

Réjean Demers *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Canada and Attorney General of Ontario *Interveners*

and

Tribunal administratif du Québec, section des affaires sociales, and Centre hospitalier Robert-Giffard *Mis en cause*

INDEXED AS: R. v. DEMERS

Neutral citation: 2004 SCC 46.

File No.: 29234.

2004: January 21; 2004: June 30.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPERIOR COURT OF QUEBEC

Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Permanently unfit accused who do not pose a significant threat to public safety — Accused unfit to stand trial on account of permanent mental disability — Whether ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of Criminal Code ultra vires Parliament — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.33, 672.54, 672.81(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Liberty — Fundamental justice — Presumption of innocence — Overbroad legislation — Accused unfit to stand trial on account of permanent mental disability — Absolute discharge not available to permanently unfit accused who do not pose a significant threat to public safety — Courts and Review Boards having no power to order psychiatric assessment of unfit accused after initial evaluation in order to adapt disposition to his current circumstances — Whether ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of Criminal

Réjean Demers *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général du Canada et procureur général de l'Ontario *Intervenants*

et

Tribunal administratif du Québec, section des affaires sociales, et Centre hospitalier Robert-Giffard *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ : R. c. DEMERS

Référence neutre : 2004 CSC 46.

N° du greffe : 29234.

2004 : 21 janvier; 2004 : 30 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps et Fish.

EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Droit criminel — Accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public — Accusé inapte à subir son procès pour cause de troubles mentaux — Les articles 672.33, 672.54 et 672.81(1) du Code criminel excèdent-ils la compétence du Parlement? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.33, 672.54, 672.81(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Portée excessive de la loi — Accusé inapte à subir son procès pour cause de troubles mentaux — Impossibilité pour les accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public de bénéficier d'une libération inconditionnelle — Tribunaux et commissions d'examen n'ayant pas le pouvoir d'ordonner une autre évaluation psychiatrique des accusés inaptes, après l'évaluation

Code infringe s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.33, 672.54, 672.81(1).

The accused, who is moderately intellectually handicapped, was declared unfit to stand trial on charges of sexual assault. He remained in hospital until he was discharged, subject to conditions, three months later by a Review Board acting under ss. 672.47 and 672.54 of the *Criminal Code*. The result of the combined operation of ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) is that an accused found unfit to stand trial remains in the “system” established under Part XX.1 of the *Code* until either he becomes fit to stand trial or the Crown fails to establish a *prima facie* case against him. An absolute discharge is not available. People like the accused who are permanently unfit and could never stand trial are subject to indefinite appearances before the Review Board and to the exercise of its powers. The Quebec Superior Court refused to grant the accused a stay of proceedings and upheld the constitutionality of s. 672.54. In this Court, the accused challenged the constitutional validity of ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Code* under the *Constitution Act, 1867*’s division of powers and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Held: The appeal should be allowed. The impugned provisions are unconstitutional.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, Deschamps and Fish JJ.: The impugned provisions are *intra vires* Parliament. The pith and substance of Part XX.1 of the *Criminal Code* is revealed by its twin goals of protecting the public and treating the mentally ill accused fairly and appropriately. While the exercise of criminal power over accused found “not criminally responsible on account of mental disorder” can only be justified under the protective branch of criminal law, the situation is different in respect of accused found unfit to stand trial. Unless he is found to be dangerous, the criminal law’s jurisdiction over the unfit accused does not stem from that branch of the criminal law. Rather, the criminal justice system maintains jurisdictional control over the accused found unfit to stand trial because that person is subject to a criminal accusation and pending proceedings. As long as this accusation is maintained, it is not necessary to consider the dangerousness of the accused or the protection of the public because other

initiale, afin d’adapter la décision à leur situation actuelle — Les articles 672.33, 672.54 et 672.81(1) du Code criminel violent-ils l’art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l’affirmative, cette violation est-elle justifiable au regard de l’article premier de la Charte? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.33, 672.54, 672.81(1).

L’accusé, qui souffre d’une déficience intellectuelle modérée, a été jugé inapte à subir son procès relativement à des accusations d’agression sexuelle. Il est demeuré à l’hôpital jusqu’à ce que, trois mois plus tard, une commission d’examen, en application des art. 672.47 et 672.54 du *Code criminel*, le libère sous conditions. L’effet conjugué des art. 672.33 et 672.54 et du par. 672.81(1) est que l’accusé jugé inapte à subir son procès demeure soumis au « régime » établi en vertu de la partie XX.1 du *Code* jusqu’à ce qu’il devienne apte ou jusqu’à ce que le ministère public ne puisse pas établir de preuve *prima facie* contre lui. L’accusé ne peut bénéficier d’une libération inconditionnelle. Les personnes qui, comme l’accusé, sont incaptes de façon permanente et ne pourront jamais subir leur procès sont tenues de comparaître devant la commission d’examen pour une période indéfinie et soumises à ses pouvoirs. La Cour supérieure du Québec a refusé l’arrêt des procédures à l’accusé et a confirmé la validité de l’art. 672.54. L’accusé a contesté devant la Cour la constitutionnalité des art. 672.33 et 672.54 et du par. 672.81(1) du *Code* invoquant le partage des pouvoirs prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Les dispositions contestées sont inconstitutionnelles.

La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, Deschamps et Fish : Les dispositions contestées sont dans les limites de la compétence du Parlement. Le caractère véritable de la partie XX.1 du *Code criminel* se dégage de son double objectif que sont la protection du public et le traitement équitable et approprié de l’accusé atteint de troubles mentaux. Bien que l’exercice du pouvoir en matière criminelle à l’égard des accusés ayant fait l’objet d’un verdict de « non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux » ne puisse se justifier qu’au regard de l’aspect préventif du droit criminel, la situation est différente pour ce qui est de l’accusé jugé inapte à subir son procès. Ce n’est pas sur l’aspect préventif que repose la compétence du droit criminel à son égard, à moins qu’il ne soit jugé dangereux. Le système de justice pénale garde compétence à l’égard de l’accusé jugé inapte à subir son procès parce que des accusations criminelles pèsent toujours contre lui et que les procédures sont toujours en instance.

considerations justify Parliament's jurisdiction in regard to accused found unfit to stand trial, namely its jurisdiction over criminal procedure. The pith and substance of the impugned provisions thus falls within both the preventive and criminal procedure branches of the criminal law. It should also be noted that laws dealing with the unfit accused have long been accepted as valid criminal law. Lastly, where, as here, one level of government supports the constitutionality of another level's legislation, a court should be cautious before finding the impugned provision *ultra vires*.

With respect to s. 7 of the *Charter*, the deprivation of the unfit accused's liberty accords with the presumption of innocence as a principle of fundamental justice. The Review Board proceedings under ss. 672.54 and 672.81(1) do not involve a determination of guilt or innocence. Nor do they presume that the unfit accused is dangerous. They simply require the Review Board to perform an assessment of the accused and impose the least onerous condition on his liberty. The unavailability of an absolute discharge relates to the fact that the accused has not been tried, rather than the presumption that the accused is guilty or dangerous. Section 672.33 does not presume guilt, but rather aims at preventing abuses of the regime under Part XX.1 by providing that the accused is acquitted when the evidence presented to the court is insufficient to put him on trial.

However, it is a well-established principle of fundamental justice that criminal legislation must not be overbroad. The least onerous disposition under s. 672.54(a), absolute discharge, is not available to the accused found unfit to stand trial. This is justified in the case of an unfit accused who does not suffer from a permanent mental disorder, because the means chosen by Parliament significantly advance the goals of assessment and treatment, which can result in rendering the accused fit for trial, and the goal of protecting the public. In the case of a permanently unfit accused, a trial is not a possibility and the objective of rendering the accused fit for trial does not apply. Consequently, the continued subjection of an unfit accused to the criminal process, where there is clear evidence that capacity will never be recovered and there is no evidence of a significant threat to public safety, makes the law overbroad because the means chosen are not the least restrictive of the unfit person's liberty and are not necessary to achieve the state's objective. The impugned legislation thus infringes the s. 7 liberty of permanently

Tant que l'accusation est maintenue, il n'est pas nécessaire de tenir compte de la dangerosité de l'accusé ni de la protection du public parce que d'autres facteurs justifient la compétence du Parlement à son égard, à savoir la compétence en matière de procédure criminelle. Le caractère véritable des dispositions contestées relève donc des volets prévention et procédure du droit criminel. Il importe également de souligner qu'il est depuis longtemps reconnu que les lois applicables aux accusés inaptes constituent du droit criminel valide. Enfin, dans le cas où, comme en l'espèce, un ordre de gouvernement appuie la constitutionnalité d'une loi d'un autre ordre de gouvernement, le tribunal devrait se montrer réticent à déclarer inconstitutionnelle la disposition contestée.

En ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte*, l'atteinte à la liberté de l'accusé inapte ne contrevient pas à la présomption d'innocence en tant que principe de justice fondamentale. Les instances devant la commission d'examen prévues à l'art. 672.54 et au par. 672.81(1) ne comportent pas de détermination quant à la culpabilité ou à l'innocence. Il n'est pas non plus présumé que l'accusé inapte est dangereux. Il est simplement exigé que la commission d'examen évalue l'accusé et lui impose la condition la moins privative de liberté. L'impossibilité de bénéficier d'une libération inconditionnelle tient au fait que l'accusé n'a pas subi son procès, plutôt qu'à la présomption de sa culpabilité ou de sa dangerosité. L'article 672.33 ne comporte pas de présomption de culpabilité, mais vise plutôt à prévenir qu'on abuse du régime prévu à la partie XX.1 en permettant l'acquittement de l'accusé lorsque les éléments de preuve présentés au tribunal ne suffisent pas pour ordonner la tenue de son procès.

Toutefois, selon un principe de justice fondamentale bien établi, une loi pénale ne doit pas avoir une portée trop générale. L'accusé jugé inapte à subir son procès ne peut bénéficier d'une libération inconditionnelle, qui est la décision la moins sévère prévue à l'al. 672.54a). Cette situation est justifiée dans le cas de l'accusé qui n'est pas atteint d'un trouble mental permanent, parce que les moyens choisis par le législateur favorisent nettement la réalisation des objectifs d'évaluation et de traitement, lesquels peuvent rendre l'accusé apte à subir son procès, et de l'objectif d'assurer la protection du public. Dans le cas de l'accusé dont l'inaptitude est permanente, la tenue d'un procès étant impossible, l'objectif de le rendre apte à subir son procès ne s'applique pas. Par conséquent, lorsque la preuve démontre clairement que l'accusé n'acquerra jamais l'aptitude nécessaire et que rien ne prouve qu'il représente un risque important pour la sécurité du public, son assujettissement continu au processus pénal donne au texte législatif une portée excessive parce que les moyens choisis ne sont pas les

unfit accused who do not pose a significant threat to society.

The overbroad legislation cannot be upheld under s. 1 of the *Charter*, because its overbreadth causes it to fail the minimal impairment branch of the s. 1 analysis. Part XX.1 deals unfairly with the permanently unfit accused who are not a significant threat to public safety. The regime does not provide for an end to the prosecution. Permanently unfit accused are subject to indefinite conditions on their liberty, of varying degrees of restrictiveness, resulting from the disposition orders of the Review Board or the court. Psychiatric evaluations are necessary to assess the mental condition of the permanently unfit accused in order to impose the least restrictive conditions, if any, on his liberty. The inability of courts and Review Boards to order such an assessment after the initial evaluation of the accused makes it impossible to ensure that the disposition under s. 672.54 or any review pursuant to s. 672.81(1) is tailored to the unfit accused's current circumstances.

The appropriate remedy in this case is a declaration of invalidity of the impugned provisions, suspended for a 12-month period to give Parliament time to amend the legislation. Such amendments should allow courts, under s. 672.54, to absolutely discharge a permanently unfit accused, and should also allow courts or Review Boards to order psychiatric evaluations if no current evaluations are available to them. Although the rule in *Schachter* precludes courts from granting an individual remedy under s. 24(1) of the *Charter* during the period of suspended invalidity, it does not stop them from awarding prospective remedies under s. 24(1) in conjunction with remedies under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Therefore, if Parliament does not amend the invalid legislation within one year, those permanently unfit accused who do not pose a significant threat to the safety of the public can ask for a stay of proceedings.

Per LeBel J.: The impugned provisions are *ultra vires* Parliament. The criminal procedure power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* does not grant Parliament the authority to supervise and detain accused

moins privatifs de liberté à l'égard de la personne inapte et ne sont pas nécessaires à la réalisation de l'objectif de l'État. Les dispositions contestées violent ainsi le droit à la liberté garanti par l'art. 7 aux accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la société.

Un texte législatif d'une portée excessive ne peut être validé en vertu de l'article premier de la *Charte*, car, du fait de sa portée excessive, il ne satisfait pas au volet de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier. La partie XX.1 traite de manière inéquitable les accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public. Le régime ne prévoit pas la fin des poursuites. La liberté des accusés dont l'inaptitude est permanente est assortie de conditions plus ou moins privatives de liberté pour une période indéfinie, selon les décisions de la commission d'examen ou du tribunal. Les évaluations psychiatriques sont nécessaires pour apprécier l'état mental de l'accusé dont l'inaptitude est permanente afin que lui soient imposées, s'il y a lieu, les conditions les moins privatives de liberté. L'impossibilité pour les tribunaux et les commissions d'examen d'ordonner une autre évaluation de l'accusé, après l'évaluation initiale, fait qu'il leur est impossible d'adapter à la situation actuelle de l'accusé inapte la décision visée à l'art. 672.54 ou la révision prévue au par. 672.81(1).

La réparation qui convient en l'espèce consiste en une déclaration d'invalidité des dispositions contestées, dont l'effet est suspendu pour 12 mois afin que le Parlement puisse modifier la loi. Ces modifications permettraient aux tribunaux d'ordonner en vertu de l'art. 672.54 la libération inconditionnelle des accusés dont l'inaptitude à subir leur procès est permanente. Elles habiliteraient également le tribunal ou la commission d'examen à ordonner une évaluation psychiatrique s'ils ne disposent pas d'une évaluation récente. Même si la règle énoncée dans *Schachter* interdit aux tribunaux d'octroyer une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte* pendant la période de suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité, elle ne les empêche pas d'accorder des réparations prospectives en vertu du par. 24(1) en même temps qu'une réparation fondée sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, si le Parlement ne modifie pas le texte législatif invalide d'ici un an, les accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public auront alors le droit de demander l'arrêt des procédures.

Le juge LeBel : Les dispositions contestées excèdent la compétence du Parlement. Le pouvoir que le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement sur la procédure en matière criminelle ne lui permet pas

who are permanently unfit to stand trial. The division of powers should be read in light of the principles that animate the whole of our Constitution, including the principle of respect for human rights and freedoms. The human rights and freedoms expressed in the *Charter*, while they do not formally modify the scope of the powers in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*, provide a new lens through which those powers should be viewed. In choosing one among several possible interpretations of powers that implicate human rights, the interpretation that best accords with the imperatives of the *Charter* should be adopted. In this case, the pith and substance of Part XX.1 in relation to accused found unfit to stand trial is the treatment and supervision of these accused as well as the protection of the public while they remain unfit and subject to an outstanding criminal charge. Insofar as the aim of Part XX.1 is concerned with the treatment and supervision of a temporarily unfit accused and the protection of the public during the accused's limited period of unfitness, its ultimate aim is to try the accused once he becomes fit. This falls squarely within the ambit of the criminal procedure power. However, where the accused is permanently unfit to stand trial, the overriding goal of Part XX.1 is absent and Parliament loses jurisdiction. A person cannot be subject to state control and have limits imposed on his liberty based on the criminal procedure power absent progress towards the adjudication of his legal culpability. This is a fundamental human right affirmed in ss. 7 and 11(b) of the *Charter*. The continued supervision, detention or conditional liberty of a permanently unfit accused can relate only to the mental health of the individual, and this is considered to be within the provincial jurisdiction under ss. 92(7), 92(13) and 92(16) of the *Constitution Act, 1867*. Further, this approach has the salutary effect of respecting and enhancing the permanently unfit accused's human dignity.

There is agreement with the majority's conclusion regarding the violation of s. 7 of the *Charter*.

An application for a stay resulting from a violation of an accused's right under s. 11(b) to a trial within a reasonable time would be available to both dangerous and non-dangerous permanently unfit accused, as our jurisprudence has made no distinction between an accused's character or alleged propensity for violence in determining whether s. 11(b) has been violated and whether a stay should issue under s. 24(1) of the *Charter*.

de surveiller et de détenir les accusés dont l'inaptitude à subir leur procès est permanente. Le partage des compétences devrait être interprété selon les principes qui sous-tendent l'ensemble de notre Constitution, y compris le principe du respect des droits et libertés de la personne. Les droits et libertés de la personne énoncés dans la *Charte*, même s'ils n'ont pas entraîné une modification formelle de la portée des compétences prévues aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, permettent d'examiner ces compétences sous un nouvel angle. Entre les diverses interprétations possibles des compétences qui touchent les droits de la personne, il convient de choisir celle qui respecte le mieux les impératifs de la *Charte*. En l'espèce, le caractère véritable de la partie XX.1 concernant les accusés jugés inaptes est leur traitement et leur surveillance ainsi que la protection du public aussi longtemps qu'ils demeurent inaptes et qu'une accusation criminelle reste en suspens. Dans la mesure où la partie XX.1 concerne le traitement et la surveillance d'un accusé dont l'inaptitude est temporaire et la protection du public pendant cette période limitée d'inaptitude, son objectif ultime demeure de traduire l'accusé en justice une fois qu'il devient apte à subir son procès. Cela relève clairement de la compétence en matière de procédure criminelle. Toutefois, lorsque l'inaptitude de l'accusé est permanente, l'objectif primordial de la partie XX.1 n'existe plus et le Parlement n'a plus compétence. Une personne ne peut demeurer assujettie au contrôle de l'État et voir imposer des limites à sa liberté en vertu de la compétence en matière de procédure criminelle sans que des étapes soient franchies en vue de la détermination de sa culpabilité en droit. Il s'agit d'un droit fondamental de la personne qui est confirmé à l'art. 7 et à l'al. 11b) de la *Charte*. Le contrôle continu qui est exercé sur un accusé dont l'inaptitude est permanente ou bien sa surveillance, sa détention ou sa mise en liberté conditionnelle continues peuvent n'être reliées qu'à la santé mentale de l'individu, matière qui relève de la compétence des provinces en vertu des par. 92(7), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par ailleurs, cette approche a l'effet salutaire de respecter et de relever la dignité humaine de l'accusé dont l'inaptitude est permanente.

Il y a accord avec la conclusion de la majorité qu'il y a eu violation de l'art. 7 de la *Charte*.

Tant un accusé dangereux qu'un accusé non dangereux dont l'inaptitude est permanente pourraient demander l'arrêt des procédures en raison de l'atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable qui est prévu à l'al. 11b), car notre jurisprudence ne fait aucune distinction entre la moralité d'un accusé et sa propension présumée à la violence pour déterminer si l'al. 11b) a été violé et si un arrêt des procédures devrait être ordonné en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

With respect to a remedy, ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code* should be declared invalid pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982* and the declaration should be suspended for 12 months. Further, the accused and all permanently unfit accused who do not pose a significant threat to public safety should be granted a stay of proceedings within 30 days under s. 24(1) of the *Charter* for the breach of their s. 7 rights. This is an appropriate case to combine remedies under ss. 24(1) and 52, because slavish adherence to the rule in *Schachter* would result in an injustice. This is not a situation in which a s. 24 remedy would only duplicate the relief flowing from the s. 52 remedy. From the perspective of the public role of the *Charter*, a suspended declaration of invalidity under s. 52 ensures future compliance with the *Constitution Act, 1867* by Parliament and also protects the public from the immediate release of potentially dangerous persons, while giving time to both Parliament and the provincial legislatures to amend their respective legislation. From the perspective of the accused, however, a suspended declaration of invalidity gives him no immediate redress and the violation of his liberty interest under s. 7 continues. In light of the seriousness of the violation and the Review Board's recent finding that the accused was not dangerous enough to warrant hospitalization, a stay to be granted within 30 days would effectively redress the wrong he has suffered. The 30-day period is sufficient to allow the provincial health authorities to seek a protective order under their mental health regime, if necessary. There is no question in this case that the Court can effectively implement the suspended declaration of invalidity or the stay.

Cases Cited

By Iacobucci and Bastarache JJ.

Applied: *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; **discussed:** *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; **referred to:** *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney*

Pour ce qui est de la réparation, les art. 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) du *Code criminel* devraient être déclarés invalides sous le régime de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et l'effet de la déclaration devrait être suspendu pour 12 mois. De plus, l'accusé et tous les accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public devraient en vertu du par. 24(1) de la *Charte* bénéficier, dans les 30 jours, d'un arrêt des procédures vu que les droits qui leur sont garantis par l'art. 7 ont été violés. Il s'agit d'un cas où il convient de combiner des réparations fondées sur le par. 24(1) et l'art. 52, parce que le respect servile de la règle énoncée dans *Schachter* entraînerait une injustice. Il ne s'agit pas d'une situation où une réparation fondée sur l'art. 24 ne ferait qu'accorder le même redressement que celui découlant de l'art. 52. En ce qui concerne le rôle public que doit jouer la *Charte*, une déclaration d'invalidité dont l'effet serait suspendu fondée sur l'art. 52 permettrait de garantir le respect futur par le Parlement de la *Loi constitutionnelle de 1867* et également de protéger le public contre la mise en liberté immédiate de personnes potentiellement dangereuses, tout en donnant tant au Parlement qu'aux législatures provinciales la possibilité de modifier leurs lois respectives. Toutefois, du point de vue de l'accusé, une déclaration d'invalidité dont l'effet serait suspendu ne lui permettrait pas d'obtenir une réparation immédiate. L'atteinte à son droit à la liberté garanti par l'art. 7 se poursuivrait. Compte tenu de la gravité de l'atteinte et du fait que la commission d'examen a récemment conclu que l'accusé n'était pas dangereux au point de justifier son hospitalisation, un arrêt des procédures dans les 30 jours permettrait de corriger effectivement le préjudice qu'il a subi. Le délai de 30 jours devrait permettre aux autorités provinciales de la santé d'obtenir, au besoin, des ordonnances préventives en vertu de leur régime de santé mentale respectif. Il ne fait aucun doute en l'espèce que la Cour peut mettre en œuvre efficacement l'arrêt des procédures ou la déclaration d'invalidité dont l'effet est suspendu.

Jurisprudence

Citée par les juges Iacobucci et Bastarache

Arrêts appliqués : *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; **arrêt analysé :** *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; **arrêts mentionnés :** *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC

General), [1995] 3 S.C.R. 199; *Ward v. Canada (Attorney General)*, [2002] 1 S.C.R. 569, 2002 SCC 17; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Attorney General of Quebec v. Lechasseur*, [1981] 2 S.C.R. 253; *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12; *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 6, 2003 SCC 3; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *Krieger v. Law Society of Alberta*, [2002] 3 S.C.R. 372, 2002 SCC 65; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659.

By LeBel J.

Not followed: *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; **distinguished:** *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; **referred to:** *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, aff'd [1951] A.C. 179 (*sub nom. Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec*); *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Di Iorio v. Warden of the Common Jail of the City of Montreal*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Ritcey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1077; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Adler v. Ontario*, [1996] 3

31; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Ward c. Canada (Procureur général)*, [2002] 1 R.C.S. 569, 2002 CSC 17; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Procureur général du Québec c. Lechasseur*, [1981] 2 R.C.S. 253; *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12; *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 6, 2003 CSC 3; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, 2002 CSC 65; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659.

Citée par le juge LeBel

Arrêt non suivi : *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; **distinction d'avec les arrêts :** *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; **arrêts mentionnés :** *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, conf. par [1951] A.C. 179 (*sub nom. Canadian Federation of Agriculture c. Attorney-General for Quebec*); *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *Di Iorio c. Gardien de la prison commune de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Ritcey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1077; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. c. The Queen*, [1956] R.C.S. 303; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Hunter c. Southam Inc.*,

S.C.R. 609; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(b), (d), 15(1), 24(1).
Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(7), (13), (16).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 [am. 1991, c. 43], ss. 271(1)(a), 614(2), Part XX.1, 672.11, 672.22, 672.23, 672.24(1) [am. 1997, c. 18, s. 82], 672.26, 672.33, 672.34, 672.45, 672.47, 672.48, 672.54, 672.55 [idem, s. 86], 672.58 to 672.62, 672.81.

Authors Cited

Black, Charles L., Jr. *Structure and Relationship in Constitutional Law*. Woodbridge, CT: Ox Bow Press, 1983 (1985 reprint).
 Bobbitt, Philip. *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 1982.
 Canada. House of Commons. *Response to the 14th Report of the Standing Committee on Justice and Human Rights: Review of the Mental Disorder Provisions of the Criminal Code*. Ottawa, Government of Canada, November 2002.
 Chayes, Abram. "The Role of the Judge in Public Law Litigation" (1976), 89 *Harv. L. Rev.* 1281.
 Elliot, Robin. "References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 67.
 Laskin, Bora. "An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights" (1959), 37 *Can. Bar Rev.* 77.

[1984] 2 R.C.S. 145; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11(b), d), 15(1), 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46 [mod. 1991, ch. 43], art. 271(1)a), 614(2), partie XX.1, 672.11, 672.22, 672.23, 672.24(1) [mod. 1997, ch. 18, art. 82], 672.26, 672.33, 672.34, 672.45, 672.47, 672.48, 672.54, 672.55 [idem, art. 86], 672.58 à 672.62, 672.81.
Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(7), (13), (16).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Doctrine citée

Black, Charles L., Jr. *Structure and Relationship in Constitutional Law*. Woodbridge, CT : Ox Bow Press, 1983 (1985 reprint).
 Bobbitt, Philip. *Constitutional Fate : Theory of the Constitution*. New York : Oxford University Press, 1982.
 Canada. Chambre des communes. *Réponse au 14^e rapport du Comité permanent de la justice et des droits de la personne : Examen des dispositions du Code criminel relatives aux troubles mentaux*. Ottawa, Gouvernement du Canada, novembre 2002.
 Chayes, Abram. « The Role of the Judge in Public Law Litigation » (1976), 89 *Harv. L. Rev.* 1281.
 Elliot, Robin. « References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution » (2001), 80 *R. du B. can.* 67.
 Laskin, Bora. « An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights » (1959), 37 *R. du B. can.* 77.

- MacKay, A. Wayne. “The Supreme Court of Canada and Federalism: Does\Should Anyone Care Anymore?” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 241.
- Pilkington, M. L. “Monetary Redress for Charter Infringement”, in Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 307.
- Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1980.
- Schneider, Richard D. “Mental Disorder in the Courts: Absolute Discharge for Unfits?” (2000), 21 *For the Defence* 36.
- Scott, Francis Reginald. *Civil Liberties & Canadian Federalism*. Toronto: University of Toronto Press, 1959.
- Shandal, Vinay. “Combining Remedies Under Section 24 of the *Charter* and Section 52 of the *Constitution Act, 1982: A Discretionary Approach*” (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 175.
- Weiler, Paul C. “The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism” (1973), 23 *U.T.L.J.* 307.

APPEAL from a judgment of the Quebec Superior Court, [2002] Q.J. No. 590 (QL), J.E. 2002-976, dismissing the accused’s motion for a stay of proceedings and for a declaration that s. 672.54 of the *Criminal Code* is unconstitutional. Appeal allowed.

Suzanne Gagné and Stéphane Lepage, for the appellant.

Joanne Marceau, for the respondent.

Michel F. Denis and Yvan Poulin, for the intervenor the Attorney General of Canada.

Lucy Cecchetto and Shaun Nakatsuru, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, Deschamps and Fish JJ. was delivered by

IACOBUCCI AND BASTARACHE JJ. —

I. Introduction

This appeal raises the issue of the constitutional validity of ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“Cr. C.”),

- MacKay, A. Wayne. « The Supreme Court of Canada and Federalism : Does\Should Anyone Care Anymore? » (2001), 80 *R. du B. can.* 241.
- Pilkington, M. L. « Monetary Redress for Charter Infringement », in Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto : Butterworths, 1987, 307.
- Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System : An Introduction to the Theory of Legal System*, 2nd ed. Oxford : Clarendon Press, 1980.
- Schneider, Richard D. « Mental Disorder in the Courts: Absolute Discharge for Unfits? » (2000), 21 *For the Defence* 36.
- Scott, Francis Reginald. *Civil Liberties & Canadian Federalism*. Toronto : University of Toronto Press, 1959.
- Shandal, Vinay. « Combining Remedies Under Section 24 of the *Charter* and Section 52 of the *Constitution Act, 1982 : A Discretionary Approach* » (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 175.
- Weiler, Paul C. « The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism » (1973), 23 *U.T.L.J.* 307.

POURVOI contre un jugement de la Cour supérieure du Québec, [2002] J.Q. n° 590 (QL), J.E. 2002-976, qui a rejeté la requête de l’accusé visant à obtenir l’arrêt des procédures et à faire déclarer inconstitutionnel l’art. 672.54 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

Suzanne Gagné et Stéphane Lepage, pour l’appellant.

Joanne Marceau, pour l’intimée.

Michel F. Denis et Yvan Poulin, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Lucy Cecchetto et Shaun Nakatsuru, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, Deschamps et Fish rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET BASTARACHE —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève la question de la constitutionnalité des art. 672.33 et 672.54 et du par. 672.81(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46

with respect to accused persons who are unfit to stand trial. More specifically, the questions raised are whether the regime set out by Parliament in Part XX.1 Cr. C. is unconstitutional under the division of powers analysis or under ss. 7, 11(b), 11(d) or 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* when applied to persons who have been found permanently unfit to stand trial.

2 We have found that the application of the impugned provisions to persons found unfit to stand trial, on account of permanent or temporary mental disorder, falls within the legislative jurisdiction of the Parliament of Canada. However, we have also found that persons who are permanently unfit to stand trial and do not pose a significant threat to public safety suffer a breach of their liberty interest under s. 7 of the *Charter* because they are subject to indefinite appearances before the Review Board and to the exercise of its powers over them. The limitation of their liberty interest does not accord with the principles of fundamental justice and cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. Accordingly, we would allow the appeal.

II. Background

3 The appellant suffers from Trisomy 21, more commonly known as Down Syndrome, which causes him to be moderately intellectually handicapped. On January 23, 1997, he appeared before the Court of Quebec in relation to charges of sexual assault under s. 271(1)(a) Cr. C. On that date, the judge before whom the appellant appeared ordered an inquiry to determine whether he was fit to stand trial. On February 28, 1997, the appellant was declared unfit to stand trial, following which he remained in hospital until he was discharged three months later, on May 5, 1997, by a Review Board acting under ss. 672.47 and 672.54 Cr. C. His discharge was subject to the condition that he live with his family, keep the peace and establish a consensual treatment regime together with his parents and medical professionals.

4 The appellant presented a motion to obtain a stay of proceedings under s. 24(1) of the *Charter*,

(« C. cr. »), à l'égard des accusés inaptes à subir leur procès. Plus particulièrement, se posent les questions de savoir si, selon l'analyse du partage des compétences ou selon l'art. 7, l'al. 11b), l'al. 11d) ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le régime établi par le Parlement dans la partie XX.1 C. cr. est inconstitutionnel si on l'applique aux personnes jugées inaptes de façon permanente à subir leur procès.

Nous avons conclu que l'application des dispositions contestées aux personnes jugées inaptes à subir leur procès pour cause de troubles mentaux permanents ou temporaires relève de la compétence législative du Parlement du Canada. Toutefois, nous avons également conclu que les personnes inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public sont privées du droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* parce qu'elles sont tenues de comparaître devant la commission d'examen pour une période indéfinie et soumises à ses pouvoirs. La restriction de leur droit à la liberté n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale et ne peut être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Par conséquent, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Les faits

L'appelant est atteint de trisomie 21, mieux connue sous le nom de syndrome de Down, ce qui fait qu'il souffre d'une déficience intellectuelle modérée. Le 23 janvier 1997, il a comparu devant la Cour du Québec relativement à des accusations d'agression sexuelle prévues à l'al. 271(1)a) C. cr. Ce jour-là, le juge devant qui il a comparu a ordonné la tenue d'une enquête afin de déterminer son aptitude à subir son procès. Le 28 février 1997, l'appelant a été jugé inapte, après quoi il est demeuré à l'hôpital jusqu'à ce que, trois mois plus tard, le 5 mai 1997, une commission d'examen, en application des art. 672.47 et 672.54 C. cr., le libère à la condition qu'il réside avec sa famille, ne trouble pas l'ordre public et établisse un traitement consensuel avec ses parents et les professionnels de la santé.

L'appelant a présenté une requête visant à obtenir l'arrêt des procédures en vertu du par. 24(1) de

or alternatively, to have s. 672.54 Cr. C. declared of no force and effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, on the basis that it violated his rights under ss. 7, 11(b) and 15(1). The Quebec Superior Court refused to grant a stay and upheld the impugned provision: [2002] Q.J. No. 590 (QL). Since the matters at issue are not appealable to the Quebec Court of Appeal, leave to appeal was sought. Leave to appeal was granted by this Court on December 12, 2002.

III. Constitutional and Statutory Provisions

The following provisions of the *Constitution Act, 1867* and the *Criminal Code* are at issue:

Constitution Act, 1867

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

. . .

27. The Criminal Law, except the Constitution of Courts of Criminal Jurisdiction, but including the Procedure in Criminal Matters.

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

672.33 (1) The court that has jurisdiction in respect of the offence charged against an accused who is found unfit to stand trial shall hold an inquiry, not later than two years after the verdict is rendered and every two years thereafter until the accused is acquitted pursuant to subsection (6) or tried, to decide whether sufficient evidence can be adduced at that time to put the accused on trial.

la *Charte* ou, subsidiairement, à faire déclarer inopérant l'art. 672.54 C. cr. en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour le motif que cette disposition porte atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7, l'al. 11b) et le par. 15(1). La Cour supérieure du Québec lui a refusé l'arrêt des procédures et a confirmé la validité de la disposition contestée : [2002] J.Q. n^o 590 (QL). Les questions en litige ne pouvant être portées en appel à la Cour d'appel du Québec, notre Cour a été saisie d'une demande d'autorisation de pourvoi, qu'elle a accueillie le 12 décembre 2002.

III. Les dispositions législatives et constitutionnelles

Les dispositions suivantes de la *Loi constitutionnelle de 1867* et du *Code criminel* sont en cause :

Loi constitutionnelle de 1867

91. Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés dans le présent article, il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

. . .

27. La loi criminelle, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle.

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

672.33 (1) Lorsqu'un verdict d'inaptitude à subir son procès a été rendu, le tribunal qui a compétence à l'égard de l'infraction reprochée à l'accusé doit tenir une audition, au plus tard deux ans après le verdict et tous les deux ans par la suite jusqu'à ce que l'accusé soit acquitté en vertu du paragraphe (6) ou subisse son procès, pour déterminer s'il existe toujours suffisamment d'éléments de preuve pour ordonner que l'accusé subisse son procès.

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

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

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

6

The appellant submits that ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) Cr. C. infringe his right to liberty and security of the person guaranteed by s. 7, his right to be tried within a reasonable time guaranteed by s. 11(b), the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d), and his equality rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*. The relevant provisions of the *Charter* are as follows:

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

(b) to be tried within a reasonable time;

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

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

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

L'appellant soutient que les art. 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) C. cr. portent atteinte au droit à la liberté et à la sécurité de sa personne et à celui d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantissent respectivement l'art. 7 et l'al. 11b), à la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) et aux droits à l'égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte*. Les dispositions pertinentes de la *Charte* sont les suivantes :

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 :

b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

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

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

IV. Issues

The following constitutional questions were stated by the Chief Justice on February 13, 2003:

1. Do ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that they deprive persons who have been found unfit to stand trial of their right to liberty and security of the person in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice?
2. If so, are the infringements reasonable limits that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?
3. Do ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code* infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 11(d) of the *Charter* on the ground that they deprive persons who have been found unfit to stand trial of the right to be presumed innocent?
4. If so, are the infringements reasonable limits that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?
5. Do ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code* infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 15(1) of the *Charter* on the ground that they create discrimination against persons with a mental disability who have been found unfit to stand trial?
6. If so, are the infringements reasonable limits that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

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;

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

IV. Les questions en litige

Le 13 février 2003, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par le Juge en chef :

1. Les articles 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'ils privent de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne les personnes faisant l'objet d'un verdict d'inaptitude à subir leur procès, et ce, d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale?
2. Dans l'affirmative, ces atteintes constituent-elles des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte*?
3. Les articles 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) du *Code criminel* portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par l'al. 11d) de la *Charte* pour le motif qu'ils privent de leur droit à la présomption d'innocence les personnes faisant l'objet d'un verdict d'inaptitude à subir leur procès?
4. Dans l'affirmative, ces atteintes constituent-elles des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte*?
5. Les articles 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) du *Code criminel* portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par le par. 15(1) de la *Charte* pour le motif qu'ils créent de la discrimination à l'endroit des personnes atteintes de déficience mentale qui font l'objet d'un verdict d'inaptitude à subir leur procès?
6. Dans l'affirmative, ces atteintes constituent-elles des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte*?

An additional question was stated on November 4, 2003:

7. Does the application of ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to persons found unfit to stand trial on account of permanent mental disorder overstep the legislative jurisdiction of the Parliament of Canada under the *Constitution Act, 1867*?

V. Discussion

A. *The Impugned Scheme*

8

In the wake of this Court's decision in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, Parliament introduced Part XX.1 Cr. C. The provisions in Part XX.1 establish a regime for dealing with accused persons who suffer from mental disorders. The first group covered by the regime is made up of accused that are found "not criminally responsible on account of mental disorder" ("NCR") under s. 672.34 Cr. C. The second group constitutes individuals declared unfit to stand trial. In *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, a majority of this Court held that Part XX.1 was constitutional insofar as it applied to NCR offenders. The constitutionality of Part XX.1 in its application to accused who are unfit to stand trial was not addressed in *Winko* and is the focus of this appeal.

9

Under s. 672.23(1) Cr. C., where a court has reasonable grounds to believe that the accused is unfit to stand trial, it may direct, on its own motion or on the application of one of the parties, that the issue of fitness of the accused be tried. The court has the power under s. 672.11 to order an assessment of the accused, which constitutes an examination by a medical practitioner on the mental condition of the accused, and any incidental observation or examination of the accused. During a trial on the fitness of the accused, an unrepresented accused is provided with legal representation under s. 672.24(1). He or she is presumed fit to stand trial (s. 672.22). The party requesting that the issue of fitness be tried bears the burden of proving on a balance of probabilities that the accused is unfit to stand trial (ss. 672.22 and 672.23(2)). Although expert

Le 4 novembre 2003, la question supplémentaire suivante a été formulée :

7. L'application des articles 672.33 et 672.54 et du par. 672.81(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, aux personnes jugées inaptes à subir leur procès en raison d'un trouble mental permanent excède-t-elle les pouvoirs conférés au Parlement du Canada par la *Loi constitutionnelle de 1867*?

V. Analyse

A. *Le régime contesté*

À la suite de l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, le législateur a adopté la partie XX.1 C. cr., qui établit un régime visant les accusés atteints de troubles mentaux. Dans un premier groupe, figurent les accusés ayant fait l'objet d'un verdict de « non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux » selon l'art. 672.34 C. cr. et, dans un second, les personnes déclarées inaptes à subir leur procès. Dans *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, la Cour conclut à la majorité que la partie XX.1 est constitutionnelle dans la mesure où elle s'applique aux contrevenants criminellement non responsables. La constitutionnalité de la partie XX.1 relativement aux accusés inaptes à subir leur procès, qui n'a pas été examinée dans cet arrêt, constitue l'essence du présent pourvoi.

Aux termes du par. 672.23(1) C. cr., le tribunal qui a des motifs raisonnables de croire que l'accusé est inapte à subir son procès peut, d'office ou à la demande d'une des parties, ordonner que cette aptitude soit déterminée. Le tribunal a, en vertu de l'art. 672.11, le pouvoir d'ordonner l'évaluation de l'accusé, qui consiste en une évaluation de son état mental par un médecin, y compris l'observation et l'examen qui en découlent. À l'audience sur son aptitude à subir son procès, l'accusé non représenté par avocat s'en voit désigner un en application du par. 672.24(1). Il est présumé apte à subir son procès (art. 672.22). La partie qui demande au tribunal de déterminer l'aptitude de l'accusé a la charge de prouver, compte tenu de la prépondérance des probabilités, son inaptitude (art. 672.22 et par. 672.23(2)). Même si la preuve d'expert est

evidence is relied on heavily, the ultimate issue of fitness is decided by the trier of fact (s. 672.26).

If the accused is found unfit to stand trial, the court may order the forcible treatment of the accused for up to 60 days if (i) the Crown requests forcible treatment and (ii) according to a medical practitioner, specific treatment should be administered for the purpose of making the accused fit to stand trial (ss. 672.58 and 672.59). Immediately following such treatment or a finding that the accused is unfit to stand trial (in the event that no treatment of the accused is ordered), a disposition hearing is held, either by the court (s. 672.45) or alternatively by a Review Board (s. 672.47) to determine whether, and subject to what conditions, if any, the accused should be released or detained. The body conducting the disposition hearing must take into consideration the factors set out in s. 672.54: the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused. It must be pointed out that under s. 672.54, the Review Board is not authorized to grant an absolute or unconditional discharge to persons who are unfit to stand trial (although it does allow for the absolute discharge of individuals declared NCR).

Following its initial disposition in respect of an accused, the Review Board must conduct a hearing every year to determine whether the circumstances warrant a modification of its disposition (s. 672.81(1)). If the accused is fit to stand trial, he is sent to trial under s. 672.48, and the jurisdiction of the Review Board ceases to operate. Otherwise, and subject to what will be said immediately below, another review hearing is held the following year.

In addition to the proceedings conducted by the Review Board, under s. 672.33, every two years, the Crown must appear before a court to show that there still exists a *prima facie* case against the accused. This is the only way the Crown can justify maintaining the outstanding criminal charge against the

largement déterminante, il appartient ultimement au juge des faits de trancher la question de l'aptitude (art. 672.26).

Dans le cas où l'accusé est déclaré inapte à subir son procès, le tribunal peut ordonner son traitement forcé pour une période maximale de 60 jours si (i) le ministère public en fait la demande et (ii) si un médecin estime qu'un traitement particulier devrait lui être donné afin de le rendre apte à subir son procès (art. 672.58 et 672.59). Immédiatement après le traitement ou après le verdict d'inaptitude à subir son procès (si aucun traitement n'est ordonné), le tribunal (art. 672.45) ou la commission d'examen (art. 672.47) tient une audition en vue de déterminer s'il y a lieu de libérer ou de détenir l'accusé, et à quelles conditions, le cas échéant. L'autorité qui tient l'audition doit prendre en compte les facteurs énoncés à l'art. 672.54 : la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, l'état mental de l'accusé et ses besoins, notamment la nécessité de sa réinsertion sociale. Il importe de souligner que, selon les règles prévues à l'art. 672.54, la commission d'examen ne peut accorder une libération inconditionnelle aux personnes jugées inaptes à subir leur procès (bien que ce soit permis dans le cas des personnes déclarées criminellement non responsables).

La commission d'examen qui a initialement rendu une décision à l'égard de l'accusé doit tenir une nouvelle audition chaque année afin de déterminer si la situation de l'accusé justifie la modification de sa décision (par. 672.81(1)). Si l'accusé est devenu apte à subir son procès, il est, selon l'art. 672.48, renvoyé devant le tribunal pour y subir son procès et la commission d'examen cesse d'avoir compétence; sinon, une nouvelle audition est tenue l'année d'après, sous réserve des paragraphes qui suivent.

Outre les procédures devant la commission d'examen, il est prévu à l'art. 672.33 que, tous les deux ans, le ministère public se présente devant le tribunal pour démontrer qu'il existe toujours une preuve *prima facie* contre l'accusé. C'est le seul moyen par lequel il peut justifier le maintien de

10

11

12

accused. In the event that the Crown cannot make out a *prima facie* case against the accused, the court is required to acquit the accused.

13 The result of the combined operation of ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) is that an accused found unfit to stand trial remains in the “system” established under Part XX.1 until either (a) he or she becomes fit to stand trial or (b) the Crown fails to establish a *prima facie* case against him or her.

B. *Division of Powers*

14 We will first examine the issue as to whether the impugned provisions fall within Parliament’s criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, or whether, as the appellant contends, it is *ultra vires*.

15 Whenever an issue of division of powers arises, the first step in the analysis is to characterize the “pith and substance” of the impugned legislation. In order to determine the pith and substance of any particular legislative provision, it is necessary to examine that provision in its overall legislative context: *Swain, supra*, at p. 998.

(1) The Criminal Law Power

16 Parliament’s jurisdiction over criminal law was recently examined by this Court in *R. v. Marmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at paras. 73-74:

The federal criminal law power is “plenary in nature” and has been broadly construed:

A crime is an act which the law, with appropriate penal sanctions, forbids; but as prohibitions are not enacted in a vacuum, we can properly look for some evil or injurious or undesirable effect upon the public against which the law is directed. That effect may be in relation to social, economic or political interests; and the legislature has had in mind to suppress the evil or to safeguard the interest threatened.

l’accusation criminelle. Le tribunal est tenu d’acquitter l’accusé si le ministère public ne parvient pas à établir une preuve *prima facie* contre l’accusé.

L’effet conjugué des art. 672.33 et 672.54 et du par. 672.81(1) est que l’accusé jugé inapte demeure soumis au « régime » établi en vertu de la partie XX.1, a) jusqu’à ce qu’il devienne apte à subir son procès ou b) jusqu’à ce que le ministère public ne puisse pas établir de preuve *prima facie* contre lui.

B. *Partage des compétences*

Nous examinerons d’abord la question de savoir si les dispositions contestées relèvent du pouvoir conféré au Parlement par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en droit criminel ou, comme le soutient l’appelant, si elles excèdent sa compétence.

Dans tout litige sur le partage des compétences, la première étape de l’analyse consiste à découvrir le « caractère véritable » du texte de loi attaqué. Pour déterminer le caractère véritable d’une disposition donnée, il faut examiner cette disposition dans l’ensemble de son contexte législatif : *Swain*, précité, p. 998.

(1) La compétence en droit criminel

La Cour a récemment examiné, dans *R. c. Marmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 73-74, la compétence du Parlement en droit criminel :

La compétence du fédéral en matière criminelle comporte « la plénitude des pouvoirs » à cet égard et a été interprétée de manière généreuse :

[TRADUCTION] Un crime est un acte que la loi défend en y attachant des sanctions pénales appropriées; mais comme les interdictions ne sont pas promulguées en vase clos, nous pouvons à bon droit rechercher le mal ou l’effet nuisible ou indésirable pour le public qui est visé par la loi. Cet effet peut viser des intérêts sociaux, économiques ou politiques; et le législateur a eu en vue la suppression du mal ou la sauvegarde des intérêts menacés.

(*Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 (the “*Margarine Reference*”), at p. 49)

(*Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1 (le « *Renvoi sur la margarine* »), p. 49)

For a law to be classified as a criminal law, it must possess three prerequisites: a valid criminal law purpose backed by a prohibition and a penalty (*Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, at para. 27). The criminal power extends to those laws that are designed to promote public peace, safety, order, health or other legitimate public purpose. In *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, it was held that some legitimate public purpose must underlie the prohibition. In *Labatt Breweries [of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada]*, [1980] 1 S.C.R. 914, in holding that a health hazard may ground a criminal prohibition, Estey J. stated the potential purposes of the criminal law rather broadly as including “public peace, order, security, health and morality” (p. 933). Of course Parliament cannot use its authority improperly, e.g. colourably, to invade areas of provincial competence: *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226, at p. 237.

Pour qu’une loi puisse être considérée comme relevant du droit criminel, elle doit comporter les trois éléments suivants : un objet valide de droit criminel assorti d’une interdiction et d’une sanction (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, par. 27). Le droit criminel englobe les lois favorisant la paix, la sécurité, l’ordre ou la santé publiques et tout autre objectif public légitime. Dans l’arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, notre Cour a jugé que l’interdiction devait reposer sur un objectif public légitime. Dans *Brasseries Labatt [du Canada Ltée c. Procureur général du Canada]*, [1980] 1 R.C.S. 914, estimant qu’un risque pour la santé pouvait justifier une interdiction de nature pénale, le juge Estey a énoncé assez largement les objectifs que peut viser le droit criminel, notamment « l’ordre, la sécurité, la santé et les bonnes mœurs publiques » (p. 933). Le Parlement ne peut évidemment pas exercer son pouvoir de manière illégitime, par exemple de façon déguisée, pour empiéter sur un champ de compétence provinciale : *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, p. 237.

In determining whether the purpose of a law constitutes a valid criminal law purpose, courts also look at whether laws of this type have traditionally been held to be criminal law: *Ward v. Canada (Attorney General)*, [2002] 1 S.C.R. 569, 2002 SCC 17, at para. 51; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, at para. 32; *RJR-MacDonald v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 204; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at p. 491.

Pour déterminer si l’objet d’une loi est un objet de droit criminel valide, les tribunaux examinent également si les lois de ce genre sont habituellement considérées comme relevant du droit criminel : *Ward c. Canada (Procureur général)*, [2002] 1 R.C.S. 569, 2002 CSC 17, par. 51; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, par. 32; *RJR-MacDonald c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 204; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 491.

The pith and substance of Part XX.1 Cr. C. is revealed by its twin goals of protecting the public and treating the mentally ill accused fairly and appropriately: *Winko, supra*, at para. 20.

Le caractère véritable de la partie XX.1 C. cr. se dégage de son double objectif que sont la protection du public et le traitement équitable et approprié de l’accusé atteint de troubles mentaux : *Winko*, précité, par. 20.

(2) Pith and Substance of the Impugned Provisions and Their Classification as Criminal Law Under Section 91(27)

(2) Le caractère véritable des dispositions contestées et leur qualification en tant que droit criminel selon le par. 91(27)

The appellant contends that once it has been established that a person will not be tried because of permanent unfitness to stand trial, the circumstances

L’appelant soutient que, dès qu’il est établi qu’une personne ne subira pas de procès en raison de son inaptitude permanente à subir son procès, sa

17

18

19

no longer constitute a matter within Parliament's criminal law power. Instead, he claims that persons who represent a danger to themselves or others fall under the exclusive provincial jurisdiction of property and civil rights pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. The appellant also argues that the impugned provisions are not within Parliament's criminal law powers because their pith and substance is the protection of society from persons with dangerous mental states, not persons who have engaged in conduct proscribed by the *Criminal Code*. He relies on passages from this Court's decisions in *Swain* and *Winko* to suggest that once an unfit accused ceases to pose a significant threat to public safety, the criminal justice system has no further application.

20

Such a statement is true of the NCR accused. This Court has stated that the only constitutional basis for the criminal law restricting the liberty of an NCR accused is the protection of the public from significant threats to its safety. For example, in *Winko*, at para. 33, McLachlin J. (as she then was) held:

The preventative or protective jurisdiction exercised by the criminal law over NCR offenders extends only to those who present a significant threat to society. . . . Once an NCR accused is no longer a significant threat to public safety, the criminal justice system has no further application.

21

However, to say that the same considerations apply to the accused person found unfit to stand trial is to ignore fundamental differences between persons who are found to be NCR and persons who are found unfit to stand trial. The difference in legal status between the NCR and the unfit accused has been discussed by R. D. Schneider in "Mental Disorder in the Courts: Absolute Discharge for Unfits?" (2000), 21 *For the Defence* 36, at p. 38:

The NCR accused has not been convicted of a crime, but the criminal proceedings have been fully concluded

situation ne constitue plus une question qui relève de la compétence du Parlement en matière criminelle. Au contraire, dit-il, les personnes qui représentent un danger pour elles-mêmes ou pour autrui relèvent de la compétence exclusive des provinces en matière de propriété et de droits civils prévue au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'appelant fait également valoir que les dispositions contestées n'entrent pas dans la compétence du Parlement en droit criminel parce que, de par leur caractère véritable, elles visent à protéger la société des personnes dont l'état mental constitue un danger, et non de celles qui ont adopté un comportement interdit par le *Code criminel*. Il prend appui sur des passages des arrêts *Swain* et *Winko* de la Cour pour indiquer qu'à partir du moment où l'accusé inapte ne représente plus un risque important pour la sécurité du public, le système de justice pénale perd toute compétence à son égard.

Cette affirmation vaut pour l'accusé criminellement non responsable. La Cour a indiqué que, sur le plan constitutionnel, le droit criminel ne peut restreindre la liberté de l'accusé criminellement non responsable que pour protéger le public contre des risques importants pour sa sécurité. Voici, par exemple, la conclusion de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) au par. 33 de *Winko* :

La compétence en matière de prévention et de protection que confère le droit criminel à l'endroit des contrevenants non responsables criminellement ne vise que les personnes qui représentent un risque important pour la société. [. . .] À partir du moment où l'accusé non responsable criminellement ne représente plus un risque important pour la sécurité du public, le système de justice pénale perd toute compétence à son égard.

Toutefois, affirmer que les mêmes considérations s'appliquent à l'accusé jugé inapte à subir son procès équivaut à ne pas tenir compte des différences fondamentales entre les personnes déclarées criminellement non responsables et celles jugées incapables à subir leur procès. La différence de statut juridique entre le premier groupe et le second groupe est examinée par R. D. Schneider dans « Mental Disorder in the Courts : Absolute Discharge for Unfits? » (2000), 21 *For the Defence* 36, p. 38 :

[TRADUCTION] L'accusé criminellement non responsable n'a pas été déclaré coupable d'un crime, mais l'instance

and a final verdict obtained. Therefore, society's residual hold on the accused can only be justified if the accused is shown to be a significant threat to the safety of the public. On the other hand, the unfit accused has yet to be tried. So long as the information or indictment is outstanding the court and/or the Review Board maintain jurisdiction over the accused. Jurisdiction over the unfit has nothing to do with dangerousness. The fitness rules were established to ensure that a prosecution not proceed where an accused is not able to adequately respond to the state. The rules are in place to protect the accused. While it is true that an accused may be "permanently unfit", surely that status accompanied by the presumption of innocence [*Charter*, s. 11(d)] is preferable to either proceeding against the unfit accused or terminating the outstanding charges. [Emphasis added.]

Thus, when a verdict of NCR has been rendered, the criminal process has ended and the exercise of criminal state power over NCR offenders can only be justified under the protective branch of the criminal law, when it is proven that the NCR offender presents a significant threat to the public. However, the situation is different with respect to accused found unfit to stand trial: the criminal law's jurisdiction over the unfit accused does not stem from the protective branch of the criminal law, unless he or she is found to be dangerous. Rather, the criminal justice system maintains jurisdictional control over the accused found unfit to stand trial because that person is subject to a criminal accusation and pending proceedings. As long as this accusation is maintained, it is not necessary to consider the dangerousness of the accused or the protection of the public because other considerations justify Parliament's jurisdiction in regards to accused found unfit to stand trial, namely its jurisdiction over criminal procedure.

Parliament's power in matters of criminal law, under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, expressly includes "the [p]rocedure in [c]riminal [m]atters". Its jurisdiction over criminal procedure was discussed by this Court in *Attorney General of Quebec v. Lechasseur*, [1981] 2 S.C.R. 253, at p. 262:

est terminée et le tribunal a rendu son verdict définitif. L'assujettissement que la société continue d'imposer à l'accusé ne peut donc se justifier que s'il est démontré qu'il représente un risque important pour la sécurité du public. Pour sa part, l'accusé inapte n'a pas encore subi son procès. Tant qu'il n'a pas été statué sur la dénonciation ou l'acte d'accusation, le tribunal ou la commission d'examen conservent leur compétence à l'égard de l'accusé. La compétence à l'égard de la personne inapte n'a rien à voir avec la dangerosité. Les règles visant à déterminer l'aptitude d'une personne à subir son procès ont été établies afin que l'accusé ne soit pas poursuivi s'il n'a pas la capacité requise pour répondre aux accusations portées contre lui. Les règles sont là pour protéger l'accusé. S'il est vrai que l'accusé peut souffrir d'une « inaptitude permanente », ce statut, assorti de la présomption d'innocence [*Charte*, al. 11d)], est certainement préférable à l'engagement de poursuites contre un accusé inapte ou au retrait des accusations. [Nous soulignons.]

Ainsi, après le prononcé du verdict de non-responsabilité criminelle, le processus pénal prend fin et le pouvoir de l'État en matière de droit criminel à l'égard des contrevenants criminellement non responsables ne peut se justifier qu'au regard de l'aspect préventif du droit criminel, lorsqu'il est prouvé que le contrevenant criminellement non responsable représente un risque important pour le public. Toutefois, la situation est différente pour ce qui est de l'accusé jugé inapte à subir son procès : ce n'est pas sur l'aspect préventif que repose la compétence du droit criminel à son égard, à moins qu'il ne soit jugé dangereux. Le système de justice pénale garde compétence à l'égard de l'accusé jugé inapte parce que des accusations criminelles pèsent toujours contre lui et que les procédures sont toujours en instance. Tant que l'accusation est maintenue, il n'est pas nécessaire de tenir compte de la dangerosité de l'accusé ni de la protection du public parce que d'autres facteurs justifient la compétence du Parlement à son égard, à savoir la compétence en matière de procédure criminelle.

Selon le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la compétence du Parlement en droit criminel inclut expressément « la procédure en matière criminelle ». Dans *Procureur général du Québec c. Lechasseur*, [1981] 2 R.C.S. 253, p. 262, la Cour a examiné la compétence du Parlement en matière de procédure criminelle :

22

23

That the present s. 455, no less than its forerunners, is within federal competence as an exercise of power in relation to the criminal law, including procedure in a criminal matter, appears to me to be incontestable. The section makes it possible for a charge of an indictable offence to be brought before a justice of the peace or a magistrate to consider the issue of a summons or a warrant in respect of the charge. The criminal process is thus initiated and this initiation is integral to the process. [Emphasis added.]

From the time a person is accused of a crime under the *Criminal Code*, the criminal process is validly engaged and its hold on the accused found unfit to stand trial is established. Therefore, the authority to establish a scheme to administer the rights of the accused found unfit to stand trial flows from Parliament's jurisdiction on criminal law, including criminal procedure.

24

The system of Crown pre-charge screening in Quebec was described by this Court in *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12, at para. 76 (citing the Attorney General of Quebec's factum):

[TRANSLATION] The prosecutor's decision to authorize the laying of criminal charges presupposes that the conduct complained of constitutes an offence in law, that there are reasonable grounds to believe that the person under investigation is the perpetrator, that it is legally possible to prove it, and that it is appropriate to prosecute. In exercising prosecutorial discretion, the prosecutor must take into account various policy and social considerations.

Consequently, when the Crown has reasonable grounds to believe that the person under investigation is the perpetrator, that it is legally possible to prove it and that it is appropriate to prosecute, it will lay criminal charges and the person falls within Parliament's criminal law jurisdiction. Such a finding reinforces the government's fundamental interest in bringing to trial an individual accused of a serious crime.

25

As mentioned above, Part XX.1 Cr. C. was enacted as a balanced response to this Court's decision in *Swain*. This new scheme reflects both the public's needs (protection from dangerous

Il me paraît incontestable que l'art. 455 actuel, tout autant que ceux qui l'ont précédé, relève de la compétence fédérale comme exercice de la compétence relative au droit criminel, y compris la procédure en matière criminelle. L'article permet qu'une accusation d'acte criminel soit soumise à un juge de paix ou à un magistrat pour déterminer s'il y a lieu de délivrer une sommation ou un mandat en ce qui concerne l'accusation. Le processus pénal est ainsi mis en marche et cette mise en marche fait partie intégrante du processus. [Nous soulignons.]

Le processus est valablement engagé à partir du moment où une personne est accusée d'un crime prévu au *Code criminel*; c'est pourquoi il est établi que la personne jugée inapte à subir son procès continue d'y être soumise. Le pouvoir d'établir un régime visant la mise en application des droits de l'accusé jugé inapte découle donc de la compétence du Parlement en droit criminel, y compris la procédure criminelle.

La Cour a décrit le système de filtrage pré- inculpation au Québec dans *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12, par. 76 (citant le mémoire du procureur général du Québec) :

La décision du substitut d'autoriser le dépôt d'accusations criminelles présuppose que le comportement reproché constitue une infraction en droit, qu'il existe des motifs raisonnables de croire que la personne sous enquête en est l'auteur, qu'on puisse légalement en faire la preuve et qu'il soit opportun de poursuivre. En effet, dans l'exercice de la discrétion de poursuivre, le substitut doit prendre en compte différentes considérations d'intérêt public et social.

Par conséquent, lorsque le ministère public a des motifs raisonnables de croire que la personne faisant l'objet d'une enquête est l'auteur de l'infraction, qu'il est possible d'en faire la preuve en droit et qu'il est opportun de poursuivre, il dépose des accusations criminelles et la personne est soumise à la compétence du Parlement en droit criminel. Une telle conclusion appuie l'intérêt fondamental du gouvernement à traduire en justice les personnes inculpées de crimes graves.

Comme il a été mentionné précédemment, la partie XX.1 C. cr. a été adoptée afin de donner une suite équilibrée à l'arrêt *Swain* de la Cour. Ce nouveau régime tient compte à la fois des besoins

individuals and bringing to trial an individual accused of a serious crime) and the needs of the accused (right to a fair trial, assessment and treatment of persons with mental disorders). The pith and substance of the impugned provisions falls within both the preventive and criminal procedure branches of the criminal law, all within well-accepted criminal law purposes (*Margarine Reference, supra*).

In *Swain, supra*, this Court found that the predecessor legislation to Part XX.1 was a valid exercise of Parliament's criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. After citing *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134, at p. 146, as an authority for the proposition that "legislation under the preventative branch of the criminal law power must relate in some way to criminal proceedings" but does not require an actual conviction, Lamer C.J. explained, at p. 1001:

Since the insanity provisions only relate to persons whose actions are proscribed by the *Criminal Code*, the required connection with criminal law is present. The system of Lieutenant Governor warrants, through the supervision of persons acquitted by reason of insanity, serves to prevent further dangerous conduct proscribed by the *Criminal Code* and thereby protects society. The protection of society is clearly one of the aims of the criminal law.

While I am aware of the potential danger of eroding provincial power if "protection of society" is characterized too broadly, I would emphasize that in this case Parliament is protecting society from individuals whose behaviour is proscribed by the *Criminal Code*. The provisions do not relate to all insane persons, but only those who, through their actions, have brought themselves within the criminal law sphere.

It is also important to note that laws dealing with the unfit accused have long been accepted as valid criminal law. Until 1990, where an accused was "acquitted on the basis of mental illness, he or she was not released, but was automatically detained at the pleasure of the Lieutenant Governor in Council:

du public (d'être protégé contre les personnes dangereuses et de traduire en justice les personnes accusées de crimes graves) et de ceux de l'accusé (le droit des personnes atteintes de troubles mentaux de bénéficier d'un procès équitable, d'une évaluation et d'un traitement). Le caractère véritable des dispositions contestées relève des volets prévention et procédure du droit criminel, lesquels s'inscrivent dans les objectifs reconnus du droit criminel (*Renvoi sur la margarine, précité*).

Dans *Swain, précité*, la Cour a conclu que la loi qui a précédé la partie XX.1 résultait d'un exercice valide de la compétence du Parlement en droit criminel prévue au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Après avoir cité *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134, p. 146, à l'appui de la thèse selon laquelle « une mesure relevant de l'aspect préventif de la compétence en droit criminel doit être reliée de quelque façon à une procédure criminelle », mais ne requiert pas, de fait, une déclaration de culpabilité, le juge en chef Lamer explique, à la p. 1001 :

Étant donné que les dispositions relatives à l'aliénation mentale ne s'appliquent qu'aux personnes dont les actes sont prohibés par le *Code criminel*, le lien requis avec le droit criminel est présent. Par le biais de la surveillance des individus acquittés pour cause d'aliénation mentale, le système des mandats du lieutenant-gouverneur vise à prévenir la répétition de comportements prohibés par le *Code criminel* et protège par conséquent la société. La protection de la société est clairement l'un des buts du droit criminel.

Tout en étant conscient du danger qu'il y a d'éroder les compétences provinciales en donnant à la notion de « protection de la société » une portée trop large, j'aimerais souligner qu'en l'espèce, le Parlement protège la société contre des individus dont le comportement est prohibé par le *Code criminel*. Ce ne sont pas tous les aliénés mentaux qui sont visés, mais seulement ceux qui, par suite de leurs actions, se voient assujettis au droit criminel.

Il importe également de souligner qu'il est depuis longtemps reconnu que les lois applicables aux accusés inaptes constituent du droit criminel valide. Jusqu'en 1990, l'accusé « acquitté pour cause d'aliénation mentale n'était pas libéré, mais [était] automatiquement détenu jusqu'à ce que le

Criminal Code, s. 614(2) (formerly s. 542(2)) (repealed S.C. 1991, c. 43, s. 3)”: *Winko, supra*, at para. 18.

28

Finally, as stated by Dickson C.J. in *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at pp. 19-20, where one level of government supports the constitutionality of another level’s legislation, the Court should be cautious before finding the impugned provision *ultra vires*:

I think it is important to note, and attach some significance to, not only the similar federal legislation but also the fact that the federal government intervened in this appeal to support the Ontario law. The distribution of powers provisions contained in the *Constitution Act, 1867* do not have as their exclusive addressees the federal and provincial governments. They set boundaries that are of interest to, and can be relied upon by, all Canadians. Accordingly, the fact of federal-provincial agreement on a particular boundary between their jurisdictions is not conclusive of the demarcation of that boundary. Nevertheless, in my opinion the Court should be particularly cautious about invalidating a provincial law when the federal government does not contest its validity or, as in this case, actually intervenes to support it and has enacted legislation based on the same constitutional approach adopted by Ontario. [Emphasis added.]

See also *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 6, 2003 SCC 3, at para. 34, and *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31, at para. 31. In the case at bar, the Attorney General of Canada, as well as the Attorney General of Ontario, have intervened to support the constitutionality of the impugned provisions of the *Criminal Code*.

29

Thus, for all the aforementioned reasons, we are of the view that the application of ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) Cr. C. to persons found unfit to stand trial, on account of permanent or temporary mental disorder, falls within the legislative

bon plaisir du lieutenant-gouverneur en conseil soit connu : *Code criminel*, par. 614(2) (auparavant par. 542(2)) (abrogé L.C. 1991, ch. 43, art. 3) » : *Winko*, précité, par. 18.

Enfin, comme l’indique le juge en chef Dickson dans *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 19-20, lorsqu’un ordre de gouvernement appuie la constitutionnalité d’une loi d’un autre ordre de gouvernement, la Cour devrait se montrer réticente à déclarer inconstitutionnelle la disposition contestée :

Selon moi, un point qu’il convient de souligner et auquel il faut attacher une certaine importance est non seulement l’existence d’une loi fédérale semblable, mais aussi le fait que le gouvernement fédéral est intervenu dans ce pourvoi pour appuyer la loi ontarienne. Les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives au partage des pouvoirs ne s’adressent pas exclusivement aux gouvernements fédéral et provinciaux. Elles établissent des lignes de démarcation qui intéressent tous les Canadiens et auxquelles ceux-ci peuvent se fier. Par conséquent, le fait que le fédéral et les provinces s’entendent sur une ligne de démarcation précise entre leurs champs de compétence respectifs n’est pas concluant quant à cette ligne de démarcation. J’estime néanmoins que la Cour devrait se montrer particulièrement réticente à invalider une loi provinciale lorsque le gouvernement fédéral n’en conteste pas la validité ou, comme c’est le cas en l’espèce, lorsqu’il va même jusqu’à intervenir pour appuyer cette loi et qu’il a lui-même adopté une loi fondée sur le même point de vue constitutionnel que celui adopté par l’Ontario. [Nous soulignons.]

Voir également *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 6, 2003 CSC 3, par. 34, et *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 31. En l’espèce, le procureur général du Canada et le procureur général de l’Ontario sont intervenus pour appuyer la constitutionnalité des dispositions contestées du *Code criminel*.

Par conséquent, pour tous ces motifs, nous sommes d’avis que l’application des art. 672.33 et 672.54 et du par. 672.81(1) C. cr. aux personnes déclarées inaptes à subir leur procès pour cause de troubles mentaux, permanents ou temporaires,

jurisdiction of the Parliament of Canada under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

C. *Do Sections 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the Criminal Code Infringe Section 7 of the Charter?*

(1) The Liberty Interest

As stated in *Winko, supra*, at para. 64, the provisions of Part XX.1 Cr. C. permit the state, through a court or Review Board, to deprive the NCR accused of his or her liberty. It is conceded by the respondent in the case at bar that an unfit accused is also deprived of his or her right to liberty under Part XX.1, because he or she is subject to a disposition order by the Review Board that imposes certain conditions on his or her liberty. It is therefore necessary to move to the next stage of the s. 7 analysis to determine whether the deprivation of liberty accords with the principles of fundamental justice.

(2) Principles of Fundamental Justice

The appellant argues that two principles of fundamental justice have been breached: (1) the presumption of innocence and (2) the principle that criminal legislation must not be overbroad.

(a) *Presumption of Innocence*

The appellant contends that Part XX.1 requires the state to treat unfit accused as offenders who have a mental illness, without taking into account that it has not been proved beyond a reasonable doubt that they have committed a criminal offence. The appellant also argues that the presumption of innocence is infringed when permanently unfit accused are subjected to the criminal justice system during an indeterminable period for the sole reason that a *prima facie* case against them exists, one that they will never be able to contest because they are permanently unfit. In sum, the appellant argues that the state cannot subject a permanently unfit accused to the criminal charges for an indeterminate period with only the goal of ensuring public safety, based solely on a *prima*

relève de la compétence législative du Parlement du Canada conférée par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

C. *Les articles 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) du Code criminel portent-ils atteinte à l'art. 7 de la Charte?*

(1) Le droit à la liberté

Comme il est précisé dans *Winko*, précité, par. 64, la partie XX.1 C. cr. permet à l'État, par l'entremise d'un tribunal ou d'une commission d'examen, de priver de sa liberté l'accusé criminellement non responsable. L'intimée concède en l'espèce que l'accusé jugé inapte est également privé de son droit à la liberté sous le régime de la partie XX.1 du fait qu'il est soumis à la décision de la commission d'examen d'imposer des conditions à sa liberté. Il est donc nécessaire de passer à l'étape suivante dans l'analyse fondée sur l'art. 7 afin de déterminer si l'atteinte à la liberté est conforme aux principes de justice fondamentale.

(2) Les principes de justice fondamentale

L'appellant soutient qu'il y a eu atteinte à deux principes de justice fondamentale : (1) la présomption d'innocence et (2) le principe qu'une loi pénale ne doit pas avoir une portée trop générale.

a) *La présomption d'innocence*

Selon l'appellant, la partie XX.1 exige que l'État traite les accusés inaptes comme des contrevenants qui ont une déficience mentale sans tenir compte de l'absence d'une preuve hors de tout doute raisonnable de la perpétration de l'infraction criminelle reprochée. L'appellant prétend également qu'il y a violation de la présomption d'innocence lorsque les accusés dont l'inaptitude est permanente demeurent assujettis au système de justice criminelle pendant une période indéfinie uniquement parce qu'il existe contre eux une preuve *prima facie*, preuve qu'ils ne pourront jamais contester en raison du caractère permanent de leur inaptitude. En bref, il soutient que l'État ne peut contraindre indéfiniment l'accusé dont l'inaptitude est permanente à répondre de l'accusation criminelle dans le seul but d'assurer la

30

31

32

facie case that he or she committed the offence charged.

33 In our view, the deprivation of the unfit accused's liberty accords with the presumption of innocence as a principle of fundamental justice.

34 As discussed by this Court in *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, at p. 685, the presumption of innocence as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* "does not necessarily require anything in the nature of proof beyond reasonable doubt, because the particular step in the process does not involve a determination of guilt". The Review Board proceedings under ss. 672.54 and 672.81(1) do not involve a determination of guilt or innocence. Nor do they presume that the unfit accused is dangerous. They simply require the Review Board to perform an assessment of the accused and impose the least onerous condition on his or her liberty. The unavailability of an absolute discharge relates to the fact that the accused has not been tried, rather than the presumption that the accused is guilty or dangerous.

35 Section 672.33 requires the court only to examine whether or not the Crown is able to put forward sufficient evidence to put the accused on trial. In other words, the Crown must adduce some "evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty": *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679, at para. 2; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, at p. 1080. Section 672.33 does not presume guilt, but rather aims at preventing abuses of the regime under Part XX.1 Cr. C. by providing that the accused is acquitted when the evidence presented to the court is insufficient to put him or her on trial.

36 Even though the disposition orders do restrict the unfit person's liberty, they do not aim to punish the

sécurité du public et uniquement en se fondant sur une preuve *prima facie* de la perpétration de l'infraction reprochée.

À notre avis, l'atteinte à la liberté de l'accusé inapte ne contrevient pas à la présomption d'innocence en tant que principe de justice fondamentale.

Comme l'indique la Cour dans *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, p. 685, la présomption d'innocence en tant que principe de justice fondamentale aux termes de l'art. 7 de la *Charte* « n'exige pas nécessairement de preuve quelconque hors de tout doute raisonnable, parce que l'étape en cause du processus ne comporte pas de détermination de la culpabilité ». Les instances devant la commission d'examen prévues à l'art. 672.54 et au par. 672.81(1) ne comportent pas de détermination quant à la culpabilité ou à l'innocence. Il n'est pas non plus présumé que l'accusé inapte est dangereux. Il est simplement exigé que la commission d'examen évalue l'accusé et lui impose la condition la moins privative de liberté. L'impossibilité de bénéficier d'une libération inconditionnelle tient au fait que l'accusé n'a pas subi son procès, plutôt qu'à la présomption de sa culpabilité ou de sa dangerosité.

Selon l'article 672.33, le tribunal doit seulement déterminer si le ministère public est capable de présenter suffisamment d'éléments de preuve pour permettre d'ordonner que l'accusé subisse son procès. En d'autres termes, le ministère public doit présenter des « éléments de preuve au vu desquels un jury [raisonnable], ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité » : *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679, par. 2; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, p. 1080. L'article 672.33 ne comporte pas de présomption de culpabilité, mais vise plutôt à prévenir qu'on abuse du régime prévu à la partie XX.1 C. cr. en permettant l'acquiescement de l'accusé lorsque les éléments de preuve présentés au tribunal ne suffisent pas pour ordonner la tenue de son procès.

Même si les décisions restreignent la liberté de la personne inapte, elles ne visent pas à la punir. Elles

accused. Nor are they based on a presumption of guilt or innocence. The *prima facie* case against the unfit accused is sufficient to keep him or her under Part XX.1 Cr. C. and is consistent with *Pearson, supra*.

(b) *Overbreadth*

It is a well-established principle of fundamental justice that criminal legislation must not be overbroad: *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *Winko, supra*; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606.

The appellant argues that Part XX.1 Cr. C. assumes that persons who are found unfit to stand trial will become fit. He submits that in the event that this Court concludes that the state can restrain the liberty of accused persons unfit to stand trial on account of permanent mental disorders, with the sole goal of protecting the public, these provisions are overbroad. He also argues that the provisions are overbroad because they require the court or the Review Board to restrain the liberty of an unfit accused even in the absence of a conclusion that he or she represents a significant threat to the safety of the public.

Overbreadth in criminal legislation was examined by our Court in *Heywood, supra*, at pp. 792-93:

Overbreadth analysis looks at the means chosen by the state in relation to its purpose. In considering whether a legislative provision is overbroad, a court must ask the question: are those means necessary to achieve the State objective? If the State, in pursuing a legitimate objective, uses means which are broader than is necessary to accomplish that objective, the principles of fundamental justice will be violated because the individual's rights will have been limited for no reason. The effect of overbreadth is that in some applications the law is arbitrary or disproportionate.

In *Winko, supra*, at para. 71, this Court stated that the scheme under s. 672.54 is not overbroad in regards to NCR accused because Parliament has stipulated that unless it is established that the NCR

ne sont pas non plus fondées sur une présomption de culpabilité ou d'innocence. La preuve *prima facie* contre l'accusé inapte suffit pour maintenir son assujettissement à la partie XX.1 C. cr. et est conforme à l'arrêt *Pearson*, précité.

b) *La portée excessive*

Selon un principe de justice fondamentale bien établi, une loi pénale ne doit pas avoir une portée trop générale : *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Winko*, précité; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

D'après l'appelant, la partie XX.1 C. cr. part du principe que les personnes jugées inaptes à subir leur procès deviendront aptes. Il soutient que, si la Cour, dans le seul but d'assurer la protection du public, conclut que l'État peut restreindre la liberté des accusés jugés inaptes à subir leur procès pour cause de troubles mentaux permanents, les dispositions concernées sont trop générales. Il prétend également qu'elles ont une portée excessive parce qu'elles exigent que le tribunal ou la commission d'examen restreignent la liberté de l'accusé inapte même s'ils n'ont pas conclu qu'il représente un risque important pour la sécurité du public.

La question de la portée excessive des lois pénales est examinée par la Cour dans *Heywood*, précité, p. 792-793 :

L'analyse de la portée excessive porte sur les moyens choisis par l'État par rapport à l'objet qu'il vise. Lorsqu'il examine si une disposition législative a une portée excessive, le tribunal doit se poser la question suivante : ces moyens sont-ils nécessaires pour atteindre l'objectif de l'État? Si, dans un but légitime, l'État utilise des moyens excessifs pour atteindre cet objectif, il y aura violation des principes de justice fondamentale parce que les droits de la personne auront été restreints sans motif. Lorsqu'une loi a une portée excessive, il s'ensuit qu'elle est arbitraire ou disproportionnée dans certaines de ses applications.

Dans *Winko*, précité, par. 71, la Cour a affirmé que le régime prévu à l'art. 672.54 n'a pas une portée excessive à l'égard de l'accusé criminellement non responsable parce que le législateur a prévu qu'il

37

38

39

40

accused is a significant threat to public safety, he must be discharged absolutely. In cases where a significant threat is established, Parliament has further stipulated that the least onerous and least restrictive disposition of the accused must be selected. This ensures that the NCR accused's liberty is impaired no more than is necessary to protect public safety.

41 The least onerous disposition under s. 672.54(a), absolute discharge, is not available to the accused found unfit to stand trial. This is justified in the case of an unfit accused who does not suffer from a permanent mental disorder, and does not overshoot the goals of Part XX.1, particularly the goal of providing individual assessment and opportunities for appropriate treatment: *Winko, supra*, at para. 43. The purpose of Part XX.1, as a unique scheme that exists within the criminal process, is to allow for the ongoing treatment or assessment of the accused in order for him or her to become fit for an eventual trial while preserving his or her maximum liberty and dignity. Part XX.1 is not overbroad in the case of temporarily unfit accused, because the means chosen by Parliament significantly advance the goals of assessment and treatment, which can result in rendering the accused fit for trial and the goal of protecting the public.

42 However, in the case of a permanently unfit accused, a trial is not a possibility; therefore, the objective of rendering the accused fit for trial does not apply. The criminal process will never come to an end because the accused will not become fit for trial. In enacting Part XX.1, Parliament has set up an assessment and treatment system so that the accused can become fit, thus creating a presumption of possibility of recovered capacity to stand trial.

43 Consequently, the continued subjection of an unfit accused to the criminal process, where there is clear evidence that capacity will never be recovered and there is no evidence of a significant threat

doit être libéré inconditionnellement à moins qu'il ne soit établi qu'il représente un risque important pour la sécurité du public. En outre, dans le cas où l'existence d'un risque important est prouvée, le législateur a prévu que l'accusé doit bénéficier de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté. Ainsi, la liberté de l'accusé criminellement non responsable n'est pas entravée plus qu'il n'est nécessaire pour protéger la sécurité du public.

L'accusé jugé inapte à subir son procès ne peut bénéficier d'une libération inconditionnelle, qui est la décision la moins sévère prévue à l'al. 672.54a). Cette situation est justifiée dans le cas de l'accusé qui n'est pas atteint d'un trouble mental permanent, et ne va pas au-delà des objectifs de la partie XX.1, particulièrement celui d'assurer une évaluation individuelle et la possibilité de recevoir un traitement approprié : *Winko*, précité, par. 43. L'objet de la partie XX.1, régime unique dans le processus pénal, est de fournir à l'accusé un traitement ou une évaluation continue afin de le rendre éventuellement apte à subir son procès tout en préservant au maximum sa liberté et sa dignité. La partie XX.1 n'a pas une portée excessive dans le cas de l'accusé dont l'inaptitude est temporaire parce que les moyens choisis par le législateur favorisent nettement la réalisation des objectifs d'évaluation et de traitement, lesquels peuvent rendre l'accusé apte à subir son procès, et de l'objectif d'assurer la protection du public.

Toutefois, dans le cas de l'accusé dont l'inaptitude est permanente, la tenue d'un procès est impossible; par conséquent, l'objectif de le rendre apte à subir son procès ne s'applique pas. Le processus pénal ne pourra jamais prendre fin parce que l'accusé ne deviendra jamais apte à subir son procès. En édictant la partie XX.1, le législateur a mis sur pied un régime d'évaluation et de traitement visant à rendre l'accusé apte à subir son procès, créant ainsi la présomption qu'il est possible d'acquérir l'aptitude à subir un procès.

Par conséquent, lorsque la preuve démontre clairement que l'accusé n'acquerra jamais l'aptitude nécessaire et que rien ne prouve qu'il représente un risque important pour la sécurité du

to public safety, makes the law overbroad because the means chosen are not the least restrictive of the unfit person's liberty and are not necessary to achieve the state's objective. Accordingly, these sections of the law restrict the liberty of permanently unfit accused "for no reason", to use Cory J.'s words in *Heywood*, *supra*, at p. 793.

(3) The Proper Approach to Section 7

The respondent argues that the impugned provisions do not violate the principles of fundamental justice because they strike an appropriate balance between the interests of society and the accused. It relies on *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at p. 152, where McLachlin J. wrote that "[f]undamental justice requires that a fair balance be struck between these interests, both substantively and procedurally."

In making this argument, the respondent misconceives the role played by "balancing" in the structure of s. 7 of the *Charter*. It effectively argues that it is a principle of fundamental justice that the correct balance be struck between individual and societal interests. However, as a majority of this Court made clear in the case of *Malmo-Levine*, *supra*, at para. 97, the "balancing of interests" referred to by McLachlin J. in *Cunningham* is to be taken into consideration by courts only when they are deriving or construing the content and scope of the principles of fundamental justice themselves. It is not in and of itself a freestanding principle of fundamental justice which must be respected if a deprivation of life, liberty and security of the person is to be upheld. This was explained by Gonthier and Binnie JJ. in *Malmo-Levine*, at paras. 96 and 98:

We do not think that these authorities should be taken as suggesting that courts engage in a free-standing inquiry under s. 7 into whether a particular legislative measure "strikes the right balance" between individual and societal interests in general, or that achieving the right balance is itself an overarching principle of fundamental justice. Such a general undertaking to balance individual

public, son assujettissement continu au processus pénal donne au texte législatif une portée excessive parce que les moyens choisis ne sont pas les moins privatifs de liberté à l'égard de la personne inapte et ne sont pas nécessaires à la réalisation de l'objectif de l'État. Ces dispositions de la loi restreignent donc « sans motif », pour reprendre l'expression du juge Cory dans *Heywood*, précité, p. 793, la liberté de l'accusé dont l'inaptitude est permanente.

(3) La démarche applicable à l'art. 7

Selon l'intimée, les dispositions contestées ne violent pas les principes de justice fondamentale parce qu'elles établissent un juste équilibre entre les intérêts de la société et ceux de l'accusé. Elle s'appuie sur *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, p. 152, dans lequel la juge McLachlin dit que « [l]a justice fondamentale exige un juste équilibre entre ces droits, tant du point de vue du fond et que de celui de la forme. »

En avançant un tel argument, l'intimée se méprend sur le rôle que joue la « pondération » dans la structure de l'art. 7 de la *Charte*. Elle soutient à juste titre que le juste équilibre entre les droits individuels et les intérêts de la société constituent un principe de justice fondamentale. Toutefois, comme les juges majoritaires de la Cour l'indiquent clairement dans *Malmo-Levine*, précité, par. 97, les tribunaux ne doivent tenir compte de la « pondération des droits et intérêts » dont parle la juge McLachlin dans *Cunningham* que lorsqu'ils déduisent ou interprètent le contenu et la portée des principes mêmes de justice fondamentale. Il ne s'agit pas en soi d'un principe de justice fondamentale distinct qui doit être respecté lorsque l'atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne doit être justifiée. C'est ce qu'expliquent les juges Gonthier et Binnie dans *Malmo-Levine*, précité, par. 96 et 98 :

Nous ne croyons pas que ces arrêts indiquent que les tribunaux doivent, en vertu de l'art. 7, se livrer à un examen distinct pour décider si une mesure législative donnée établit un « juste équilibre » entre les droits de l'individu et les intérêts de la société en général, ou que l'établissement d'un juste équilibre constitue en soi un principe de justice fondamentale dominant. Une telle

44

45

and societal interests, *independent of any identified principle of fundamental justice*, would entirely collapse the s. 1 inquiry into s. 7.

démarche générale de mise en balance des droits individuels et des intérêts sociétaux, *sans égard à un principe de justice fondamentale déterminé*, intègre entièrement l'examen que commande l'article premier à l'analyse fondée sur l'art. 7.

The balancing of individual and societal interests within s. 7 is only relevant when elucidating a particular principle of fundamental justice. As Sopinka J. explained in *Rodriguez*, . . . “in arriving at these principles (of fundamental justice), a balancing of the interest of the state and the individual is required” (pp. 592-93. . .). [Italics and underlining in original.]

La pondération des droits individuels et des intérêts sociétaux dans l'analyse fondée sur l'art. 7 n'est pertinente que pour préciser un principe de justice fondamentale en particulier. Comme l'a expliqué le juge Sopinka dans l'arrêt *Rodriguez*, [. . .] « pour établir ces principes (de justice fondamentale), il est nécessaire de pondérer les intérêts de l'État et ceux de l'individu » (p. 592-593. . .). [Italiques et soulignement dans l'original.]

46

With respect to a justification analysis under s. 1 of the *Charter*, it was mentioned in *Heywood*, *supra*, at pp. 802-3 that “[o]verbroad legislation which infringes s. 7 of the *Charter* would appear to be incapable of passing the minimal impairment branch of the s. 1 analysis.” To the extent that the impugned provisions at issue are overbroad, it impairs individuals’ interests unnecessarily, and therefore has not employed the least restrictive means of achieving Parliament’s objective under the circumstances.

En ce qui concerne l'analyse de la justification au sens de l'article premier de la *Charte*, la Cour mentionne dans *Heywood*, précité, p. 802-803, qu'« [u]n texte législatif d'une portée excessive qui contrevient à l'art. 7 de la *Charte* ne pourrait, selon toute évidence, satisfaire au volet de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier. » Dans la mesure où les dispositions contestées en l'espèce sont d'une portée excessive, elles violent inutilement les droits individuels et ne constituent donc pas le moyen le moins privatif de liberté pour la réalisation de l'objectif de l'État dans les circonstances.

D. *Analysis of the Process and its Shortcomings*

D. *L'analyse du processus et de ses lacunes*

47

Although the court and Review Board have a wide latitude in determining the appropriate conditions to be imposed under s. 672.54 Cr. C., the scope of their authority does not encompass the power to make an order for psychiatric or other treatment of the accused or an order requiring the accused to submit to such treatment, unless the accused consents to the condition and the Review Board or court considers it reasonable and necessary in the interests of the accused: s. 672.55 Cr. C. However, a determination of the least restrictive and onerous disposition compatible with the unfit accused's current situation under s. 672.54 Cr. C. requires an evaluation of the individual's dangerousness, among other factors. It is therefore necessary to examine the powers of the court and Review Board under Part XX.1, particularly their ability to order psychiatric evaluations,

Bien que le tribunal et la commission d'examen disposent d'une grande latitude pour déterminer les modalités à imposer dans le cadre de l'art. 672.54 C. cr., leurs pouvoirs ne vont pas jusqu'à comprendre celui de prescrire un traitement, notamment un traitement psychiatrique, pour l'accusé ou d'ordonner qu'il s'y soumette, à moins qu'il s'agisse d'une condition que le tribunal ou la commission d'examen estime raisonnable et nécessaire aux intérêts de l'accusé et que celui-ci y consente (art. 672.55 C. cr.). Toutefois, sous le régime de l'art. 672.54 C. cr., la décision la moins privative de liberté et la moins sévère qui convienne à la situation de l'accusé requiert, entre autres, l'évaluation de la dangerosité de la personne. Il est donc nécessaire d'examiner les pouvoirs que la partie XX.1 confère au tribunal et à la commission d'examen, particulièrement celui

to ensure that the scheme provides for the ongoing assessment of the unfit accused.

(1) Powers and Role of the Review Board

The regime under Part XX.1 is inquisitorial rather than adversarial: *Winko, supra*, at para. 54. The court or Review Board gathers and reviews all available evidence pertaining to the four factors set out in s. 672.54: public protection, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society, and the other needs of the accused (*Winko, supra*, at para. 55).

While a court, under Part XX.1 Cr. C., orders a first psychiatric evaluation and makes an initial determination, the Review Board is in charge of evaluating all the relevant factors on an ongoing basis and making, as best as it can, an assessment of whether the unfit accused poses a significant threat to the safety of the public. However, the Review Board itself lacks the power to order psychiatric evaluations. Such a power, which is necessary to make an accurate assessment of the accused, is especially important as time passes (after the initial evaluation) and the accused is neither undergoing treatment nor detained in a hospital. For the Review Board to properly assess the individual, and to make or recommend an appropriate disposition to fit the given situation of an accused, it must have the authority to order a psychiatric evaluation. As discussed below, its inability to order such evaluations fails to provide for the proper assessment of the permanently unfit accused, which, in our view, results in unfair treatment under Part XX.1.

(2) Powers and Role of the Courts

Unlike the Review Board, the court has the power, under s. 672.11 Cr. C., to order psychiatric evaluations:

672.11 A court having jurisdiction over an accused in respect of an offence may order an assessment of the mental condition of the accused, if it has reasonable

d'ordonner des évaluations psychiatriques, afin que le régime prévoit l'évaluation continue de l'accusé inapte.

(1) Les pouvoirs et le rôle de la commission d'examen

Le régime prévu à la partie XX.1 est de type inquisitoire plutôt que contradictoire : *Winko*, précité, par. 54. Le tribunal ou la commission d'examen réunit et examine tous les éléments de preuve relatifs aux quatre facteurs prévus à l'art. 672.54 : la protection du public, l'état mental de l'accusé, sa réinsertion sociale et ses autres besoins (*Winko*, précité, par. 55).

Même si, sous le régime de la partie XX.1 C. cr., c'est le tribunal qui ordonne une première évaluation psychiatrique et rend la décision initiale, il appartient à la commission d'examen d'analyser de façon continue les facteurs pertinents et d'évaluer le mieux possible si l'accusé inapte représente un risque important pour la sécurité du public. Cependant, la commission d'examen n'a pas elle-même le pouvoir d'ordonner les évaluations psychiatriques. Ce pouvoir, qui est nécessaire pour évaluer correctement l'accusé, revêt une importance particulière au fur et à mesure que passe le temps (après l'évaluation initiale) sans que l'accusé suive de traitement ou soit détenu dans un hôpital. Pour que la commission d'examen évalue correctement l'individu et qu'elle rende la décision ou formule les recommandations qui conviennent à sa situation particulière, elle doit avoir le pouvoir d'ordonner une évaluation psychiatrique. Comme nous le verrons plus loin, l'impossibilité pour la commission d'ordonner de telles évaluations fait que l'accusé dont l'inaptitude est permanente ne peut être correctement évalué, ce qui, à notre avis, entraîne un traitement injuste sous le régime de la partie XX.1.

(2) Les pouvoirs et le rôle des tribunaux

Contrairement à la commission d'examen, le tribunal a le pouvoir, en vertu de l'art. 672.11 C. cr., d'ordonner des évaluations psychiatriques :

672.11 Le tribunal qui a compétence à l'égard d'un accusé peut rendre une ordonnance portant évaluation de l'état mental de l'accusé s'il a des motifs raisonnables

48

49

50

grounds to believe that such evidence is necessary to determine

(a) whether the accused is unfit to stand trial;

(d) the appropriate disposition to be made, where a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder or unfit to stand trial has been rendered in respect of the accused.

51

Under Part XX.1, courts are afforded a certain discretion to order an assessment of the accused's mental condition where they have jurisdiction over the accused. However, this discretion seems limited (1) to making a first disposition under s. 672.54 after a verdict of unfit to stand trial has initially been rendered, and (2) to ordering a proceeding under s. 672.33 Cr. C., according to which no individual declared unfit to stand trial may continue to be subjected to criminal proceedings where the Crown is unable to establish a *prima facie* case against him or her. Section 672.11 does not explicitly grant the court the power to order a psychiatric evaluation for the mandatory review of a disposition under s. 672.81(1). The process under Part XX.1 therefore makes the court's power to order psychiatric evaluations unproductive after the first disposition, because the court does not deal at the same time with sufficiency of evidence and dangerousness.

(3) Application of the Process to Permanently Unfit Accused Who Do Not Present a Significant Threat to Public Safety

52

The entire criminal process in relation to permanently unfit accused rests on psychiatric evaluations, namely assessments of fitness to stand trial and assessments of dangerousness. Psychiatric evaluations are necessary to assess the mental condition of the permanently unfit accused in order to impose the least restrictive conditions, if any, on his or her liberty. The inability of courts and Review Boards to order an assessment of the accused after the initial evaluation makes it impossible to ensure that the disposition under s. 672.54 or any review pursuant

de croire qu'une preuve concernant son état mental est nécessaire pour :

a) déterminer l'aptitude de l'accusé à subir son procès;

d) dans le cas où un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux a été rendu à l'égard de l'accusé, déterminer la décision qui devrait être prise.

Sous le régime de la partie XX.1, les tribunaux disposent d'un certain pouvoir discrétionnaire qui leur permet d'ordonner une évaluation de l'état mental de l'accusé lorsqu'ils ont compétence à son égard. Toutefois, ce pouvoir semble se limiter (1) à rendre la première décision dans le cadre de l'art. 672.54 après le prononcé initial du verdict d'inaptitude et (2) à ordonner la procédure prévue à l'art. 672.33 C. cr., selon lequel nulle personne déclarée inapte à subir son procès ne peut continuer d'être assujettie à des procédures criminelles si le ministère public ne peut établir contre elle une preuve *prima facie*. L'article 672.11 ne confère pas expressément au tribunal le pouvoir d'ordonner une évaluation psychiatrique dans le cadre de la révision obligatoire prévue au par. 672.81(1). Le processus établi à la partie XX.1 rend donc le pouvoir du tribunal d'ordonner les évaluations psychiatriques improductif après la première décision parce que le tribunal ne se prononce pas en même temps sur le caractère suffisant de la preuve et sur la dangerosité.

(3) L'application du processus aux accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public

L'ensemble du processus pénal se rapportant aux accusés dont l'inaptitude est permanente repose sur les évaluations psychiatriques, à savoir les évaluations de leur aptitude à subir leur procès et les évaluations de la dangerosité. Les évaluations psychiatriques sont nécessaires pour apprécier l'état mental de l'accusé dont l'inaptitude est permanente afin que lui soient imposées, s'il y a lieu, les conditions les moins privatives de liberté. L'impossibilité pour les tribunaux et les commissions d'examen d'ordonner une autre évaluation de l'accusé, après

to s. 672.81(1) is tailored to the unfit accused's current circumstances.

A permanently unfit accused will never become fit, nor will he or she ever be tried. Such individuals will be subject to anxiety, concern and stigma because of the criminal proceedings that hang over them indefinitely.

The respondent submits that there is a way of putting a stop to the proceedings, namely its discretion to withdraw the charges against the accused notwithstanding the existence of a *prima facie* case, a power within the prerogative of the Crown. Although this Court has recognized the importance of prosecutorial discretion (see *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *Krieger v. Law Society of Alberta*, [2002] 3 S.C.R. 372, 2002 SCC 65), the constitutional validity of the impugned scheme in this case cannot depend on such discretion.

In our view, Part XX.1 Cr. C. fails to deal fairly with the permanently unfit accused who are not a significant threat to public safety. Society's interest in bringing accused persons to trial cannot be accomplished, nor can society's interest in treating the accused fairly. The regime fails to provide for an end to the prosecution. Permanently unfit accused are subject to indefinite conditions on their liberty, of varying degrees of restrictiveness, resulting from the disposition orders of the Review Board or the court, who do not even have the power to order a psychiatric assessment in order to adapt a disposition to meet the permanently unfit accused's current circumstances. Thus, the failure of the regime to provide for the permanently unfit accused, combined with the continued subjection of an unfit accused to the criminal process, where there is clear evidence that capacity will never be recovered, renders the entire scheme under Part XX.1 overbroad as it relates to permanently unfit accused who do not pose a significant threat to the safety of the public.

l'évaluation initiale, fait qu'il leur est impossible d'adapter la décision visée à l'art. 672.54 ou la révision prévue au par. 672.81(1) à la situation actuelle de l'accusé inapte.

L'accusé dont l'inaptitude est permanente ne deviendra jamais apte à subir son procès et ne sera jamais jugé non plus. Ces personnes souffriront d'anxiété, d'inquiétude et seront stigmatisées à cause des procédures criminelles dont elles peuvent toujours faire l'objet.

L'intimée soutient qu'il existe un moyen de mettre fin aux procédures, soit son pouvoir discrétionnaire de retirer les accusations contre l'accusé malgré l'existence d'une preuve *prima facie*. Ce pouvoir relève de la prérogative de la Couronne. Bien que la Cour ait reconnu l'importance du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites (voir *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, 2002 CSC 65), la constitutionnalité du régime contesté en l'espèce ne saurait dépendre de ce pouvoir discrétionnaire.

Nous estimons que la partie XX.1 C. cr. ne traite pas de manière équitable les accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public. Elle va à l'encontre de l'intérêt qu'a la société à traduire les accusés en justice et à celui qu'elle a de traiter les accusés d'une manière équitable. Le régime ne prévoit pas la fin des poursuites. La liberté des accusés dont l'inaptitude est permanente est assortie de conditions plus ou moins privatives de liberté pour une période indéfinie, selon les décisions de la commission d'examen ou du tribunal, lesquels n'ont pas même le pouvoir d'ordonner une évaluation psychiatrique afin d'adapter la décision à la situation actuelle de l'accusé dont l'inaptitude est permanente. Par conséquent, le fait qu'il ne soit pas tenu compte des besoins de l'accusé et que celui-ci demeure assujéti au processus pénal, alors qu'il ressort clairement de la preuve qu'il ne deviendra jamais apte à subir son procès, donne au régime prévu dans la partie XX.1 une portée excessive dans la mesure où il vise l'accusé inapte de façon permanente qui ne représente pas un risque important pour la sécurité du public.

53

54

55

E. *Remedy*

56 Because the impugned provisions are unconstitutional as a violation of s. 7 of the *Charter*, a remedy under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* is in order, particularly because the main problem here is the overbreadth of the legislation. As outlined in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, there is a range of possible remedies available. The remedy of choice under the circumstances is a declaration of invalidity that is to be suspended for a period of twelve months.

57 It is inappropriate to simply strike down the legislation in this case since doing so would create a lacuna in the regime before Parliament would have a chance to act. In accordance with *Schachter, supra*, a suspended declaration of invalidity is warranted in situations like this one, where striking down the legislation could create a danger to public safety. For similar reasons, Lamer C.J. in *Swain, supra*, at p. 1021, avoided declaring the legislation at issue of no force or effect and suspended the declaration of invalidity:

If, based on the reasons given above, s. 542(2) is simply declared to be of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, it will mean that as of the date this judgment is released, judges will be compelled to release into the community all insanity acquittees, including those who may well be a danger to the public. Because of the serious consequences of finding s. 542(2) to be of no force and effect, there will be a period of temporary validity which will extend for a period of six months.

58 In addition, the “reading in” remedy of *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, is also not appropriate here because doing so would necessarily include reading in detailed and complicated consequential amendments to the existing legislation, which, as the Court decided in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, is better left to Parliament or the legislatures. Nor is the “reading down” remedy appropriate for similar reasons.

59 Under the circumstances, and recognizing the federal government’s acknowledgement of the

E. *La réparation*

Comme les dispositions contestées sont inconstitutionnelles parce qu’elles violent l’art. 7 de la *Charte*, il convient d’accorder réparation en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* surtout parce que le problème principal en l’espèce est la portée excessive de la loi. Comme il est mentionné dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, tout un éventail de réparations sont possibles. La réparation la plus indiquée dans les circonstances consiste en une déclaration d’invalidité dont l’effet est suspendu pour 12 mois.

Il n’est pas opportun en l’espèce de simplement annuler la loi puisque cela créerait une lacune dans le régime avant que le Parlement ait la possibilité de prendre des mesures. Selon l’arrêt *Schachter*, précité, une déclaration d’invalidité dont l’effet est suspendu est justifiée dans une situation comme celle-ci où l’annulation de la loi pourrait engendrer un risque pour la sécurité du public. Dans *Swain*, précité, p. 1021, le juge en chef Lamer avait évité, pour des raisons similaires, de déclarer la loi en cause inopérante et avait suspendu l’effet de la déclaration d’invalidité :

Si, pour les motifs donnés précédemment, le par. 542(2) est simplement déclaré inopérant conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il s’en suivra qu’à compter de la date du présent jugement, les juges seront obligés de libérer dans la société toutes les personnes acquittées pour cause d’aliénation mentale, y compris celles qui pourraient fort bien présenter un danger pour le public. En raison des conséquences graves d’une telle déclaration, le par. 542(2) jouira d’une période de validité temporaire de six mois.

En outre, le recours à l’« interprétation large » préconisée dans *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, n’est pas indiqué en l’espèce puisque cela impliquerait nécessairement des modifications corrélatives précises et compliquées aux lois existantes, responsabilité qu’il convient, selon l’arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, de laisser au Parlement et aux législatures. L’« interprétation atténuée » n’est pas indiquée non plus pour des raisons similaires.

Dans les circonstances et compte tenu du fait que le gouvernement fédéral reconnaît la nécessité de

need to address the situation of permanently unfit accused and its intent to propose amendments to the legislation (see *Response to the 14th Report of the Standing Committee on Justice and Human Rights: Review of the Mental Disorder Provisions of the Criminal Code* (November 2002), at p. 11), we order a declaration of invalidity of the impugned provisions of Part XX.1 Cr. C. as a result of their overbreadth in regard to permanently unfit accused who do not pose a significant threat.

This declaration is suspended for a period of 12 months to allow for Parliament to amend the legislation. Such amendments, as already proposed by Government in November 2002, would allow courts, under s. 672.54 Cr. C. to absolutely discharge a permanently unfit accused either on its own motion or following the recommendation of a Review Board. They would also allow for courts or Review Boards to order psychiatric evaluations if no current evaluations are available to them.

In case, however, Parliament does not amend the legislation within a year, there is a need to consider the issue of whether an individual remedy under s. 24(1) is available in conjunction with the suspended declaration of invalidity pursuant to s. 52. In *Schachter, supra*, at p. 720, Lamer C.J. limited the situations in which courts could grant individual remedies under s. 24(1) in conjunction with s. 52 remedies:

An individual remedy under s. 24(1) of the *Charter* will rarely be available in conjunction with an action under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Ordinarily, where a provision is declared unconstitutional and immediately struck down pursuant to s. 52, that will be the end of the matter. No retroactive s. 24 remedy will be available. It follows that where the declaration of invalidity is temporarily suspended, a s. 24 remedy will not often be available either. To allow for s. 24 remedies during the period of suspension would be tantamount to giving the declaration of invalidity retroactive effect. Finally, if a court takes the course of reading down or in, a s. 24 remedy would probably only duplicate the relief

remédier à la situation des accusés dont l'inaptitude est permanente et qu'il a l'intention de proposer des modifications législatives (voir *Réponse au 14^e rapport du Comité permanent de la justice et des droits de la personne : Examen des dispositions du Code criminel relatives aux troubles mentaux* (novembre 2002), p. 11), nous déclarons inconstitutionnelles les dispositions contestées de la partie XX.1 C. cr. en raison de leur portée excessive à l'égard des accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important.

L'effet de la présente déclaration est suspendu pour 12 mois afin que le Parlement puisse modifier la loi. Ces modifications, déjà proposées par le gouvernement en novembre 2002, permettraient aux tribunaux d'ordonner en vertu de l'art. 672.54 C. cr., d'office ou sur la recommandation d'une commission d'examen, la libération inconditionnelle des accusés dont l'inaptitude à subir leur procès est permanente. Elles habiliteraient également le tribunal ou la commission d'examen à ordonner une évaluation psychiatrique s'ils ne disposent pas d'une évaluation récente.

Toutefois, si le Parlement ne modifie pas la loi d'ici un an, il sera nécessaire d'examiner s'il y a lieu d'accorder réparation en vertu du par. 24(1) en même temps qu'une déclaration d'invalidité suspendue en vertu de l'art. 52. Dans *Schachter*, précité, p. 720, le juge en chef Lamer a limité les cas où les tribunaux peuvent accorder une réparation fondée sur le par. 24(1) en même temps que des mesures correctrices en vertu de l'art. 52 :

Il y aura rarement lieu à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en même temps qu'une mesure prise en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Habituellement, si une disposition est déclarée inconstitutionnelle et immédiatement annulée en vertu de l'art. 52, l'affaire est close. Il n'y aura pas lieu à une réparation rétroactive en vertu de l'art. 24. Par conséquent, si l'effet de la déclaration d'invalidité est temporairement suspendu, il n'y aura pas non plus souvenant lieu à une réparation en vertu de l'art. 24. Permettre une réparation fondée sur l'art. 24 pendant la période de suspension équivaudrait à donner un effet rétroactif à la déclaration d'invalidité. Enfin, si un tribunal décide

60

61

flowing from the action that court has already taken. [Emphasis added.]

62

This rule precludes courts from granting a s. 24(1) individual remedy during the period of suspended invalidity. Although this rule has mostly been applied in cases dealing with pecuniary liability (see *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347, at para. 18; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48, at para. 43), the policy rationale for this rule is not in our view based solely on financial liability. This was discussed by our Court in *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13, at para. 79:

Thus, the government and its representatives are required to exercise their powers in good faith and to respect the “established and indisputable” laws that define the constitutional rights of individuals. However, if they act in good faith and without abusing their power under prevailing law and only subsequently are their acts found to be unconstitutional, they will not be liable. Otherwise, the effectiveness and efficiency of government action would be excessively constrained. Laws must be given their full force and effect as long as they are not declared invalid. Thus it is only in the event of conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power that damages may be awarded.

In our view, there is no reason to revisit the wisdom of the *Schachter* rule in the present case. There is no evidence that government acted in bad faith or abused its powers.

63

Although the rule in *Schachter*, *supra*, precludes courts from combining retroactive remedies under s. 24(1) with s. 52 remedies, it does not stop courts from awarding prospective remedies under s. 24(1) in conjunction with s. 52 remedies. Therefore, if Parliament does not amend the invalid legislation within one year, those accused who do not pose a significant threat to the safety of the public can ask for a stay of proceedings as an individual remedy under s. 24(1) of the *Charter*. This will quash the criminal charge and liberate them from what will

de donner une interprétation atténuée ou une interprétation large, une réparation fondée sur l’art. 24 ne ferait probablement qu’accorder le même redressement que celui découlant de la mesure déjà prise par les tribunaux. [Nous soulignons.]

Cette règle interdit aux tribunaux d’octroyer une réparation fondée sur le par. 24(1) pendant la période de suspension de la déclaration d’invalidité. Même si cette règle a été principalement appliquée dans des affaires de responsabilité pécuniaire (voir *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, par. 18; *Office des services à l’enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48, par. 43), sa raison d’être n’est pas, à notre avis, fondée sur la responsabilité financière. La Cour a analysé la question dans *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13, par. 79 :

Ainsi, l’État et ses représentants sont tenus d’exercer leurs pouvoirs de bonne foi et de respecter les règles de droit « établies et incontestables » qui définissent les droits constitutionnels des individus. Cependant, s’ils agissent de bonne foi et sans abuser de leur pouvoir eu égard à l’état du droit, et qu’après coup seulement leurs actes sont jugés inconstitutionnels, leur responsabilité n’est pas engagée. Autrement, l’effectivité et l’efficacité de l’action gouvernementale seraient exagérément contraintes. Les lois doivent être appliquées dans toute leur force et [tout leur] effet tant qu’elles ne sont pas invalidées. Ce n’est donc qu’en cas de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d’abus de pouvoir que des dommages-intérêts peuvent être octroyés.

À notre avis, il n’y a aucune raison en l’espèce de réexaminer la sagesse de la règle énoncée dans *Schachter*. Rien n’indique que le gouvernement ait agi de mauvaise foi ou ait abusé de ses pouvoirs.

Même si la règle énoncée dans *Schachter*, précité, interdit aux tribunaux de combiner réparations rétroactives fondées sur le par. 24(1) et réparations fondées sur le par. 52, elle ne les empêche pas d’accorder des réparations prospectives en vertu du par. 24(1) en même temps qu’une réparation fondée sur l’art. 52. Par conséquent, si le Parlement ne modifie pas le texte législatif invalide d’ici un an, les accusés qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public auront alors le droit de demander l’arrêt des procédures

remain of the impugned regime. As recently stated by LeBel J. in *Regan, supra*, at para. 54, citing *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 75, a stay of proceedings is a “drastic” remedy, and is therefore reserved for the cases where a very high threshold is met:

... a stay of proceedings will only be appropriate when two criteria are met:

- (1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and
- (2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice.

Thus, a stay should be granted to permanently unfit accused who do not pose a significant threat to the safety of the public, in order to prevent their indefinite subjection to criminal proceedings. In deciding whether or not to grant a stay, courts will have to consider such factors as the nature of the accusation, the time since the offence, later conduct, initial and current medical evaluations, whether the accused is taking medication required to eliminate the risk, as well as all other relevant information and circumstances of the accused. Also, as mentioned by this Court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at para. 92, it will also be appropriate at this stage “to balance the interests that would be served by the granting of a stay of proceedings against the interest that society has in having a final decision on the merits”. This balancing recognizes that the administration of justice is best served by staying the proceedings where the affront to fairness and decency is disproportionate to the societal interest in the subjection of the accused to criminal proceedings: *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667.

à titre de réparation individuelle fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. L’arrêt annulera leur accusation criminelle et les libérera de ce qui restera du régime contesté. Comme l’affirmait tout récemment le juge LeBel dans *Regan*, précité, par. 54, citant *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 75, l’arrêt des procédures étant une réparation « draconienne », elle est réservée aux seuls cas d’abus qui satisfont à un test préliminaire très exigeant :

... l’arrêt des procédures s’avère approprié uniquement lorsque deux critères sont remplis :

- (1) le préjudice causé par l’abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue;
- (2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice.

Il est donc opportun d’accorder l’arrêt des procédures aux accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public, afin d’éviter qu’ils soient indéfiniment assujettis à des procédures criminelles. Lorsqu’ils décident s’il y a lieu de prononcer l’arrêt des procédures, les tribunaux doivent tenir compte de facteurs tels la nature de l’accusation, le temps écoulé depuis la perpétration de l’infraction, le comportement ultérieur, les évaluations médicales initiales et récentes, le fait que l’accusé prend ou non les médicaments nécessaires pour éliminer le risque, ainsi que tous autres renseignements et facteurs pertinents ayant trait à l’accusé. De plus, comme le mentionne la Cour dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 92, il sera également opportun à cette étape « de mettre en balance les intérêts que servirait la suspension des procédures et l’intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond ». Par cette pondération, le tribunal reconnaît que l’administration de la justice est mieux servie par l’arrêt des procédures lorsque l’atteinte à l’équité et à la décence est disproportionnée par rapport à l’intérêt qu’a la société d’assujettir l’accusé à des procédures criminelles : *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, p. 1667.

F. *Application to Demers*

65

Aside from requesting to have s. 672.54 Cr. C. declared of no force or effect under s. 52, the appellant also requests an immediate remedy under s. 24(1) of the *Charter*. As noted above, the *Schachter* rule does not preclude our Court from awarding a stay of proceedings under s. 24(1) after the one-year suspension. In order to qualify for the stay of proceedings, Mr. Demers must be found not to present a significant threat to the safety of the public after undergoing a psychiatric evaluation. It must be noted here that the appellant has never been found to pose no threat to public safety on the basis of a psychiatric evaluation; he has not been reevaluated in that respect since the original determination of dangerousness because he has not been institutionalized, nor has he been receiving treatment, two situations which would have provided for new medical evidence of dangerousness that could be considered by the Review Board. Although Mr. Demers has undergone annual hearings pursuant to s. 672.81(1) Cr. C., these proceedings do not provide for psychiatric evaluations of dangerousness.

VI. Disposition

66

For the above reasons, we would allow the appeal, set aside the judgment of the Superior Court, and declare that ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) Cr. C. are overbroad, thus violating the s. 7 rights of permanently unfit accused who do not pose a significant threat to society. Because we find the impugned provisions unconstitutional as violating s. 7 of the *Charter*, it is unnecessary for us to consider the other *Charter* questions posed. The most appropriate remedy in this case is a suspended declaration of invalidity for a period of twelve months. If after twelve months Parliament does not cure the unconstitutionality of the regime, accused who qualify can ask for a stay of proceedings.

F. *Application à la situation de M. Demers*

En plus de sa requête visant à faire déclarer inopérant l'art. 672.54 C. cr. en vertu de l'art. 52, l'appelant demande également qu'une réparation immédiate lui soit accordée en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Comme nous l'avons mentionné, la règle énoncée dans *Schachter* n'empêche pas la Cour de prononcer l'arrêt des procédures en vertu du par. 24(1) après une suspension de un an. Pour que M. Demers puisse demander l'arrêt des procédures, il doit être établi qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public après avoir subi une évaluation psychiatrique. Il convient de souligner ici qu'on n'a jamais jugé que l'appelant ne représentait aucun risque pour la sécurité du public d'après l'évaluation psychiatrique; il n'a jamais été réévalué à cet égard depuis la décision initiale statuant sur sa dangerosité parce qu'il n'a pas été interné et il n'a pas reçu de traitement. Ces deux situations auraient fourni sur sa dangerosité de nouveaux éléments de preuve médicaux qui pourraient être analysés par la commission d'examen. Bien que M. Demers ait subi les audiences annuelles conformément au par. 672.81(1) C. cr., ces procédures ne prévoient pas d'évaluations psychiatriques de la dangerosité.

VI. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement de la Cour supérieure et de déclarer que les art. 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) C. cr. ont une portée excessive, violant ainsi les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte* aux accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la société. Vu notre conclusion que les dispositions contestées sont inconstitutionnelles du fait qu'elles contreviennent à l'art. 7 de la *Charte*, il est inutile d'examiner les autres questions relatives à la *Charte* qui ont été formulées. La réparation qui convient le mieux en l'espèce consiste en une déclaration d'invalidité dont l'effet est suspendu pour 12 mois. Si, à l'échéance, le Parlement n'a pas corrigé l'inconstitutionnalité du régime, ces accusés pourront demander l'arrêt des procédures.

We would therefore answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that they deprive persons who have been found unfit to stand trial of their right to liberty and security of the person in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice?

Yes.

2. If so, are the infringements reasonable limits that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

No. The legislation's overbreadth causes it to fail the minimal impairment branch of the s. 1 analysis.

3. Do ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code* infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 11(d) of the *Charter* on the ground that they deprive persons who have been found unfit to stand trial of the right to be presumed innocent?

It is unnecessary to answer this question.

4. If so, are the infringements reasonable limits that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

It is unnecessary to answer this question.

5. Do ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code* infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 15(1) of the *Charter* on the ground that they create discrimination against persons with a mental disability who have been found unfit to stand trial?

It is unnecessary to answer this question.

6. If so, are the infringements reasonable limits that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

It is unnecessary to answer this question.

Nous sommes d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

1. Les articles 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'ils privent de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne les personnes faisant l'objet d'un verdict d'inaptitude à subir leur procès, et ce, d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale?

Oui.

2. Dans l'affirmative, ces atteintes constituent-elles des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Non. La portée excessive d'un texte législatif fait qu'il ne satisfait pas au volet de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier.

3. Les articles 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) du *Code criminel* portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par l'al. 11d) de la *Charte* pour le motif qu'ils privent de leur droit à la présomption d'innocence les personnes faisant l'objet d'un verdict d'inaptitude à subir leur procès?

Il est inutile de trancher cette question.

4. Dans l'affirmative, ces atteintes constituent-elles des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Il est inutile de trancher cette question.

5. Les articles 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) du *Code criminel* portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par le par. 15(1) de la *Charte* pour le motif qu'ils créent de la discrimination à l'endroit des personnes atteintes de déficience mentale qui font l'objet d'un verdict d'inaptitude à subir leur procès?

Il est inutile de trancher cette question.

6. Dans l'affirmative, ces atteintes constituent-elles des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Il est inutile de trancher cette question.

7. Does the application of ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to persons found unfit to stand trial on account of permanent mental disorder overstep the legislative jurisdiction of the Parliament of Canada under the *Constitution Act, 1867*?

No.

The following are the reasons delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

68 This appeal raises some important questions regarding our basic constitutional arrangements, including the relationship between the *Constitution Act, 1867* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I agree with my colleagues' conclusion regarding the breach of s. 7 of the *Charter*, but I disagree with respect to the division of powers issue and wish to leave open the possibility that an individual stay might be available for a violation of s. 11(b) of the *Charter*.

69 In my view, the criminal procedure power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* does not grant Parliament the authority to supervise and detain accused who are permanently unfit to stand trial. Although Parliament is competent to legislate procedures for unfit accused at the outset of proceedings, once a court has determined that the accused is in fact permanently unfit to stand trial, the jurisdiction shifts to the provincial governments under their health power.

70 With respect to the appropriate remedy, I agree that the declaration of invalidity of ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, should be suspended for 12 months in order to give Parliament and the provinces time to amend their respective mental health legislation. However, I would also order a stay of the proceedings against Mr. Demers within 30 days under s. 24(1) of the *Charter* for the breach of his s. 7 rights. Similarly, I would stay proceedings against all permanently unfit accused who do not pose a significant

7. L'application des articles 672.33 et 672.54 et du par. 672.81(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, aux personnes jugées inaptes à subir leur procès en raison d'un trouble mental permanent excède-t-elle les pouvoirs conférés au Parlement du Canada par la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève d'importantes questions au sujet de nos arrangements constitutionnels fondamentaux, dont la relation entre la *Loi constitutionnelle de 1867* et la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme mes collègues, j'estime qu'il y a eu violation de l'art. 7 de la *Charte*, mais je ne me range pas à leur opinion sur la question du partage des compétences et je préfère laisser entière la question de savoir si une personne peut obtenir un arrêt des procédures dans le cas d'une violation du droit prévu à l'al. 11b) de la *Charte*.

À mon avis, le pouvoir que le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement sur la procédure en matière criminelle ne lui permet pas de surveiller et de détenir les accusés dont l'inaptitude à subir leur procès est permanente. Certes, le Parlement a compétence pour légiférer sur les accusés inaptes à l'ouverture des procédures engagées contre eux. Toutefois, dès qu'un tribunal conclut au caractère permanent de l'inaptitude, seuls les gouvernements provinciaux ont compétence en vertu de leur pouvoir en matière de santé.

Pour ce qui est de la réparation indiquée, je conviens que l'effet de la déclaration d'invalidité des art. 672.33 et 672.54 et du par. 672.81(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, devrait être suspendu pour 12 mois afin de permettre au Parlement et aux provinces de modifier leurs lois respectives sur la santé mentale. Toutefois, j'ordonnerais aussi l'arrêt des procédures contre M. Demers dans les 30 jours sous le régime du par. 24(1) de la *Charte* parce qu'il y a eu atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7. De même, j'ordonnerais l'arrêt des

threat to public safety within 30 days. This period of time should permit the provincial authorities to seek protective orders under their respective mental health regimes, if necessary. I think it is appropriate that we should revisit our position about the combination of remedies: see, e.g., *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 720.

II. Division of Powers

Justices Iacobucci and Bastarache conclude that, with respect to permanently unfit accused, ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code* are a valid exercise of Parliament's criminal procedure power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. I disagree. The supervision and treatment of permanently unfit accused and the protection of the public from potentially violent permanently unfit accused are matters exclusively within the health jurisdiction of the provinces under ss. 92(7), 92(13), and 92(16).

A. *Historical Scope of the Criminal Law Power*

This appeal raises fundamental questions regarding our constitutional structure, including the proper relationship between the *Constitution Act, 1867* and the *Charter*. Historically, the federal criminal law power and the contingent criminal procedure power have been construed broadly. The classic definition of the scope of the criminal law was provided by Rand J. in *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, at pp. 49-50, aff'd [1951] A.C. 179 (P.C.) (*sub nom. Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec*), as a public purpose that can support the prohibition and penalty as being in relation to criminal law:

A crime is an act which the law, with appropriate penal sanctions, forbids; but as prohibitions are not enacted in a vacuum, we can properly look for some evil or injurious

procédures, dans les 30 jours, dans le cas de tous les accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public. Ce délai devrait permettre aux autorités provinciales d'obtenir, au besoin, des ordonnances préventives en vertu de leur régime de santé mentale respectif. Enfin, j'estime que nous devrions réexaminer notre position au sujet de la combinaison de réparations : voir, p. ex., *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 720.

II. Partage des compétences

Les juges Iacobucci et Bastarache concluent que, en ce qui concerne les accusés dont l'inaptitude est permanente, les art. 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) du *Code criminel* résultent d'un exercice valide de la compétence du Parlement en matière de procédure criminelle prévue au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je ne suis pas de cet avis. La surveillance et le traitement des accusés dont l'inaptitude est permanente et la protection du public face à de tels accusés potentiellement violents sont des questions qui relèvent de la compétence exclusive conférée aux provinces en matière de santé par les par. 92(7), (13) et (16).

A. *Portée historique de la compétence en droit criminel*

Le présent pourvoi soulève des questions fondamentales au sujet de notre structure constitutionnelle, notamment à propos de la relation entre la *Loi constitutionnelle de 1867* et la *Charte*. Traditionnellement, la compétence fédérale en droit criminel et la compétence accessoire en matière de procédure criminelle ont été interprétées d'une façon libérale. Dans l'arrêt *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, p. 49-50, conf. par [1951] A.C. 179 (C.P.) (*sub nom. Canadian Federation of Agriculture c. Attorney-General for Quebec*), le juge Rand a énoncé la définition classique de la portée du droit criminel, à savoir un objectif public qui peut justifier une interdiction et une peine de nature pénale :

[TRADUCTION] Un crime est un acte que la loi défend en y attachant des sanctions pénales appropriées; mais comme les interdictions ne sont pas promulguées en vase

71

72

or undesirable effect upon the public against which the law is directed. That effect may be in relation to social, economic or political interests; and the legislature has had in mind to suppress the evil or to safeguard the interest threatened.

Is the prohibition . . . enacted with a view to a public purpose which can support it as being in relation to criminal law? Public peace, order, security, health, morality: these are the ordinary though not exclusive ends served by that law

This wide scope has been consistently affirmed by the Court, as Laskin C.J. remarked in *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, at p. 625:

The wide scope of the exclusive federal criminal law power has been consistently asserted in the relevant case law in both the Privy Council, when it was Canada's ultimate appellate court, and in this Court.

This expansive interpretation has continued more recently in cases such as *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; see also Professor A. W. MacKay, "The Supreme Court of Canada and Federalism: Does\Should Anyone Care Anymore?" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 241, at pp. 266-79.

73

Similarly, as a corollary of this plenary criminal law power, Parliament's jurisdiction over criminal procedure under s. 91(27) has also been construed broadly. A precise definition of "procedure in criminal matters", however, has been difficult to formulate:

It is not necessary and perhaps impossible, to find a satisfactory definition of "criminal procedure." Although I would reject the view which would confine criminal procedure to that which takes place within the courtroom on a prosecution, I am equally of the opinion that "criminal procedure" is not co-extensive with "criminal justice" or that the phrase "criminal procedure" as used in the *B.N.A. Act* can drain from the words "administration of

clos, nous pouvons à bon droit rechercher le mal ou l'effet nuisible ou indésirable pour le public qui est visé par la loi. Cet effet peut viser des intérêts sociaux, économiques ou politiques; et le législateur a eu en vue la suppression du mal ou la sauvegarde des intérêts menacés.

L'interdiction est-elle [. . .] promulguée en vue d'un intérêt public qui peut lui donner un fondement la rattachant au droit criminel? La paix, l'ordre, la sécurité, la santé et la moralité publics : telles sont les fins visées ordinairement mais non exclusivement par ce droit . . .

Comme l'a fait remarquer le juge en chef Laskin dans *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, p. 625, la Cour a constamment reconnu la portée étendue de ce pouvoir :

La portée étendue de ce pouvoir fédéral exclusif a été constamment reconnue dans les arrêts pertinents du Conseil privé quand il était le tribunal canadien de dernière instance, aussi bien que dans ceux de cette Cour.

Cette interprétation large s'est confirmée plus récemment dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; voir aussi le professeur A. W. MacKay, « The Supreme Court of Canada and Federalism : Does\Should Anyone Care Anymore? » (2001), 80 *R. du B. can.* 241, p. 266-279.

De la même manière, la compétence conférée au Parlement par le par. 91(27) en matière de procédure criminelle a également été interprétée de façon libérale à titre de corollaire du pouvoir législatif plénier en droit criminel. Il est toutefois difficile de donner une définition précise de l'expression « procédure en matière criminelle » :

Il n'est pas nécessaire et il est peut-être impossible de rechercher une définition satisfaisante de la « procédure en matière criminelle ». Même si je rejette l'opinion qui limiterait la procédure criminelle à ce qui se passe dans la salle d'audience lors d'une poursuite, je suis également d'avis que « procédure en matière criminelle » n'est pas synonyme de « justice criminelle » et que l'expression « procédure en matière criminelle » employée dans

justice” in s. 92(14) that which gives those words much of their substance — the element of “criminal justice.”

(*Di Iorio v. Warden of the Common Jail of the City of Montreal*, [1978] 1 S.C.R. 152, at pp. 209-10, quoted with approval by Ritchie J. in *Ritcey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1077, at p. 1085)

Based on the apparent elasticity of the concept, the Court held that the preventative branch of criminal procedure under s. 91(27) gave Parliament jurisdiction over the detention of accused who have been found not criminally responsible (“NCR”): *Swain, supra*.

In *Swain, supra*, Lamer C.J., for all seven judges on this issue, held that the then insanity provisions of the *Criminal Code* were *intra vires* Parliament. In *Swain*, Lamer C.J. considered s. 542(2) and the surrounding legislative scheme, including ss. 545 and 547. These provisions dealt with persons who had been acquitted by reason of a mental disorder. Lamer C.J. held that the pith and substance of the legislative scheme was not to treat and cure the mentally ill, but the protection of society from dangerous people who have engaged in conduct proscribed by the *Criminal Code* (p. 998). In *Swain*, the Court did not consider the question from the perspective of those who were found unfit to stand trial because of mental disorder. Lamer C.J. held that the provisions dealing with the detention of persons who had been acquitted by reason of mental disorder were founded on the “preventative” branch of the criminal procedure power.

In reviewing the existence of the preventative branch of criminal procedure power, Lamer C.J. considered *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303, and *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309. Both cases dealt with the preventative branch in the context of sentencing. While Lamer C.J. held, at p. 1000, that “a conviction is not necessary before Parliament can legislate pursuant to this particular aspect of

l’A.A.N.B. ne retranche pas des mots « l’administration de la justice » au par. (14) de l’art. 92 une partie essentielle de leur signification — l’élément « justice criminelle ».

(*Di Iorio c. Gardien de la prison commune de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, p. 209-210, cité et approuvé par le juge Ritchie dans *Ritcey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1077, p. 1085)

S’appuyant sur l’élasticité apparente de ce concept, la Cour a statué qu’en vertu de l’aspect préventif de la compétence en matière de procédure criminelle prévue au par. 91(27), le Parlement a compétence en ce qui concerne la détention des personnes déclarées criminellement non responsables : *Swain*, précité.

Dans *Swain*, précité, le juge en chef Lamer a conclu, au nom des sept juges saisis de l’affaire, que les dispositions du *Code criminel* relatives à l’aliénation mentale se situaient dans les limites des pouvoirs du Parlement. Dans cet arrêt, le juge en chef Lamer a examiné le par. 542(2) ainsi que le cadre législatif dans lequel il s’insérait, y compris les art. 545 et 547. Ces dispositions visaient les personnes qui avaient été acquittées pour cause d’aliénation mentale. Le Juge en chef a statué qu’en raison de son caractère véritable, le régime législatif en cause ne visait pas le traitement et la guérison des malades mentaux, mais la protection de la société contre les individus dangereux qui ont eu un comportement prohibé par le *Code criminel* (p. 998). Dans *Swain*, la Cour n’a pas étudié la question du point de vue des accusés jugés inaptes à subir leur procès pour cause d’aliénation mentale. Le juge en chef Lamer a statué que les dispositions traitant de la détention des personnes acquittées pour cause d’aliénation mentale reposaient sur l’aspect « préventif » de la compétence en matière de procédure criminelle.

Dans son analyse de cet aspect préventif, le juge en chef Lamer a examiné *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. c. The Queen*, [1956] R.C.S. 303, et *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309. Ces deux arrêts traitaient de l’aspect préventif dans le contexte de la détermination de la peine. Bien qu’il ait statué qu’« il n’est pas nécessaire qu’il y ait déclaration de culpabilité pour que le Parlement puisse légiférer en vertu de cet aspect particulier du par. 91(27) »

74

75

s. 91(27)”, he qualified the scope of the preventative aspect such that it must relate in some way to criminal proceedings (p. 1001). Lamer C.J. concluded that the provisions only apply to those insane individuals who have committed acts (i.e. the *actus reus*) proscribed by the *Criminal Code* (at p. 1001):

Since the insanity provisions only relate to persons whose actions are proscribed by the *Criminal Code*, the required connection with criminal law is present. The system of Lieutenant Governor warrants, through the supervision of persons acquitted by reason of insanity, serves to prevent further dangerous conduct proscribed by the *Criminal Code* and thereby protects society.

... I would emphasize that in this case Parliament is protecting society from individuals whose behaviour is proscribed by the *Criminal Code*. The provisions do not relate to all insane persons, but only those who, through their actions, have brought themselves within the criminal law sphere. [Emphasis added.]

Similarly, McLachlin J. (as she then was) for the majority in *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, only considered the criminal procedure power in relation to those who were found not criminally responsible on account of mental disorder, the same group considered in *Swain, supra*. She held, at para. 32, that the provisions relating to the ongoing supervision and control of NCR accused were *intra vires* the preventative branch of the federal criminal procedure power:

Nor is the verdict that a person is NCR a verdict of acquittal. Although people may be relieved of criminal responsibility when they commit offences while suffering from mental disorders, it does not follow that they are entitled to be released absolutely. Parliament may properly use its criminal law power to prevent further criminal conduct and protect society: *Swain*, at p. 1001. By committing acts proscribed by the *Criminal Code*, NCR accused bring themselves within the criminal justice system, raising the question of what, if anything, is required to protect society from recurrences. [Emphasis added.]

(p. 1000), le juge en chef Lamer a restreint la portée de l’aspect préventif en précisant que la mesure prise doit être reliée de quelque façon à une procédure criminelle (p. 1001). Il a alors conclu que les dispositions ne s’appliquent qu’aux aliénés mentaux qui ont commis des actes (c.-à-d. l’*actus reus*) prohibés par le *Code criminel* (p. 1001) :

Étant donné que les dispositions relatives à l’aliénation mentale ne s’appliquent qu’aux personnes dont les actes sont prohibés par le *Code criminel*, le lien requis avec le droit criminel est présent. Par le biais de la surveillance des individus acquittés pour cause d’aliénation mentale, le système des mandats du lieutenant-gouverneur vise à prévenir la répétition de comportements dangereux prohibés par le *Code criminel* et protège par conséquent la société.

... j’aimerais souligner qu’en l’espèce, le Parlement protège la société contre des individus dont le comportement est prohibé par le *Code criminel*. Ce ne sont pas tous les aliénés mentaux qui sont visés, mais seulement ceux qui, par suite de leurs actions, se voient assujettis au droit criminel. [Je souligne.]

De même, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), au nom des juges majoritaires dans *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, n’a examiné la compétence en matière de procédure criminelle que par rapport aux personnes jugées criminellement non responsables pour cause de troubles mentaux, le même groupe dont il était question dans *Swain*, précité. Elle a statué que les dispositions concernant la surveillance et le contrôle périodiques de l’accusé criminellement non responsable relevaient du pouvoir préventif du fédéral en matière de procédure criminelle (par. 32) :

Le verdict de NRC n’équivaut pas non plus à un verdict d’acquiescement. Bien que la personne qui commet une infraction alors qu’elle souffre de troubles mentaux puisse ne pas être tenue criminellement responsable de ses actes, il ne s’ensuit pas qu’elle a droit à une libération inconditionnelle. Le législateur peut à juste titre exercer sa compétence en droit criminel pour empêcher la perpétration d’autres actes criminels et protéger la société : *Swain*, à la p. 1001. Parce qu’il a commis un acte prohibé par le *Code criminel*, l’accusé non responsable criminellement ressortit au système de justice pénale. La question se pose dès lors de savoir quelle mesure, s’il en est, est susceptible de protéger la société contre la récidive. [Je souligne.]

The conclusions reached regarding the scope of the criminal procedure power in *Swain* and *Winko* do not apply to accused who are unfit by reason of a mental disorder; they only apply to NCR accused. Unlike NCR accused, the Crown has not proved beyond a reasonable doubt that an accused found unfit to stand trial has committed an offence. Rather, an accused found unfit to stand trial only stands charged with a criminal offence; in order to maintain its hold over the accused under Part XX.1, the Crown need only demonstrate a *prima facie* case. The standard is not an onerous one: the test is whether there is admissible evidence upon which a properly instructed jury, acting reasonably, could convict (in other contexts see *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, at p. 1080; *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154, at p. 161).

Because the conclusions in *Swain* and *Winko* only apply to NCR accused, we must consider the reach of s. 91(27) in respect of temporarily and permanently unfit accused with fresh eyes. In my view, the criminal procedure power applies to temporarily but not permanently unfit accused. I will discuss the reasons for my conclusion below.

B. *Certain Fundamental Limits on the Criminal Procedure Power*

When interpreting the scope of the federal criminal procedure power, arid legal formalism should be rejected in favour of an interpretative stance under which the scope of the power is considered in light of the principles underlying the whole of our constitutional structure. This approach is more harmonious with our understanding of the Constitution as a living tree “capable of growth and expansion within its natural limits” (*Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 136, *per* Lord Sankey). This metaphor, which originated in

Les conclusions tirées dans *Swain* et *Winko* au sujet de l’étendue de la compétence en matière de procédure criminelle ne s’appliquent pas aux accusés inaptes pour cause de troubles mentaux, mais ne concernent que les accusés jugés criminellement non responsables. Contrairement au cas de l’accusé jugé criminellement non responsable, le ministère public n’a pas prouvé hors de tout doute raisonnable qu’un accusé déclaré inapte à subir son procès a commis une infraction. Au contraire, l’accusé inapte est seulement inculpé d’une infraction criminelle. Pour conserver son emprise sur l’accusé en vertu de la partie XX.1, le ministère public n’a qu’à fournir une preuve *prima facie*. La norme n’est pas exigeante : le critère consiste à déterminer s’il existe une preuve admissible qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de façon raisonnable de prononcer un verdict de culpabilité (dans d’autres contextes, voir *États-Unis d’Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, p. 1080; *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154, p. 161).

Comme les conclusions dans *Swain* et *Winko* ne s’appliquent qu’aux accusés criminellement non responsables, nous devons jeter un regard neuf sur la portée du par. 91(27) en ce qui concerne les accusés dont l’inaptitude est temporaire ou permanente. J’estime que la compétence en matière de procédure criminelle s’applique à l’accusé dont l’inaptitude est temporaire mais non à celui dont l’inaptitude a un caractère permanent. J’examinerai plus loin les raisons qui m’amènent à cette conclusion.

B. *Certaines limites fondamentales à la compétence en matière de procédure criminelle*

Dans l’analyse de l’étendue de la compétence fédérale en matière de procédure criminelle, il convient de préférer à un formalisme juridique stérile une interprétation qui permette d’examiner l’étendue de cette compétence en tenant compte des principes sur lesquels repose l’ensemble de notre régime constitutionnel. Cette approche s’harmonise mieux avec notre conception de la Constitution comme un arbre [TRADUCTION] « susceptible de croître et de se développer à l’intérieur de ses limites naturelles » (*Edwards c. Attorney-General for Canada*,

76

77

78

the context of interpreting the *Constitution Act, 1867*, was later applied to the *Charter*. Dickson J. (as he then was) explained, in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155, the need for a Constitution that was capable of growth in order to meet the changing needs of society:

The task of expounding a constitution is crucially different from that of construing a statute. A statute defines present rights and obligations. It is easily enacted and as easily repealed. A constitution, by contrast, is drafted with an eye to the future. Its function is to provide a continuing framework for the legitimate exercise of governmental power and, when joined by a *Bill* or a *Charter of Rights*, for the unremitting protection of individual rights and liberties. Once enacted, its provisions cannot easily be repealed or amended. It must, therefore, be capable of growth and development over time to meet new social, political and historical realities often unimagined by its framers. The judiciary is the guardian of the constitution and must, in interpreting its provisions, bear these considerations in mind. Professor Paul Freund expressed this idea aptly when he admonished the American courts “not to read the provisions of the Constitution like a last will and testament lest it become one”.

In light of this need for development, I find that the catalogue or “shopping list” approach to the division of powers under ss. 91 and 92 is a singularly impoverished notion. The view of some is that the *Constitution Act, 1867* and the *Constitution Act, 1982* — particularly the *Charter* — are separate silos, the first logically prior to and distinct from the second. This approach must be rejected. The *Charter* did not repeal or alter the division of powers between Parliament and the provincial legislatures: *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609, at para. 38. On the other hand, the advent of the *Charter* may have impacted on how some of the powers should be interpreted, defined or examined in order to ensure consistency with its values.

[1930] A.C. 124 (C.P.), p. 136, lord Sankey). Cette métaphore, qui trouve son origine dans l’interprétation de la *Loi constitutionnelle de 1867*, a plus tard été appliquée à la *Charte*. Dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a expliqué qu’il était nécessaire qu’une constitution soit capable d’évoluer pour s’adapter aux nouvelles réalités sociales :

L’interprétation d’une constitution est tout à fait différente de l’interprétation d’une loi. Une loi définit des droits et des obligations actuels. Elle peut être facilement adoptée et aussi facilement abrogée. Par contre, une constitution est rédigée en prévision de l’avenir. Elle vise à fournir un cadre permanent à l’exercice légitime de l’autorité gouvernementale et, lorsqu’on y joint une *Déclaration* ou une *Charte des droits*, à la protection constante des droits et libertés individuels. Une fois adoptées, ses dispositions ne peuvent pas être facilement abrogées ou modifiées. Elle doit par conséquent être susceptible d’évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n’ont pas envisagées. Les tribunaux sont les gardiens de la constitution et ils doivent tenir compte de ces facteurs lorsqu’ils interprètent ses dispositions. Le professeur Paul Freund a bien exprimé cette idée lorsqu’il a averti les tribunaux américains [TRADUCTION] « de ne pas interpréter les dispositions de la Constitution comme un testament de peur qu’elle ne le devienne ».

Compte tenu de ce besoin d’évolution, je considère qu’il est particulièrement simpliste d’interpréter le partage des compétences prévu aux art. 91 et 92 comme s’il s’agissait d’une simple nomenclature ou liste. Certains considèrent que la *Loi constitutionnelle de 1867* et la *Loi constitutionnelle de 1982* — en particulier, la *Charte* — sont deux sources de compétences, la première étant logiquement antérieure à la deuxième et différente de celle-ci. Une telle interprétation doit être rejetée. La *Charte* n’a ni abrogé ni modifié le partage des compétences entre le Parlement et les législatures provinciales : *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, par. 38. Par contre, son entrée en vigueur a pu influencer la manière dont certaines de ces compétences devraient être interprétées, définies ou examinées de façon à assurer la cohérence de l’ensemble constitutionnel avec les valeurs qu’elle préconise.

It is proper to view the relationship between the elements of our Constitution as organic in nature.

Il convient de considérer que les liens entre les divers éléments de notre Constitution sont de nature

In particular, the division of powers should be read in light of the principles that animate the whole of our Constitution. These principles have been discussed in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (“*Provincial Court Judges Reference*”), and *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (“*Quebec Secession Reference*”). To those principles which have been previously expounded, I would add that a further principle underlying our constitutional arrangement is respect for human rights and freedoms. As I will explain below, the promulgation of the *Charter* signalled an evolution in our constitutional and political culture.

(1) The Implied Bill of Rights

Looking to the basic constitutional structure in interpreting the Constitution is not new. It was applied by some judges of this Court to find an implied “bill of rights” in the *Constitution Act, 1867*: see, e.g., *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, per Duff C.J.; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, per Abbott J.; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, per Beetz J. and Dickson C.J. In *OPSEU*, at p. 57, Beetz J. for the majority held that “quite apart from *Charter* considerations, the legislative bodies in this country must conform to these basic structural imperatives and can in no way override them”. Professor Bora Laskin (as he then was) was critical of the implied bill of rights notion. He rejected the idea that there were any civil rights limitations on the provincial or federal legislative power; he viewed the idea of an implied bill of rights to be “at variance with the legal doctrine of parliamentary supremacy” (“An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights” (1959), 37 *Can. Bar Rev.* 77, at p. 102).

This view was shared by Professor P. C. Weiler, who also rejected that there were any inherent limits on the exercise of legislative power. He wrote, in

organique. Le partage des compétences devrait notamment être interprété selon les principes qui sous-tendent l’ensemble de notre Constitution. Ces principes ont été examinés dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* »), et le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217. J’ajouterais aux principes déjà interprétés un autre principe sous-jacent à notre organisation constitutionnelle : le respect des droits et libertés de la personne. Comme je l’explique plus loin, la promulgation de la *Charte* a marqué le début d’une évolution dans notre culture politique et constitutionnelle.

(1) La déclaration des droits implicite

Examiner la structure constitutionnelle fondamentale pour interpréter la Constitution n’a rien de nouveau. C’est ce qu’ont fait certains juges de la Cour pour conclure à l’existence d’une « déclaration des droits implicite » dans la *Loi constitutionnelle de 1867* : voir, p. ex., *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, le juge en chef Duff; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, le juge Abbott; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, le juge Beetz et le juge en chef Dickson. Dans *SEFPO*, p. 57, le juge Beetz a affirmé au nom des juges majoritaires que « indépendamment des considérations fondées sur la *Charte*, les corps législatifs dans notre pays doivent se conformer à ces impératifs structurels fondamentaux et qu’ils ne doivent en aucun cas y passer outre ». Le professeur Bora Laskin (plus tard Juge en chef du Canada) a critiqué la notion de déclaration des droits implicite. Il a rejeté l’idée que le pouvoir législatif provincial ou fédéral puisse être limité par les droits civils; il a estimé que le concept d’une déclaration des droits implicite [TRADUCTION] « allait à l’encontre de la doctrine juridique de la suprématie du Parlement » (« An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights » (1959), 37 *R. du B. can.* 77, p. 102).

Le professeur P. C. Weiler, qui a lui aussi rejeté l’existence de limites inhérentes à l’exercice du pouvoir législatif, partageait ce point de vue. Dans

“The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism” (1973), 23 *U.T.L.J.* 307, that any inferences drawn from the structure of the *British North America Act* (now the *Constitution Act, 1867*) lead to the opposite conclusion based on the principle of parliamentary sovereignty inherited from the United Kingdom (at p. 344):

Those judges and commentators who have tried to spell out constitutional limitations from the preamble, spirit, institutions (ie, parliament), or structure of the BNA Act, face difficulties which seem insuperable to me. These inferences logically lead to the conclusion that there is no power in either provinces or dominion to pass such restrictive legislation, in the face of the long-held assumption . . . that the distribution of legislative authority is exhaustive. . . . Moreover, the evidence from which the inference is to be made — the institution of parliament as mentioned and defined in the act, and as understood at the time — again, if anything, proves the contrary because of the basic principle of parliamentary sovereignty then and still extant in Britain.

82

Still, the view of Laskin and Weiler was not shared universally. I would rather agree with Professor F. R. Scott, who understood that in importing certain principles found in the United Kingdom, the *Constitution Act, 1867* incorporated principles of civil liberties and human rights embedded in English constitutional history. As he aptly observed, “[t]he theoretical sovereignty of the British Parliament has tended to blind us to the reality of the limitations upon that sovereignty residing in the theory of government these documents proclaim” (*Civil Liberties & Canadian Federalism* (1959), at pp. 14-15). The documents Scott was referring to were the Magna Carta, the Bill of Rights of 1689, the Balfour Declaration of 1926 and the Statute of Westminster of 1931. Of course, today we must also interpret the Constitution in light of its patriation in 1982 and the promulgation of the *Charter*, and it is to this discussion that I now turn.

« The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism » (1973), 23 *U.T.L.J.* 307, il a écrit que toute inférence faite à partir de la structure de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique* (maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*) mène à la conclusion contraire compte tenu du principe de la souveraineté parlementaire héritée du Royaume-Uni (p. 344) :

[TRADUCTION] Les juges et auteurs qui, s’inspirant du préambule et de l’esprit de l’AANB ou des institutions (c.-à-d. le Parlement) ou structures qu’il prévoit, ont tenté de formuler des restrictions d’ordre constitutionnel se heurtent à des obstacles qui me semblent insurmontables. Ces inférences mènent logiquement à la conclusion que ni les provinces ni le dominion ne sont habilités à promulguer des mesures législatives restrictives compte tenu de la présomption de longue date [. . .] que le partage des compétences législatives est exhaustif [. . .] De plus, la preuve à partir de laquelle les inférences doivent être faites — l’institution qu’est le Parlement tel qu’il était mentionné et défini dans la loi et compris à l’époque — démontre plutôt le contraire en raison du principe fondamental de la souveraineté parlementaire qui existait alors et existe encore aujourd’hui en Grande-Bretagne.

Le point de vue de Laskin et de Weiler ne faisait toutefois pas l’unanimité. Je serais plutôt de l’avis du professeur F. R. Scott, qui a compris qu’en important certains principes qui prévalaient au Royaume-Uni, le législateur a également incorporé dans la *Loi constitutionnelle de 1867* les libertés civiles et les droits de la personne enracinés dans l’histoire constitutionnelle anglaise. Comme il l’a pertinemment fait remarquer, [TRADUCTION] « [l]a souveraineté théorique dont jouit le Parlement britannique a eu tendance à nous cacher la réalité des restrictions apportées à cette souveraineté dans le système gouvernemental que proclament ces documents » (*Civil Liberties & Canadian Federalism* (1959), p. 14-15). Les documents auxquels Scott faisait allusion sont la Magna Carta, le Bill of Rights de 1689, la Déclaration Balfour de 1926 et le Statut de Westminster de 1931. Évidemment, aujourd’hui, nous devons interpréter la Constitution en tenant également compte de son rapatriement en 1982 et de la promulgation de la *Charte*, et c’est ce que je vais maintenant examiner.

(2) Beyond the Implied Bill of Rights

In construing the text of the Constitution it is necessary to refer to the principles underlying our constitutional structure. The Court has on more than one occasion explained that the Canadian Constitution comprises not only a written text but also unwritten elements that make up a “global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority in the whole and in every part of the Canadian state” (*Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at p. 874; aff’d in *Quebec Secession Reference*, *supra*, at para. 32). This matrix of values infuses the totality of our constitutional documents. No one part of the Constitution can be read in isolation from another, nor does any one principle of our Constitution trump another: *Quebec Secession Reference*, *supra*, at para. 49. These unwritten elements are aids in the interpretation of the text of our constitutional documents and can fill gaps in the text: *Quebec Secession Reference*, at paras. 53-54. They may also, in certain circumstances, give rise to substantive legal obligations, which themselves are limitations on government and courts: *Quebec Secession Reference*, at para. 54. The Court has identified a number of foundational principles: federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, respect for minority rights (*Quebec Secession Reference*, at para. 49), and judicial independence (*Provincial Court Judges Reference*, *supra*, at para. 83). I would identify a further principle: respect for human rights and freedoms.

In *Quebec Secession Reference*, the Court held that “[b]ehind the written word is an historical lineage stretching back through the ages, which aids in the consideration of the underlying constitutional principles” (para. 49). But to limit Canada’s constitutional story to those elements inherited from Britain would fundamentally misconstrue the nature of our civil society. Our civil society was only in its infancy at Confederation. It has evolved

(2) Au-delà de la déclaration des droits implicite

Pour interpréter le texte de la Constitution, il convient d’examiner les principes qui sous-tendent notre régime constitutionnel. La Cour a expliqué à plus d’une reprise que la Constitution canadienne comporte non seulement un texte écrit mais aussi des éléments non écrits qui forment « le système global des règles et principes qui régissent la répartition ou l’exercice des pouvoirs constitutionnels dans l’ensemble et dans chaque partie de l’État canadien » (*Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 874; conf. dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, par. 32). Cet ensemble de valeurs imprègne la totalité de nos documents constitutionnels. Aucune partie de la Constitution ne peut être interprétée abstraction faite des autres et aucun de ces principes ne peut empêcher l’application d’un autre : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, par. 49. Ces éléments non écrits guident l’interprétation du texte des documents constitutionnels et peuvent combler les vides du texte : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 53-54. Ils peuvent aussi, dans certaines circonstances, donner naissance à des obligations juridiques substantielles qui imposent elles-mêmes des limites au gouvernement et aux tribunaux : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 54. La Cour a précisé certains principes fondamentaux : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, le respect des droits des minorités (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 49), et l’indépendance de la magistrature (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, par. 83). Je formulerais un autre principe : le respect des droits et libertés de la personne.

Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour dit que « [d]errière l’écrit transparaissent des origines historiques très anciennes qui aident à comprendre les principes constitutionnels sous-jacents » (par. 49). Mais ce serait interpréter erronément la nature de notre société civile que de limiter l’histoire constitutionnelle du Canada à ces éléments hérités de l’Angleterre. Notre société civile n’en était encore qu’à ses premiers

considerably since then. The period between 1948 and 1982 — including the enactment of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44 — was an interval during which respect for human rights matured. Even leading up to the enactment of the *Canadian Bill of Rights*, eminent scholars recognized that upon those British constitutional foundations we built our own distinctive political and constitutional culture:

The B.N.A. Act provided us with a written constitution of strict law, embedded in a context of constitutional convention and tradition. From that moment the growth of our ideas about civil liberties and human rights took place inside and under that constitution.

(Scott, *supra*, at p. 25)

Professor Scott added that even within the strictures of the *Constitution Act, 1867*, there was considerable discretion to adopt interpretations that protected liberties and human rights. It was not only courts that valued human rights, but also Parliament, the legislatures, and most importantly, Canadian political society. This communal will towards recognizing and entrenching fundamental rights was a gradual evolution, and not a “rights revolution” as some would have it. In my opinion, the promulgation of the *Charter* was marked more by continuity than discontinuity in our political and constitutional culture. The *Charter* is the apotheosis of this evolution. As J. Raz observed, in *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System* (2nd ed. 1980), at pp. 188-89, changes in legal systems reflect the interaction between the basic elements of a community:

Legal systems are always legal systems of complex forms of social life, such as religions, states, regimes, tribes, etc. . . .

The identity of legal systems depends on the identity of the social forms to which they belong. The criterion of identity of legal systems is therefore determined not only by jurisprudential or legal considerations but by other

balbutiements au moment de la Confédération. Elle a évolué considérablement depuis. Entre 1948 et 1982 — y compris l’époque de la promulgation de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44 — l’impératif du respect des droits de la personne s’est développé. Avant même la promulgation de la *Déclaration canadienne des droits*, des juristes éminents ont reconnu que nous avons bâti notre propre culture politique et constitutionnelle à partir de ces fondements constitutionnels du droit anglais :

[TRADUCTION] L’A.A.N.B. nous a fourni une constitution écrite de droit strict s’inscrivant dans la tradition et la convention constitutionnelles. Dès ce moment-là, nos conceptions des libertés civiles et des droits de la personne ont évolué dans le cadre de cette constitution.

(Scott, *op. cit.*, p. 25)

Le professeur Scott a ajouté que, malgré les restrictions qu’elle comportait, la *Loi constitutionnelle de 1867* a laissé une latitude considérable. Celle-ci autorise l’adoption d’interprétations de nature à protéger les libertés et les droits de la personne. Ce ne sont pas uniquement les tribunaux qui ont accordé de l’importance aux droits de la personne, mais aussi le Parlement, les législatures et, ce qui importe davantage, la société politique canadienne. Cette volonté commune de reconnaître et de consacrer des droits fondamentaux découle d’une évolution progressive et non d’une « révolution des droits », comme certains le souhaiteraient. À mon avis, la promulgation de la *Charte* a été davantage marquée par la continuité que par une rupture dans notre culture politique et constitutionnelle. La *Charte* représente l’apothéose de cette évolution. Comme l’a fait remarquer J. Raz dans *The Concept of a Legal System : An Introduction to the Theory of Legal System* (2^e éd. 1980), p. 188-189, les changements survenus dans les systèmes juridiques traduisent l’interaction entre les éléments fondamentaux d’une collectivité :

[TRADUCTION] Les systèmes juridiques sont toujours le produit d’organisations sociales complexes, par exemple, religions, États, régimes, tribus . . .

La nature des systèmes juridiques dépend de celle des structures sociales dans lesquelles ils s’inscrivent. Par conséquent, ce ne sont pas uniquement des considérations d’ordre jurisprudentiel ou juridique mais aussi des

considerations as well, considerations belonging to other social sciences.

In 1982 Canada affirmed its own, distinct political culture. That year was marked by the affirmation of independence in its constitutional culture from the United Kingdom as well as an expression of the spirit of human rights in Canada.

Since the promulgation of the *Charter* in 1982, the provisions set out therein have resulted in fructifying contact with the other elements of our Constitution. Thus, the human rights and freedoms expressed in the *Charter*, while they do not formally modify the scope of the powers in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*, do provide a new lens through which those powers should be viewed. In choosing one among several possible interpretations of powers that implicate human rights, the interpretation that best accords with the imperatives of the *Charter* should be adopted.

This type of analysis, sometimes called structural analysis, is not new and is often implicit in our federalism jurisprudence: for a discussion of structural analysis see R. Elliot, “References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada’s Constitution” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 67; P. Bobbitt, *Constitutional Fate: Theory of the Constitution* (1982), at pp. 74-92; and C. L. Black, Jr., *Structure and Relationship in Constitutional Law* (1983). In order to determine what result in a particular case is dictated by the Constitution, structural analysis looks to the relationships created by the Constitution among various levels and branches of government, and also between the state and the individual: Bobbitt, *supra*, at p. 74. Using structural analysis concurrently with other approaches to constitutional interpretation gives us a truer sense of the Constitution’s meaning.

C. Application to This Case

Lamer C.J. in *Swain, supra*, held that the preventative aspect of the criminal procedure power

considérations se rattachant aux autres sciences sociales qui permettent de définir la nature d’un système juridique.

En 1982, le Canada a proclamé l’existence d’une culture politique distincte, désormais sienne. Cette année-là a été marquée par l’affirmation de l’indépendance constitutionnelle du Canada à l’égard du Royaume-Uni ainsi que par l’expression de l’esprit des droits de la personne.

Depuis la promulgation de la *Charte* en 1982, les dispositions qu’elle renferme ont coexisté de manière fructueuse avec les autres éléments de notre Constitution. Ainsi, les droits et libertés de la personne énoncés dans la *Charte*, même s’ils n’ont pas entraîné une modification formelle de la portée des compétences prévues aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, permettent d’examiner ces compétences sous un nouvel angle. Entre les diverses interprétations possibles des compétences qui touchent les droits de la personne, il convient de choisir celle qui respecte le mieux les impératifs de la *Charte*.

Ce type d’analyse, parfois appelée analyse structurelle, n’est pas nouvelle et est souvent implicite dans les décisions portant sur le fédéralisme : pour un examen de l’analyse structurelle, voir R. Elliot, « References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada’s Constitution » (2001), 80 *R. du B. can.* 67; P. Bobbitt, *Constitutional Fate : Theory of the Constitution* (1982), p. 74-92; et C. L. Black, Jr., *Structure and Relationship in Constitutional Law* (1983). Pour déterminer quelle serait la solution dictée par la Constitution dans un cas particulier, l’analyse structurelle examine les liens créés par la Constitution entre les divers ordres et organes de gouvernement, et aussi entre l’État et l’individu : Bobbitt, *op. cit.*, p. 74. L’utilisation de l’analyse structurelle de concert avec d’autres méthodes d’interprétation constitutionnelle nous permet de mieux saisir la véritable portée de la Constitution.

C. Application à la présente espèce

Dans *Swain*, précité, le juge en chef Lamer a conclu que l’aspect préventif de la compétence en

85

86

87

must relate in some way to criminal proceedings. Following intervention by the police, an accused typically has his or her initial brush with criminal proceedings when he or she is charged with an offence, and is thereafter firmly within the grasp of the federal criminal procedure power. At any time once proceedings against an accused have been commenced, but prior to a verdict, the court may of its own motion, or on an application by the accused or the prosecution, direct that the fitness of the accused be tried (s. 672.23(1)). Where the verdict is that the accused is unfit to stand trial, proceedings are suspended pending the accused's return to fitness.

88

Like my colleagues, I conclude that the pith and substance of Part XX.1 in relation to accused found unfit to stand trial is the treatment and supervision of these accused as well as the protection of the public while they remain unfit and subject to an outstanding criminal charge. Part XX.1 is predicated on an accused found unfit to stand trial becoming fit for trial. Such accused is subject to the regime only so long as a *prima facie* case exists that he or she committed an offence. Further, the court or Review Board can order treatment of the accused, with the accused's consent (s. 672.55), or the court can order the treatment of the accused without the accused's consent if certain conditions are met (ss. 672.58 to 672.62). The accused found unfit to stand trial is also subject to ongoing supervision by the Review Board (s. 672.81(1)).

89

Insofar as the aim of Part XX.1 is concerned with the treatment and supervision of a temporarily unfit accused and the protection of the public during the accused's limited period of unfitness, its ultimate aim is to try the accused once he or she becomes fit. In my opinion, this falls squarely within the ambit of the criminal procedure power because it "relate[s] in some way to criminal proceedings" — i.e., the trial: *Swain, supra*, at p. 1001. The continued subjection of an unfit accused to Part XX.1 is justified under the goal of trying him or her for the offence charged. However, where the accused is permanently unfit to stand trial, the overriding goal of

matière de procédure criminelle doit être relié de quelque façon à une procédure criminelle. Après l'intervention de la police, le premier contact de l'accusé avec les procédures criminelles se produit habituellement lorsqu'il est inculpé d'une infraction; il est ensuite fermement assujéti à la compétence fédérale en matière de procédure criminelle. À toute étape des procédures contre l'accusé mais avant que le verdict ne soit rendu, le tribunal peut, d'office ou à la demande de l'accusé ou de la poursuite, ordonner que son aptitude à subir son procès soit évaluée (par. 672.23(1)). Devant une conclusion d'inaptitude à subir son procès, les procédures sont suspendues jusqu'à ce qu'il redevienne apte.

Comme mes collègues, j'estime que le caractère véritable de la partie XX.1 concernant les accusés jugés inaptes est leur traitement et leur surveillance ainsi que la protection du public aussi longtemps qu'ils demeurent inaptes et qu'une accusation criminelle reste en suspens. La partie XX.1 repose sur le fait que l'accusé jugé inapte peut devenir apte. Cet accusé n'est assujéti à ce régime que tant qu'il existe une preuve *prima facie* qu'il a commis une infraction. De plus, le tribunal ou la commission d'examen peut ordonner le traitement de l'accusé avec son consentement (art. 672.55) ou sans son consentement sous réserve de certaines modalités (art. 672.58 à 672.62). L'accusé inapte reste d'ailleurs sous la surveillance de la commission d'examen (par. 672.81(1)).

Dans la mesure où la partie XX.1 concerne le traitement et la surveillance d'un accusé dont l'inaptitude est temporaire et la protection du public pendant cette période limitée d'inaptitude, son objectif ultime demeure de traduire l'accusé en justice une fois qu'il devient apte à subir son procès. J'estime que cela relève clairement de la compétence en matière de procédure criminelle parce que cette mesure est « reliée de quelque façon à une procédure criminelle » — c'est-à-dire le procès : *Swain*, précité, p. 1001. L'assujéttissement continu d'un accusé inapte à la partie XX.1 est justifié par l'objectif de le traduire en justice pour l'infraction dont il est

Part XX.1 is absent and Parliament loses jurisdiction.

As I discussed above, the scope of the criminal procedure power under s. 91(27) needs to be re-evaluated in light of the evolution in our constitutional culture since the entrenchment of the *Charter*. In choosing one of several possible interpretations of the criminal procedure power that implicate human rights, the interpretation that best accords with the imperatives of human rights and freedoms should be adopted. Under the existing scheme, an accused who is permanently unfit will forever be within the grip of the state's machinery for criminal justice. He or she will always have the weight of a criminal accusation hanging overhead, but the day of judgment is permanently postponed. Meanwhile, without the final adjudication of his or her culpability, a permanently unfit accused is subject to the ongoing control of the state through criminal proceedings set out in Part XX.1. His or her continued detention or conditional liberty cannot be justified by progress towards a trial.

In my opinion, a person cannot be subject to state control and have limits imposed on his or her liberty based on the criminal procedure power absent progress towards the adjudication of his or her legal culpability. This is a fundamental human right. The principle is affirmed in ss. 7 and 11(b) of the *Charter*. In construing the scope of the criminal procedure power, an interpretation at odds with this principle should be eschewed. The continued control over a permanently unfit accused and the resulting protection of the public based on a *prima facie* case do not "relate in some way to criminal proceedings". The continued supervision, detention or conditional liberty of a permanently unfit accused can only relate to the mental health of the individual, and this is considered to be within the provincial jurisdiction under ss. 92(7), 92(13) and 92(16) of the *Constitution*

inculpé. Toutefois, lorsque l'inaptitude de l'accusé est permanente, l'objectif primordial de la partie XX.1 n'existe plus et le Parlement n'a plus compétence.

Comme nous l'avons vu ci-dessus, l'étendue de la compétence prévue par le par. 91(27) en matière de procédure criminelle doit toutefois être réévaluée compte tenu de l'évolution de notre culture constitutionnelle depuis la constitutionnalisation de la *Charte*. L'interprétation qui respecte le mieux les impératifs en matière de droits et libertés de la personne doit être choisie parmi toutes les interprétations possibles que peut recevoir la compétence en matière de procédure criminelle touchant les droits de la personne. En vertu du régime existant, l'accusé dont l'inaptitude est permanente reste toujours à la merci du système de justice criminelle. La menace d'accusations criminelles continue de peser sur lui, mais la date du jugement est reportée de façon permanente. Par ailleurs, aucune décision finale n'étant rendue quant à sa culpabilité, l'accusé dont l'inaptitude est permanente reste soumis au contrôle permanent de l'État en raison d'une procédure criminelle prévue dans la partie XX.1. La prolongation de sa détention ou sa mise en liberté conditionnelle ne peuvent être justifiées par les progrès réalisés en vue de la tenue de son procès.

À mon sens, une personne ne peut demeurer assujettie au contrôle de l'État et voir imposer des limites à sa liberté en vertu de la compétence en matière de procédure criminelle sans que des étapes ne soient franchies en vue de la détermination de sa culpabilité en droit. Il s'agit d'un droit fondamental de la personne. Ce principe est confirmé à l'art. 7 et à l'al. 11b) de la *Charte*. L'analyse de l'étendue de la compétence en matière de procédure criminelle doit écarter toute interprétation contraire à ce principe. Le contrôle continu qui est exercé sur un accusé dont l'inaptitude est permanente en vue d'assurer la protection du public parce qu'il existe une preuve *prima facie* contre lui n'est pas « relié de quelque façon à une procédure criminelle ». La surveillance et la détention continues d'un accusé dont l'inaptitude est permanente ou sa mise en liberté conditionnelle peuvent n'être

Act, 1867: see *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, at pp. 135-36.

92

Further, this approach has the salutary effect of respecting and enhancing the permanently unfit accused's human dignity: rather than being stigmatized by criminal proceedings, his or her needs and those of society can be addressed through mental health legislation. Persons with a mental disorder are a historically disadvantaged group and have been, and continue to be, subjected to social prejudice. We should adopt an interpretation of s. 91(27) that does not perpetuate that disadvantage and prejudice. The potential danger a permanently unfit accused may present is more properly attributable to his or her mental illness and is a matter of health and not criminal procedure. The need to protect the community from permanently unfit accused who pose a significant threat to public safety can be answered through the exercise of the provincial health power.

93

Consequently, I find that Parliament is not competent under its criminal procedure jurisdiction to legislate for the supervision, treatment, detention or control of permanently unfit accused. Once a court has found that an accused is permanently unfit to stand trial, the criminal procedure jurisdiction is exhausted. Administrative supervision or control is then a matter falling within the jurisdiction of the provincial health power. The present scheme does not provide for a finding of permanent or temporary fitness; it will have to be amended accordingly. On the facts of this case, it is clear that Mr. Demers will never become fit for trial.

reliées qu'à la santé mentale de l'individu, matière qui relève de la compétence des provinces en vertu des par. 92(7), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867* : voir *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, p. 135-136.

Par ailleurs, cette approche a l'effet salutaire de respecter et de rehausser la dignité humaine de l'accusé dont l'inaptitude est permanente. Au lieu de stigmatiser ce dernier par des poursuites criminelles, il est possible, par l'application de la législation sur la santé mentale, de répondre à ses besoins et à ceux de la société. Les personnes souffrant de troubles mentaux constituent un groupe historiquement défavorisé et ont été, et continuent d'être, l'objet de préjugés sociaux. Nous devrions interpréter le par. 91(27) de manière à ne pas perpétuer ce désavantage et ces préjugés. Le danger potentiel que peut représenter un accusé dont l'inaptitude est permanente est probablement attribuable à la maladie mentale dont il souffre. Il s'agit donc d'une question qui relève du domaine de la santé et non de celui de la procédure criminelle. En conséquence, c'est par l'exercice de la compétence des provinces en matière de santé qu'il convient de répondre au besoin de protection de la communauté face aux accusés inaptes de façon permanente qui présentent un risque important pour la sécurité du public.

Je considère donc que le Parlement n'est pas habilité, en vertu de sa compétence en matière de procédure criminelle, à légiférer relativement à la surveillance, au traitement, à la détention ou au contrôle des accusés dont l'inaptitude est permanente. Dès qu'un tribunal conclut à l'inaptitude permanente d'un accusé à subir son procès, la compétence en matière de procédure criminelle cesse de s'appliquer. La surveillance ou le contrôle administratif devient alors une question qui relève donc de la compétence provinciale en matière de santé. En vertu du régime actuel, il n'y a pas lieu de déterminer si l'inaptitude est permanente ou temporaire; des modifications devront être apportées en conséquence. D'après les faits de l'espèce, il est clair que M. Demers ne sera jamais apte à subir son procès.

III. Section 11(b) of the Charter

It was argued by counsel for Mr. Demers that the impugned provisions violate the defendant's right to trial within a reasonable time contrary to s. 11(b) of the *Charter*. In the case of an accused who is permanently unfit to stand trial by reason of a mental disorder, the accused will never be tried within a reasonable time under s. 11(b). The violation results from the intersection of the legislation with an immutable personal characteristic of the accused. Iacobucci and Bastarache JJ. choose not to address this argument. In my view, their reasons should not be understood as foreclosing an application, on an individual basis, by a permanently unfit accused who has been prejudiced by an unreasonable delay. This application would, I believe, be available to both dangerous and non-dangerous permanently unfit accused, as our jurisprudence has made no distinction between an accused's character or alleged propensity for violence in determining whether s. 11(b) has been violated and whether a stay should issue under s. 24(1): see *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771. The same principles should guide courts in the future.

IV. Remedy

Iacobucci and Bastarache JJ. order that ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) of the *Criminal Code* should be declared invalid, on the limited basis that they violate the s. 7 *Charter* rights of permanently unfit accused who do not pose a significant threat to public safety. Although I agree with my colleagues that the impugned sections should be declared invalid under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, I do so primarily on the basis that they are *ultra vires* the federal criminal procedure power insofar as they apply to accused who are permanently unfit to stand trial. I would also order that the declaration be suspended for one year to give the provincial legislatures sufficient time to amend their mental health

III. L'alinéa 11b) de la Charte

L'avocat de M. Demers a soutenu que les dispositions contestées portent atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable qui est conféré au défendeur par l'al. 11b) de la *Charte*. L'accusé dont l'inaptitude à subir son procès est permanente pour cause de troubles mentaux ne pourra jamais être jugé dans un délai raisonnable au sens de l'al. 11b). L'atteinte est le résultat de la combinaison de la loi et d'une caractéristique personnelle immuable de l'accusé. Les juges Iacobucci et Bastarache ont décidé de ne pas se prononcer sur cet argument. À mon avis, on ne devrait pas considérer que leurs motifs empêchent un accusé inapte de façon permanente qui a subi un préjudice par suite d'un délai déraisonnable de présenter une demande à titre individuel. Je crois que tant un accusé dangereux qu'un accusé non dangereux dont l'inaptitude est permanente pourraient présenter une telle demande puisque notre jurisprudence ne fait aucune distinction entre le caractère d'un accusé et sa propension présumée à la violence pour déterminer si l'al. 11b) a été violé et si un arrêt des procédures devrait être ordonné en vertu du par. 24(1) : voir *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771. Ces mêmes principes devraient guider les tribunaux à l'avenir.

IV. La réparation

Les juges Iacobucci et Bastarache ordonnent que les art. 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) du *Code criminel* soient déclarés invalides pour l'unique motif qu'ils portent atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte* aux accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public. Je conviens avec mes collègues que les dispositions contestées devraient être déclarées invalides en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais essentiellement parce qu'elles excèdent la compétence fédérale en matière de procédure criminelle dans la mesure où elles s'appliquent aux accusés dont l'inaptitude à subir leur procès est permanente. J'ordonnerais également de suspendre l'effet de la

statutes accordingly. Such amendments, in my view, should reflect the principles articulated by the Court in *Winko, supra*, so that a permanently unfit accused's liberty is infringed no more than necessary to protect the public.

96 Further, I would grant Mr. Demers a stay of proceedings within 30 days of this judgment pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. This time limit should give the provincial mental health authorities sufficient time to address, under existing mental health legislation, any concerns that Mr. Demers presents a danger to himself or others. I would also order that a stay be granted within 30 days for all permanently unfit accused who do not pose a significant threat to the public. In this respect, this is an appropriate case to combine remedies under ss. 24(1) and 52. This invites us to revisit certain remarks made in *Schachter, supra*, at p. 720, that ss. 24 and 52 remedies should generally not be combined. In my view, slavish adherence to this rule would result in an injustice in this case.

A. *Combining Sections 52 and 24(1) Remedies*

97 The source of this rule is found in a brief passage written by Lamer C.J. in *Schachter, supra*, at p. 720:

An individual remedy under s. 24(1) of the *Charter* will rarely be available in conjunction with an action under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Ordinarily, where a provision is declared unconstitutional and immediately struck down pursuant to s. 52, that will be the end of the matter. No retroactive s. 24 remedy will be available. It follows that where the declaration of invalidity is temporarily suspended, a s. 24 remedy will not often be available either. To allow for s. 24 remedies during the period of suspension would be tantamount to giving the declaration of invalidity retroactive effect. Finally, if a court takes the course of reading down or

déclaration pour un an afin d'accorder suffisamment de temps aux législatures provinciales pour modifier en conséquence leurs lois sur la santé mentale. Ces modifications devront, à mon sens, tenir compte des principes formulés par la Cour dans *Winko*, précité, de manière que l'atteinte au droit à la liberté de l'accusé dont l'inaptitude est permanente ne soit pas plus que nécessaire pour la protection du public.

Par ailleurs, j'accorderais à M. Demers un arrêt des procédures dans les 30 jours suivant la présente décision, sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*. Ce délai devrait permettre aux autorités provinciales compétentes en matière de santé mentale d'examiner, eu égard à la loi sur la santé mentale en vigueur, si M. Demers constitue un danger pour lui-même ou pour autrui. J'ordonnerais aussi l'arrêt des procédures, dans les 30 jours, dans le cas de tous les accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public. Il s'agit d'un cas où il convient de combiner des réparations fondées sur le par. 24(1) et l'art. 52. Cela nous incite à réexaminer certaines remarques faites dans *Schachter*, précité, p. 720, à savoir que des réparations fondées sur les art. 24 et 52 ne devraient généralement pas être combinées. À mon avis, le respect servile de cette règle entraînerait une injustice en l'espèce.

A. *Combinaison de réparations fondées sur l'art. 52 et le par. 24(1)*

Cette règle trouve sa source dans un bref passage rédigé par le juge en chef Lamer dans *Schachter*, précité, p. 720 :

Il y aura rarement lieu à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en même temps qu'une mesure prise en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Habituellement, si une disposition est déclarée inconstitutionnelle et immédiatement annulée en vertu de l'art. 52, l'affaire est close. Il n'y aura pas lieu à une réparation rétroactive en vertu de l'art. 24. Par conséquent, si l'effet de la déclaration d'invalidité est temporairement suspendu, il n'y aura pas non plus souvent lieu à une réparation en vertu de l'art. 24. Permettre une réparation fondée sur l'art. 24 pendant la période de suspension équivaldrait à donner un effet rétroactif à la

in, a s. 24 remedy would probably only duplicate the relief flowing from the action that court has already taken.

In *Schachter*, the claimant sought retrospective payment of paternity benefits under s. 24(1) in addition to the declaration of invalidity. This passage in *Schachter* was then applied in subsequent cases: *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347, at para. 18; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48, at para. 43; and *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13, at paras. 80-81. Interestingly, those cases all dealt with claims for monetary awards under s. 24(1) of the *Charter*. Despite the concession by Gonthier J. in *Guimond*, *supra*, at para. 19, and *Mackin*, *supra*, at para. 81, that damages may be obtained in an exceptional case under s. 24(1) in combination with a declaration of invalidity under s. 52, the merits of the general rule in *Schachter* against combining remedies have not been subjected to sustained or critical examination by the Court.

The policy rationales implicit in the rule articulated by Lamer C.J. in *Schachter* are examined by V. Shandal in “Combining Remedies Under Section 24 of the *Charter* and Section 52 of the *Constitution Act, 1982: A Discretionary Approach*” (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 175. He observes that they are essentially about limiting the government’s pecuniary liability: “The first justification was the traditional immunity of Parliament and the provincial legislatures from liability for the consequences of legislation they enact. The second was a policy concern of avoiding the imposition of indeterminate liability upon the government” (p. 190). Although these rationales may have some merit where a claimant is bringing an action for damages under s. 24(1), they fail to justify a general prohibition against a retroactive remedy under s. 24(1) in conjunction with s. 52. I do not

déclaration d’invalidité. Enfin, si un tribunal décide de donner une interprétation atténuée ou une interprétation large, une réparation fondée sur l’art. 24 ne ferait probablement qu’accorder le même redressement que celui découlant de la mesure déjà prise par les tribunaux.

Dans *Schachter*, le demandeur cherchait à obtenir en vertu du par. 24(1) le paiement rétroactif de prestations de paternité en plus d’une déclaration d’invalidité. Ce passage de *Schachter* a été appliqué dans des arrêts ultérieurs : *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, par. 18; *Office des services à l’enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48, par. 43; et *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13, par. 80-81. Il est intéressant de souligner que, dans chacune de ces affaires, on réclamait le paiement d’une somme d’argent en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Bien que le juge Gonthier ait admis dans *Guimond*, précité, par. 19, et *Mackin*, précité, par. 81, que, dans des circonstances exceptionnelles, des dommages-intérêts peuvent être obtenus en vertu du par. 24(1) en combinaison avec une déclaration d’invalidité fondée sur l’art. 52, le bien-fondé de la règle générale formulée dans *Schachter* à l’encontre de la combinaison des réparations n’a pas fait l’objet d’un examen critique ou soutenu par la Cour.

Les raisons de principe implicites dans la règle formulée par le juge en chef Lamer dans *Schachter* sont examinées par V. Shandal dans « Combining Remedies Under Section 24 of the *Charter* and Section 52 of the *Constitution Act, 1982 : A Discretionary Approach* » (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 175. L’auteur fait remarquer qu’elles concernent essentiellement la limitation de la responsabilité pécuniaire du gouvernement : [TRADUCTION] « La première justification était l’immunité traditionnelle dont jouissent en matière de responsabilité le Parlement et les législatures provinciales quant aux conséquences des lois qu’ils adoptent. La deuxième était une considération de politique générale, à savoir éviter l’imposition d’une responsabilité indéterminée au gouvernement » (p. 190). Bien que ces raisons puissent avoir une certaine légitimité lorsqu’un demandeur dépose une action en

foreclose the possibility that damages might be appropriate in some cases; however, I direct the following analysis to the present situation in which the claimant is not seeking a monetary remedy.

dommages-intérêts en vertu du par. 24(1), elles ne peuvent justifier l'interdiction générale d'accorder une réparation rétroactive fondée sur le par. 24(1) et jumelée à une réparation fondée sur l'art. 52. Je n'exclus pas la possibilité que des dommages-intérêts puissent être appropriés dans certains cas; je fais toutefois porter l'analyse sur la présente situation dans laquelle le demandeur ne sollicite pas de réparation pécuniaire.

99

Public law litigation is essentially different from private law. In private law actions, remedies are primarily geared towards compensating a plaintiff for the loss suffered at the hands of a defendant. By contrast, public law actions are about ensuring compliance with the Constitution, in this case, vindicating constitutional rights that have been violated by the state. In doing so, it is typically more than an individual claimant's rights that are being affirmed; the benefit of a successful claim enures to society at large. For when an individual or group successfully obtains a remedy for illegal state action, the constitutional rights and freedoms of all citizens are enhanced.

Les litiges de droit public sont essentiellement différents des litiges de droit privé. Dans les poursuites privées, la réparation a principalement pour objet d'indemniser le demandeur de la perte que lui a fait subir le défendeur. Par contre, les poursuites de droit public visent à assurer le respect de la Constitution, soit en l'espèce, faire valoir les droits garantis par la Constitution auxquels l'État a porté atteinte. Les droits d'un demandeur individuel ne sont pas les seuls à être affirmés; c'est toute la société qui profite de la demande à laquelle il est fait droit. En effet, le succès d'un individu ou groupe qui réussit à obtenir réparation pour un acte illégal de l'État consolide les droits et les libertés constitutionnels de tous les citoyens.

100

Private law litigation typically has the following characteristics: it is a dispute between two unitary interests; it concerns past events; the remedy is dependent on the right because it effectively seeks to compensate a plaintiff for the loss suffered at the hands of a defendant; the impact of a judgment is confined to the parties, though it may alter or affect the development of the law; and the litigation is initiated and controlled by them: A. Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation" (1976), 89 *Harv. L. Rev.* 1281, at pp. 1282-83. Public law litigation differs significantly. As Professor Chayes explains (at p. 1284):

Les litiges de droit privé présentent habituellement les caractéristiques suivantes : il s'agit d'un litige entre deux intérêts simples; il porte sur des événements passés; la réparation est tributaire du droit parce qu'elle vise effectivement à indemniser le demandeur d'une perte que lui a fait subir le défendeur; le jugement ne produit ses effets qu'à l'égard des parties, bien qu'il puisse modifier ou influencer l'évolution du droit; et l'action est engagée et contrôlée par les parties : A. Chayes, « The Role of the Judge in Public Law Litigation » (1976), 89 *Harv. L. Rev.* 1281, p. 1282-1283. Les litiges de droit public sont tout à fait différents. Comme l'explique le professeur Chayes (p. 1284) :

The characteristic features of the public law model are very different from those of the traditional model. The party structure is sprawling and amorphous, subject to change over the course of the litigation. The traditional adversary relationship is suffused and intermixed with negotiating and mediating processes at every point. The judge is the dominant figure in organizing and guiding

[TRADUCTION] Les caractéristiques du modèle de droit public sont très différentes de celles du modèle traditionnel. Les parties en présence ne sont pas fixées de manière définitive, elles peuvent changer tout au long du litige. Négociations et médiation peuvent intervenir à toute étape dans le cadre du système contradictoire traditionnel. Le juge joue un rôle déterminant dans

the case, and he draws for support not only on the parties and their counsel, but on a wide range of outsiders — masters, experts, and oversight personnel. . . .

And, most significantly, the effects of a judgment in a public law case reach far beyond the party bringing the claim against the state. The primary focus is often on achieving future compliance with the Constitution, rather than compensating past wrongs.

Nevertheless, public law actions share a necessary commonality with private litigation: an individual or group is seeking to redress a wrong done to them. The larger public dimensions of a constitutional challenge piggyback on the claimant's pursuit of his or her own interests, particularly in criminal law cases. Courts should not lose sight of this symbiosis; they should not forget to provide a remedy to the party who brought the challenge. This is not a reward so much as a vindication of the particularized claim brought by this person in assertion of his or her rights. Corrective justice suggests that the successful applicant has a right to a remedy. There will be occasions where the failure to grant the claimant immediate and concrete relief will result in an ongoing injustice. That is the case here.

Moreover, Lamer C.J.'s statement in *Schachter* is at odds with the general rule of this Court to provide a successful applicant with immediate relief despite a prospective remedy. In *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3, at para. 20, Lamer C.J. held: "In the rare cases in which this Court makes a prospective ruling, it has always allowed the party bringing the case to take advantage of the finding of unconstitutionality: see, e.g., *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 117." In *Brydges*, *supra*, the Court held that the police were required under s. 10(b) of the *Charter* to inform a detainee of the existence of legal aid and duty

l'orientation et le déroulement de l'affaire, et il trouve appui non seulement auprès des parties et de leurs avocats, mais aussi auprès d'un large éventail d'autres personnes étrangères à l'affaire — professeurs, experts et observateurs . . .

Et, plus important encore, les effets d'un jugement rendu dans une affaire de droit public ne se font pas sentir uniquement à l'égard de la partie qui a intenté l'action contre l'État. Le principal objectif du litige est souvent d'obtenir le respect futur de la Constitution plutôt qu'une indemnité pour un préjudice passé.

Néanmoins, les poursuites de droit public et les litiges privés présentent nécessairement des caractéristiques communes : un individu ou un groupe d'individus cherche à obtenir réparation pour un préjudice qui lui a été causé. La dimension publique plus importante que comporte une contestation constitutionnelle se greffe à la poursuite par le demandeur de ses propres intérêts, en particulier dans les affaires de droit criminel. Les tribunaux ne devraient pas perdre de vue cette symbiose, en oubliant d'accorder une réparation à la partie à l'origine de la contestation. Il ne s'agit pas tant d'une récompense que de la reconnaissance de la réclamation particulière que fait cette personne pour faire valoir ses droits. Selon le principe de justice réparatrice, le demandeur qui a gain de cause a droit à une réparation. Dans certains cas, l'omission d'accorder au demandeur une réparation immédiate et concrète entraînera une injustice se perpétuant dans le temps. C'est le cas en l'espèce.

Par ailleurs, le commentaire du juge en chef Lamer dans *Schachter* va à l'encontre de la règle générale suivie par la Cour : accorder une réparation immédiate à un demandeur qui obtient gain de cause, malgré l'existence d'une réparation applicable pour l'avenir. Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3, par. 20, le juge en chef Lamer a conclu : « Dans les rares cas où notre Cour a rendu une décision applicable pour l'avenir, elle a toujours permis à la partie qui a porté l'affaire devant le tribunal de profiter de la conclusion d'inconstitutionnalité : voir, par exemple, *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Feeney*, [1997]

101

102

counsel. It suspended the operation of this rule for 30 days but upheld the trial judge's exclusion of the evidence, under s. 24(2), obtained from the accused in violation of s. 10(b), and restored the acquittal. I recognize that *Brydges, supra*, was not a case where legislation was declared invalid under s. 52, but it demonstrates that the Court will give *Charter* remedies retrospective effect for the applicant.

2 R.C.S. 117 ». Dans *Brydges*, précité, la Cour a statué que les policiers sont tenus par l'al. 10b) de la *Charte* de renseigner la personne détenue sur l'existence de l'aide juridique et des avocats de garde. Elle a suspendu l'application de cette règle pendant 30 jours, mais elle a confirmé la décision du juge du procès d'exclure, en vertu du par. 24(2), les déclarations obtenues de l'accusé en violation de l'al. 10b) et elle a rétabli le verdict d'acquittal. Je reconnais que l'affaire *Brydges*, précitée, n'est pas un cas où la législation a été déclarée invalide en vertu de l'art. 52, mais son résultat montre que la Cour donnera parfois un effet rétroactif aux réparations fondées sur la *Charte* accordées au demandeur.

103 The applicant is typically exempted from the period of delay by having the ruling applied immediately to him or her, usually by ordering a new trial or entering an acquittal under the *Criminal Code*. For example, in *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, the Court suspended a declaration that the then provisions providing the Crown with 48 standbys during jury empanelling were invalid, but ordered that Bain's acquittal be restored immediately. In the case at bar, the appeal comes by way of a final judgment on a *Charter* application from the Superior Court of Quebec; it is not an appeal from the verdict of unfit to stand trial by reason of a mental disorder. To give immediate effect to Mr. Demers' rights, it is necessary to consider combining remedies under ss. 52 and 24(1). Consequently, this is not a situation in which a s. 24 remedy would only duplicate the relief flowing from the s. 52 remedy.

Le demandeur est généralement exempté du délai car la décision s'applique à lui immédiatement, la tenue d'un nouveau procès étant ordonnée ou un verdict d'acquittal étant inscrit en vertu du *Code criminel*. Par exemple, dans *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, la Cour a suspendu l'application d'une déclaration d'invalidité des dispositions qui prévoyaient que le ministère public disposait de 48 mises à l'écart pendant la formation du jury, mais a ordonné que le verdict d'acquittal de Bain soit rétabli sur-le-champ. En l'espèce, le pourvoi a été déposé à l'encontre d'un jugement final rendu par la Cour supérieure du Québec à l'égard d'une demande fondée sur la *Charte*; il ne s'agit pas d'un appel du verdict d'inaptitude à subir son procès pour cause de troubles mentaux. Pour donner un effet immédiat aux droits de M. Demers, il est nécessaire d'envisager la combinaison de réparations fondées sur l'art. 52 et le par. 24(1). Par conséquent, il ne s'agit pas d'une situation où une réparation fondée sur l'art. 24 ne ferait qu'accorder le même redressement que celui découlant de l'art. 52.

104 The crafting of a remedy is highly contextual and is intimately linked to the nature of the violation and the facts of the particular case. In determining when to combine remedies under ss. 52 and 24(1), the following questions should be considered. First, from the perspective of the public role of the *Charter*, what remedy or remedies would most effectively foster compliance with the *Charter* and deter future infringements without unduly interfering with the effective operation of government and the imple-

L'élaboration d'une réparation est largement tributaire du contexte et étroitement liée à la nature de la violation et des faits en cause. Pour déterminer s'il y a lieu de combiner des réparations fondées sur l'art. 52 et le par. 24(1), il faut examiner les questions qui suivent. Premièrement, en ce qui concerne le rôle public que doit jouer la *Charte*, quelle réparation permettrait le mieux d'inciter au respect de la *Charte* et de décourager les atteintes futures sans entraver indûment le bon

mentation of legitimate public policy? Second, from the perspective of the claimant, what remedy or remedies would most effectively redress the wrong he or she has suffered, putting him or her in the position he or she would have been in had his or her rights not been violated? This will often call for the consideration of the adequacy of a s. 52 remedy standing alone. At this stage, a court may also weigh the deleterious effects of delay to the claimant against the salutary effects of delay to the public. Third, can the courts effectively implement the proposed remedy or remedies? See M. L. Pilkington, “Monetary Redress for Charter Infringement”, in R. J. Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987), 307, at pp. 308-9; and Shandal, *supra*, at pp. 196 ff.

B. *Application to the Case at Bar*

Turning to the constitutional violations before us, I will now apply the test for combining remedies. From the perspective of the public role of the *Charter*, a suspended declaration of invalidity under s. 52 would best serve to ensure future compliance with the *Constitution Act, 1867* by Parliament and also protect the public from the immediate release of potentially dangerous persons. A suspended declaration would permit both Parliament and the provincial legislatures to amend their respective legislation according to the imperatives of the constitutional division of powers.

From the perspective of Mr. Demers, however, a suspended declaration of invalidity would give him no immediate redress. The violation of his liberty interest under s. 7 would continue. In light of the seriousness of the violation, and the fact that the Review Board recently found that [TRANSLATION] “Nothing in the evidence in the record or adduced at the hearing leads to the conclusion that Mr. A. is so dangerous a patient that he must be detained in a hospital”, I conclude that a stay should be granted within 30 days. The 30-day period is sufficient to allow the provincial health authorities to make an application under mental health legislation if circumstances have changed and Mr. Demers presents

fonctionnement du gouvernement et la mise en œuvre d’une politique légitime? Deuxièmement, du point de vue du demandeur, quelle réparation permettrait le mieux de corriger le préjudice qu’il a subi, afin de le placer dans la situation où il aurait dû se trouver n’eût été l’atteinte à ses droits? Il faudra souvent à cette fin examiner la suffisance d’une seule réparation fondée sur l’art. 52. À ce stade, le tribunal peut aussi soupeser les effets préjudiciables du délai pour le demandeur et ses effets salutaires pour le public. Troisièmement, les tribunaux peuvent-ils mettre en œuvre efficacement les réparations proposées? Voir M. L. Pilkington, « Monetary Redress for Charter Infringement », dans R. J. Sharpe, dir., *Charter Litigation* (1987), 307, p. 308-309; et Shandal, *loc. cit.*, p. 196 et suiv.

B. *Application à la présente espèce*

Je vais maintenant appliquer aux atteintes à la Constitution qui nous ont été soumises les critères permettant de combiner des réparations. En ce qui concerne le rôle public que doit jouer la *Charte*, une déclaration d’invalidité dont l’effet serait suspendu fondée sur l’art. 52 permettrait le mieux de garantir le respect futur par le Parlement de la *Loi constitutionnelle de 1867* et également de protéger le public contre la mise en liberté immédiate de personnes potentiellement dangereuses. Une telle déclaration donnerait la possibilité tant au Parlement qu’aux législatures provinciales de modifier leurs lois respectives conformément aux impératifs du partage des compétences prévu par la Constitution.

Du point de vue de M. Demers, toutefois, une déclaration d’invalidité dont l’effet serait suspendu ne lui permettrait pas d’obtenir une réparation immédiate. L’atteinte à son droit à la liberté garanti par l’art. 7 se poursuivrait. Compte tenu de la gravité de l’atteinte et du fait que la commission d’examen a récemment conclu que « Rien dans la preuve au dossier ou celle présentée à l’audience ne permet de conclure que Monsieur A. est un patient dangereux au point d’exiger sa détention à l’hôpital », je conclus qu’un arrêt des procédures devrait être accordé dans les 30 jours. Ce délai est suffisant pour permettre aux autorités provinciales de la santé de présenter une demande fondée sur la loi applicable en

105

106

a danger to himself or others owing to his mental state. There is no question in this case that the Court can effectively implement the suspended declaration of invalidity or the stay.

107 Finally, all permanently unfit accused who do not pose a significant threat to public safety should benefit from a stay for the violation of their s. 7 rights within 30 days under s. 24(1) of the *Charter*. *Iacobucci and Bastarache JJ.* suspend the availability of a stay for one year on grounds of public safety. There is no sound policy reason, particularly on the basis of safety, to delay a stay for one year for those permanently unfit accused who do not pose a significant danger to society.

108 Consequently, I would allow the appeal, order that the impugned provisions be declared invalid under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* insofar as they violate the division of powers and the *Charter*, and suspend the declaration for one year. I would also order that Mr. Demers be granted a stay within 30 days under s. 24(1) of the *Charter* for the violation of his s. 7 rights. All other permanently unfit accused who do not pose a significant threat to public safety should be given a stay within 30 days.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Létourneau & Gagné, Québec.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Montréal.

matière de santé mentale si la situation a changé et si M. Demers constitue un danger pour lui-même ou pour autrui en raison de son état mental. Il ne fait aucun doute en l'espèce que la Cour peut mettre en œuvre efficacement l'arrêt des procédures ou la déclaration d'invalidité dont l'effet est suspendu.

Enfin, tous les accusés dont l'inaptitude à subir leur procès est permanente et qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public devraient en vertu du par. 24(1) de la *Charte* bénéficier, dans les 30 jours, d'un arrêt des procédures vu que les droits qui leur sont garantis par l'art. 7 ont été violés. Les juges *Iacobucci* et *Bastarache*, au nom de la sécurité du public, suspendent pour un an la possibilité de demander l'arrêt des procédures. Il n'existe aucune raison d'intérêt général valable, surtout sur le plan de la sécurité, pour imposer une suspension de un an aux accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la société.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, de déclarer que les dispositions contestées sont invalides sous le régime de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dans la mesure où elles contreviennent au partage des compétences et à la *Charte*, et de suspendre l'effet de la déclaration pour un an. J'ordonnerais également qu'un arrêt des procédures soit accordé à M. Demers dans les 30 jours en vertu du par. 24(1) de la *Charte* parce qu'il a été porté atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7. Tous les autres accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public devraient bénéficier d'un arrêt des procédures dans les 30 jours.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Létourneau & Gagné, Québec.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Québec, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.

*Solicitor for the intervener the Attorney General
of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général
de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario,
Toronto.*