés au Dr Janke soient exacts et véridiques. Le juge du procès n'a pas non plus analysé la pertinence du mobile ni celle de la preuve corroborante en concluant que les fondements de l'automatisme avaient été établis.

Abordant maintenant l'étape de l'analyse de l'automatisme concernant la maladie mentale, je souligne qu'une seule cause d'automatisme était alléguée en preuve dans la présente affaire, à savoir les paroles de Donna Stone. Compte tenu de cette preuve, le juge du procès a décidé que seul

225

226

conclusion was based primarily on a finding that the present case is indistinguishable from *MacLeod, supra*. Such reliance on precedent fails to reveal what effect, if any, the internal cause factor, the continuing danger factor and other policy factors had on the decision to leave only mental disorder automatism with the jury. This is not in accordance with the holistic approach to the disease of the mind question set out in these reasons. However, the internal cause factor and the continuing danger factor, as well as the other policy factors set out in this Court's decisions in *Rabey* and *Parks* all support the trial judge's finding that the condition the appellant alleges to have suffered from is a disease of the mind in the legal sense. In particular, the trigger in this case was not, in the words of Martin J.A. quoted in this Court's decision in *Rabey*, at p. 520, "extraordinary external events" that would amount to an extreme shock or psychological blow that would cause a normal person, in the circumstances of the accused, to suffer a dissociation in the absence of a disease of the mind. Accordingly, I find that the trial judge nevertheless reached the correct result on the disease of the mind question. As previously noted, in such a case, only mental disorder automatism must be put to the jury. There is no reason to go beyond the facts of this case in applying the rules discussed above.

l'automatisme avec troubles mentaux devait être soumis à l'appréciation du jury. Cette décision reposait essentiellement sur la conclusion que la présente affaire ne peut pas être distinguée de l'affaire *MacLeod*, précitée. Le fait de s'en remettre ainsi à un précédent ne révèle pas la nature de l'incidence que le facteur de la cause interne, le facteur du risque subsistant et d'autres facteurs d'ordre public ont pu avoir sur la décision de ne soumettre à l'appréciation du jury que la défense d'automatisme avec troubles mentaux. Cela est incompatible avec la façon globale, exposée dans les présents motifs, d'aborder la question de la maladie mentale. Toutefois, les facteurs de la cause interne et du risque subsistant, de même que les autres facteurs d'ordre public énoncés dans les arrêts *Rabey* et *Parks* de notre Cour, appuient tous la conclusion du juge du procès que l'état dans lequel l'appelant allègue avoir été plongé est une maladie mentale au sens juridique. En particulier, l'élément déclencheur en l'espèce n'était pas, pour reprendre les termes du juge Martin cités dans l'arrêt *Rabey* de notre Cour, à la p. 520, un [TRADUCTION] «événement externe extraordinaire» qui, en l'absence de maladie mentale, équivaldrait à un traumatisme extrême ou à un choc psychologique qui provoquerait un état de dissociation chez une personne normale dans la situation de l'accusé. En conséquence, je conclus que le juge du procès est néanmoins arrivé au bon résultat sur la question de la maladie mentale. Comme je l'ai souligné précédemment, seul l'automatisme avec troubles mentaux doit être soumis à l'appréciation du jury dans un tel cas. Il n'y a aucune raison d'aller au-delà des faits de la présente affaire en appliquant les règles analysées plus haut.

227

In the end, I must conclude that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred in the present case. Even if I had found that the trial judge erred in applying the evidentiary burden at the proper foundation stage of the automatism analysis, this error could only have benefitted the appellant. Although the trial judge did not apply the holistic approach to disease of the mind established in these reasons, he reached the correct result on this issue. There is no reasonable possibility that the verdict would have been different

Finalement, je me dois de conclure qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne se sont produits en l'espèce. Même si j'avais conclu que le juge du procès a commis une erreur en appliquant la charge de présentation à l'étape de l'analyse de l'automatisme consistant à en établir les fondements, cette erreur n'aurait pu que bénéficier à l'appelant. Bien que le juge du procès n'ait pas adopté la façon globale, établie dans les présents motifs, d'aborder la question de la maladie mentale, il est arrivé au bon résultat à cet égard.

had the errors not been made; see *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599. I would therefore dismiss this ground of appeal.

2. Did the Court of Appeal err in holding that there was no miscarriage of justice when the defence report of Dr. Janke was ordered disclosed to the Crown?

I concur with the reasons of Binnie J. on this ground of appeal.

3. (a) Did the Court of Appeal err in principle in deciding that the sentencing judge was entitled to consider provocation as a mitigating factor for manslaughter where the same provocation, through the operation of s. 232 of the *Code* had already reduced the stigma and penalty of an intentional killing from murder to manslaughter?
- (b) Did the Court of Appeal err in upholding a demonstrably unfit sentence that failed to reflect the gravity of the offence properly and the moral culpability of the offender?

J. *Standard of Appellate Review of Sentencing*

The Crown's appeal of the seven-year sentence imposed by the sentencing judge in the present case must be considered in light of this Court's jurisprudence surrounding the appropriate standard of appellate review of sentencing. Section 687(1) of the *Code* provides a statutory right of appeal of sentence. It reads:

687. (1) Where an appeal is taken against sentence, the court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against, and may on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive,

- (a) vary the sentence within the limits prescribed by law for the offence of which the accused was convicted; or
(b) dismiss the appeal.

Il n'y a aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l'absence des erreurs commises; voir *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599. Je suis donc d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant qu'aucune erreur judiciaire n'a été commise lorsque la communication au ministère public du rapport préparé pour la défense par le D^r Janke a été ordonnée?

Je souscris aux motifs du juge Binnie quant à ce moyen d'appel.

3. a) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de principe en décidant que le juge qui a infligé la peine pouvait considérer la provocation comme un facteur atténuant relativement à l'homicide involontaire coupable, alors que cette même provocation avait déjà permis, en vertu de l'art. 232 du *Code criminel*, de réduire de meurtre à homicide involontaire coupable le stigmate et la sanction liés à un homicide volontaire?
- b) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant une peine manifestement inappropriée qui ne reflétait pas correctement la gravité de l'infraction ni la culpabilité morale de son auteur?

J. *La norme de contrôle de la sentence en appel*

L'appel interjeté par le ministère public contre la peine de sept ans d'emprisonnement infligée en l'espèce par le juge du procès doit être examiné à la lumière de la jurisprudence de notre Cour portant sur la norme de contrôle de la sentence en appel. Le paragraphe 687(1) du *Code* prévoit un droit d'appel de la sentence:

687. (1) S'il est interjeté appel d'une sentence, la cour d'appel considère, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir:

- a) soit modifier la sentence dans les limites prescrites par la loi pour l'infraction dont l'accusé a été déclaré coupable;
b) soit rejeter l'appel.

228

229

230 In *Shropshire, supra*, this Court considered the standard of appellate review authorized by s. 687(1). Speaking for a unanimous Court, Iacobucci J. concluded, at pp. 249-50, that appellate courts do not have free reign to modify sentence orders simply because they would themselves have imposed a different sentence. Rather, variation of sentence should only be made if an appellate court is convinced that a sentence is “not fit” or “clearly unreasonable” (p. 249). This deferential standard of appellate review must be adhered to as long as the trial judge did not err in principle, fail to consider a relevant factor or over-emphasize the appropriate factors. In *M. (C.A.)*, *supra*, Lamer C.J., also speaking for the Court, confirmed this deferential standard of appellate review of sentences and noted at p. 567:

For these reasons, consistent with the general standard of review we articulated in *Shropshire*, I believe that a court of appeal should only intervene to minimize the disparity of sentences where the sentence imposed by the trial judge is in substantial and marked departure from the sentences customarily imposed for similar offenders committing similar crimes. [Emphasis added.]

See also *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948, at paras. 15-17.

231 With this standard of appellate review of sentencing in mind, I will now assess the Crown’s arguments against the seven-year sentence imposed by the sentencing judge in the present case.

K. *Error in Principle*

- (1) Provocation as a Mitigating Factor for Manslaughter

232 The Crown and intervening Attorney General for Ontario argue that the sentencing judge erred in principle when he considered provocation as a mitigating factor after s. 232 of the *Code* had reduced

Dans l’arrêt *Shropshire*, précité, notre Cour a étudié la norme de contrôle en appel permise par le par. 687(1). Le juge Iacobucci a conclu, au nom de la Cour à l’unanimité, aux pp. 249 et 250, qu’une cour d’appel n’a pas toute latitude pour modifier une ordonnance relative à la détermination de la peine simplement parce qu’elle aurait elle-même infligé une peine différente. Au contraire, il n’y a lieu de modifier la peine que si la cour d’appel est convaincue qu’elle n’est «pas indiquée» ou qu’elle est «nettement déraisonnable» (p. 249). Cette norme de contrôle en appel fondée sur la retenue doit être appliquée dans la mesure où le juge du procès n’a commis aucune erreur de principe, n’a pas omis de prendre en considération un facteur pertinent ni trop insisté sur les facteurs appropriés. Dans l’arrêt *M. (C.A.)*, précité, le juge en chef Lamer a confirmé, également au nom de la Cour, l’application de cette norme de contrôle des peines en appel, fondée sur la retenue, soulignant, à la p. 567:

Pour ces motifs, conformément à la norme générale de contrôle que nous avons formulée dans *Shropshire*, je crois qu’une cour d’appel ne devrait intervenir afin de réduire au minimum la disparité entre les peines que dans les cas où la peine infligée par le juge du procès s’écarte de façon marquée et substantielle des peines qui sont habituellement infligées à des délinquants similaires ayant commis des crimes similaires. [Je souligne.]

Voir aussi *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948, aux par. 15 à 17.

Gardant à l’esprit cette norme de contrôle de la sentence en appel, je vais maintenant soulever les arguments du ministère public en fonction de la peine de sept ans infligée en l’espèce par le juge du procès.

K. *Erreur de principe*

- (1) La provocation comme facteur atténuant en matière d’homicide involontaire coupable

Le ministère public et l’intervenant, le procureur général de l’Ontario, soutiennent que le juge qui a infligé la peine a commis une erreur de principe en considérant la provocation comme un facteur atténuant, une fois le verdict de meurtre réduit à un verdict d’homicide involontaire coupable en

a verdict of murder to one of manslaughter. For ease of reference, I reproduce s. 232 here:

232. (1) Culpable homicide that otherwise would be murder may be reduced to manslaughter if the person who committed it did so in the heat of passion caused by sudden provocation.

(2) A wrongful act or an insult that is of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control is provocation for the purposes of this section if the accused acted on it on the sudden and before there was time for his passion to cool.

(3) For the purposes of this section, the questions

(a) whether a particular wrongful act or insult amounted to provocation, and

(b) whether the accused was deprived of the power of self-control by the provocation that he alleges he received,

are questions of fact, but no one shall be deemed to have given provocation to another by doing anything that he had a legal right to do, or by doing anything that the accused incited him to do in order to provide the accused with an excuse for causing death or bodily harm to any human being.

(4) Culpable homicide that otherwise would be murder is not necessarily manslaughter by reason only that it was committed by a person who was being arrested illegally, but the fact that the illegality of the arrest was known to the accused may be evidence of provocation for the purpose of this section.

As explained by Fraser C.J. in *R. v. Laberge* (1995), 165 A.R. 375 (C.A.), even for impulsive killings, there are different degrees of moral culpability. This Court has recognized that the broad sentencing range for manslaughter set out in s. 236 of the *Code* accords with the principle that punishment must be meted out with regard to the moral culpability or blameworthiness of an offender; see *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, at p. 647, *per* Lamer C.J., and *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, at pp. 48-49, *per* McLachlin J.

application de l'art. 232 du *Code*, que je reproduis ci-dessous pour en faciliter la consultation:

232. (1) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre peut être réduit à un homicide involontaire coupable si la personne qui l'a commis a ainsi agi dans un accès de colère causé par une provocation soudaine.

(2) Une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, est une provocation pour l'application du présent article, si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

(3) Pour l'application du présent article, les questions de savoir:

a) si une action injuste ou une insulte déterminée équivalait à une provocation;

b) si l'accusé a été privé du pouvoir de se maîtriser par la provocation qu'il allègue avoir reçue,

sont des questions de fait, mais nul n'est censé avoir provoqué un autre individu en faisant quelque chose qu'il avait un droit légal de faire, ou en faisant une chose que l'accusé l'a incité à faire afin de fournir à l'accusé une excuse pour causer la mort ou des lésions corporelles à un être humain.

(4) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre n'est pas nécessairement un homicide involontaire coupable du seul fait qu'il a été commis par une personne alors qu'elle était illégalement mise en état d'arrestation; le fait que l'illégalité de l'arrestation était connue de l'accusé peut cependant constituer une preuve de provocation pour l'application du présent article.

Comme l'a expliqué le juge en chef Fraser, dans *R. c. Laberge* (1995), 165 A.R. 375 (C.A.), même dans le cas des homicides impulsifs, il existe différents degrés de culpabilité morale. Notre Cour a reconnu que la vaste gamme de peines qui, en vertu de l'art. 236 du *Code*, peuvent être infligées dans le cas d'un homicide involontaire coupable est conforme au principe que la peine doit être imposée en fonction du degré de culpabilité morale du délinquant; voir *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, à la p. 647, le juge en chef Lamer, et *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, aux pp. 48 et 49, le juge McLachlin.

234 In reaching a sentence which accurately reflects a particular offender's moral culpability, the sentencing judge must consider all of the circumstances of the offence, including whether it involved provocation. Indeed, I agree with Finch J.A. in the court below, that to ignore the defence of provocation accepted by the jury, and the evidence upon which that defence was based, would be to ignore probative evidence of an offender's mental state at the time of the killing.

235 In a case involving manslaughter pursuant to s. 232 of the *Code*, however, the Crown and Attorney General for Ontario argue that provocation should not be considered in sentencing because it has already reduced the legal character of the crime from murder to manslaughter. According to this argument, considering provocation at the sentencing stage in such a case would reduce the offender's moral culpability and thereby reduce his or her sentence. This would, it is argued, give the offender a "double benefit" for the provoked nature of the killing. The Crown relies primarily on Manitoba cases in which that province's Court of Appeal refused to consider intoxication and provocation as mitigating factors when those factors had already served to reduce convictions of murder to manslaughter; see, for example, *R. v. Campbell* (1991), 70 Man. R. (2d) 158 (C.A.), and *R. v. Woermann* (1992), 81 Man. R. (2d) 255 (C.A.).

236 The defence of provocation applies only to the offence of murder. Historically, this limited defence was meant to guard against the unfair application of the death penalty. Even though the death penalty is no longer used as a punishment for murder, there is continued need for the limited defence of provocation. Because both first and second degree murder carry a minimum sentence of life imprisonment under s. 235 of the *Code*, judges have no discretion to consider provocation as a mitigating factor in determining appropriate

Pour fixer une peine qui reflète fidèlement la culpabilité morale d'un délinquant, le juge qui l'inflige doit tenir compte de toutes les circonstances de l'infraction, y compris la question de savoir s'il y a eu provocation. En fait, je partage l'avis exprimé par le juge Finch de la Cour d'appel dans la présente affaire, selon lequel ne pas tenir compte de la défense de provocation retenue par le jury, et de la preuve sur laquelle elle reposait, reviendrait à ne pas tenir compte d'une preuve probante de l'état d'esprit du contrevenant au moment de l'homicide.

Le ministère public et le procureur général de l'Ontario soutiennent toutefois que, dans les cas d'homicide involontaire coupable visés par l'art. 232 du *Code*, la provocation ne devrait pas entrer en ligne de compte pour fixer la peine parce qu'elle a déjà entraîné une réduction de la qualification juridique du crime, de meurtre à homicide involontaire coupable. Selon cet argument, considérer la provocation à l'étape de la détermination de la peine dans ces cas aurait pour effet de réduire la culpabilité morale du contrevenant et, par le fait même, la peine qui lui serait infligée. Cela, soutient-on, conférerait au contrevenant un «double avantage» du fait que l'homicide a résulté d'une provocation. Le ministère public s'appuie principalement sur des arrêts manitobains où la Cour d'appel a refusé de considérer l'intoxication et la provocation comme des facteurs atténuants lorsque ces éléments avaient déjà contribué à réduire une déclaration de culpabilité de meurtre à une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable; voir, par exemple, *R. c. Campbell* (1991), 70 Man. R. (2d) 158 (C.A.), et *R. c. Woermann* (1992), 81 Man. R. (2d) 255 (C.A.).

La défense de provocation s'applique uniquement à l'infraction de meurtre. Historiquement, ce moyen de défense limité visait à écarter l'imposition injuste de la peine de mort. Bien que la peine capitale ne soit plus imposée dans le cas d'un meurtre, le moyen de défense limité fondé sur la provocation conserve son utilité. Étant donné que les infractions de meurtre au premier degré et de meurtre au deuxième degré comportent une peine minimale d'emprisonnement à perpétuité en vertu de l'art. 235 du *Code*, les juges n'ont pas le

sentences for these offences. Section 232 remedies this problem. In cases involving provocation, s. 232 permits a verdict of murder to be reduced to one of manslaughter, for which there is no minimum penalty unless a firearm was used in the commission of the offence (s. 236). This in turn allows for the consideration of provocation in the assessment of the offender's moral culpability and hence in the determination of an appropriate sentence. It is Parliament that has chosen to accord special attention to provocation.

It follows that an accused does not gain a "double benefit" if provocation is considered in sentencing after a verdict of manslaughter has been rendered by operation of s. 232. Rather, s. 232 provides an accused with a single benefit which can be characterized as a reduction of a verdict of murder to one of manslaughter in order to allow for the consideration of the provoked nature of the killing in the determination of an appropriate sentence. Accordingly, to give s. 232 full effect, provocation must be considered in sentencing in cases where this section of the *Code* has been invoked. The sentencing judge was therefore correct in considering provocation as a mitigating factor in the present case. The argument that the provocation factor was spent because it had already served to reduce the legal character of the crime overlooks the purpose of s. 232 and therefore must fail.

(2) Failure to Consider Appropriate Factors

The Crown and Attorneys General of Canada and for Ontario argue that the seven-year sentence imposed by the trial judge in the present case fails to reflect society's current understanding and awareness of the problem of violence against women in general, and, in particular, domestic violence. More specifically, they argue that the sentencing judge erred in failing to recognize that

pouvoir discrétionnaire de considérer la provocation comme un facteur atténuant dans la détermination de la peine appropriée pour ces infractions. L'article 232 remédie à ce problème. Dans le cas où il y a eu provocation, l'art. 232 permet de réduire un verdict de meurtre à un verdict d'homicide involontaire coupable qui n'est assorti d'aucune peine minimale, sauf si une arme à feu a été utilisée pour perpétrer l'infraction (art. 236), ce qui permet de tenir compte de la provocation pour apprécier la culpabilité morale du contrevenant et, partant, pour déterminer la peine appropriée. C'est le législateur qui a choisi d'accorder une attention particulière à la provocation.

Il s'ensuit qu'un accusé ne bénéficie pas d'un «double avantage» si la provocation est prise en considération lors de la détermination de sa peine, une fois qu'il a été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable en application de l'art. 232. Cet article accorde plutôt à l'accusé un seul avantage que l'on peut décrire comme la réduction d'un verdict de meurtre à un verdict d'homicide involontaire coupable, afin de permettre la prise en considération du fait que l'homicide a été causé par une provocation pour déterminer la peine appropriée. En conséquence, pour appliquer pleinement l'art. 232, il faut tenir compte de la provocation pour fixer la peine dans les cas où cette disposition du *Code* a été invoquée. Le juge qui a infligé la peine a donc eu raison de considérer la provocation comme un facteur atténuant en l'espèce. L'argument que le facteur de la provocation était épuisé parce qu'il avait déjà contribué à réduire la qualification juridique du crime ne tient pas compte de l'objet de l'art. 232 et il doit donc être rejeté.

(2) Omission de tenir compte des facteurs appropriés

Le ministère public et les procureurs généraux du Canada et de l'Ontario font valoir que la peine de sept ans infligée, en l'espèce, par le juge du procès ne reflète pas la sensibilisation de la société au problème de la violence faite aux femmes, en général, et à celui de la violence familiale, en particulier, ni la compréhension qu'elle en a actuellement. Ils soutiennent plus précisément que

237

238

killing a spouse is considered an aggravating factor in sentencing in accordance with s. 718.2(a)(ii) of the *Code*. Section 718.2(a)(ii) reads:

718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

(a) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing,

(ii) evidence that the offender, in committing the offence, abused the offender's spouse or child . . .

shall be deemed to be aggravating circumstances

The Attorneys General of Canada and for Ontario request that this Court specifically recognize spousal killings as an aggravating factor in sentencing under s. 718.2(a)(ii).

239

It is incumbent on the judiciary to bring the law into harmony with prevailing social values. This is also true with regard to sentencing. To this end, in *M. (C.A.)*, *supra*, Lamer C.J. stated, at para. 81:

The objective of denunciation mandates that a sentence should also communicate society's condemnation of that particular offender's conduct. In short, a sentence with a denunciatory element represents a symbolic, collective statement that the offender's conduct should be punished for encroaching on our society's basic code of values as enshrined within our substantive criminal law. . . . Our criminal law is also a system of values. A sentence which expresses denunciation is simply the means by which these values are communicated. In short, in addition to attaching negative consequences to undesirable behaviour, judicial sentences should also be imposed in a manner which positively instills the basic

le juge qui a infligé la peine n'a pas reconnu que l'homicide sur la personne d'un conjoint est considéré comme étant un facteur aggravant en matière de détermination de la peine conformément au sous-al. 718.2a)(ii) du *Code*, que voici:

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants:

a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant:

(ii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son conjoint ou de ses enfants;

Les procureurs généraux du Canada et de l'Ontario demandent à notre Cour de reconnaître expressément que l'homicide sur la personne d'un conjoint constitue un facteur aggravant en matière de détermination de la peine en vertu du sous-al. 718.2a)(ii).

Il incombe à la magistrature d'harmoniser le droit aux valeurs sociales contemporaines. Cela est également vrai en ce qui concerne la détermination de la peine. À cet égard, le juge en chef Lamer a tenu les propos suivants, dans *M. (C.A.)*, précité, au par. 81:

Pour sa part, l'objectif de réprobation commande que la peine indique que la société condamne la conduite de ce contrevenant. Bref, une peine assortie d'un élément réprobateur représente une déclaration collective, ayant valeur de symbole, que la conduite du contrevenant doit être punie parce qu'elle a porté atteinte au code des valeurs fondamentales de notre société qui sont constatées dans notre droit pénal substantiel. [. . .] Notre droit criminel est également un système de valeurs. La peine qui exprime la réprobation de la société est uniquement le moyen par lequel ces valeurs sont communiquées. En résumé, en plus d'attacher des conséquences négatives aux comportements indésirables, les peines infligées par les tribunaux devraient également être infligées d'une manière propre à enseigner de manière positive la gamme fondamentale des valeurs communes que partagent l'ensemble des Canadiens et des Canadiennes et

set of communal values shared by all Canadians as expressed by the *Criminal Code*. [Emphasis in original.]

This Court's jurisprudence also indicates that the law must evolve to reflect changing social values regarding the status between men and women; see *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

In *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872, this Court recognized the "historical trend of violence perpetrated by men against women" (p. 877). More specifically, in *Lavallee*, *supra*, at p. 872, the growing social awareness of the problem of domestic violence was recognized by this Court. In my opinion, these cases indicate that prevailing social values mandate that the moral responsibility of offenders be assessed in the context of equality between men and women in general, and spouses in particular. Clearly, spousal killings involve the breach of a socially recognized and valued trust and must be recognized as a serious aggravating factor under s. 718.2(a)(ii).

Turning to the present case, I would note that s. 718.2(a)(ii) of the *Code* did not come into force until September 3, 1996, approximately nine months after sentencing occurred in this case. Given that the *Code* cannot be retroactively applied to the disadvantage of an accused, the sentencing judge's treatment of the spousal nature of the killing must be assessed in light of the common law treatment of this factor prior to the implementation of s. 718.2(a)(ii). In my opinion, there is ample authority for the proposition that courts considered a spousal connection between offender and victim to be an aggravating factor in sentencing at common law; see *R. v. Doyle* (1991), 108 N.S.R. (2d) 1 (C.A.); *R. v. Brown* (1992), 13 C.R. (4th) 346 (Alta. C.A.); *R. v. Pitkeathly* (1994), 29 C.R. (4th) 182 (Ont. C.A.); *R. v. Jackson* (1996),

qui sont exprimées par le *Code criminel*. [Souligné dans l'original.]

Il ressort aussi de la jurisprudence de notre Cour que le droit doit évoluer de manière à refléter les valeurs sociales changeantes en matière de rapports entre hommes et femmes; voir *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

Dans *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872, notre Cour a reconnu la «tendance historique à la violence des hommes envers les femmes» (p. 877). Plus précisément, dans l'arrêt *Lavallee*, précité, à la p. 872, la Cour a reconnu la sensibilisation accrue de la société au problème de la violence familiale. Selon moi, ces arrêts indiquent que les valeurs sociales contemporaines exigent que la responsabilité morale des contrevenants soit appréciée dans le contexte de l'égalité des hommes et des femmes, en général, et des conjoints, en particulier. Il est clair que l'homicide sur la personne d'un conjoint implique un abus de la confiance reconnue et valorisée par la société et doit être reconnu comme un important facteur aggravant en vertu du sous-al. 718.2a)(ii).

240

Pour revenir au présent pourvoi, je tiens à souligner que le sous-al. 718.2a)(ii) du *Code* n'est entré en vigueur que le 3 septembre 1996, soit environ neuf mois après le prononcé de la sentence en l'espèce. Étant donné que le *Code* ne peut pas s'appliquer rétroactivement au détriment d'un accusé, la façon dont le juge qui a infligé la peine a traité le fait qu'il s'agissait d'un homicide sur la personne d'un conjoint doit être évaluée en fonction de la façon dont la common law traitait ce facteur avant l'entrée en vigueur du sous-al. 718.2a)(ii). Selon moi, une abondante jurisprudence appuie la thèse voulant que les tribunaux aient considéré le lien conjugal entre le contrevenant et la victime comme un facteur aggravant en matière de détermination de la peine en common law; voir *R. c. Doyle* (1991), 108 N.S.R. (2d) 1 (C.A.); *R. c. Brown* (1992), 13 C.R. (4th) 346 (C.A. Alb.); *R. c. Pitkeathly* (1994), 29 C.R. (4th) 182 (C.A. Ont.);

241

106 C.C.C. (3d) 557 (Alta. C.A.); *R. v. Edwards* (1996), 28 O.R. (3d) 54 (C.A.).

R. c. Jackson (1996), 106 C.C.C. (3d) 557 (C.A. Alb.); *R. c. Edwards* (1996), 28 O.R. (3d) 54 (C.A.).

242 In the present case, the sentencing judge, Brenner J., had the benefit of also presiding over the trial of this matter. He could hardly have been unaware of the spousal relationship between the offender and the victim in this case. Furthermore, he heard the Crown's submissions on sentence, which specifically identified this offence as one of domestic violence. In its submissions, the Crown brought the alarming rate of domestic violence and need for general deterrence to the judge's attention. It also pointed out that women are particularly susceptible to being victims of domestic violence and that social concern surrounding this type of offence is growing. In his reasons for sentence, Brenner J. specifically identified the offence as one of domestic violence and noted that he viewed general deterrence as the principle concern in this sentencing. Furthermore, the two authorities he found most applicable, *Archibald*, *supra*, and *Eklund*, *supra*, both involved spousal manslaughter. In my opinion, the Crown has failed to establish that the sentencing judge did not properly consider the domestic nature of this offence in reaching his decision on sentence. This ground of appeal must therefore fail.

En l'espèce, le juge Brenner, qui a infligé la peine, a eu l'avantage de présider également l'instruction de l'affaire. Il pouvait difficilement ne pas être au courant de l'existence d'un lien conjugal entre le contrevenant et la victime en l'espèce. De plus, il a entendu les observations du ministère public sur la peine, qui décrivaient expressément l'infraction comme une infraction de violence familiale. Dans ses observations, le ministère public a porté à l'attention du juge le taux alarmant de cas de violence familiale et le besoin de dissuasion générale. Il a également souligné que les femmes sont particulièrement vulnérables à la violence familiale et que la société se préoccupe de plus en plus de ce problème. Dans ses motifs à l'appui de la peine infligée, le juge Brenner a expressément décrit l'infraction comme étant une infraction de violence familiale et a fait remarquer qu'il considérait que la dissuasion générale était le but principal de la peine en l'espèce. De plus, dans les deux arrêts les plus pertinents selon lui, à savoir *Archibald* et *Eklund*, précités, il était question d'homicide involontaire coupable sur la personne d'un conjoint. J'estime que le ministère public n'a pas établi que le juge du procès a omis de prendre dûment en considération le caractère familial de l'infraction en décidant de la peine. Ce moyen d'appel doit donc être rejeté.

(3) Fitness of the Sentence

(a) *Sentencing Range for Provoked, Spousal Manslaughter*

243 The Crown and the intervening Attorneys General of Canada and for Ontario argue that the sentence in the present case is unfit because the trial judge relied on an inappropriate sentencing range established by the British Columbia Court of Appeal for provoked, spousal manslaughter in *Archibald*. In *Archibald*, McEachern C.J. stated, at p. 304:

(3) Caractère indiqué de la peine

a) *L'échelle des peines pour l'homicide involontaire coupable sur la personne d'un conjoint, causé par une provocation*

Le ministère public et les intervenants, les procureurs généraux du Canada et de l'Ontario, prétendent que la peine infligée en l'espèce n'est pas indiquée parce que le juge du procès s'est appuyé sur une échelle de peines inappropriée que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a établie, dans l'arrêt *Archibald*, relativement à l'homicide involontaire coupable sur la personne d'un conjoint, causé par une provocation. Dans *Archibald*, le juge en chef McEachern affirme, à la p. 304:

For this kind of manslaughter, the cases we have been given, and my own experience as a sentencing judge, persuade me the modern range is from suspended sentence to something less than eight years, although it is wrong to assume there is any precise range that will apply to every case.

One function of appellate courts is to minimize disparity of sentences in cases involving similar offences and similar offenders; see *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 92, and *McDonnell*, *supra*, at para. 16, *per* Sopinka J. In carrying out this function, appellate courts may fix ranges for particular categories of offences as guidelines for lower courts. However, in attempting to achieve uniformity, appellate courts must not interfere with sentencing judges' duty to consider all relevant circumstances in sentencing; see *McDonnell*, *supra*, at para. 43, *per* Sopinka J.; and at para. 66, *per* McLachlin J. In *Archibald*, McEachern C.J. clearly stated, at p. 304, that it would be wrong to assume that there is any "precise range that will apply to every case". In my opinion, this qualification reveals that the Court of Appeal in *Archibald* correctly intended for trial judges to balance uniformity in sentencing with their duty to consider the circumstances of the particular case.

This Court's decision in *McDonnell*, *supra*, highlights the need for clarity on the part of appellate courts in setting ranges for offences. More specifically, McLachlin J., in dissent, stated that appellate courts must clearly specify what categories of offences are meant to be covered by a starting point (para. 104). Although the majority, *per* Sopinka J., did not expressly identify this need for clarity in the classification of offences, it did agree that appellate courts may set starting points as guides for lower courts. In my opinion, a clarity requirement must be read into this appellate court authority because such guides would not be useful without a clear description of the category created and the logic behind the starting point appropriate to it. The same need for clear direction applies to

[TRANSLATION] En ce qui concerne ce genre d'homicide involontaire coupable, la jurisprudence qui nous a été soumise et l'expérience que j'ai acquise, comme juge, en matière de détermination de la peine me convainquent que l'échelle moderne des peines va de la condamnation avec sursis jusqu'à un peu moins de huit ans, bien qu'il soit incorrect de présumer qu'il existe une échelle précise applicable à tous les cas.

L'une des tâches des cours d'appel est réduire au minimum la disparité des peines infligées à des contrevenants similaires pour des infractions similaires; voir *M. (C.A.)*, précité, au par. 92, et *McDonnell*, précité, au par. 16, le juge Sopinka. En s'acquittant de cette tâche, les cours d'appel peuvent établir des échelles de peines relatives à certaines catégories d'infractions, en vue de guider les tribunaux d'instance inférieure. Toutefois, les cours d'appel ne doivent pas, au nom de l'uniformité, modifier l'obligation qu'ont les juges de prendre en considération toutes les circonstances pertinentes en infligeant la peine; voir *McDonnell*, précité, au par. 43, le juge Sopinka, et au par. 66, le juge McLachlin. Dans *Archibald*, le juge en chef McEachern a clairement affirmé, à la p. 304, qu'il serait incorrect de présumer l'existence d'une «échelle précise applicable à tous les cas». Selon moi, cette réserve montre que la Cour d'appel, dans *Archibald*, a voulu à juste titre que les juges du procès établissent un équilibre entre l'uniformité des peines et leur obligation de prendre en considération les circonstances de chaque affaire.

L'arrêt *McDonnell*, précité, de notre Cour fait ressortir le besoin de précision de la part des cours d'appel lorsqu'elles établissent des échelles de peines pour des infractions. Plus particulièrement, le juge McLachlin a affirmé dans ses motifs de dissidence que les cours d'appel doivent préciser clairement à quelles catégories d'infractions s'appliquera un point de départ (par. 104). Bien que la Cour à la majorité, sous la plume du juge Sopinka, n'ait pas expressément noté ce besoin de précision dans la classification des infractions, elle a convenu que les cours d'appel peuvent établir des points de départ pour guider les tribunaux d'instance inférieure. À mon avis, il faut considérer que ce pouvoir des cours d'appel comporte une exigence de précision, car de telles indications

244

245

ranges set by appellate courts. However, in *Archibald*, McEachern C.J. simply refers, at p. 304, to “this kind of manslaughter”. Furthermore, the “kind” of manslaughter McEachern C.J. was referring to is not discernable from the facts of the case. Both provocation and intoxication were left with the jury in *Archibald*. The jury returned a verdict of manslaughter, but did not specify which of these factors had influenced its verdict. As a result, the category of offences McEachern C.J. intended the above-mentioned range to apply to is unclear. Indeed, McEachern C.J. specifically noted in his reasons that the trial judge, without making a specific finding, expressed the view that the stronger likelihood was that the jury acted on drunkenness rather than provocation (p. 303). Accordingly, it cannot be said with any certainty that the range set out in *Archibald* is applicable to cases involving provoked, spousal manslaughter like the present appeal. It is therefore unnecessary to assess the reasonableness of that sentencing range in this case.

seraient inutiles sans une description claire de la catégorie créée et de la logique sous-jacente au point de départ qui lui est propre. Les cours d’appel sont tenues à la même précision lorsqu’elles établissent des échelles de peines. Toutefois, dans *Archibald*, à la p. 304, le juge en chef McEachern mentionne simplement [TRADUCTION] «ce genre d’homicide involontaire coupable». De plus, les faits de l’affaire ne permettaient pas de savoir de quel «genre» d’homicide involontaire coupable parlait le juge en chef McEachern. Dans *Archibald*, les questions de l’intoxication et de la provocation ont été soumises à l’appréciation du jury. Celui-ci a prononcé un verdict d’homicide involontaire coupable, sans toutefois préciser lequel de ces facteurs avait influencé son verdict. Par conséquent, on ne sait pas clairement à quelle catégorie d’infractions le juge en chef McEachern entendait appliquer l’échelle de peines susmentionnée. En fait, il a précisé, dans ses motifs, que le juge du procès s’était dit d’avis, sans le conclure expressément, qu’il était plus probable que le jury s’était fondé sur l’état d’ivresse plutôt que sur la provocation (p. 303). En conséquence, on ne saurait affirmer avec certitude que l’échelle établie dans *Archibald* s’applique à l’homicide involontaire coupable sur la personne d’un conjoint, causé par une provocation, comme c’est le cas dans le présent pourvoi. Il est donc inutile d’évaluer le caractère raisonnable de cette échelle de peines en l’espèce.

246 There being no applicable range set by the Court of Appeal, it is necessary to determine whether the sentence was influenced negatively by factors unrelated to recognized sentencing principles and whether all of the appropriate factors were considered. In this case, I must however first consider the argument of the Crown and the Attorney General for Ontario that “double counting” of provocation is responsible for driving sentencing ranges for cases involving provoked, spousal manslaughter into the lower end of the spectrum available for manslaughter, and that this resulted in an inadequate sentence.

Vu l’absence d’échelle applicable établie par la Cour d’appel, il faut déterminer si des facteurs étrangers aux principes reconnus de détermination de la peine ont eu une influence négative sur le choix de la peine et si tous les facteurs appropriés ont été examinés. En l’espèce, je dois cependant commencer par examiner l’argument du ministère public et du procureur général de l’Ontario, selon lequel, si l’échelle des peines pour l’homicide involontaire coupable sur la personne d’un conjoint, causé par une provocation, se retrouve à l’extrémité inférieure de l’éventail des peines qui peuvent être infligées pour un homicide involontaire coupable, c’est en raison de la [TRADUCTION] «double prise en considération» de la provocation, qui est donc à l’origine de la peine insuffisante qui a été infligée.

The argument that “double counting” of provocation is responsible for the sentencing range in cases involving provoked, spousal manslaughter fails to recognize that provocation is just one factor to be considered in assessing what end of the manslaughter sentencing range is approached in the circumstances of a particular case. Personal characteristics of the offender, as well as other circumstances surrounding the offence, such as the manner and method by which it was carried out, must also be considered. The words of Fraser C.J. in *Laberge, supra*, at p. 382, are apposite:

Therefore, the court must look not only at the physical characterization of the act itself, but must assess a range of other considerations. These include the choice of weapon used to effect the unlawful act, the degree of force the offender used in perpetrating the act, the extent of the victim’s injuries, the degree of violence or brutality, the existence of any additional gratuitous violence, the degree of deliberation involved in the act, the extent to which the act reflected forethought of action or planning, the complexity of the act, what, if anything, provoked the act, the time taken to perpetrate the act and the element of chance involved in the resulting death.

It is clear that provocation is merely one of numerous factors which will be considered in the assessment of an appropriate sentence for manslaughter pursuant to s. 232. It therefore cannot be said that cases involving provocation will always involve findings of insignificant moral culpability or that low range sentences can be attributed solely to the provocation factor.

(b) *Inadequate Sentence*

The Crown’s final argument is that the seven-year sentence imposed in the present case is simply inadequate and therefore clearly unreasonable. The Crown points to a number of aggravating factors in support of this ground of appeal. It also argues that the sentencing judge made unreasonable

L’argument voulant que la «double prise en considération» de la provocation soit à l’origine de l’échelle des peines pour l’homicide involontaire coupable sur la personne d’un conjoint, causé par une provocation, ne tient pas compte du fait que la provocation ne constitue que l’un des facteurs à considérer pour déterminer à quelle extrémité de l’échelle des peines pour homicide involontaire coupable il faut se référer selon les faits particuliers de l’affaire. Les caractéristiques personnelles du contrevenant et les autres circonstances entourant l’infraction, telle la façon dont elle a été commise et le moyen utilisé pour la commettre, doivent aussi entrer en ligne de compte. Les propos tenus par le juge en chef Fraser, dans l’arrêt *Laberge*, précité, à la p. 382, sont pertinents à cet égard:

[TRADUCTION] En conséquence, la cour doit non seulement examiner la qualification physique de l’acte même, mais encore évaluer toute une gamme d’autres facteurs, dont le choix de l’arme utilisée pour accomplir l’acte illégal, la force utilisée par le contrevenant pour l’accomplir, l’importance des blessures causées à la victime, le degré de violence ou de brutalité, l’existence d’autres actes de violence gratuite, le caractère plus ou moins délibéré de l’acte, la mesure dans laquelle cet acte se révèle prémédité ou planifié, la complexité de l’acte, les éléments qui l’ont provoqué, le cas échéant, le temps pris pour accomplir l’acte en question et le fait que le décès puisse être le fruit du hasard.

Il est clair que la provocation n’est que l’un des nombreux facteurs qui seront pris en considération pour évaluer la peine qu’il convient d’infliger pour un homicide involontaire coupable en vertu de l’art. 232. On ne peut donc pas affirmer que les cas où il est question de provocation mènent toujours à une conclusion de culpabilité morale négligeable ni que les peines moins sévères résultent uniquement du facteur de la provocation.

b) *Peine insuffisante*

Le dernier argument du ministère public veut que la peine de sept ans infligée en l’espèce soit tout simplement insuffisante et donc manifestement déraisonnable. Le ministère public évoque un certain nombre de facteurs aggravants à l’appui de ce moyen d’appel. Il soutient également que le

247

248

249

findings of fact. While I may have been inclined to impose a slightly more onerous sentence given the nature of the offence committed, this is not a valid reason for this Court to interfere with the sentence. In my opinion, the Crown has failed to discharge its burden to demonstrate that the sentencing judge's assessment of the facts in this case and the relevant authorities was clearly unreasonable. This ground of appeal must therefore fail.

VII. Conclusions and Disposition

250 In the first appeal, I have concluded that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred. I would therefore affirm the conviction and dismiss the appeal.

251 In the second appeal, I agree with the Court of Appeal that the sentencing judge was aware of the aggravating and mitigating factors in this case and considered the relevant sentencing principles in reaching the sentence he imposed. Consequently, I would dismiss the Crown's sentence appeal and affirm the sentence imposed by the sentencing judge.

Appeal from conviction dismissed, LAMER C.J. and IACOBUCCI, MAJOR and BINNIE JJ. dissenting. Appeal against sentence dismissed.

Solicitors for Bert Thomas Stone: Singleton Urquhart Scott, Vancouver.

Solicitor for Her Majesty the Queen: Gil D. McKinnon, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

juge qui a infligé la peine a tiré des conclusions de fait déraisonnables. Même si j'avais pu être enclin à imposer une peine légèrement plus lourde, compte tenu de la nature de l'infraction commise, cela ne justifie pas notre Cour de modifier la peine infligée. J'estime que le ministère public ne s'est pas acquitté de son obligation de démontrer le caractère manifestement déraisonnable de l'évaluation des faits de l'affaire et de la jurisprudence pertinente par le juge qui a infligé la peine. Ce moyen d'appel doit donc être rejeté.

VII. Conclusions et dispositif

En ce qui concerne le premier pourvoi, j'ai conclu qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne se sont produits. Je suis donc d'avis de confirmer la déclaration de culpabilité et de rejeter le pourvoi.

Quant au second pourvoi, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge qui a infligé la peine était conscient des facteurs aggravants et atténuants en cause dans la présente affaire et qu'il a pris en considération les principes pertinents de détermination de la peine pour décider de la peine à infliger. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi du ministère public contre la peine et de confirmer la peine infligée par le juge du procès.

Pourvoi contre la déclaration de culpabilité rejeté, le juge en chef LAMER et les juges IACOBUCCI, MAJOR et BINNIE sont dissidents. Pourvoi contre la peine infligée rejeté.

Procureurs de Bert Thomas Stone: Singleton Urquhart Scott, Vancouver.

Procureur de Sa Majesté la Reine: Gil D. McKinnon, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

*Solicitor for the intervener the Attorney General
for Alberta: The Attorney General for Alberta,
Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général
de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta,
Edmonton.*