

Her Majesty The Queen *Appellant;*

and

Robert Mark Abbey *Respondent.*

File No.: 16589.

1981: December 16; 1982: July 22.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Defence of insanity — Hypomania — Accused knew actions to be wrong — Delusion that immune from punishment if caught — Whether or not accused rendered incapable of appreciating the nature and quality of his act — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 16.

Evidence — Hearsay — Whether or not trial judge erred in treating as factual the hearsay evidence on which expert opinion based.

Respondent was found not guilty on account of insanity, of importing cocaine into Canada and of unlawful possession of cocaine for the purpose of trafficking. A hypomaniac, respondent knew he was doing wrong but believed that, if caught, he would not be punished. The trial judge found that respondent's incapacity to appreciate the nature and quality of his acts met the test of s. 16(2), and more particularly, that he did not "appreciate" the consequences of punishment associated with the commission of the offence. This appeal is from a judgment of the British Columbia Court of Appeal upholding the verdict reached by the trial judge.

Held: The appeal should be allowed.

The defence of insanity was not open to respondent. Accused's failure, because of his delusions, to appreciate the penal sanctions attaching to the crime did not bring him within the ambit of the first arm of the insanity defence. The requirement that the accused be able to perceive the consequences of the physical act is a restatement, specific to the defence of insanity, of the principle of *mens rea* as a requisite element in the commission of a crime. The mental element must be proved with respect to all circumstances, and consequences, that form part of the *actus reus*. Punishment is not an *element* of the crime itself, but may be the *result* of the commission of the criminal act. "Wrong", used in the second half of s. 16(2), means wrong according to

Sa Majesté La Reine *Appelante;*

et

Robert Mark Abbey *Intimé.*

N° du greffe: 16589.

1981: 16 décembre; 1982: 22 juillet.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

Droit criminel — Défense d'aliénation mentale — Hypomanie — Actes que l'accusé savait mauvais — Illusion d'une immunité contre toute peine — L'accusé était-il incapable de juger la nature et la qualité de son acte? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 16.

Preuve — Ouï-dire — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en traitant comme des faits les éléments de preuve par ouï-dire sur lesquels était fondée l'opinion de l'expert?

Accusé d'importation de cocaïne au Canada et de possession illégale de cocaïne en vue d'en faire le trafic, l'intimé a été déclaré non coupable pour cause d'aliénation mentale. Victime d'hypomanie, il savait que ce qu'il faisait était mauvais, mais croyait que, si on l'y prenait, il resterait impuni. Le juge du procès a conclu que l'incapacité de l'intimé de juger la nature et la qualité de ses actes satisfaisait au critère énoncé au par. 16(2) et, plus particulièrement, qu'il «ne se rendait pas compte» des conséquences pénales liées à la perpétration de l'infraction. Le pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a maintenu le verdict rendu par le juge du procès.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'intimé ne peut invoquer la défense d'aliénation mentale. Son incapacité, en raison d'hallucinations, de se rendre compte des sanctions pénales dont l'infraction est assortie ne fait pas jouer en sa faveur le premier volet de la défense d'aliénation mentale. L'exigence que l'accusé soit capable de percevoir les conséquences de l'acte matériel constitue une réitération, propre à la défense d'aliénation mentale, du principe de la *mens rea* en tant qu'élément nécessaire de la perpétration d'un crime. Il faut prouver l'existence de l'élément mental relativement à toutes les circonstances et à toutes les conséquences qui font partie de l'*actus reus*. La peine n'est pas un *élément* du crime lui-même, mais elle peut être le *résultat* de la perpétration de l'acte criminel. Le mot «mau-

law, and as it has been established that respondent's act was forbidden by law, respondent's inability to "appreciate" the penal consequences was irrelevant to the question of legal sanity.

Irresistible impulse does not exist as a defence but may be symptomatic of a disease of the mind giving rise to a defence of insanity. The trial judge's comments were made in the context of his consideration of the insanity defence and specifically rejected a defence of diminished responsibility.

The trial judge erred in accepting as factual much of the hearsay evidence related by an expert in the course of giving his opinion. The expert's opinion, however, was admissible even if based on second-hand evidence, for that opinion is not determinative of an issue but a question of fact to be accepted or rejected as the judge or jury see fit.

Cooper v. The Queen, [1980] 1 S.C.R. 1149; *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673; *R. v. Borg*, [1969] S.C.R. 551, considered; *R. v. Barnier*, [1980] 1 S.C.R. 1124; *Kjeldsen v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 617; *Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21; *R. v. Harrop* (1940), 74 C.C.C. 228; *R. v. Crook* (1979), 1 Sask. R. 273; *R. v. Rabey* (1977), 37 C.C.C. (2d) 461; *R. v. Creighton* (1908), 14 C.C.C. 349; *Subramaniam v. Public Prosecutor*, [1956] 1 W.L.R. 965; *Turner* (1974), 60 Crim. App. R. 80; *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14; *R. v. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49; *R. v. Rosik*, [1971] 2 O.R. 47; *Phillion v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 18; *R. v. Perras* (1972), 8 C.C.C. (2d) 209, referred to.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1981), 60 C.C.C. (2d) 49, 21 C.R. (3d) 63, 29 B.C.L.R. 212, dismissing an appeal from a judgment of Spencer C.C.J. finding respondent not guilty on account of insanity. Appeal allowed.

Eugene G. Ewaschuk, Q.C., and *S. David Frankel*, for the appellant.

Josiah Wood, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—Robert Mark Abbey was tried by a judge sitting alone on two charges (i) importing

vais» employé dans la seconde partie du par. 16(2) signifie mauvais selon la loi, et vu qu'il est établi que l'intimé a commis un acte illégal, son incapacité de «juger» les conséquences pénales n'a aucun rapport avec la question de l'aliénation mentale au sens de la loi.

L'impulsion irrésistible ne constitue pas un moyen de défense, mais elle peut être symptomatique d'une maladie mentale donnant lieu à une défense d'aliénation mentale. Le juge du procès a fait ses observations dans le cadre de son étude de la défense d'aliénation mentale et il a formellement rejeté l'existence d'une défense de responsabilité atténuée.

Le juge du procès a commis une erreur en acceptant comme des faits une bonne partie des éléments de preuve par ouï-dire relatés par un expert au cours de son témoignage. L'opinion de l'expert est toutefois recevable, même si elle est fondée sur un ouï-dire, car cette opinion n'est pas déterminante, étant au contraire une question de fait que le juge ou le jury sont libres d'accepter ou de rejeter.

Jurisprudence: arrêts examinés: *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149; *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673; *R. c. Borg*, [1969] R.C.S. 551; arrêts mentionnés: *R. c. Barnier*, [1980] 1 R.C.S. 1124; *Kjeldsen c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 617; *Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21; *R. v. Harrop* (1940), 74 C.C.C. 228; *R. v. Crook* (1979), 1 Sask. R. 273; *R. v. Rabey* (1977), 37 C.C.C. (2d) 461; *R. v. Creighton* (1908), 14 C.C.C. 349; *Subramaniam v. Public Prosecutor*, [1956] 1 W.L.R. 965; *Turner* (1974), 60 Crim. App. R. 80; *Wilband c. La Reine*, [1967] R.C.S. 14; *R. v. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49; *R. v. Rosik*, [1971] 2 O.R. 47; *Phillion c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 18; *R. v. Perras* (1972), 8 C.C.C. (2d) 209.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1981), 60 C.C.C. (2d) 49, 21 C.R. (3d) 63, 29 B.C.L.R. 212, qui a rejeté un appel contre un jugement par lequel le juge Spencer de la Cour de comté a déclaré l'intimé non coupable pour cause d'aliénation mentale. Pourvoi accueilli.

Eugene G. Ewaschuk, c.r., et *S. David Frankel*, pour l'appelante.

Josiah Wood, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—Robert Mark Abbey a subi son procès devant un juge siégeant seul relative-

cocaine into Canada and (ii) unlawful possession of cocaine for the purpose of trafficking. His sole defence was that he was insane at the material time. The trial judge gave effect to that defence. He found Abbey not guilty on account of insanity and the Court of Appeal of British Columbia dismissed a Crown appeal. The matter has now, by leave, reached this Court.

I

The Facts and History of the Case

The facts surrounding the commission of the offence are not in dispute. Pursuant to s. 582 of the *Criminal Code* Abbey admitted, amongst others, the following facts alleged against him, for the purpose of dispensing with proof. On Sunday, May 13, 1979, Abbey arrived at the Vancouver International Airport on C.P. Air Flight No. 421 from Lima, Peru. He entered Canada carrying a brown shoulder bag containing two clear plastic bags the contents of which weighed 5.5 ounces and analyzed to be approximately 50 per cent pure cocaine. After disembarkation, Abbey proceeded directly to the Canada Customs primary counter where he presented his passport and a signed customs declaration. He then obtained his suitcase from a baggage carousel and proceeded to the Customs secondary counter. Abbey placed the suitcase and shoulder bag on the counter. The Customs Inspector looked into the shoulder bag and observed a camera case and underneath it two plastic bags of white powder, the cocaine. The following conversation ensued between the Customs Inspector, Jung, and Abbey:

Jung: (holding the two plastic bags of white powder). "What is it?"

Abbey: "You got me."

Jung: "What is it?"

Abbey: "It's coke."

R.C.M.P. Constable Giesbrecht arrived on the scene:

ment à deux accusations, savoir (i) importation de cocaïne au Canada et (ii) possession illégale de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Il a invoqué comme seul moyen de défense l'aliénation mentale à l'époque en question. Le juge du procès a retenu ce moyen. Il a déclaré Abbey non coupable pour cause d'aliénation mentale et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel du ministère public. L'affaire est maintenant soumise à cette Cour, avec l'autorisation de cette dernière.

I

Les faits et l'historique de la cause

Les faits entourant la perpétration de l'infraction sont incontestés. Conformément à l'art. 582 du *Code criminel*, Abbey a notamment reconnu les faits suivants allégués contre lui afin de dispenser d'en faire la preuve. Le dimanche 13 mai 1979, Abbey est arrivé à l'aéroport international de Vancouver à bord du vol n° 421 de C.P. Air en provenance de Lima au Pérou. Quand il est entré au Canada, il portait un sac à bandoulière brun qui contenait deux sacs en plastique transparent dont le contenu, qui pesait 5.5 onces, était, comme l'a révélé une analyse, de la cocaïne pure à environ 50 pour cent. Une fois descendu de l'avion, Abbey s'est rendu directement au comptoir d'examen primaire de Douanes Canada, où il a présenté son passeport et signé une déclaration en douane. Il est alors allé chercher sa valise qui se trouvait sur un distributeur circulaire et s'est rendu au comptoir d'examen secondaire des douanes. Abbey a déposé la valise et le sac à bandoulière sur le comptoir. Le douanier a fouillé le sac à bandoulière et remarqué un étui pour appareil photographique et, en-dessous, deux sacs en plastique qui contenaient de la poudre blanche, savoir la cocaïne. La conversation suivante a alors eu lieu entre le douanier qui s'appelait Jung, et Abbey:

[TRADUCTION]

Jung: (tenant les deux sacs en plastique contenant la poudre blanche). «Qu'est-ce que c'est?»

Abbey: «Je suis fait.»

Jung: «Qu'est-ce que c'est?»

Abbey: «C'est de la «coke».»

L'agent Giesbrecht de la G.R.C. est arrivé sur les lieux:

Giesbrecht: (indicating the brown shoulder bag).
"What's in here?"

Abbey: "Naturally cocaine."

Giesbrecht: "How much?"

Abbey: "130 to 150 grams."

Giesbrecht: "You need not say anything, however, anything you do say may be given in evidence. You understand this?"

Giesbrecht: "What's the white powder?"

Abbey: "Cocaine."

Giesbrecht: "You brought the cocaine into the country?"

Abbey: "Yes."

Giesbrecht: (indicating the brown shoulder bag).
"Did you bring this suitcase into the country?"

Abbey: "Yes."

Later in the day Abbey gave the police a signed statement in which he said that in the last two weeks of April, 1979, while still in Canada, he had received \$900 from three individuals on the express understanding that he would purchase 13 grams of cocaine for them in Peru. The two plastic bags contained 158.7 grams of cocaine, the "street value" of which was \$76,320, if cut to 13 per cent purity, or \$18,150 if sold, uncut, by the ounce. It was a profit venture. In his statement to police which was submitted in evidence, Abbey was asked if there were anything he would like to say with respect to the importation of cocaine. He replied:

It was just there. I've been down there many times and when you see it for five dollars. I was going to school and [sic] the Philippines and it was the perfect way to have a perfect year. I can't believe I did it.

As I have said, the only defence raised was s. 16(2) of the *Criminal Code*, insanity. Section 16 of the *Code* reads:

16. (1) No person shall be convicted of an offence in respect of an act or omission on his part while he was insane.

[TRANSLATION]

Giesbrecht: (pointant le sac à bandoulière brun).
«Qu'y a-t-il là-dedans?»

Abbey: «De la cocaïne, naturellement.»

Giesbrecht: «Combien?»

Abbey: «De 130 à 150 grammes.»

Giesbrecht: «Vous n'êtes pas tenu de dire quoi que ce soit, mais tout ce que vous direz peut servir de preuve. Comprenez-vous cela?»

Giesbrecht: «C'est quoi la poudre blanche?»

Abbey: «De la cocaïne.»

Giesbrecht: «Vous avez importé la cocaïne au pays?»

Abbey: «Oui.»

Giesbrecht: (pointant le sac à bandoulière brun).
«Avez-vous apporté cette valise au pays?»

Abbey: «Oui.»

Plus tard dans la journée, Abbey a fait à la police une déclaration signée dans laquelle il affirmait qu'au cours des deux dernières semaines d'avril 1979, alors qu'il était encore au Canada, il avait reçu \$900 de trois individus à la condition expresse qu'il achète pour eux 13 grammes de cocaïne au Pérou. Les deux sacs en plastique contenaient 158.7 grammes de cocaïne dont la «valeur de revente» était de \$76,320, si elle était réduite à 13 pour cent de pureté, ou de \$18,150 si elle était vendue intégralement à l'once. Il s'agissait d'une entreprise à but lucratif. Lorsqu'il faisait sa déclaration à la police, laquelle déclaration a été présentée en preuve, on a demandé à Abbey s'il voulait dire quoi que ce soit concernant l'importation de la cocaïne. Il a répondu:

[TRANSLATION] Elle était tout simplement là. J'ai souvent voyagé là-bas et quand on la voit à cinq dollars. J'étais étudiant et j'allais faire un voyage aux Philippines et c'était le moyen parfait d'avoir une année parfaite. Je n'arrive pas à croire que je l'ai fait.

Comme je l'ai déjà dit, le seul moyen de défense qu'on a invoqué est le par. 16(2) du *Code criminel*, savoir l'aliénation mentale. L'article 16 du *Code* se lit comme suit:

16. (1) Nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part alors qu'il était aliéné.

(2) For the purposes of this section a person is insane when he is in a state of natural imbecility or has disease of the mind to an extent that renders him incapable of appreciating the nature and quality of an act or omission or of knowing that an act or omission is wrong.

(3) A person who has specific delusions, but is in other respects sane, shall not be acquitted on the ground of insanity unless the delusions caused him to believe in the existence of a state of things that, if it existed, would have justified or excused his act or omission.

(4) Every one shall, until the contrary is proved, be presumed to be and to have been sane.

As witnesses, the Crown called the customs inspectors and R.C.M.P. officers who searched and questioned Abbey at the airport. They said that Abbey appeared "normal" in their dealings with him. Abbey did not testify. The defence called only one witness, Dr. Vallance, a psychiatrist. In rebuttal the Crown called another psychiatrist, Dr. Eaves. No other witnesses gave testimony.

Dr. Vallance testified that he first saw Abbey approximately 10 weeks after the commission of the offence. Dr. Vallance's testimony was based on his interviews with Abbey, his interviews with Abbey's mother, his review of a medical report prepared by another psychiatrist, and his discussions with other doctors who were involved in treating Abbey. In particular, Dr. Vallance relied on Abbey's description of the events surrounding his trip to South America as indicative of his mental state at the material time. Dr. Vallance's opinion was that Abbey, at all material times, was suffering from a disease of the mind, a manic illness, known as hypomania. While Abbey appreciated that he was bringing cocaine into Canada and knew that what he was doing was wrong, he believed that, if caught, he would not be punished. Dr. Vallance said:

He had a considerable disturbance of mood. He had delusional ideas. He had hallucinatory experiences. It's difficult under circumstances like that to fully appreciate what you are doing, particularly when the feelings and delusional ideas are tangled up with what you are doing. If you feel that you are for some delusional idea inordinately powerful or safe then that impairs good

(2) Aux fins du présent article, une personne est aliénée lorsqu'elle est dans un état d'imbécillité naturelle ou atteinte de maladie mentale à un point qui la rend incapable de juger la nature et la qualité d'un acte ou d'une omission, ou de savoir qu'un acte ou une omission est mauvais.

(3) Une personne qui a des hallucinations sur un point particulier, mais qui est saine d'esprit à d'autres égards, ne doit pas être acquittée pour le motif d'aliénation mentale, à moins que les hallucinations ne lui aient fait croire à l'existence d'un état de choses qui, s'il eût existé, aurait justifié ou excusé son acte ou omission.

(4) Jusqu'à preuve du contraire, chacun est présumé être et avoir été sain d'esprit.

Le ministère public a cité comme témoins les douaniers et les agents de la G.R.C. qui avaient fouillé et interrogé Abbey à l'aéroport. Ils ont affirmé que Abbey semblait «normal» lorsqu'ils avaient eu affaire à lui. Abbey n'a pas témoigné. La défense n'a cité qu'un seul témoin, le Dr Vallance, un psychiatre. Le ministère public a répliqué en faisant témoigner un autre psychiatre, le Dr Eaves. Il s'agit là des seuls témoignages rendus.

Le Dr Vallance a témoigné avoir vu Abbey pour la première fois environ 10 semaines après la perpétration de l'infraction. Son témoignage se fondait sur ses entrevues avec Abbey et avec la mère de ce dernier, sur son examen d'un rapport médical rédigé par un autre psychiatre et sur ses entretiens avec d'autres médecins qui soignaient Abbey. Le Dr Vallance a notamment jugé que la description qu'a donnée Abbey des événements entourant son voyage en Amérique du Sud donnait une idée de son état mental à l'époque pertinente. Selon le Dr Vallance, Abbey souffrait en tout temps pertinent d'une maladie mentale, d'une manie connue sous le nom d'hypomanie. Abbey se rendait compte qu'il importait de la cocaïne au Canada et il savait que cela était mauvais, mais il croyait que, si on l'y prenait, il resterait impuni. Le Dr Vallance a dit:

[TRADUCTION] Il était d'humeur très instable. Il avait des illusions. Il avait des hallucinations. Il est difficile dans des circonstances pareilles de bien se rendre compte de ce qu'on fait, surtout lorsque les sentiments et les illusions viennent se mêler à ses actes. Si, en raison d'une illusion quelconque, on croit jouir d'une puissance ou d'une sécurité illimitées, cela nuit au jugement. Je

judgment. I am sure he had some appreciation of what he was doing.

Dr Vallance further testified that, while Abbey was not rendered totally incapable of appreciating the nature and quality of his acts by reason of the disease of mind from which he suffered, there was a degree of impairment of judgment. He had the feeling that he was being looked after by some outside force that was feeding him strength and that no harm would come to him and even if he did get caught it did not matter because somehow he would be looked after. Dr. Vallance made reference to Abbey's delusional belief that he was committed to a particular path of action which he could not change and his further delusional idea, while in Lima, Peru, that he had "astro-travelled" back to Vancouver already and that in getting on the plane in Lima to fly home he was simply having the body follow where the "rest" had already gone.

Dr. Eaves, in rebuttal, was of the opinion that the disease of the mind experienced by Abbey, hypomania, would "not be substantially enough to render him incapable of appreciating the nature and quality of his actions . . . not to know that his actions were wrong".

The trial judge found that Abbey suffered from a disease of the mind. This was common ground. Both doctors agreed, however, that Abbey knew what he was doing and he knew that it was wrong. They disagreed on their assessment of the degree of Abbey's capability as of May 13, 1979. The judge found that disease of the mind incapacitated his ability to appreciate the nature and quality of his acts to the degree required to meet the test of s. 16(2). More particularly, Abbey did not "appreciate" the consequences of punishment associated with the commission of the offence. After referring to the decision of this Court in *Cooper v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1149, the trial judge did find that Abbey "had the capacity to appreciate the nature of the act of importing and of possessing the Cocaine". He continued:

As I understand the evidence and the submissions of counsel, the Accused had the capacity to appreciate the nature of the act of importing and of possessing the

suis certain qu'il se rendait compte jusqu'à un certain point de ce qu'il faisait.

Le D^r Vallance a en outre témoigné que, si la maladie mentale d'Abbey ne le rendait pas tout à fait incapable de juger la nature et la qualité de ses actes, il n'en demeurerait pas moins que son jugement en souffrait jusqu'à un certain point. Il avait l'impression qu'une puissance extérieure quelconque prenait soin de lui et lui donnait de la force, qu'aucun mal ne lui arriverait et que, même s'il se faisait attraper, c'était sans importance parce que d'une manière ou d'une autre il serait protégé. Le D^r Vallance a fait mention de l'illusion d'Abbey selon laquelle il était irrévocablement engagé dans une voie particulière et d'une autre illusion qu'il avait, savoir que, lorsqu'il était à Lima au Pérou, son esprit s'était déjà transporté à Vancouver et qu'en montant à bord de l'avion à Lima pour retourner chez lui, il faisait simplement faire au corps le voyage que le «reste» avait déjà fait.

Le D^r Eaves, en guise de réfutation, a exprimé l'avis que la maladie mentale dont souffrait Abbey, savoir l'hypomanie, [TRADUCTION] «ne suffisait pas au fond pour le rendre incapable de juger la nature et la qualité de ses actes . . . de savoir que ceux-ci étaient mauvais».

Le juge du procès a conclu qu'Abbey souffrait d'une maladie mentale. On reconnaît cela de part et d'autre. Les deux médecins étaient cependant d'accord pour dire qu'Abbey savait ce qu'il faisait et qu'il savait que c'était mauvais. C'est sur le degré de la capacité d'Abbey au 13 mai 1979 que leurs évaluations ne concordent pas. Le juge a conclu qu'une maladie mentale le rendait à ce point incapable de juger la nature et la qualité de ses actes qu'il satisfaisait au critère énoncé au par. 16(2). Plus particulièrement, Abbey «ne se rendait pas compte» des conséquences pénales liées à la perpétration de l'infraction. Après s'être référé à l'arrêt de cette Cour, *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149, le juge du procès a conclu qu'Abbey [TRADUCTION] «avait la capacité de juger la nature des actes qui consistent à importer et à avoir en sa possession de la cocaïne». Il a ajouté:

[TRADUCTION] Si je comprends bien la preuve et les arguments de l'avocat, l'accusé avait la capacité de juger la nature des actes qui consistent à importer et à avoir

Cocaine. He also had the capacity to appreciate the immediate consequences of those acts. That is to say that they were illegal; that he should not commit them overtly; that if he succeeded he must then deliver some of the Cocaine to his friends who gave him the money for it, and find someone through another friend who would buy the rest at a large profit to himself. He had the capability, in that sense, of analysing the knowledge of what he was about, and he—in using the word “analysing” I adopt the definition given by Mr. Justice Estey in the Supreme Court of Canada decision, *Regina v. Barnier* (1980) 2 W.W.R. 659.

The trial judge, however, did not stop there. He went on to consider “whether the law requires that an accused also be able to appreciate, in the sense of which I have read from Mr. Justice Estey’s decision, the consequences that may be personal to him. That is to say, the consequence of punishment.”

In finding Abbey not guilty by reason of insanity the judge concluded that “one, who like Abbey suffers from the delusion that he is protected from punishment by some mysterious external force which comes to him, as described in the evidence of Dr. Vallance, has his ability to appreciate the nature and quality of his acts incapacitated to the degree required to meet the test of Section 16, Subsection 2. He is, by disease of the mind, deprived of the ability to assess an important consequence of his act. He is deprived of the effect of the penal sanctions”

The Crown appealed, contending that the trial judge had erred in law in directing himself to the law applicable to the defence of insanity. The appeal was dismissed.

The Crown has now appealed to this Court, on the grounds raised in the British Columbia Court of Appeal:

1) The trial judge erred in holding that a person who by reason of a disease of the mind does not “appreciate” the personal penal consequences of his actions is insane within the meaning of Section 16(2) of the *Criminal Code*.

en sa possession de la cocaïne. Il avait également la capacité de juger les conséquences immédiates de ces actes. C’est-à-dire qu’il s’agissait d’actes illégaux, qu’il ne devrait pas les commettre ouvertement, que s’il réussissait il devrait alors livrer une partie de la cocaïne à ses amis qui lui avaient donné l’argent pour l’acheter, et, par l’intermédiaire d’un autre ami, trouver quelqu’un qui lui achèterait le reste, ce qui lui permettrait de réaliser un profit considérable. Il avait la capacité, en ce sens qu’il était capable d’analyser la connaissance de ce qu’il allait faire, et il — lorsque j’emploie le mot «analyser», je fais mienne la définition que donne le juge Estey de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *R. c. Barnier*, (1980), 2 W.W.R. 659.

Le juge du procès ne s’est toutefois pas arrêté là. Il a poursuivi en examinant la question [TRADUCTION] «de savoir si la loi exige qu’un accusé soit également capable de juger, au sens de l’extrait des motifs du juge Estey que j’ai lu, les conséquences qui peuvent le toucher personnellement, c’est-à-dire les conséquences pénales.»

En déclarant Abbey non coupable pour cause d’aliénation mentale, le juge a conclu que [TRADUCTION] «quelqu’un qui, comme Abbey, est en proie à l’illusion qu’il est protégé contre toute peine par quelque puissance extérieure mystérieuse qui se manifeste à lui, comme le décrit le témoignage du Dr Vallance, est à ce point incapable de juger la nature et la qualité de ses actes qu’il satisfait au critère énoncé au par. 16(2). Il est, en raison d’une maladie mentale, dépourvu de la capacité d’apprécier une conséquence importante de son acte. Les sanctions pénales n’ont aucun effet sur lui»

Le ministère public a interjeté appel en faisant valoir que le juge du procès avait commis une erreur de droit en se référant au droit applicable à la défense d’aliénation mentale. L’appel a été rejeté.

Le ministère public se pourvoit maintenant devant cette Cour en invoquant les moyens soulevés en Cour d’appel de la Colombie-Britannique:

[TRADUCTION] 1) Le juge du procès a commis une erreur en statuant qu’une personne qui, en raison d’une maladie mentale, «ne se rend pas compte» des conséquences pénales personnelles de ses actes, est aliénée au sens du par. 16(2) du *Code criminel*.

2) The trial judge erred in giving effect to a defence of "irresistible impulse".

3) The trial judge misdirected himself with respect to the use which could be made of "hearsay" evidence introduced during the testimony of the psychiatrists who were called as witnesses.

II

Consequences

The First Arm of Section 16(2)

The question raised in the first ground of appeal is therefore whether "appreciation of the nature and quality of an act" is limited to appreciation of the physical consequences of the act or also includes appreciation of the penal consequences to the accused. Taggart J.A., speaking for the Court of Appeal, said that *Cooper v. The Queen, supra*, and *R. v. Barnier*, [1980] 1 S.C.R. 1124 made it clear that there is a distinction between "know" and "appreciate" and that the words "appreciate the nature and quality of his acts" connote more than a mere knowledge of the physical nature of the acts being committed. With respect, I agree. The British Columbia Court failed, however, to deal with the question of what it is an accused must fail to "appreciate" before he can be found to be legally insane. The Court simply accepted the trial judge's conclusion that somebody who, because of a disease of the mind, has the delusion that he is protected from punishment by some mysterious external force, is incapacitated from appreciating the nature and quality of his acts.

The defence of insanity in s. 16(2) of the *Criminal Code* has received lengthy consideration by this Court in several recent judgments: *Cooper v. The Queen, supra*, *R. v. Barnier, supra*, and, most recently, *Kjeldsen v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 617. As stated in *Cooper v. The Queen*, at p. 1152, s. 16(2) of the *Criminal Code* "does not set out a test of insanity but, rather the criteria to be taken into account in determining criminal responsibility." With some hesitation the trial judge came to the conclusion that:

2) Le juge du procès a commis une erreur en retenant une défense d'«impulsion irrésistible».

3) Le juge du procès a commis une erreur quant à l'utilisation qui pouvait être faite de la preuve par «ouï-dire» produite au cours des témoignages des psychiatres cités comme témoins.

II

Les conséquences

Le premier volet du par. 16(2)

La question que pose le premier moyen d'appel est donc de savoir si «l'appréciation de la nature et de la qualité d'un acte» se limite aux conséquences matérielles de l'acte ou s'il porte également sur ses conséquences pénales pour l'accusé. Le juge Taggart, parlant au nom de la Cour d'appel, a affirmé qu'il se dégage nettement des arrêts *Cooper c. La Reine*, précité, et *R. c. Barnier*, [1980] 1 R.C.S. 1124, qu'il y a une différence entre le mot «savoir» et le mot «juger» et que l'expression «juger la nature et la qualité de ses actes» connote plus qu'une simple connaissance de la nature matérielle des actes qu'on accomplit. Avec égards, je suis d'accord. Il y a cependant une question que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a omis d'examiner, savoir qu'est-ce qu'un accusé doit ne pas «juger» pour que l'on puisse conclure qu'il est un aliéné au sens de la loi. La Cour s'est contentée de faire sienne la conclusion du juge du procès voulant que quelqu'un qui, en raison d'une maladie mentale, a l'illusion que quelque puissance extérieure mystérieuse le protège contre toute peine, est incapable de juger la nature et la qualité de ses actes.

La défense d'aliénation mentale énoncée au par. 16(2) du *Code criminel* a fait l'objet d'une étude approfondie par cette Cour dans plusieurs arrêts récents: *Cooper c. La Reine*, précité; *R. c. Barnier*, précité, et le plus récent, *Kjeldsen c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 617. Comme on le dit dans l'arrêt *Cooper c. La Reine*, à la p. 1152, le par. 16(2) du *Code criminel* «n'énonce pas un critère d'aliénation mentale mais, plutôt, les critères dont il faut tenir compte pour déterminer la responsabilité criminelle.» Le juge du procès en est venu, non sans hésitation, à la conclusion que:

... one, who like Abbey suffers from the delusion that he is protected from punishment by some mysterious external force which comes to him, as described in the evidence of Dr. Vallance, has his ability to appreciate the nature and quality of his acts incapacitated to the degree required to meet the test of Section 16, Subsection 2. He is, by disease of the mind, deprived of the ability to assess an important consequence of his act. He is deprived of the effect of the penal sanctions in restraining him from the commission of a crime as it should restrain us all.

With respect, the trial judge has confused the "ability to perceive the consequences, impact and results of a physical act" (*Cooper v. The Queen*, at p. 1162) with a belief, however unjustified, that the legal sanction imposed for the commission of the prohibited act, the "legal consequences", was somehow inapplicable to him. The delusion under which Abbey was supposedly labouring was that he would not get caught, or, if caught, would benefit from some undefined immunity to prosecution. Such a delusion by no means brings him under the first arm of the insanity test in s. 16(2) of the *Criminal Code* as developed in the recent cases.

According to s. 16(2) a person is insane when he has a disease of the mind to an extent that renders him incapable of

- (i) appreciating the nature and quality of an act,
- or
- (ii) knowing that an act is wrong.

As the recent decisions dealing with s. 16(2) have noted, the wording in the *Criminal Code* is slightly different than in the English *M'Naghten* rules which are the inspiration for the section. The concern of the recent cases has been to set the limits for the defence, limits which are broader than those in the *M'Naghten* rules. The *M'Naghten* rules, under what is termed the first arm of the test, require the accused to be incapable of knowing the nature and quality of his act. As has been pointed out by the commentators, a narrow literal interpretation of this test is such that "nobody is hardly ever really mad enough to be within it"

[TRANSLATION] ... quelqu'un qui, comme Abbey, est en proie à l'illusion qu'il est protégé contre toute peine par quelque puissance extérieure mystérieuse qui se manifeste à lui, comme le décrit le témoignage du Dr Vallance, est à ce point incapable de juger la nature et la qualité de ses actes qu'il satisfait au critère énoncé au par. 16(2). Il est, en raison d'une maladie mentale, dépourvu de la capacité d'apprécier une conséquence importante de son acte. Les sanctions pénales n'ont aucun effet sur lui et ne l'empêchent donc pas de commettre un crime, alors que ce doit être leur effet sur nous tous.

Avec égards, le juge du procès a confondu la «capacité de percevoir les conséquences, les répercussions et les résultats d'un acte matériel» (*Cooper c. La Reine*, à la p. 1162) avec la croyance, si injustifiée soit-elle, que pour une raison ou pour une autre la sanction qu'impose la loi pour la perpétration de l'acte interdit, c'est-à-dire les «conséquences légales», ne s'applique pas à lui. L'illusion dont Abbey aurait été victime était qu'il ne se ferait pas attraper ou que, s'il était attrapé, il bénéficierait de quelque vague immunité contre des poursuites. Pareille illusion ne fait nullement jouer en sa faveur le premier volet du critère de l'aliénation mentale qui figure au par. 16(2) du *Code criminel* et qui a été interprété dans les arrêts récents.

Aux termes du par. 16(2), une personne est aliénée lorsqu'elle est atteinte de maladie mentale à un point qui la rend incapable

- (i) de juger la nature et la qualité d'un acte,
- ou
- (ii) de savoir qu'un acte est mauvais.

Comme il se dégage des arrêts récents portant sur le par. 16(2), la formulation qui se trouve dans le *Code criminel* diffère légèrement de celle des règles *M'Naghten* de l'Angleterre dont s'inspire ce paragraphe. Dans les arrêts récents, on s'est attaché à fixer des limites à ce moyen de défense et ces limites sont plus larges que celles établies par les règles *M'Naghten*. Les règles *M'Naghten*, aux termes de ce qu'on appelle le premier volet du critère, exigent que l'accusé soit incapable de savoir quelles sont la nature et la qualité de son acte. Comme l'ont fait remarquer les commentateurs, si on donne à ce critère une interprétation

(Baron Bramwell quoted by G.A. Martin in "Insanity as a Defence" (1966), 8 Crim. L.Q. 240, at p. 243).

As the Court said in *Cooper v. The Queen* at p. 1161:

To "know" the nature and quality of an act may mean merely to be aware of the physical act, while to "appreciate" may involve estimation and understanding of the consequences of that act. In the case of the appellant, as an example, in using his hands to choke the deceased, he may well have known the nature and quality of that physical act of choking. It is entirely different to suggest, however, that in performing the physical act of choking, he was able to appreciate its nature and quality in the sense of being aware that it could lead to or result in her death.

It is the use of the word "consequences" in this context which, unfortunately, led the trial judge astray. "Consequences" in *Cooper v. The Queen*, *R. v. Barnier* and *Kjeldsen v. The Queen* refer to the physical consequences of the act. All three cases were murder cases, violent crimes in which there was a victim who suffered the "consequences" of the accused's actions.

The requirement, unique to Canada, is that of perception, an ability to perceive the consequences, impact, and results of a physical act. An accused may be aware of the physical character of his action (i.e., in choking) without necessarily having the capacity to appreciate that, in nature and quality, that act will result in the death of a human being. This is simply a restatement, specific to the defence of insanity, of the principle that mens rea, or intention as to the consequences of an act, is a requisite element in the commission of a crime [*Cooper v. The Queen*, at pp. 1162-63].

In *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673, Mr. Justice Martland said at p. 700:

The *Codere* case, in my opinion correctly, decided that "nature and quality" dealt with the physical character of the act. If, therefore, a person who has committed a crime did not, by reason of disease of the mind, know what he was doing, he is not to be convicted, because it really was not his act.

littérale stricte, [TRADUCTION] «personne ne sera jamais vraiment assez aliéné pour y satisfaire» (Baron Bramwell, cité par G.A. Martin dans «Insanity as a Defence» (1966), 8 Crim. L.Q. 240, à la p. 243).

Comme l'a dit la Cour dans l'arrêt *Cooper c. La Reine*, à la p. 1161:

«Connaître» la nature et la qualité d'un acte peut signifier simplement être conscient de l'acte matériel, alors que «juger» peut comprendre l'appréciation et la compréhension des conséquences de cet acte. Dans le cas de l'appelant, par exemple, en se servant de ses mains pour étrangler la victime, il peut bien avoir connu la qualité et la nature de cet acte matériel qu'est la strangulation. Il est tout à fait différent, cependant, de prétendre qu'en accomplissant l'acte de strangulation, il était capable d'en juger la nature et la qualité au sens d'être conscient que cela pouvait entraîner ou causer la mort.

C'est l'emploi du mot «conséquences» dans ce contexte qui, malheureusement, a induit en erreur le juge du procès. Le mot «conséquences» dans les arrêts *Cooper c. La Reine*, *R. c. Barnier* et *Kjeldsen c. La Reine* renvoie aux conséquences matérielles de l'acte. Dans chacune de ces affaires il y avait un meurtre, un crime violent dont la victime avait subi les «conséquences» des actes de l'accusé.

L'exigence, propre au Canada, est celle de la perception, une capacité de percevoir les conséquences, les répercussions et les résultats d'un acte matériel. Un accusé peut être conscient de l'aspect matériel de son acte (c.-à-d., la strangulation) sans nécessairement pouvoir juger que, par sa nature et sa qualité, cet acte entraînera la mort d'un être humain. Il s'agit simplement d'une réitération, propre à la défense d'aliénation mentale, du principe que la mens rea, ou l'intention relativement aux conséquences d'un acte, est un élément nécessaire dans la perpétration d'un crime [*Cooper c. La Reine*, aux pp. 1162 et 1163].

Dans l'arrêt *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673, le juge Martland affirme, à la p. 700:

Dans l'arrêt *Codere*, on a décidé, à juste titre à mon avis, que les mots «nature et qualité» visent l'aspect matériel de l'acte. Par conséquent, si une personne qui a commis un crime ne savait pas ce qu'elle faisait, en raison d'une maladie mentale, elle ne doit pas être déclarée coupable, parce que ce n'était pas vraiment son acte.

In *Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21 (C.C.A.), Reading L.C.J. considered the application of the *M'Naghten* rules at pp. 26-27 and in particular the expression "nature and quality of the act":

It is said that "quality" is to be regarded as characterising the moral, as contrasted with the physical, aspect of the deed. The Court cannot agree with that view of the meaning of the words "nature and quality." The Court is of opinion that in using the language "nature and quality" the judges were only dealing with the physical character of the act, and were not intending to distinguish between the physical and moral aspects of the act. That is the law as it has been laid down by judges in many directions to juries, and as the Court understands it to be at the present time.

See also *R. v. Harrop* (1940), 74 C.C.C. 228 (Man. C.A.), at p. 230; *R. v. Crook* (1979), 1 Sask. R. 273 (Sask. C.A.), at p. 303.

Although there is some controversy in academic circles, I adopt the more traditional view espoused by Glanville Williams (*Criminal Law, The General Part*, 2nd ed. (1961), para. 166, at p. 525) that a delusion falling under the "first arm" of the insanity defence negatives an element of the crime, the *mens rea*. It may also, as Martin J.A. pointed out in *R. v. Rabey* (1977), 37 C.C.C. (2d) 461, notwithstanding the existence of *mens rea* in the formal sense of intention, foresight, or knowledge with respect to the *actus reus*, exempt from liability if the criteria of insanity are met. As the Court observed in *Cooper* the requirement that the accused be able to perceive the consequences of a physical act is a restatement, specific to the defence of insanity, of the principle of *mens rea*, or intention as to the consequences of an act, as a requisite element in the commission of a crime. The mental element must be proved with respect to all circumstances, and consequences, that form part of the *actus reus*. As the Crown in this case correctly points out, "While punishment may be a result of the commission of a criminal act it is not an element of the crime itself". A delusion which renders an accused "incapable of appreciating the nature and quality of his act" goes to the *mens rea* of the offence and brings into operation the "first arm" of s. 16(2): he is not guilty by reason of insanity. A delusion which renders an accused

Dans l'arrêt *Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21 (C.C.A.), le lord juge en chef Reading a étudié l'application des règles *M'Naghten*, aux pp. 26 et 27, en portant une attention particulière à l'expression «nature et qualité de l'acte»:

[TRADUCTION] On dit qu'il faut interpréter le mot «qualité» comme marquant l'aspect moral, par opposition à matériel, de l'acte. La Cour ne peut partager cet avis quant au sens des mots «nature et qualité». La Cour estime qu'en employant les termes «nature et qualité», les juges ne visaient que l'aspect matériel de l'acte et qu'ils n'avaient pas l'intention de faire une distinction entre ses aspects matériel et moral. Voilà le principe de droit que les juges ont établi dans de nombreux exposés au jury, et si la Cour comprend bien, c'est encore ce principe qui s'applique aujourd'hui.

Voir aussi les arrêts *R. v. Harrop* (1940), 74 C.C.C. 228 (C.A. Man.), à la p. 230; *R. v. Crook* (1979), 1 Sask. R. 273 (C.A. Sask.), à la p. 303.

Bien que la question fasse l'objet d'une certaine controverse dans les milieux universitaires, j'adopte le point de vue plus traditionnel adopté par Glanville Williams (*Criminal Law, The General Part*, 2^e éd. (1961), par. 166, à la p. 525), selon lequel une hallucination qui relève du «premier volet» de la défense d'aliénation mentale neutralise un élément du crime, savoir la *mens rea*. Comme l'a fait remarquer le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Rabey* (1977), 37 C.C.C. (2d) 461, nonobstant l'existence de la *mens rea* au sens formel d'intention, de prévision ou de connaissance relativement à l'*actus reus*, pareille hallucination peut également dégager de toute responsabilité si elle satisfait aux critères de l'aliénation mentale. Comme cette Cour l'a souligné dans l'arrêt *Cooper*, l'exigence que l'accusé soit capable de percevoir les conséquences d'un acte matériel constitue une réitération, propre à la défense d'aliénation mentale, du principe de la *mens rea*, ou de l'intention relativement aux conséquences d'un acte, en tant qu'élément nécessaire de la perpétration d'un crime. Il faut prouver l'existence de l'élément mental relativement à toutes les circonstances et à toutes les conséquences qui font partie de l'*actus reus*. Comme le ministère public le fait remarquer avec raison en l'espèce, [TRADUCTION] «Si la peine peut être un résultat de la perpétration d'un acte criminel, elle ne constitue pas pour autant un

incapable of appreciating that the penal sanctions attaching to the commission of the crime are applicable to him does not go to the *mens rea* of the offence, does not render him incapable of appreciating the nature and quality of the act, and does not bring into operation the "first arm" of the insanity defence.

Abbey was charged with importing and trafficking in cocaine. There is no dispute as to the fact that he carried cocaine into the country. In his statement to police, it was his admitted intention to import cocaine for the purposes of trafficking. In other words, Abbey appreciated that the *actus reus* of each of the offences charged was being committed. Both the psychiatrist called for the defence, and the psychiatrist who testified on behalf of the Crown, stated that Abbey appreciated the nature and quality of his act. The judge erred, in my view, in going on to say that a failure to appreciate the penal sanctions ("consequence of punishment") brought the accused within the ambit of the "first arm" of the insanity defence of s. 16(2).

The Second Arm of Section 16(2)

Should the question of "personal penal consequences" be relevant at all, it is more appropriately discussed within the context of the second arm of s. 16(2) *i.e.* "knowing that an act . . . is wrong". Glanville Williams in his *Criminal Law, The General Part, supra*, at p. 478 says:

It has been determined that this phrase [nature and quality] refers to the physical character of the act, not its legal quality; legal right and wrong are cared for by the second question . . . [citing *Codere, supra*, at p. 27].

This Court having decided in *Schwartz v. The Queen, supra*, that "wrong" means wrong according to law, and it being established that Abbey

élément du crime lui-même». Une hallucination qui rend un accusé «incapable de juger la nature et la qualité» de son acte relève de la *mens rea* relative à l'infraction et entraîne l'application du «premier volet» du par. 16(2): il est non coupable pour cause d'aliénation mentale. Une hallucination qui rend un accusé incapable de se rendre compte que les sanctions pénales qui se rattachent à la perpétration du crime s'appliquent à lui, par contre, ne relève pas de la *mens rea* relative à l'infraction, ne le rend pas incapable de juger la nature et la qualité de l'acte et n'entraîne pas l'application du «premier volet» de la défense d'aliénation mentale.

Abbey a été accusé d'importation et de trafic de cocaïne. Le fait qu'il soit entré au pays avec de la cocaïne ne fait l'objet d'aucune contestation. Dans sa déclaration à la police, il a avoué avoir eu l'intention d'importer de la cocaïne pour en faire le trafic. En d'autres termes, Abbey s'était rendu compte qu'il commettait l'*actus reus* de chacune des infractions dont il était accusé. Le psychiatre cité pour la défense et celui qui a témoigné pour le compte du ministère public ont tous deux déclaré qu'Abbey se rendait compte de la nature et de la qualité de son acte. A mon avis, le juge a commis une erreur en ajoutant que, puisque l'accusé ne se rendait pas compte des sanctions pénales («des conséquences pénales»), il tombait dans le champ d'application du «premier volet» de la défense d'aliénation mentale énoncée au par. 16(2).

Le second volet du par. 16(2)

Dans la mesure où la question des «conséquences pénales personnelles» peut être pertinente, il convient davantage de l'examiner dans le contexte du second volet du par. 16(2), *c.-à-d.* «savoir qu'un acte . . . est mauvais». Glanville Williams dans son ouvrage *Criminal Law, The General Part*, précité, affirme à la p. 478:

[TRADUCTION] On a décidé que cette expression [nature et qualité] vise l'aspect matériel de l'acte et non pas sa qualité juridique; c'est la seconde question qui porte sur le bien et le mal au point de vue juridique . . . [l'auteur cite l'arrêt *Codere*, précité, à la p. 27].

Vu que dans l'affaire *Schwartz c. La Reine*, précitée, cette Cour a décidé que le mot «mauvais» signifie mauvais selon la loi, et vu qu'il est établi

knew his act was "wrong", his inability to "appreciate" the penal consequences is really irrelevant to the question of legal insanity. There seems to be no doubt on the evidence, and on the judge's findings, that Abbey knew that he was doing an act forbidden by law.

With respect, the trial judge homogenized the first and second arms of s. 16(2), collapsing the one into the other in, for example, the following passage from his judgment:

As I understood the evidence and the submission of counsel, the Accused had the capacity to appreciate the nature of the act of importing and of possessing the Cocaine. He also had the capacity to appreciate the immediate consequences of those acts. That is to say that they were illegal; that he should not commit them overtly. . . .

The second arm of s. 16(2) is concerned with cognitive capabilities, with knowledge, and not with appreciation of consequences. Section 16(2) speaks in terms of knowledge of wrongness, not appreciation of wrongness. One must, I think, draw a distinction between what might be termed "result" crimes and what might be termed "knowledge" crimes. In respect of the former it is correct to speak of appreciation of consequences. The capacity to appreciate the nature and quality of his act refers to the physical character of the act. It requires both an appreciation of the factors involved, and sufficient mental capacity to measure and foresee the consequences of the conduct.

With respect, however, to the second arm of s. 16(2), knowledge that it is wrong, Martland J. set out the test in the *Schwartz* case at p. 701:

In brief, it is my opinion that the effect of s. 16(2) is to provide protection to a person suffering from disease of the mind who has committed a crime if, in committing the crime, he did not appreciate what he was doing, or, if he did have that appreciation, he did not know that he was committing a crime.

In a note on *Schwartz v. The Queen, supra*, entitled "Section 16 and 'Wrong'", 18 Cr.L.Q. 413, Professor Mewett submits that the question that

qu'Abbey savait que son acte était «mauvais», son incapacité de «juger» les conséquences pénales est vraiment sans rapport avec la question de l'aliénation mentale au sens de la loi. D'après la preuve et les conclusions du juge, il paraît ne faire aucun doute qu'Abbey savait qu'il commettait un acte contraire à la loi.

Avec égards, le juge du procès a fusionné les deux volets du par. 16(2), mélangeant l'un à l'autre, comme il le fait par exemple dans le passage suivant tiré de son jugement:

[TRADUCTION] Si je comprends bien la preuve et les arguments de l'avocat, l'accusé avait la capacité de juger la nature des actes qui consistent à importer et à avoir en sa possession de la cocaïne. Il avait également la capacité de juger les conséquences immédiates de ces actes. C'est-à-dire qu'il s'agissait d'actes illégaux, qu'il ne devrait pas les commettre ouvertement . . .

Le second volet du par. 16(2) vise la faculté cognitive, c'est-à-dire la connaissance et non pas l'appréciation des conséquences. Le paragraphe 16(2) porte sur la connaissance du caractère mauvais d'un acte et non sur l'appréciation de son caractère mauvais. Il faut, je crois, faire la distinction entre ce qu'on peut appeler les crimes de «résultat» et ce qu'on peut appeler les crimes de «connaissance». Pour ce qui est des premiers, on peut à bon droit parler de l'appréciation des conséquences. La capacité de juger la nature et la qualité d'un acte se rapporte à l'aspect matériel de cet acte. Cela exige à la fois qu'on se rende compte de ce que l'acte comporte et qu'on ait une capacité mentale suffisante pour pouvoir mesurer et prévoir les conséquences de la conduite adoptée.

Toutefois, quant au second volet du par. 16(2), c'est-à-dire la connaissance que l'acte est mauvais, le juge Martland a énoncé le critère applicable dans l'arrêt *Schwartz*, à la p. 701:

En bref, je suis d'avis que l'effet du par. 16(2) est de protéger une personne souffrant d'aliénation mentale, qui a commis un crime, si, en commettant le crime, elle ne se rendait pas compte de ce qu'elle faisait ou, si, s'en rendant compte, elle ne savait pas qu'elle commettait un crime.

Dans une note sur l'arrêt *Schwartz c. La Reine*, précité, intitulée «Section 16 and «Wrong»», 18 Cr.L.Q. 413, le professeur Mewett soutient que la

ought to be asked is "whether the accused, because of a disease of the mind (first hurdle) was rendered incapable (second hurdle) of knowing that this act was something that he ought not to do (third hurdle)" (at p. 415). If he was capable of knowing that an act was contrary to law, and that he ought not to do an act contrary to law, then, in the opinion of Professor Mewett, the defence should not apply.

When one is considering the legal aspects of a crime such as the importation of a narcotic the principal inquiry should be directed not to appreciation of physical consequences but to knowledge of wrongness. The trial judge said, "This man knew it was a crime, knew there was penalty, but by delusion believed himself protected." Counsel for Abbey said in argument that he had to accept the fact that he could not bring Abbey's state of mind into the second half of s. 16(2). On these findings, in my opinion, the defence of insanity was not open to Abbey.

I agree with the submission of counsel for the Crown that s. 16(3) of the *Code* can be of no assistance to Abbey as his delusion could not in any way "justify" or "excuse" his actions. In any event, any defence which could be raised under subsection (3) could also be raised under subsection (2). See the *McRuer Report [Report of the Royal Commission on the Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases, (1956)]*, p. 36.

I am of the view that the trial judge erred in law in holding that a person who by reason of disease of the mind does not "appreciate" the penal consequences of his actions is insane within the meaning of s. 16(2) of the *Criminal Code*.

III

Irresistible Impulse

The second ground of appeal is the submission that the trial judge erred in giving effect to a defence of "irresistible impulse". The submission rests upon the following passage from the judg-

question que l'on doit poser est de savoir [TRADUCTION] «si une maladie mentale (première étape) a rendu l'accusé incapable (deuxième étape) de savoir qu'il ne devait pas accomplir cet acte (troisième étape)» (à la p. 415). S'il était capable de savoir qu'un acte était contraire à la loi et qu'il ne devait pas accomplir un acte contraire à la loi, alors, de l'avis du professeur Mewett, ce moyen de défense ne peut être invoqué.

L'étude des aspects juridiques d'un crime comme l'importation d'un stupéfiant doit surtout porter sur la connaissance du caractère mauvais et non pas sur l'appréciation des conséquences matérielles. Le juge du procès a dit: [TRADUCTION] «Cet homme savait que c'était un crime et qu'il y avait une peine, mais, en raison d'une hallucination, il se croyait protégé». L'avocat d'Abbey a affirmé, au cours des plaidoiries, qu'il devait reconnaître que la seconde moitié du par. 16(2) ne pouvait pas s'appliquer à l'état d'esprit d'Abbey. Vu ces conclusions, j'estime qu'Abbey ne pouvait invoquer la défense d'aliénation mentale.

Je suis d'accord avec le substitut du procureur général qui a soutenu que le par. 16(3) du *Code* ne peut être d'aucun secours à Abbey, puisque son hallucination ne pouvait en aucune manière «justifier» ou «excuser» ses actes. Quoi qu'il en soit, tout moyen de défense qui peut être invoqué en vertu du par. (3), peut l'être également en vertu du par. (2). Voir le *Rapport McRuer [Rapport de la Commission royale chargée d'étudier la défense d'aliénation mentale en matière criminelle, (1956)]*, à la p. 36.

Je suis d'avis que le juge du procès a commis une erreur de droit en statuant que celui qui, en raison d'une maladie mentale, «ne se rend pas compte» des conséquences pénales de ses actes, est un aliéné mental au sens du par. 16(2) du *Code criminel*.

III

L'impulsion irrésistible

Comme deuxième moyen d'appel, on fait valoir que le juge du procès a commis une erreur en retenant une défense d'«impulsion irrésistible». Cette prétention repose sur le passage suivant tiré

ment at trial, and in particular the words "he believed himself irrevocably committed":

I must also note a second question closely connected with the delusion I have already discussed. It involves the delusion which I find existed with Abbey and which also satisfies the test of Section 16, Subsection 2, that while he was in Peru he thought he should not go through with the importing and possession of Cocaine, but he believed himself irrevocably committed to it. That was not in the sense that having arranged with his friends he was bound to honour the arrangement, but in the sense that he was committed to a path of action which he was, by reason of a force acting upon him, powerless to change.

The Crown maintains that the trial judge found that this "second delusion" independently of any other delusions, rendered Abbey legally insane. Such a finding, the Crown contends, gives effect to a defence not recognized in Canadian law, that of irresistible impulse. What was said by Cartwright C.J. in *R. v. Borg*, [1969] S.C.R. 551, is cited in support of this proposition.

There is no issue here at all. Both the majority and minority opinions in *R. v. Borg* deny the existence of a defence, as such, of irresistible impulse. Both the majority and minority opinions in *Borg*, however, recognize that irresistible impulse may be a symptom or manifestation of a disease of the mind which may give rise to a defence of insanity.

When an accused pleads insanity there is a sense in which it is true to say that irresistible impulse of itself is not a defence. However, there are two senses in which it is not true to say that irresistible impulse of itself is not a defence.

There is no legal presumption of insanity merely from the existence of an irresistible impulse. If an accused presents no medical evidence of disease of the mind but merely pleads that he was acting under an irresistible impulse, a jury is not entitled to infer that the man was insane. In that sense irresistible impulse is not of itself a defence. However, if there is medical evidence of disease of the mind as there was here and yet the only symptoms of that disease of the mind are irresistible impulses, the

des motifs de jugement prononcés au procès, et particulièrement sur les mots [TRADUCTION] «il s'y croyait irrévocablement tenu»:

[TRADUCTION] Je dois également porter mon attention sur une seconde question étroitement liée à l'hallucination dont j'ai déjà parlé. Il s'agit de l'hallucination dont j'ai conclu qu'Abbey était victime et qui satisfait également au critère du par. 16(2), savoir qu'alors qu'il se trouvait au Pérou, l'idée lui est venue qu'il ne devrait pas se livrer aux actes qui consistent à importer et à avoir en sa possession de la cocaïne, mais il s'y croyait irrévocablement tenu, non pas en ce sens qu'ayant pris un engagement avec ses amis, il était obligé d'honorer cet engagement, mais en ce sens qu'il s'était engagé dans une voie qu'il était impuissant à quitter en raison d'une puissance qui s'exerçait sur lui.

Selon la prétention du ministère public, le juge du procès a conclu que cette «seconde hallucination», indépendamment de toute autre, faisait d'Abbey un aliéné mental au sens de la loi. Cette conclusion, prétend le ministère public, équivaut à retenir un moyen de défense que le droit canadien ne reconnaît pas, savoir l'impulsion irrésistible. On cite à l'appui de cet argument ce qu'a dit le juge en chef Cartwright dans l'arrêt *R. c. Borg*, [1969] R.C.S. 551.

Il s'agit là d'une question qui ne se pose pas en l'espèce. Les avis tant de la majorité que de la minorité dans l'arrêt *R. c. Borg*, tout en niant que l'impulsion irrésistible constitue en soi un moyen de défense, reconnaissent toutefois qu'elle peut être un symptôme ou une manifestation d'une maladie mentale pouvant donner lieu à une défense d'aliénation mentale.

[TRADUCTION] Quand un accusé plaide l'aliénation mentale, il est vrai dans un sens que l'impulsion irrésistible ne constitue pas en soi une défense. Mais, dans deux autres sens, ce n'est pas vrai.

En droit, la simple existence d'une impulsion irrésistible ne crée pas une présomption d'aliénation mentale. Si un accusé ne présente aucune preuve médicale de maladie mentale, mais se contente de plaider qu'il agissait sous le coup d'une impulsion irrésistible, un jury ne peut à bon droit conclure qu'il était dans un état d'aliénation mentale. C'est en ce sens que l'impulsion irrésistible ne constitue pas en soi un moyen de défense. Si toutefois il y a une preuve médicale de l'existence

jury may conclude that the accused is insane [*per* Hall J., at p. 570].

There is no error in the trial judgment in this respect. The trial judge did not give effect to an independent defence of irresistible impulse. His comments with respect to the "second delusion" were made in the context of his consideration of the insanity defence. He specifically rejected the existence of a defence of diminished responsibility in Canada.

I agree with the British Columbia Court of Appeal that the reasons of the trial judge should be understood in the sense that Abbey suffered from a disease of the mind which resulted in two delusions; the first was that some mysterious external force would protect him from punishment; the second that he believed himself irrevocably committed to the course of action of importing cocaine; and that these delusions taken together rendered him incapable of appreciating the nature and quality of his acts. The trial judge did not equate the "delusion" with a defence of irresistible impulse and, that being the case, such authorities as *R. v. Borg, supra*, *R. v. Creighton* (1908), 14 C.C.C. 349 and other authorities to a similar effect cited by Crown counsel have no application to the case at bar.

IV

Hearsay Evidence

As a third ground of appeal the Crown contends that the trial judge misdirected himself with respect to the use which could be made of hearsay evidence introduced during the testimony of the psychiatrists who were called as witnesses.

Dr. Vallance testified that during the course of his interviews Abbey told him of various delusions, visions, hallucinations and sensations which he had experienced in the six months preceding his arrest. Dr. Vallance also testified that Abbey had described certain symptoms of the disease to his mother several months prior to the commission of the offence. In his testimony, Dr. Vallance recounted several incidents of bizarre and unstable conduct by Abbey both before his departure for

d'une maladie mentale, comme c'est le cas en l'espèce, et que les seuls symptômes de cette maladie mentale sont des impulsions irrésistibles, le jury peut conclure à l'aliénation mentale de l'accusé [le juge Hall, à la p. 570].

A cet égard, le jugement rendu au procès ne contient aucune erreur. Le juge du procès n'a pas retenu l'impulsion irrésistible comme moyen de défense indépendant. Il a fait ses observations concernant la «seconde hallucination» dans le cadre de son étude de la défense d'aliénation mentale. Il a formellement rejeté l'existence d'une défense de responsabilité atténuée au Canada.

Je suis d'accord avec la Cour d'appel de la Colombie Britannique que l'interprétation à donner aux motifs du juge du procès est qu'Abbey souffrait d'une maladie mentale qui provoquait chez lui deux hallucinations; la première était que quelque puissance extérieure mystérieuse le protégerait contre toute peine; la seconde était qu'il se croyait irrévocablement engagé dans la voie de l'importation de cocaïne; et, prises ensemble, ces hallucinations le rendaient incapable de juger la nature et la qualité de ses actes. Le juge du procès n'a pas assimilé l'«hallucination» à une défense d'impulsion irrésistible et, tel étant le cas, des arrêts comme *R. c. Borg*, précité, *R. v. Creighton* (1908), 14 C.C.C. 349 et d'autres arrêts semblables cités par le substitut du procureur général ne s'appliquent pas en l'espèce.

IV

La preuve par ouï-dire

Comme troisième moyen d'appel, le ministère public prétend que le juge du procès a commis une erreur quant à l'usage qui pouvait être fait de la preuve par ouï-dire présentée au cours des témoignages des psychiatres.

Le Dr Vallance a témoigné qu'au cours de ses entrevues, Abbey lui avait parlé des différentes illusions, visions, hallucinations et sensations qu'il avait éprouvées au cours des six mois qui avaient précédé son arrestation. Le Dr Vallance a également témoigné qu'Abbey avait décrit certains symptômes de sa maladie à sa mère plusieurs mois avant la perpétration de l'infraction. Dans son témoignage, le Dr Vallance a relaté plusieurs incidents, survenus avant le départ d'Abbey pour le

Peru and during his stay. Abbey had told him, Dr. Vallance testified, that four days prior to his actual departure for Peru he had missed a flight and, in a rage, kicked in a window at Vancouver airport. Dr. Vallance was also told by Abbey of certain experiences in Peru: "he could see lights and follow the lights and would interpret those phenomenon with ideas that there was some power outside of him that was communicating with him. He would do strange things, like run out into the fields. He was licking the wetness from trees". The Crown submits that the trial judge accepted and treated as factual much of this hearsay evidence related by Dr. Vallance in the course of giving his opinion. The point is well taken.

A general principle of evidence is that all relevant evidence is admissible. The law of evidence, however, reposes on a few general principles riddled by innumerable exceptions. Two major exceptions to this general principle are hearsay evidence and opinion evidence. There are also exceptions to the exceptions. "Expert witnesses may testify to their opinion on matters involving their expertise" (*Cross on Evidence*, 5th ed. (1979), at p. 20) and may also, incidentally, base their opinions upon hearsay.

A major difficulty encountered by counsel and the courts alike has been identifying hearsay. There exists a "superstitious awe . . . about having any truck with evidence which involves A's telling the court what B said to him" (Cross, "What should be done about the Rule Against Hearsay", [1965] *Crim. L.R.* 68, at p. 82). Phipson suggests three reasons for this:

(1) Failure to appreciate that the hallmark of a hearsay statement is not only the nature and the source of the statement but also the purpose for which it is tendered.

Pérou et pendant son séjour là-bas, qui dénotent un comportement bizarre et instable chez celui-ci. Abbey lui avait dit, a témoigné le Dr Vallance, que quatre jours avant son départ pour le Pérou il avait raté un vol et que, dans un accès de colère, il avait donné un coup de pied dans une fenêtre à l'aéroport de Vancouver. Abbey a également parlé au Dr Vallance de certaines expériences qu'il avait vécues au Pérou: [TRADUCTION] «il pouvait voir des lumières et les suivre et il donnait à ces phénomènes l'interprétation qu'il existait une puissance extérieure quelconque qui communiquait avec lui. Il faisait des choses étranges comme courir dans les champs. Il léchait la rosée sur les arbres». Le ministère public prétend que le juge du procès a accepté et traité comme des faits une bonne partie de ces éléments de preuve par ouï-dire relatés par le Dr Vallance au cours de son témoignage. Cette prétention est bien fondée.

Il y a en matière de preuve un principe général selon lequel toute preuve pertinente est recevable. Le droit de la preuve repose toutefois sur quelques principes généraux auxquels se greffent d'innombrables exceptions. Ce principe général souffre deux exceptions importantes, savoir la preuve par ouï-dire et le témoignage d'opinion. Les exceptions connaissent également des exceptions. [TRADUCTION] «Les témoins experts peuvent donner leur opinion sur des questions qui relèvent de leur domaine de compétence» (*Cross on Evidence*, 5^e éd. (1979), à la p. 20), et ils peuvent également, soit dit en passant, fonder leurs opinions sur une preuve par ouï-dire.

La détermination de ce qui constitue une preuve par ouï-dire pose une grande difficulté sur laquelle butent aussi bien les avocats que les cours. Il existe une [TRADUCTION] «crainte superstitieuse . . . d'avoir affaire à un témoignage dans lequel A dit à la cour ce que B lui a dit» (Cross, "What should be done about the Rule Against Hearsay", [1965] *Crim. L.R.* 68, à la p. 82). D'après Phipson, il y a trois raisons à cela:

[TRADUCTION] 1) Le défaut de se rendre compte qu'une déclaration qui constitue une preuve par ouï-dire se distingue non seulement par sa nature et par sa source mais aussi par son objet.

(2) The absence of any comprehensive judicial formulation of the rule—no doubt because “it is difficult to make any general statement about the law of hearsay which is entirely accurate.”

(3) The multiplicity of formulations found in textbooks upon the subject. [*Phipson on Evidence* 12th ed. (1976), Supplemented to 1980, para. 625 at pp. 263-64.]

The main concern of the hearsay rule is the veracity of the statements made. The principal justification for the exclusion of hearsay evidence is the abhorrence of the common law to proof which is unsworn and has not been subjected to the trial by fire of cross-examination. Testimony under oath, and cross-examination, have been considered to be the best assurances of the truth of the statements of facts presented. Not all statements by a witness of that which he heard someone else say are, however, necessarily hearsay. A felicitous formulation of the distinction between hearsay and non-hearsay evidence is found in the Privy Council decision in *Subramaniam v. Public Prosecutor*, [1956] 1 W.L.R. 965 at p. 970:

Evidence of a statement made to a witness by a person who is not himself called as a witness may or may not be hearsay. It is hearsay and inadmissible when the object of the evidence is to establish the truth of what is contained in the statement. It is not hearsay and is admissible when it is proposed to establish by the evidence, not the truth of the statement, but the fact that it was made.

What is sometimes loosely and erroneously referred to as hearsay evidence may in fact be “original evidence” as Cross terms it:

When a witness is asked to narrate another’s statement for some purpose *other than that of inducing the court to accept it as true*, his evidence is said to be “original”. Original evidence may therefore be defined as evidence of the fact that a statement was made, tendered without reference to the truth of anything alleged in the statement [*Cross on Evidence*, 5th ed. (1979), at p. 8, emphasis added].

2) L’absence d’une formulation judiciaire complète de la règle — sans doute parce qu’il est difficile de faire une déclaration générale sur le droit de la preuve par ouï-dire qui soit entièrement exacte.»

3) La multiplicité de formulations qu’on trouve dans les ouvrages qui traitent de ce sujet [*Phipson on Evidence* 12^e éd. (1976), avec suppléments jusqu’en 1980, par. 625, aux pp. 263 et 264.]

La règle de l’irrecevabilité du ouï-dire vise surtout à assurer la véracité des déclarations. L’exclusion de la preuve par ouï-dire se justifie principalement par le fait que la *common law* a en horreur toute preuve qui n’a pas été présentée sous serment et qui n’a pas été soumise à l’épreuve du contre-interrogatoire. On estime que le témoignage rendu sous serment et le contre-interrogatoire constituent les meilleures garanties de la véracité des déclarations de faits présentées. Toutefois, les déclarations que fait un témoin concernant ce qu’il a entendu dire par quelqu’un d’autre ne constituent pas toutes nécessairement une preuve par ouï-dire. Une formulation appropriée de la distinction entre la preuve par ouï-dire et la preuve qui ne tombe pas dans cette catégorie se trouve dans l’arrêt du Conseil privé *Subramaniam v. Public Prosecutor*, [1956] 1 W.L.R. 965, à la p. 970:

[TRADUCTION] La preuve d’une déclaration faite par une personne qui elle-même ne témoignera pas, peut être ou ne pas être une preuve par ouï-dire, selon les circonstances. C’est une preuve par ouï-dire, donc irrecevable, lorsqu’elle vise à établir la véracité du contenu de la déclaration. Ce n’est pas une preuve par ouï-dire et elle est recevable lorsqu’elle vise à établir non pas que la déclaration est exacte mais qu’elle a été faite.

Ce qu’on appelle parfois, de façon imprécise et erronée, preuve par ouï-dire, peut être en réalité ce que Cross qualifie de «preuve originale»:

[TRADUCTION] Lorsqu’on demande à un témoin de rapporter la déclaration d’une autre personne à une fin *autre que celle d’inciter la cour à la tenir pour vraie*, on dit que son témoignage constitue une preuve «originale». La preuve originale peut donc se définir comme la preuve qui établit qu’une déclaration a été faite, sans établir pour autant la véracité de ce qui est allégué dans la déclaration [*Cross on Evidence*, 5^e éd. (1979), à la p. 8; les italiques sont de moi].

Opinion Evidence

Witnesses testify as to facts. The judge or jury draws inferences from the facts. "In the law of evidence 'opinion' means any inference from observed fact, and the law on the subject derives from the general rule that witnesses must speak only to that which was directly observed by them" (*Cross on Evidence, supra*, at p. 442). Where it is possible to separate fact from inference the witness may only testify as to fact. It is not always possible, however, to do so and the "law makes allowances for these borderline cases by permitting witnesses to state their opinion with regard to matters not calling for special knowledge whenever it would be virtually impossible for them to separate their inferences from the facts on which those inferences are based" (*ibid.*)

With respect to matters calling for special knowledge, an expert in the field may draw inferences and state his opinion. An expert's function is precisely this: to provide the judge and jury with a ready-made inference which the judge and jury, due to the technical nature of the facts, are unable to formulate. "An expert's opinion is admissible to furnish the Court with scientific information which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury. If on the proven facts a judge or jury can form their own conclusions without help, then the opinion of the expert is unnecessary" (*Turner (1974)*, 60 Crim. App. R. 80, at p. 83, *per* Lawton L.J.)

An expert witness, like any other witness, may testify as to the veracity of facts of which he has first-hand experience, but this is not the main purpose of his or her testimony. An expert is there to give an opinion. And the opinion more often than not will be based on second-hand evidence. This is especially true of the opinions of psychiatrists.

As stated by Fauteux J. in *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14 at p. 21:

Le témoignage d'opinion

Les témoins déposent quant aux faits. Le juge ou le jury tire des conclusions à partir des faits. [TRADUCTION] «Dans le droit de la preuve, «opinion» s'entend de toute conclusion qu'on tire d'un fait observé, et le droit dans ce domaine dérive de la règle générale selon laquelle les témoins doivent uniquement parler de ce qu'ils ont observé directement» (*Cross on Evidence*, précité, à la p. 442). Lorsqu'il est possible de séparer les faits des conclusions tirées de ces faits, le témoin ne peut témoigner que sur les faits. Toutefois, cela n'est pas toujours possible et [TRADUCTION] «le droit fait preuve de souplesse dans ces cas limites en permettant aux témoins d'exprimer leur opinion relativement à des questions qui n'exigent pas de connaissances particulières, chaque fois qu'il leur serait virtuellement impossible de séparer leurs conclusions des faits sur lesquels celles-ci se fondent» (*ibid.*).

Quant aux questions qui exigent des connaissances particulières, un expert dans le domaine peut tirer des conclusions et exprimer son avis. Le rôle d'un expert est précisément de fournir au juge et au jury une conclusion toute faite que ces derniers, en raison de la technicité des faits, sont incapables de formuler. [TRADUCTION] «L'opinion d'un expert est recevable pour donner à la cour des renseignements scientifiques qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury. Si, à partir des faits établis par la preuve, un juge ou un jury peut à lui seul tirer ses propres conclusions, alors l'opinion de l'expert n'est pas nécessaire» (*Turner (1974)*, 60 Crim. App. R. 80, à la p. 83, le lord juge Lawton).

Un témoin expert, comme tout autre témoin, peut témoigner quant à l'exactitude des faits dont il a une expérience directe, mais ce n'est pas là l'objet principal de son témoignage. L'expert est là pour exprimer une opinion et cette opinion est le plus souvent fondée sur un ouï-dire. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les opinions de psychiatres.

Comme l'a dit le juge Fauteux dans l'arrêt *Wilband c. La Reine*, [1967] R.C.S. 14, à la p. 21:

The value of psychiatrist's opinion may be affected to the extent to which it may rest on second-hand source material; but that goes to the weight and not to the receivability in evidence of the opinion, which opinion is no evidence of the truth of the information but evidence of the opinion formed on the basis of that information.

In the *Wilband* case counsel for Wilband had attempted to have declared inadmissible as hearsay opinion evidence because it was based in part on prison records, material not proved in open court. Fauteux J. found in fact the prison records were not relied upon to any significant extent by the psychiatrists in the formation of their opinion but the decision does stand for the proposition that the second-hand nature of the basis of the opinion does not "contaminate" the opinion. This is consistent with the acceptance of expert evidence based, as it often is, upon hypothetical questions. For the judge or jury the expert's opinion is a question of fact which may be accepted or rejected as seen fit. The opinion, even if uncontradicted, is not determinative of an issue.

Thus an expert opinion based on second-hand evidence is admissible, if relevant. The problem arose in *R. v. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49 (Ont. C.A.), as to second-hand evidence itself which formed the basis of the opinion. Gale C.J.O. reached the conclusion that "Put shortly, if an expert is permitted to give his opinion, he ought to be permitted to give the circumstances upon which that opinion is based" (at p. 65). Testimony as to circumstances upon which the opinion is based is not introduced, and cannot be introduced, in order to establish the veracity of the second-hand evidence. It is thus not hearsay evidence. Jessup J.A. correctly stated the law in *R. v. Rosik*, [1971] 2 O.R. 47:

1. In my view, a psychiatrist expressing an opinion as to a mental or emotional condition of an accused can relate in evidence, as Dr. Gray did, what he has been told by the accused when such information is a basis of his opinion The hearsay rule does not operate to exclude such evidence because it is not admitted to

[TRADUCTION] La valeur de l'opinion avancée par un psychiatre peut être amoindrie dans la mesure où elle est fondée sur le ouï-dire, mais cela touche sa valeur probante et non sa recevabilité en preuve; en effet, cette opinion n'est pas une preuve de la véracité des informations, mais une preuve de l'idée faite à partir de ces informations.

Dans l'affaire *Wilband*, l'avocat de Wilband avait essayé d'obtenir qu'un témoignage d'opinion soit déclaré irrecevable pour le motif qu'il constituait une preuve par ouï-dire parce qu'il se fondait en partie sur des dossiers de la prison, lesquels n'avaient pas fait l'objet d'une preuve à l'audience. Le juge Fauteux a conclu qu'en réalité les psychiatres ne s'étaient pas fondés de façon importante sur les dossiers de la prison pour former leur opinion, mais l'arrêt établit qu'une opinion n'est pas «viciée» du simple fait qu'elle se fonde sur un ouï-dire. Cela est compatible avec la réception en preuve d'un témoignage d'expert fondé, comme c'est souvent le cas, sur des questions hypothétiques. En ce qui concerne le juge ou le jury, l'opinion de l'expert est une question de fait qu'ils sont libres d'accepter ou de rejeter. L'opinion, même si elle est incontestée, n'est pas déterminante.

Il s'ensuit que l'opinion d'un expert fondée sur un ouï-dire est recevable, à la condition d'être pertinente. Ce problème s'est présenté dans l'affaire *R. v. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49 (C.A. Ont.) relativement au ouï-dire même qui constituait le fondement de l'opinion. Le juge en chef Gale est arrivé à la conclusion suivante: [TRADUCTION] «En bref, si l'on permet à un expert de donner son opinion, on devrait lui permettre de divulguer les circonstances sur lesquelles celle-ci se fonde» (à la p. 65). Un témoignage quant aux circonstances sur lesquelles se fonde l'opinion n'a pas pour objet et ne peut avoir pour objet d'établir la véracité du ouï-dire. Il ne s'agit donc pas de preuve par ouï-dire. Dans l'arrêt *R. v. Rosik*, [1971] 2 O.R. 47, le juge Jessup a énoncé avec exactitude le principe de droit applicable:

[TRADUCTION] 1. A mon avis, un psychiatre qui exprime une opinion sur l'état mental ou émotionnel d'un accusé peut, comme l'a fait le Dr Gray, relater au cours de son témoignage ce que l'accusé lui a dit, lorsque ces renseignements constituent un fondement de son opinion . . . La règle de l'irrecevabilité du ouï-dire

prove the fact of what the expert has been told: see *Wigmore on Evidence*, 3rd ed.; vol. VI, s. 1720, p. 70, approved by Gale C.J.O., in the *Dietrich* case. The trial Judge should have so instructed the jury and it would have been proper for him also to point out that there was no sworn evidence that the accused ingested drugs or consumed the quantity of alcohol integral to Dr. Gray's opinion . . . [at p. 84-85, emphasis added].

Jessup J.A.'s view was recently confirmed by this Court in *Phillion v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 18. After citing the excerpt from *Subramaniam v. Public Prosecutor* which is quoted above with respect to hearsay evidence, Ritchie J. went on to say, at p. 24:

Statements made to psychiatrists and psychologists are sometimes admitted in criminal cases and when this is so it is because they have qualified as experts in diagnosing the behavioural symptoms of individuals and have formed an opinion which the trial judge deems to be relevant to the case, but the statements on which such opinions are based are not admissible in proof of their truth but rather as indicating the basis upon which the medical opinion was formed in accordance with recognized professional procedures.

The danger, of course, in admitting such testimony is the ever present possibility, here exemplified, that the judge or jury, without more, will accept the evidence as going to the truth of the facts stated in it. The danger is real and lies at the heart of this case. Once such testimony is admitted, a careful charge to the jury by the judge or direction to himself is essential. The problem, however, as pointed out by Fauteux J. in *Wilband* resides not in the admissibility of the testimony but rather the weight to be accorded to the opinion. Although admissible in the context of his opinion, to the extent that it is second-hand his testimony is not proof of the facts stated. Lawton L.J. in *Turner, supra*, spoke of this "elementary principle" which is "frequently overlooked":

n'emporte pas l'exclusion d'une telle preuve parce qu'elle n'est pas reçue en vue d'établir ce qu'on a dit à l'expert: voir *Wigmore on Evidence*, 3^e éd., vol. VI, par. 1720, à la p. 70, approuvé par le juge en chef Gale dans l'arrêt *Dietrich*. Le juge du procès aurait dû donner des directives en ce sens au jury et souligner l'absence de témoignage sous serment démontrant que l'accusé avait ingéré de la drogue ou consommé la quantité d'alcool sur laquelle se fondait l'opinion du Dr Gray . . . (aux pp. 84 et 85; c'est moi qui souligne).

Le point de vue du juge Jessup a été confirmé récemment par cette Cour dans l'arrêt *Phillion c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 18. Après avoir cité l'extrait de l'arrêt *Subramaniam v. Public Prosecutor*, cité plus haut relativement à la preuve par ouï-dire, le juge Ritchie ajoute, à la p. 24:

Les déclarations faites à des psychiatres et à des psychologues sont parfois jugées recevables dans les affaires criminelles et, dans ce cas, c'est parce que ces experts dans le diagnostic du comportement humain se sont fondés sur elles pour émettre une opinion tenue pour pertinente par le juge de première instance; toutefois, les déclarations sur lesquelles ces opinions se fondent sont irrecevables comme preuves de leur propre véracité et constituent seulement le fondement de l'opinion médicale formée suivant les règles professionnelles reconnues.

Certes, le danger que présente l'acceptation en preuve d'un tel témoignage est la possibilité, toujours présente, comme on le voit en l'espèce, que le juge ou le jury conclue sans plus que ce témoignage établit l'exactitude des faits qu'il contient. Il s'agit là d'un danger réel qui touche au coeur de la présente espèce. Dès qu'un témoignage de ce genre est reçu en preuve, il est indispensable que le juge se montre prudent dans son exposé au jury ou dans sa propre appréciation de la preuve. Cependant, comme le souligne le juge Fauteux dans l'arrêt *Wilband*, le problème ne se pose pas au niveau de la recevabilité du témoignage, mais plutôt au niveau de la valeur probante à accorder à l'opinion qu'il contient. Bien que recevable dans le cadre d'une opinion, dans la mesure où il constitue un ouï-dire, ce témoignage ne prouve pas les faits énoncés. Le lord juge Lawton, dans l'arrêt *Turner*, précité, a parlé de ce [TRADUCTION] «principe fondamental» qu'on [TRADUCTION] «néglige souvent»:

Thereupon the judge commented that the report contained "hearsay character evidence" which was inadmissible. He could have said that all the facts upon which the psychiatrist based his opinion were hearsay save for those which he observed for himself during his examination of the appellant such as his appearance of depression and his becoming emotional when discussing the deceased girl and his own family. It is not for this Court to instruct psychiatrists how to draft their reports, but those who call psychiatrists as witnesses should remember that the facts upon which they base their opinions must be proved by admissible evidence. This elementary principle is frequently overlooked [at p. 82, emphasis added].

In the present case Abbey did not testify. Dr. Vallance testified, in the course of his opinion, as to many events and experiences related to him during several interviews. This testimony, while admissible in the context of the opinion, was not in any way evidence of the factual basis of these events and experiences. The trial judge in his decision fell into the error of accepting as evidence of these facts, testimony which if taken to be evidence of their existence would violate the hearsay rule. There was no admissible evidence properly before the Court with respect to: the delusions experienced by the accused; the accused having described the symptoms of his disease to his mother some six months prior to the commission of the offence; the accused having seen a psychiatrist before leaving for Peru; the accused's unstable conduct at the airport some days prior to leaving for Peru or his bizarre behaviour in Peru.

In my view the trial judge erred in law in treating as factual the hearsay evidence upon which the opinions of the psychiatrist were based.

Counsel for Abbey said that the passages in which the trial judge seemed to take symptoms as findings of fact were merely "unfortunate language". But it goes further than that. As Woods J.A. said in *R. v. Perras* (1972), 8 C.C.C. (2d) 209, at p. 213, "The evidence of a physician stating what a patient told him about his symptoms is not evidence as to the existence of the symptoms. To accept it as such would be to

[TRADUCTION] Puis le juge a dit que le rapport contenait une «preuve de moralité obtenue par ouï-dire» qui était irrecevable. Il aurait pu dire que tous les faits sur lesquels le psychiatre a fondé son opinion constituaient une preuve par ouï-dire, sauf ceux qu'il a lui-même observés au cours de son examen de l'appelant, notamment son air dépressif et son émotivité quand il parlait de la défunte et de sa propre famille. Il n'appartient pas à cette Cour de dire aux psychiatres comment rédiger leurs rapports, mais ceux qui citent des psychiatres comme témoins doivent se rappeler que les faits sur lesquels ces derniers fondent leurs opinions doivent être établis par des preuves recevables. On néglige souvent ce principe fondamental [à la p. 82, c'est moi qui souligne].

En l'espèce, Abbey n'a pas témoigné. Le Dr Vallance, en donnant son opinion, a parlé d'un bon nombre d'événements et d'expériences qui lui avaient été relatés au cours de plusieurs entrevues. Bien que recevable dans le cadre de l'opinion, ce témoignage ne prouve aucunement l'aspect factuel de ces événements et expériences. Dans sa décision, le juge du procès a commis l'erreur de retenir comme preuve de ces faits un témoignage qui, s'il était tenu comme preuve de leur existence, contreviendrait à la règle de l'irrecevabilité du ouï-dire. Aucune preuve régulièrement recevable n'avait été soumise à la cour relativement aux hallucinations de l'accusé, à la description que l'accusé avait faite à sa mère des symptômes de sa maladie quelque six mois avant la perpétration de l'infraction, à sa consultation d'un psychiatre avant de partir pour le Pérou, à sa conduite instable à l'aéroport quelques jours avant son départ pour le Pérou ou à son comportement bizarre au Pérou.

A mon avis, le juge du procès a commis une erreur de droit en tenant pour des faits les éléments de preuve par ouï-dire sur lesquels se fondait l'opinion du psychiatre.

L'avocat d'Abbey a affirmé que les passages dans lesquels le juge du procès a semblé considérer des symptômes comme des constatations de faits ne sont qu'un [TRADUCTION] «choix de mots malencontreux». Mais cela va plus loin. Comme l'a dit le juge Woods dans l'arrêt *R. v. Perras* (1972), 8 C.C.C. (2d) 209, à la p. 213, [TRADUCTION] «Le témoignage d'un médecin qui relate ce qu'un patient lui a dit concernant ses symptômes ne

infringe the rule against hearsay.” It was appropriate for the doctors to state the basis for their opinions and in the course of doing so, to refer to what they were told not only by Abbey but by others, but it was error for the judge to accept as having been proved the facts upon which the doctors had relied in forming their opinions. While it is not questioned that medical experts are entitled to take into consideration all possible information in forming their opinions, this in no way removes from the party tendering such evidence the obligation of establishing, through properly admissible evidence, the factual basis on which such opinions are based. Before any weight can be given to an expert’s opinion, the facts upon which the opinion is based must be found to exist.

V

Conclusion

Thus the trial judge erred in two respects. There was no admissible evidence of important facts regarding Abbey’s conduct upon which the medical opinions were based. And the judge misconstrued the recent cases dealing with the interpretation of the insanity defence in s. 16(2). A failure to “appreciate” the penal sanctions attaching to an offence does not render the accused “incapable of appreciating the nature and quality” of his act so as to bring the insanity defence into play.

The appeal should be allowed. The judgments at trial and on appeal should be set aside, and a new trial ordered on both counts.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: R. Tassé, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Josiah Wood, Vancouver.

constitue pas une preuve de l’existence de ces symptômes. En le retenant comme preuve de cette existence, on contreviendrait à la règle de l’irrecevabilité du oui-dire.» Il convenait que les médecins énoncent le fondement de leurs opinions et, ce faisant, qu’ils mentionnent ce qui leur avait été dit non seulement par Abbey mais aussi par d’autres personnes; cependant, c’est à tort que le juge a tenu pour prouvés les faits sur lesquels les médecins s’étaient fondés pour former leurs opinions. Bien qu’on ne conteste pas le droit des experts médicaux de prendre en considération tous les renseignements possibles pour former leurs opinions, cela ne dégage en aucune façon la partie qui produit cette preuve de l’obligation d’établir, au moyen d’éléments de preuve régulièrement recevables, les faits sur lesquels se fondent ces opinions. Pour que l’opinion d’un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d’abord conclure à l’existence des faits sur lesquels se fonde l’opinion.

V

Conclusion

Donc le juge du procès a commis une erreur à deux égards. D’abord, il n’y avait pas de preuve recevable quant à certains faits importants relatifs à la conduite d’Abbey, sur lesquels se fondaient les opinions médicales. Ensuite, le juge a mal interprété les arrêts récents portant sur l’interprétation de la défense d’aliénation mentale prévue au par. 16(2). Le défaut de «se rendre compte» des sanctions pénales qui se rattachent à une infraction ne rend pas l’accusé «incapable de juger la nature et la qualité» de son acte, de manière à pouvoir invoquer la défense d’aliénation mentale.

Le pourvoi doit être accueilli. Le jugement rendu au procès et l’arrêt de la Cour d’appel doivent être infirmés et un nouveau procès ordonné relativement aux deux chefs d’accusation.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l’appelante: R. Tassé, Ottawa.

Procureur de l’intimé: Josiah Wood, Vancouver.