

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

101-18-CA

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

ROBERT DALEY

ROBERT DALEY

RESPONDENT

INTIMÉ

R. v. Daley, 2019 NBCA 89

R. c. Daley, 2019 NBCA 89

CORAM:

The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice French

CORAM :

l'honorable juge en chef Richard
l'honorable juge Green
l'honorable juge French

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
August 31, 2018

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 31 août 2018

History of case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
N/A

Décision frappée d'appel :
s.o.

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
April 9, 2019

Appel entendu :
le 9 avril 2019

Judgment rendered:
December 19, 2019

Jugement rendu :
le 19 décembre 2019

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Richard

Motifs de jugement :
l'honorable juge en chef Richard

Concurred in by:
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice French

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Green
l'honorable juge French

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Kathryn Gregory, Q.C.

Pour l'appelante :
Kathryn Gregory, c.r.

For the respondent:
Steve R. McNair

Pour l'intimé :
Steve R. McNair

THE COURT

LA COUR

The Crown's appeal against the finding the accused was unfit to stand trial is dismissed.

L'appel interjeté par le ministère public de la conclusion selon laquelle l'accusé était inapte à subir son procès est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] In Canadian criminal law, a person is presumed fit to stand trial unless a court is satisfied otherwise on a balance of probabilities, with the burden of proving so falling on the party asserting the accused is unfit. For unfitness to be proven, a court must find the accused suffers from a mental disorder and is unable to conduct a defence or to instruct counsel to do so. Among the criteria that would lead to such a determination is the accused's inability on account of mental disorder to "communicate with counsel": see definition of "unfit to stand trial" in s. 2 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[2] There is a line of cases, based on a Saskatchewan Court of Appeal decision, holding that the ability to communicate with counsel "is limited to an inquiry into whether an accused can recount to his or her counsel the necessary facts relating to the offence in such a way that counsel can then properly present a defence": *R. v. Jobb*, 2008 SKCA 156, [2008] S.J. No. 764 (QL), at para. 39. A more prevalent line of cases, based on an Ontario Court of Appeal decision, holds otherwise. According to these decisions, it is not the accused's ability to provide a reliable account of the events immediately preceding and surrounding the alleged crime that is the critical issue, but rather whether the accused is able, in real time, to "speak with counsel rationally, to understand questions and answer them in an intelligible fashion, and to make critical decisions on counsel's advice, concerning the offence with which he is charged": *R. v. Morrissey*, 2007 ONCA 770, [2007] O.J. No. 4340 (QL), at para. 56, quoting the trial judge's charge to the jury, leave to appeal denied, [2008] S.C.C.A. No. 102 (QL).

[3] In my view, it is the more prevalent line of authorities that should be followed in New Brunswick. It is the one the trial judge followed in this case. As explained below, I find no error in the judge's charge to the jury on the question of fitness

and, for that reason, I would dismiss the Crown's appeal against the finding the accused was unfit to stand trial.

II. Factual Background

[4] Robert Daley was charged with touching a person under the age of sixteen for a sexual purpose (*Criminal Code*, s. 151(a)). The offence was alleged to have taken place sometime between 2009 and 2012. At the time of his 2018 trial, Mr. Daley was 83 years old and suffering from mixed vascular Alzheimer's dementia. He elected to be tried before a judge and jury and pleaded not guilty. His lawyer argued Mr. Daley was unfit to stand trial. As a result, a separate trial on Mr. Daley's fitness was ordered.

[5] During this week-long trial, a jury heard expert medical evidence on the question of whether or not Mr. Daley's mental disorder impacted his ability to conduct a defence or to instruct counsel to do so. Mr. Daley's family physician, Dr. Jean-Pierre Arseneau, who had treated Mr. Daley since 2006, and Dr. Ernest Clevinger, a neurologist, both testified that Mr. Daley was unfit to stand trial. Dr. Christopher Bryniak, a forensic psychiatrist who, pursuant to a court order, twice assessed Mr. Daley on the issue of fitness, was of the opposite view.

[6] While all three physicians agreed with the diagnosis of dementia, they were not unanimous on the severity of his illness nor on its impact on Mr. Daley's fitness to stand trial. Dr. Bryniak opined that, while Mr. Daley could not "represent" himself at trial, he could instruct counsel for that purpose.

[7] During a pre-charge conference between the trial judge and counsel, the distinction Dr. Bryniak had made between Mr. Daley not being able to represent himself but being able to instruct counsel for that purpose was a point of contention. In addition, there was a dispute regarding the governing legal principles. All agreed the seminal case on the matter was the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Taylor*, [1992] O.J. No. 2394 (C.A.) (QL). The test elaborated is known as the "limited cognitive capacity

test”. The Supreme Court adopted this test in *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914, [1994] S.C.J. No. 69 (QL), and it was applied by this Court in *Penney v. R.*, 2010 NBCA 49, 362 N.B.R. (2d) 255. However, the test has been the subject of divergent interpretations. One interpretation arises from *Morrissey*; the other derives from *Jobb*. Crown counsel urged the Court to adopt the *Jobb* interpretation, but the trial judge instructed the jury according to *Morrissey*. The trial judge also informed the jury Dr. Bryniak was in error to suggest a distinction between being able to conduct a defence with or without counsel and emphasized that an accused person is either fit or unfit regardless of the presence or absence of counsel. The jury found Mr. Daley unfit to stand trial.

III. Issues on Appeal

[8] The Crown submits the trial judge erred in instructing the jury on the definition of “unfit to stand trial” and the test for “limited cognitive capacity.” The Crown also asks this Court to determine whether the trial judge “erroneously instructed the jury with regard to a portion of the expert testimony from Dr. Bryniak such that the jury’s assessment of his evidence was improperly impacted.”

IV. Analysis

A. *Standard of review*

[9] Section 676(3) of the *Criminal Code* restricts the Crown’s right to appeal a fitness verdict to “any ground of appeal that involves a question of law alone.” A trial judge’s failure to properly instruct a jury is an error of law, for which the standard of review is correctness: see *Tucker v. R.*, 2018 NBCA 7, [2018] N.B.J. No. 15 (QL), at paras. 21-22.

B. *Did the trial judge err in his instructions to the jury on the definition of “unfit to stand trial?”*

(1) Section 2 of the *Criminal Code*: “unfit to stand trial”

[10] Section 672.22 of the *Criminal Code* states that “[a]n accused is presumed fit to stand trial unless the court is satisfied on the balance of probabilities that the accused is unfit to stand trial.” An accused person’s fitness may be tried if “the court has reasonable grounds [...] to believe that the accused is unfit to stand trial”: s. 672.23(1). The party raising the issue of the accused’s fitness bears the burden of proof: s. 672.23(2). In this case, the defence applied to have Mr. Daley’s fitness tried; thus, it bore the burden of establishing Mr. Daley’s unfitness on a balance of probabilities.

[11] Section 2 of the *Criminal Code* defines “unfit to stand trial” as follows:

<i>unfit to stand trial</i> means unable on account of mental disorder to conduct a defence at any stage of the proceedings before a verdict is rendered or to instruct counsel to do so, and, in particular, unable on account of mental disorder to	<i>inaptitude à subir son procès</i> Incapacité de l’accusé en raison de troubles mentaux d’assumer sa défense, ou de donner des instructions à un avocat à cet effet, à toute étape des procédures, avant que le verdict ne soit rendu, et plus particulièrement incapacité de :
---	---

- | | |
|---|--|
| (a) understand the nature or object of the proceedings, | a) comprendre la nature ou l’objet des poursuites; |
| (b) understand the possible consequences of the proceedings, or | b) comprendre les conséquences éventuelles des poursuites; |
| (c) communicate with counsel. | c) communiquer avec son avocat. |

[12] First, the accused must satisfy the condition of suffering from a “mental disorder,” which the *Criminal Code* defines as “a disease of the mind”: s. 2. This latter phrase was interpreted by Dickson J. (as he then was) in *Cooper v. R.*, [1980] 1 S.C.R. 1149, [1979] S.C.J. No. 139 (QL):

[...] “disease of the mind” embraces any illness, disorder or abnormal condition which impairs the human mind and its functioning, excluding however, self-induced states caused by alcohol or drugs, as well as transitory mental states such as hysteria or concussion. [p. 1159]

[13] Second, the effect of the mental disorder must render the accused unable to conduct a defence or to instruct counsel to do so, in particular because of any one of the three criteria in paras. (a), (b) or (c). If both steps of the unfitness test are satisfied on a balance of probabilities, then the accused is unfit to stand trial.

(2) Application to the case at bar

[14] In this case, both parties agreed that Mr. Daley suffered from a mixed vascular Alzheimer's dementia, though there was some dispute as to the extent of his mental disorder. The Crown has not raised any issue with respect to the actual existence of a mental disorder. On the second step of the unfitness test – the effect of the mental disorder – para. (a) is not at issue on this appeal. The parties agreed that Mr. Daley met the low bar of understanding “the nature or object of the proceedings.” There was some disagreement over whether Mr. Daley understood “the possible consequences of the proceedings” (para. (b)), but the trial judge instructed the jury in a manner consistent with the Crown expert's interpretation and the defence has not contested this aspect of the instructions.

[15] The trial judge properly identified para. (c) – the accused's ability to meaningfully communicate with counsel – as the main point of contention at trial. Indeed, the primary issue raised in this appeal concerns whether the trial judge properly identified the appropriate legal test for communicating with counsel in his jury charge.

(3) Communicate with counsel

[16] As noted, the analysis used to determine whether an accused is unfit to stand trial is the “limited cognitive capacity test,” developed by Lacourcière J.A. in *Taylor*. In that case, the Court had to determine whether both the trial judge and the Ontario Criminal Code Review Board had erroneously found the accused unfit to stand trial. Similar to the facts of this case, the primary issue was whether the accused was able to communicate with counsel. In determining the appropriate test to be applied under that

third criterion, the Court cited the position of the *amicus curiae*, which first introduced the governing test:

Under the “limited cognitive capacity” test propounded by the *amicus curiae*, the presence of delusions do not vitiate the accused’s fitness to stand trial unless the delusion distorts the accused’s rudimentary understanding of the judicial process. It is submitted that under this test, a court’s assessment of an accused’s ability to conduct a defence and to communicate and instruct counsel is limited to an inquiry into whether an accused can recount to his/her counsel the necessary facts relating to the offence in such a way that counsel can then properly present a defence. It is not relevant to the fitness determination to consider whether the accused and counsel have an amicable and trusting relationship, whether the accused has been cooperating with counsel, or whether the accused ultimately makes decisions that are in his/her best interests. The *amicus curiae* relies on this court’s decision in *Reference re R. v. Gorecki (No. 1)* (1976), 14 O.R. (2d) 212, 32 C.C.C. (2d) 129 and *R. v. Trecroce, supra.* [para. 44]

[17] Following a brief review of both *Re Regina v. Gorecki (No. 1)*, [1976] O.J. No. 2307 (C.A.) (QL), and *R. v. Trecroce*, [1980] O.J. No. 1352 (C.A.) (QL), Lacourcière J.A. endorsed these cases as “set[ting] out the appropriate test at common law for unfitness” (para. 46). He addressed the contention that the assessment of fitness should include whether an accused can appreciate their own best interests. In response to this argument, Lacourcière J.A. made the following comments regarding the principles underlying the fitness inquiry, as informed by *Gorecki* and *Trecroce*:

To determine whether the test should be modified as suggested by the respondent, one must remain cognizant of the rationale for the fitness rules in the first place. In order to ensure that the process of determining guilt is as accurate as possible, that the accused can participate in the proceedings or assist counsel in his/her defence, that the dignity of the trial process is maintained, and that, if necessary, the determination of a fit sentence is made possible, the accused must have sufficient mental fitness to participate in the proceedings in a meaningful way. At the

same time, one must consider that principles of fundamental justice require that a trial come to a final determination without undue delay. The adoption of too high a threshold for fitness will result in an increased number of cases in which the accused will be found unfit to stand trial even though the accused is capable of understanding the process and anxious for it to come to completion.

In addition, adopting a high threshold of fitness, including a “best interests” component, derogates from the fundamental principle that an accused is entitled to choose his own defence and to present it as he chooses. In *R. v. Swain*, supra, at p. 970 S.C.R., p. 504 C.C.C., Lamer C.J.C., for the majority, stressed the importance of the accused’s s.7 right to liberty which allows him to control his own defence. An accused who has not been found unfit to stand trial must be permitted to conduct his own defence, even if this means that the accused may act to his own detriment in doing so. The autonomy of the accused in the adversarial system requires that the accused should be able to make such fundamental decisions and assume the risks involved.

The “limited cognitive capacity” test strikes an effective balance between the objectives of the fitness rules and the constitutional right of the accused to choose his own defence and to have a trial within a reasonable time.

In asking the court to require that the accused be able to act in his own best interests, the respondent is asking this court to adopt the higher threshold “analytic capacity” test for determining the accused’s fitness to stand trial. This test has clearly been rejected by the courts. [paras. 50–53]

[18] Relying on this newly formulated test, Lacourcière J.A. ultimately held that it had been an error to adopt “a test which required the accused to be capable of making rational decisions beneficial to him in his relationship with counsel” (para. 57).

[19] The analysis in *Taylor* reveals several important principles. First, the limited cognitive capacity test is meant to ensure that the accused is able to “participate in the proceedings in a meaningful way.” Second, the threshold for fitness should not be so

high that an accused could be found unfit despite having the capacity to understand the process. Finally, whether the accused is capable of acting in their best interests forms no part of the limited cognitive capacity test. Indeed, the Court's clear language indicates that poor decision-making, on its own, bears no impact on the accused's fitness.

[20] The limited cognitive capacity test was cited with approval in *Whittle*. In that case, the Supreme Court had to determine the requisite cognitive capacity for several pre-trial rights, including the confessions rule, the right to silence and waiving the right to counsel. In his analysis, Sopinka J. cited *Taylor* in describing the fitness to stand trial test:

It requires limited cognitive capacity to understand the process and to communicate with counsel. In *R. v. Taylor* (1992), 77 C.C.C. (3d) 551, the Ontario Court of Appeal, after reviewing the authorities, held that the trial judge erred in concluding that the accused must be capable of making rational decisions beneficial to him.

[...]

Accordingly, provided the accused possesses this limited capacity, it is not a prerequisite that he or she be capable of exercising analytical reasoning in making a choice to accept the advice of counsel or in coming to a decision that best serves her interests. [pp. 933-34]

[21] Later, Sopinka J. adopted this standard when discussing an operating mind:

In exercising the right to counsel or waiving the right, the accused must possess the limited cognitive capacity that is required for fitness to stand trial. The accused must be capable of communicating with counsel to instruct counsel, and understand the function of counsel and that he or she can dispense with counsel even if this is not in the accused's best interests. It is not necessary that the accused possess analytical ability. The level of cognitive ability is the same as that required with respect to the confession rule and the right to silence. The accused must have the mental capacity of an operating mind as outlined above. [pp. 941-42]

Thus, *Whittle* confirmed the limited cognitive capacity test as the accepted analysis for fitness to stand trial and confirmed that it does not require an accused to have the capacity to make decisions in his or her best interests. Moreover, *Whittle* held that the accused need not possess “analytical ability,” but merely a capacity “to understand what he or she is saying and what is said.”

[22] Most appellate decisions which cite *Taylor*, rely on it for the principle that the ability to act in one’s “best interests” does not form part of the limited cognitive capacity test analysis: see *R. v. M.A.W.*, 2008 ONCA 555, [2008] O.J. No. 2738 (QL), at para. 25; *R. v. L.S.C.*, 2003 ABCA 105, [2003] A.J. No. 388 (QL), at para. 10; *Children’s Aid Society of Halifax v. C.V.*, 2005 NSCA 87, [2005] N.S.J. No. 217 (QL), at para. 33; and *R. v. Romanowicz*, [1999] O.J. No. 3191 (C.A.) (QL), at para. 47.

[23] Outside of the applicability of the best interests principle, however, interpretations of the limited cognitive capacity test’s content have diverged. In this context, the Ontario Court of Appeal later reviewed *Taylor* and clarified its principles.

(4) *R. v. Morrissey: revising Taylor*

[24] In *Morrissey*, the Court addressed whether testimonial competence was a condition precedent to fitness to stand trial. The critical issue was whether, due to the accused’s retrograde amnesia, he was capable of communicating with counsel. Clarifying *Taylor*, Blair J.A. first outlined the limited cognitive capacity test and noted that its “threshold is not high” and “requires only a relatively rudimentary understanding of the judicial process — sufficient, essentially, to enable the accused to conduct a defence and to instruct counsel in that regard. It is in that sense that the accused must be able ‘to communicate with counsel’ and relate the facts concerning the offence” (para. 27). Following these comments, Blair J.A. reinterpreted the findings in *Taylor*:

The *Taylor* test for limited cognitive capacity has been condensed in some authorities and commentaries — in my view, imprecisely — into a simple “inquiry into whether an

accused can recount to his/her counsel the necessary facts relating to the offence in such a way that counsel can then properly present a defence” (*Taylor, supra*, at para. 44): see *R. v. L.S.C.*, [2003] A.J. No. 388, 13 C.R. (6th) 390 (C.A.), at para. 10; *R. v. Peepeetch*, [2003] S.J. No. 542, 2003 SKCA 76, at para. 52. I make the following observations in this respect.

First, the concept that the accused must be able to recount “the necessary facts relating to the offence in such a way that counsel can then properly present a defence” must be interpreted in a purposive and functional manner, in my view. It is intended to refer more broadly to the accused person’s ability to recount the facts generally relating to the offence or offences with which he or she has been charged. It is not intended to narrow the inquiry solely to the ability to relate the immediate facts pertaining to the particular incident giving rise to the crime (*e.g.*, the immediate events surrounding the actual shooting in this case). This makes sense, since the thrust of the concept of unfitness to stand trial is that the accused is unable to conduct a defence or to instruct counsel to do so. The ability to communicate with counsel in the context of a fitness inquiry speaks to the ability to seek and receive legal advice. An inability to recount the facts immediately connected with the event giving rise to the charges is not the same as an inability to communicate with counsel in a way that permits an accused to seek and receive effective legal advice. Moreover, there are instances where an accused may wish to — or may be able to do nothing but — formulate a defence based on the contention that he or she is unable to remember the events in question.

Secondly, even if the reference to the accused person’s ability to recount the facts relating to the offence is to be interpreted narrowly in the sense of the ability to recount the events surrounding the criminal incident itself, then in my view *Taylor* is misconceived as standing for that proposition.

In making the comment referred to above, Lacourcière J.A. was simply reciting one of the submissions of *amicus curiae* on behalf of Mr. Taylor. This was followed immediately by a summary of those submissions by *amicus curiae* that were accepted by Crown counsel, and which did not include the foregoing proposition. Lacourcière J.A. did

not say that the Court accepted the contention of *amicus curiae* in this regard. Indeed, it was unnecessary for him to consider it, as the issue in the case was not whether Mr. Taylor could recall the events of the crime, but rather whether he was so delusional that he was unable to instruct counsel in a manner that was reflective of his own best interests. It was the latter concern that was at issue in the case, and *Taylor* stands for the propositions that (a) the “limited cognitive capacity” test governs the determination of fitness to stand trial, and (b) that this test does not require the accused person to be capable of giving instructions to counsel that are in his or her best interests. [paras. 28–31]

[25] In summarizing his position, Blair J.A. also stated the following:

An accused must be mentally fit to stand trial in order to ensure that the trial meets minimum standards of fairness and accords with principles of fundamental justice such as the right to be present at one’s own trial and the right to make full answer and defence: see *R. v. Steele* (1991), 63 C.C.C. (3d) 149, 4 C.R.R. (4th) 53 (Que. C.A.), at pp. 172-173 and 181 C.R.; *R. v. Roberts* (1975), 24 C.C.C. (2d) 539 (B.C.C.A.). Meaningful presence and meaningful participation at the trial, therefore, are the touchstones of the inquiry into fitness. [para. 36]

[26] Blair J.A. dismissed any interpretation which limits the test to asking whether the accused can “relate the immediate facts pertaining to the particular incident giving rise to the crime.” He also stressed that the narrow interpretation adopted in some subsequent cases was based on a submission of an *amicus curiae*, and not any independent judicial pronouncement. As a result, the limited cognitive capacity test’s content must not be narrowly derived from the paragraph in *Taylor* that cited the *amicus curiae*’s submission. The mere capacity to recount the facts of an incident is not the threshold used to determine fitness. Rather, the appropriate question is whether the accused can meaningfully participate in the trial by seeking and receiving legal advice.

[27] This reinterpretation of *Taylor* in *Morrissey* has received significant support in subsequent jurisprudence. In *R. v. Adam*, 2013 ONSC 373, [2013] O.J. No.

222 (QL), the Court noted that, based on *Morrissey*, “the fitness inquiry demands an assurance that, despite suffering from a mental disorder, the accused person is able to receive a fair trial. In this context, *meaningful* participation is required. For an accused person in a criminal trial, *meaningful* participation can only mean the ability to defend oneself” (para. 29) (emphasis in original).

[28] In *R. v. Thompson*, 2011 ONCJ 209, [2011] O.J. No. 1869 (QL), the Court also made the following comments with respect to the *Morrissey* revision:

[...] The Court made a number of decisions in *Morrissey* beginning with the ruling that the ambit of being able to “communicate with counsel”, an essential element of trial fitness, does not extend to or require that an accused be competent to testify about the critical events of the charge and relate those critical events to his counsel. In order to arrive at that ruling the Court necessarily had to closely examine what is entailed by the requirement that an accused be able to “communicate with counsel” as those words are used in s. 2.

Morrissey holds that the *limited cognitive capacity* threshold is not high. “It requires only a relatively rudimentary understanding of the judicial process – sufficient, essentially, to enable the accused to conduct a defence and to instruct counsel in that regard. It is in that sense that the accused must be able “to communicate with counsel” and relate the facts concerning the offence.”

The capacity to recount only needs to be a capacity for a general recounting. The capacity does not need to be a focused and fact specific one. It does not require an ability to relate the immediate events surrounding the alleged crime. Moreover, the extent of the ability to communicate with counsel required for trial fitness is simply the ability to seek and receive legal advice. Briefly put, if an accused can be meaningfully present and participate meaningfully at the trial, then that accused is fit to stand trial.

More fulsomely, *Morrissey* describes the “ability to communicate with counsel as the ability to communicate for the purposes of conducting a defence, considering counsel’s advice, and giving instructions with respect to the

defence.” Put otherwise, the accused “must be physically, intellectually, linguistically and communicatively present and able to partake to the best of his natural ability in his full answer and defence to the charge against him. [paras. 11-14; citations omitted]

[29] Further, in *R. v. Amey*, 2009 NSPC 29, [2009] N.S.J. No. 279 (QL), the court had to determine whether an accused who was diagnosed with dementia and substance abuse with accompanying delusions was unfit to stand trial. After citing from *Morrissey* to establish the governing test, the court held as follows:

The court distinguished “communicating the evidence” from “communicating with counsel.” They are related concepts but founded on different rationales. It said that testimonial competence was not a condition precedent to being fit to stand trial. It held that being able to communicate with counsel does *not* necessarily entail the ability to testify about the critical events and relate them to one’s lawyer. At para. 27 Blair, J.A. criticized any reading of *Taylor* which reduced the test to a simple inquiry into whether the accused “could recount the necessary facts relating to the offence in such a way that counsel can properly present a defense.” At para. 9(b) however, the court seemed to allow that amnesia of the immediate events “could be a factor in a finding of unfitness.”

[...]

My reading of *Taylor* and *Morrissey* is that an accused, to be considered fit, must possess the ability to engage with the trial process in a meaningful way. A fit accused would not be impervious to incriminating evidence; rather, he would be able to grasp its possible significance, able to appreciate that it might be accepted by the trier of fact. The trial process itself should make some impression on the accused. While it is generally agreed that Mr. Amey understands that if convicted he could be subjected to a sentence, i.e. that he understands possible consequences of the proceedings, it is far from clear that events during the trial itself would have much impact on him. While he may possess an “in the moment” understanding, the more basic question is whether he possesses the ability to relate trial testimony to past events and to assess, at least on a

rudimentary level, the [possible] veracity of such evidence. Even with amnesia of the subject events an accused should be able to conceive that a trier of fact might make adverse findings based on the evidence of others. [paras. 51, 65]

The accused was found fit in a later proceeding, but the deciding court confirmed these statements of law: see *R. v. Amey*, 2010 NSPC 100, [2010] N.S.J. No. 742 (QL).

[30] Courts in British Columbia, Ontario, Québec, and Yukon have also endorsed *Morrissey*: see *R. v. Miller*, 2011 BCSC 1292, [2011] B.C.J. No. 1801 (QL), at paras. 23 and 25; *R. v. Kaluza*, 2010 QCCQ 3694, [2010] Q.J. No. 4109 (QL), at para. 47; *R. v. Nehass*, 2014 YKTC 23, [2014] Y.J. No. 117 (QL), at paras. 58-67; *R. v. Kathirkamapillai*, 2016 ONCJ 377, [2016] O.J. No. 3409 (QL), at paras. 9-11; and *R. v. Williams*, 2012 ONSC 5851, [2012] O.J. No. 4974 (QL), at paras. 79, 82-83.

(5) The *Jobb* interpretation

[31] In *Jobb*, the Saskatchewan Court of Appeal adopted the very principle from *Taylor* that had been rejected in *Morrissey*. *Jobb* also concerned an accused's fitness to stand trial. In assessing the governing test, the Court stated the following:

[...] *Taylor* made it clear that the limited cognitive capacity test as it pertains to the requirement of an ability to communicate with counsel requires only that an accused be capable of recounting the facts of the alleged crimes. Limited cognitive capacity does not require analytic ability or, indeed, the need for the accused to appreciate his own best interest. In short, these authorities establish a very low threshold for fitness to stand trial in keeping with the policy objectives of the *Criminal Code*, and, in particular, with the right of the accused to make full answer and defence to the allegations with which he is charged. [para. 21]

[Emphasis added.]

[32] At the judgment's conclusion, the Court further remarked:

[...] That Mr. Jobb be able to participate in his defence in “a meaningful way or assist his counsel during the course of a trial” is not, with respect, an accurate application of the limited cognitive capacity test, which requires only that he be able to recount the facts of the offences with which he is charged to his counsel. [para. 43]

[Emphasis added.]

[33] Thus, while the Court also held that the limited cognitive capacity test is a low threshold, it diverged from the Ontario Court of Appeal in holding that an accused need only “be capable of recounting the facts of the alleged crimes.” Indeed, this is in direct conflict with the conclusion drawn by Blair J.A. in *Morrissey* when he said that the test is “not intended to narrow the inquiry solely to the ability to relate the immediate facts pertaining to the particular incident giving rise to the crime.” Notably, the judgment in *Jobb* makes no reference to *Morrissey*, despite being released just over one year later.

[34] In contrast to *Morrissey*, there are far fewer cases which exclusively cite *Jobb*. In *R. v. Firingstone*, 2017 ABQB 343, [2017] A.J. No. 601 (QL), the trial judge cited *Jobb* but also relied on the fact that the accused had “the ability to understand the trial process and the capacity to participate and make decisions with the support of counsel” (para. 102). Thus, although the case relied on *Jobb*, the result did not turn on whether the accused was able to recount the facts of the case; rather, it seemed to reflect the somewhat higher threshold of participation propounded in *Morrissey*. *R. v. T.A.S.*, 2017 SKQB 218, [2017] S.J. No. 312 (QL) appears to have followed *Jobb* (see para. 17) in a fitness to stand trial determination; but, that is not surprising, being a lower court decision from the same jurisdiction in which *Jobb* was decided.

[35] The jurisprudence which cites *Jobb* and not *Morrissey* is quite limited. This certainly suggests that the *Morrissey* framework for addressing the limited cognitive capacity test has been more persuasive than the propositions advanced in *Jobb*.

(6) Reconciling *Morrissey* and *Jobb*

[36] Several cases have cited both authorities in interpreting the test for fitness to stand trial. In some cases, the court has preferred *Jobb* over *Morrissey*. For example, in *R. v. RCMc*, 2011 SKPC 61, [2011] S.J. No. 243 (QL), Agnew J. noted the differing interpretations of unfitness with respect to communicating with counsel: “How the ‘limited cognitive capacity’ standard is to be applied to the third branch of the fitness test, the ability to communicate with counsel, is a matter of some dispute. There are two major streams of thought [...]” (para. 25). After reviewing *Morrissey* and *Jobb*, Agnew J. clearly adopted the *Jobb* analysis, whereby a “court’s assessment of an accused’s ability to communicate with and instruct counsel is limited to an inquiry into whether an accused can recount to their counsel the necessary facts relating to the offence in such a way that counsel can then properly present a defence” (para. 31). Agnew J. did not explain the basis for preferring *Jobb* to *Morrissey*, but the principle of *stare decisis* provides a strong inference (see also *R. v. Proulx*, 2011 SKPC 128, [2011] S.J. No. 477 (QL), at paras. 66, 82, 92 and 95).

[37] In other cases, however, even within Saskatchewan, courts have been inconclusive as to whether *Morrissey* or *Jobb* should be preferred. In *R. v. Goyak*, 2016 SKPC 168, [2016] S.J. No. 722 (QL), for example, the court commented on the differing interpretations of the limited cognitive capacity test in *Morrissey* and *Jobb*:

There is a divergence in the law surrounding the application of the limited cognitive capacity standard to the third branch of the fitness test. At one end of the spectrum is the Saskatchewan Court of Appeal decision in *Jobb* which held that an accused must only be capable of recounting the facts of the alleged offences.

[...]

In *Jobb* the Saskatchewan Court of Appeal did not consider the Ontario Court of Appeal decision in *R. v. Morrissey*, 2007 ONCA 770 [*Morrissey*]; leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied: (2008) S.C.C.A. No 102, which represents the other end of the spectrum that the

ability to communicate with counsel also includes the ability to seek and receive legal advice so that the accused can participate in the proceedings in a meaningful way. [paras. 27, 28]

[38] Rather than reconciling these two cases, however, Rybchuk J. merely noted that the accused, Mr. Goyak, “does not meet the test at either end of the spectrum in this case” (para. 30). He was unable to “articulate words and describe events” (para. 33) but also “unable to register information, store information and recall information necessary to understand the nature of the charges and communicate with his lawyer. [...] Thus, Mr. Goyak was also incapable of seeking or receiving legal advice and participating in the proceedings in a meaningful way” (paras. 34-35). In finding Mr. Goyak unfit to stand trial, Rybchuk J. upheld the findings in both *Morrissey* and *Jobb* while acknowledging, but not resolving, their conflicting tests.

[39] Similarly, in *R. v. Iyoho*, 2009 ABPC 262, [2009] A.J. No. 950 (QL), the court cited both *Morrissey* and *Jobb* as two of the “authorities” for fitness (para. 57), but primarily relied on *Taylor* and the principle from *Morrissey* that an “accused’s testimonial competence was not a component of the definition of fitness to stand trial” (para. 82). With respect to the communication criterion, the Court found that “[a]pplying the *limited cognitive capacity* test, the paranoid delusions of persecution, experienced by the accused, diminish even a rudimentary understanding of the process and his being able to instruct Counsel so as to make full answer and defence” (para. 87). As such, the court did not rely on the specific findings of either *Morrissey* or *Jobb*, nor did it provide further insight as to which authority is more persuasive.

[40] Unlike the cases above, in *R. v. Eisnor*, 2013 NSSC 241, [2013] N.S.J. No. 390 (QL), the court explicitly addressed the disjuncture, ultimately finding that *Morrissey* was the more appropriate test. McDougall J. made the following critical observations:

The Saskatchewan Court of Appeal did not cite **Morrissey** in **Jobb**. In his brief before the Provincial Court, Mr. Burrill, counsel for the accused, suggests that **Jobb** is significant in that it “recognizes, post-

Morrissey, that there is a necessity to hear evidence regarding the ability/inability to recount the offence,” of which there is “an abundance” in the present case. To the extent that **Jobb** can be read as differing from, or expanding upon, **Morrissey**, I am of the opinion that **Morrissey** provides a clearer and more persuasive analysis. [para. 36]

[41] In support of this position, McDougall J. cited both *Amey* and *Adam* before concluding that “the caselaw does not stipulate that ‘meaningful participation’ demands a specific recollection of the events relating to the charge. The question is, rather, whether the accused is capable of engaging in a rational way with the trial process” (para. 41). In a later fitness decision involving the same accused, *R. v. Eisnor*, 2013 NSSC 263, [2013] N.S.J. No. 584 (QL), McDougall J. again affirmed the principles from his earlier decision:

In the case that is before me, the only real issue respecting Mr. Eisnor’s level of fitness to stand trial that could be put to a jury is his inability to remember the events immediately surrounding the alleged events and for the six month period preceding it and also for a much shorter period in its aftermath. No one is challenging that the accused has retrograde amnesia which prevents him from communicating to his counsel his version of the events that has led to the charge that is now before the Court.

It is clear from my reading of **Morrissey** that this fact, **in and of itself** [emphasis added], is not sufficient to render the accused unfit to stand trial. [paras. 26-27]

[42] These principles were later affirmed by the Nova Scotia Court of Appeal in *R. v. Eisnor*, 2015 NSCA 64, [2015] N.S.J. No. 257 (QL):

Here, the appellant was able to plead and properly stand his trial. He understood the nature and object of the proceedings, and the possible consequences, and he could communicate rationally with counsel. The only claim to say he was not fit was his lack of memory of the events. That alone, is insufficient. [para. 143]

[43] Unlike the other cases, which either came out of Saskatchewan or did not resolve the conflict between *Morrissey* and *Jobb*, *Eisnor* provided a clear treatment of the conflict and a reasoned analysis for why *Morrissey* is the preferred authority for the content of the limited cognitive capacity test. In *Eisnor*, Beveridge J.A., for the Court, undertook a comprehensive review of the history leading to the current provision on fitness to stand trial and its current interpretation. I can do no better than refer to it and adopt it.

(7) New Brunswick cases

[44] In New Brunswick, lower courts have demonstrated a clear preference for *Morrissey*, but there have been a minimal number of cases on this point. In *R. v. R.L.F.*, 2010 NBPC 35, 365 N.B.R. (2d) 54, the court did not cite *Jobb* or comment on its conflict with *Morrissey* in addressing the accused's fitness to stand trial. However, Jackson C.J.P.C. (as he then was) relied heavily on the findings of *Morrissey* and *R. v. Steele*, [1991] J.Q. No. 240 (C.A.) (QL), a case predating *Taylor* in which Fish J.A. (as he then was), "came to a similar conclusion as to the necessary qualities an accused must have in order to be able to conduct his defence [...]" (para. 9). With respect to *Morrissey*, Jackson C.J.P.C. determined that "[w]hile an accused must only have a rudimentary understanding of the judicial process, the right to make full answer and defence requires something more than mere physical presence at trial" (para. 8). He continued with the following statement:

Given the clear limitations of R.L.F. in vocabulary, in conversing with strangers, and in comprehending abstract concepts such as guilt, innocence or motive, it is clear to me that he is incapable of participating in any meaningful way in the trial process including his inability to discuss options with counsel and to give or receive instructions through the course of the trial. I am therefore satisfied on a balance of probabilities that R.L.F. is unfit to stand trial.
[para. 10]

[45] In *R. v. A.J.B.*, 2015 NBQB 42, [2014] N.B.J. No. 344 (QL), Walsh J. heard a motion to determine whether there were reasonable grounds to believe the accused was unfit to stand trial. In reviewing the governing authorities on point, he cited *R.L.F.* and the principles in *Morrissey*, but not *Jobb*. On this basis, the court relied on the testimony of the accused's adult son, the accused's defence counsel, and the opinion of an expert witness. Although Walsh J. did not engage in a fulsome analysis by comparing the evidence to the test from *Morrissey*, he assessed the evidence presented, including the son's testimony that his father "[didn't] seem to grasp why he was here" (para. 17), the solicitor's position that he had "considerable doubt over his client's ability to effectively communicate, engage and understand" (para. 18), and finally the expert's report showing that "scores obtained from the accused using the Montreal Cognitive Assessment [...] reveal [...] an actual overlap between mild cognitive impairment and dementia [...] on the borderline" (para. 23). On this basis, Walsh J. found that there were "reasonable grounds to believe that the accused is unfit to stand trial, such that a jury should decide if the accused is or is not unfit" (para. 25).

[46] Despite the lower courts' reliance on *Morrissey*, this Court, in *Penny v. R.*, 2010 NBCA 49, 362 N.B.R. (2d) 255, referred only to *Jobb* and did not mention *Morrissey* in a case where the issue was not an accused's fitness to stand trial.

[47] In *Penny*, on the heels of a conviction for aggravated assault, the accused was found to be a dangerous offender and sentenced to an indeterminate term in a federal penitentiary. He appealed both his conviction and indeterminate term of incarceration on several grounds, one being that he was sentenced without adequate consideration of his mental health. He argued that, before sentencing him, the judge should have ordered a trial on the fitness issue. In disposing of this ground, Quigg J.A., for the Court, reviewed some of the authorities on the question of fitness to stand trial. In doing so, she referred to *Jobb* and other cases but in the end concluded there was nothing on the record to "reveal where [Mr. Penny's] fitness to stand trial could have come into question" (para. 42). As Crown counsel in the present case concedes, *Penny* was not a case that "necessitated an

examination of the conflicting interpretations in *Morrissey* and *Jobb*.” Thus, in this Court, the issue until now remains open.

(8) Conclusion

[48] The above caselaw demonstrates that when *Jobb* has, on occasion, been cited instead of *Morrissey*, it has rarely been exclusively used outside of Saskatchewan, and seldom relied on for the contentious proposition that the accused is fit if they have the ability to recount the facts of the case to counsel. In contrast, the *Morrissey* interpretation has gained considerable force in the caselaw, and has been relied on to the exclusion of *Jobb* more frequently. Moreover, when courts have relied on both authorities, they have usually either failed to resolve the conflict between the two, or, as in *Eisnor*, have found that *Morrissey* is the better interpretation. This is a sensible result given that *Morrissey* was an explicit revision of a former decision by the same Court and predates *Jobb*, a further indication that *Morrissey* carries more precedential value. *Jobb*'s failure to comment on *Morrissey* suggests that the decision was made in isolation of *Morrissey*'s critical revision of *Taylor*, and thus does not consider the Ontario Court of Appeal's current enunciation of the fitness to stand trial test. Based on all of these factors, and for the reasons Beveridge J.A. gave in *Eisnor*, I conclude the *Morrissey* approach is the one to be applied. It follows that, in adopting the *Morrissey* interpretation of the limited cognitive capacity test, the trial judge made no error in law in his instructions to the jury.

C. *Did the trial judge err in his instructions regarding Dr. Bryniak's expert testimony?*

[49] The critical point of contention in this ground of appeal is whether, in cautioning the jury respecting Dr. Bryniak's expert testimony, the trial judge erred in law. During the trial, Crown counsel conducted a direct examination of Dr. Bryniak and asked his opinion as to whether the accused was fit to stand trial. In response, Dr. Bryniak, indicated that Mr. Daley was not fit “to represent himself” but he did clarify that,

“through communicating with counsel – an attorney to assist in his defense – yes, I think that he can.” On this basis, the trial judge noted the following in his instructions to the jury:

When Dr. [...] Bryniak testified that Mr. Daley was unfit in one scenario, but fit in the other scenario, he was in serious error in his legal assumption that there is a difference. He never explained it. I don't know why he did that differentiation. And [...] he appears to have conflated or confused the notion of whether a person is fit to stand trial with the notion of whether or not a person is competent to defend themselves at a trial for the reason I illustrated. To this extent, it is again necessarily what he said there, the difference he made, in my opinion, seriously affects the weight to be given to his opinion that Mr. Daley is fit to stand trial. Said differently, you really need to wonder and be concerned how that legal – that erroneous legal assumption infected Dr. Bryniak's opinion that Mr. Daley was fit to instruct counsel.

[50] Mr. Daley rightly submits that there are not two different standards of fitness depending on whether the accused is represented at trial. This was clearly articulated in *R. v. Peepeetch*, 2003 SKCA 76, [2003] S.J. No. 542 (QL):

As noted in *Whittle*, there is not a higher standard for determining whether the accused (appellant) can represent himself. Once an accused is determined to be fit to stand trial on the test as set forth in s. 672.22 that the accused is able to understand the nature or object of the proceedings; to understand the possible consequences of the proceedings; or to communicate with counsel, then he or she is capable to choose whether or not to defend himself or herself. As Lamer C.J. stated in *Swain*:

... An accused who has not been found unfit to stand trial must be considered capable of conducting his or her own defence. [para. 65]

[51] Thus, it would be an error of law to find that there is a different fitness standard for those who have legal representation and for those who do not.

[52] In the case at bar, however, it is admittedly unclear whether Dr. Bryniak was proposing two different standards of fitness. As confirmed by the parties' submissions, there are two viable interpretations of his testimony on this point. First, he may have been incorrectly applying two different fitness standards based on whether the accused had representation. Second, as the Crown submits, he may have been "making a distinction between competency and fitness", and that "[i]f Dr. [Bryniak] was referencing a concern that the Respondent could not navigate the complexities of trial from a fairness perspective as opposed to what he understood the basic fitness level to be, the very fact of the introduction of this distinction should have prompted the trial judge to explain the concepts to the jury and leave it to them to determine what he meant by the distinction".

[53] However, as the Crown concedes, there is no obligation on a judge to supply a meaning to expert testimony. In *Thériault v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 336, [1981] S.C.J. No. 32 (QL), Dickson J. (as he then was) held the following:

With respect, I agree with Jacques J.A. and Mr. Justice Lamer that there is no obligation on the trial judge to interpret the testimony of experts. Mr. Justice Kaufman speaks of the risk of "losing precision." Equally grave is the danger of error in translating technical language into common and everyday vernacular. If the testimony is highly technical counsel who has called the expert witness should ask the witness to explain himself in language the layman can understand. The judge may, in his discretion, decide that some simplification is desirable but failure on his part to undertake this difficult and potentially hazardous task is not, in my view, reversible error. [p. 342]

[54] This principle was also affirmed later in *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, where Bastarache J. held that "[i]t is a long-held principle of our criminal justice system that it is the role of the jury to draw inferences from the evidence and that this is a sphere trial judges should enter with extreme caution, if at all" (para. 61).

[55] In this regard, it was not incumbent on the trial judge to interpret or explain the expert testimony offered by Dr. Bryniak. Moreover, while the trial judge

clearly conveyed his hesitation regarding the weight to be given to Dr. Bryniak's testimony, he also stressed two additional points to the jury. First, it was not entirely clear what Dr. Bryniak meant when he made the distinction between representation alone and representation by counsel, leaving open the possibility that he could have "conflated or confused the notion of whether a person is fit to stand trial with the notion of whether or not a person is competent to defend themselves at a trial [...]". Second, he impressed upon the jury that it was their responsibility to weigh the experts' evidence: "You really need to wonder and be concerned how that legal – that erroneous legal assumption infected Dr. Bryniak's opinion."

[56] The trial judge's opinion concerning the potentially erroneous nature of Dr. Bryniak's evidence was clear, and his decision to merely present Dr. Bryniak's position as he stated it, noting its potential confusion, does not constitute reversible error.

V. Disposition

[57] For these reasons, I would dismiss the Crown's appeal.

LE JUGE RICHARD, J.C.N.-B.

I. Introduction

[1] En droit criminel canadien, une personne est présumée apte à subir son procès, sauf si un tribunal en est autrement convaincu selon la prépondérance des probabilités, le fardeau de cette preuve incombant ainsi à la partie invoquant l'inaptitude de l'accusé. Pour que l'inaptitude soit prouvée, un tribunal doit conclure que l'accusé souffre de troubles mentaux et qu'il est incapable d'assumer sa défense ou de donner des instructions à un avocat à cet effet. Figure parmi les critères qui mèneraient à cette détermination l'incapacité de l'accusé, en raison de troubles mentaux, de « communiquer avec son avocat » : voir la définition du terme « inaptitude à subir son procès » à l'art. 2 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[2] Il existe un courant jurisprudentiel, fondé sur une décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan, selon lequel la capacité de communiquer avec son avocat [TRADUCTION] « se limite à déterminer si un accusé peut relater à son avocat les faits nécessaires se rapportant à l'infraction pour permettre ensuite à ce dernier de présenter comme il se doit une défense » : *R. v. Jobb*, 2008 SKCA 156, [2008] S.J. No. 764 (QL), au par. 39. Un courant jurisprudentiel plus répandu, fondé sur une décision de la Cour d'appel de l'Ontario, abonde dans le sens contraire. Selon cette série de décisions, la question cruciale n'est pas la capacité de l'accusé de fournir un récit fiable des événements survenus immédiatement avant le crime reproché et les circonstances de celui-ci, mais plutôt de savoir si l'accusé est capable, en temps réel, de [TRADUCTION] « communiquer rationnellement avec son avocat, de comprendre les questions et d'y répondre de façon intelligible, et de prendre d'importantes décisions compte tenu des conseils de son avocat, relativement à l'infraction qu'on lui reproche » : *R. v. Morrissey*, 2007 ONCA 770, [2007] O.J. No. 4340 (QL), au par. 56, citant l'exposé de la juge du procès au jury, demande d'autorisation d'appel rejetée, [2008] C.S.C.R. n° 102 (QL).

[3] À mon avis, c'est le courant jurisprudentiel le plus largement accepté qui devrait être suivi au Nouveau-Brunswick. C'est celui que le juge du procès a suivi en l'espèce. Comme je vais l'expliquer, je conclus que le juge du procès n'a commis aucune erreur dans son exposé au jury sur la question de l'aptitude et, pour cette raison, je suis d'avis de rejeter l'appel interjeté par le ministère public de la conclusion selon laquelle l'accusé était inapte à subir son procès.

II. Contexte factuel

[4] Robert Daley a été accusé d'avoir touché un enfant âgé de moins de seize ans à des fins d'ordre sexuel (*Code criminel*, al. 151a)). L'infraction aurait été commise à un moment donné entre 2009 et 2012. Au moment de son procès en 2018, M. Daley était âgé de 83 ans et souffrait de démence mixte (maladie d'Alzheimer et démence vasculaire). Il a choisi d'être jugé devant juge et jury et a plaidé non coupable. Son avocat a soutenu que M. Daley était inapte à subir son procès. Par conséquent, un procès distinct sur l'aptitude de M. Daley a été ordonné.

[5] Au cours du procès d'une semaine, un jury a entendu des témoignages de médecins experts sur la question de savoir si les troubles mentaux de M. Daley avaient une incidence sur sa capacité d'assumer sa défense ou de donner des instructions à son avocat à cet effet. Le D^r Jean-Pierre Arseneau, médecin de famille de M. Daley qui le traitait depuis 2006, et le D^r Ernest Clevinger, neurologue, ont tous deux témoigné que M. Daley était inapte à subir son procès. Le D^r Christopher Bryniak, psychiatre judiciaire ayant évalué M. Daley à deux reprises sur la question de l'aptitude en application d'une ordonnance judiciaire, était d'avis contraire.

[6] Les trois médecins étaient d'accord avec le diagnostic de démence, mais n'étaient pas unanimes sur la gravité de la maladie de M. Daley et sur l'incidence de celle-ci sur l'aptitude de ce dernier à subir son procès. Le D^r Bryniak était d'avis que, bien que M. Daley ne puisse pas se [TRADUCTION] « représenter » lui-même au procès, il pouvait donner des instructions à son avocat à cet effet.

[7] Au cours de la discussion préalable aux instructions entre le juge du procès et les avocats, la distinction faite par le D^r Bryniak entre l'inaptitude de M. Daley à se représenter lui-même et l'aptitude de ce dernier à donner des instructions à son avocat à cet effet était un point de discorde. Il y avait également un litige sur les principes juridiques applicables. Tous ont convenu que l'arrêt faisant autorité sur la question était la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. v. Taylor*, [1992] O.J. No. 2394 (C.A.) (QL). Le critère qui y est élaboré est connu comme le « critère de la capacité cognitive limitée ». La Cour suprême l'a adopté dans l'arrêt *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914, [1994] A.C.S. n° 69 (QL), tout comme notre Cour l'a appliqué dans *Penny c. R.*, 2010 NBCA 49, 362 R.N.-B. (2^e) 255. Toutefois, le critère a fait l'objet d'interprétations divergentes. Une interprétation découle de l'arrêt *Morrissey*; une autre découle de l'arrêt *Jobb*. L'avocate du ministère public a exhorté la Cour à adopter l'interprétation retenue dans l'arrêt *Jobb*, mais le juge du procès a donné les directives au jury selon l'interprétation retenue dans l'arrêt *Morrissey*. Le juge du procès a également informé le jury que le D^r Bryniak a erronément proposé une distinction entre l'aptitude à assumer sa défense avec ou sans avocat et a souligné qu'un accusé est soit apte soit inapte, sans égard à la présence ou à l'absence d'un avocat. Le jury a déclaré M. Daley inapte à subir son procès.

III. Questions à trancher en appel

[8] Le ministère public soutient que le juge du procès a commis une erreur dans ses directives au jury sur la définition du terme « inaptitude à subir son procès » et sur le critère de la « capacité cognitive limitée ». Le ministère public demande également à notre Cour de déterminer si le juge du procès [TRADUCTION] « a donné des directives erronées au jury sur une partie du témoignage d'expert du D^r Bryniak de sorte que l'évaluation par le jury de son témoignage a été indûment influencée ».

IV. Analyse

A. *Norme de contrôle*

[9] Le paragraphe 676(3) du *Code criminel* restreint le droit du ministère public d'interjeter appel d'un verdict portant sur l'aptitude d'un accusé à subir son procès à « tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement ». L'omission d'un juge de première instance de donner des directives appropriées au jury est une erreur de droit et la norme de contrôle qui s'applique est celle de la décision correcte : voir *Tucker c. R.*, 2018 NBCA 7, [2018] A.N.-B. n° 15 (QL), aux par. 21 et 22.

B. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives au jury sur la définition du terme « inaptitude à subir son procès »?*

(1) Article 2 du Code criminel : « inaptitude à subir son procès »

[10] L'article 672.22 du *Code criminel* prévoit que « [l]'accusé est présumé apte à subir son procès sauf si le tribunal, compte tenu de la prépondérance des probabilités, est convaincu de son inaptitude ». L'inaptitude d'un accusé peut être instruite si « [l]e tribunal [...] a [...] des motifs raisonnables de croire que l'accusé est inapte à subir son procès » : par. 672.23(1). La charge de la preuve incombe à la partie qui soulève la question de prouver l'aptitude de l'accusé à subir son procès : par. 672.23(2). En l'espèce, la défense a demandé que l'aptitude de M. Daley soit déterminée; il lui incombait, par conséquent, d'établir l'inaptitude de M. Daley selon la prépondérance des probabilités.

[11] Voici la définition du terme « inaptitude à subir son procès » donnée à l'art. 2 du *Code criminel* :

unfit to stand trial means unable on *inaptitude à subir son procès* Incapacité de account of mental disorder to conduct a l'accusé en raison de troubles mentaux defence at any stage of the proceedings d'assumer sa défense, ou de donner des

before a verdict is rendered or to instruct counsel to do so, and, in particular, unable on account of mental disorder to instructions à un avocat à cet effet, à toute étape des procédures, avant que le verdict ne soit rendu, et plus particulièrement incapacité de :

(a) understand the nature or object of the proceedings, a) comprendre la nature ou l'objet des poursuites;

(b) understand the possible consequences of the proceedings, or b) comprendre les conséquences éventuelles des poursuites;

(c) communicate with counsel; c) communiquer avec son avocat.

[12] D'abord, l'accusé doit satisfaire à la condition de souffrir de « troubles mentaux », terme défini dans le *Code criminel* comme s'entendant de « [t]oute maladie mentale » : art. 2. Le juge Dickson (tel était alors son titre) a interprété cette définition dans *Cooper c. R.*, [1980] 1 R.C.S. 1149, [1979] A.C.S. n° 139 (QL) :

[...] « maladie mentale » comprend toute maladie, tout trouble ou tout état anormal qui affecte la raison humaine et son fonctionnement à l'exclusion, toutefois, des états volontairement provoqués par l'alcool ou les stupéfiants, et des états mentaux transitoires comme l'hystérie ou la commotion. [p. 1159]

[13] Ensuite, les conséquences des troubles mentaux doivent rendre l'accusé incapable d'assumer sa défense ou de donner des instructions à son avocat à cet effet, et plus particulièrement, pour l'un ou l'autre des trois critères indiqués aux al. a), b) ou c). Si les deux étapes du critère de l'inaptitude sont franchies selon la prépondérance des probabilités, alors l'accusé est inapte à subir son procès.

(2) Application au cas qui nous occupe

[14] En l'espèce, les deux parties ont convenu que M. Daley souffrait de démence mixte (maladie d'Alzheimer et démence vasculaire), mais l'ampleur de ses troubles mentaux demeurerait un point de désaccord. Le ministère public n'a soulevé aucune question sur l'existence réelle de troubles mentaux. À la deuxième étape du critère de l'inaptitude – les conséquences des troubles mentaux – l'al. a) n'est pas visé par

le présent appel. Les parties ont convenu que M. Daley remplissait le critère peu exigeant de comprendre « la nature ou l'objet des poursuites ». Un désaccord persistait sur la question de savoir si M. Daley comprenait « les conséquences éventuelles des poursuites » (al. b)), mais le juge du procès a donné des directives au jury d'une manière compatible avec l'interprétation des experts du ministère public et la défense n'a pas contesté cet aspect des directives.

[15] Le juge du procès a correctement cerné l'al. c) – la capacité de l'accusé de communiquer de façon significative avec son avocat – en tant que principal point de discorde au procès. D'ailleurs, la principale question soulevée dans le cadre du présent appel est de savoir si le juge du procès a correctement cerné le critère juridique applicable relativement à la communication avec un avocat dans son exposé au jury.

(3) Communiquer avec son avocat

[16] Comme je l'ai mentionné précédemment, l'analyse effectuée pour déterminer si l'accusé est inapte à subir son procès est le « critère de la capacité cognitive limitée », qui a été établi par le juge Lacourcière dans l'arrêt *Taylor*. Dans cette affaire, le tribunal devait décider si le juge du procès et la Commission d'examen de l'Ontario constituée en vertu du *Code criminel* avaient conclu à tort que l'accusé était inapte à subir son procès. Les faits de cette affaire sont semblables à ceux en l'espèce : la principale question était de savoir si l'accusé avait la capacité de communiquer avec son avocat. Dans la détermination du critère qu'il convient d'appliquer pour ce qui est du troisième critère, la Cour a cité la position de l'ami de la cour, celui-ci ayant introduit pour la première fois le critère applicable :

[TRADUCTION]

Selon le critère de la « capacité cognitive limitée » proposé par l'ami de la cour, la présence d'idées délirantes ne vicie pas l'aptitude de l'accusé à subir son procès, à moins que les idées délirantes faussent la compréhension rudimentaire de l'accusé du processus judiciaire. Il est avancé que selon le critère, l'évaluation par le tribunal de la capacité de l'accusé d'assumer sa défense ou de communiquer avec son

avocat et de lui donner des instructions se limite à déterminer si un accusé peut relater à son avocat les faits nécessaires se rapportant à l'infraction pour permettre ensuite à ce dernier de présenter comme il se doit une défense. Il n'est pas pertinent quant à la détermination de l'aptitude de savoir si l'accusé et son avocat ont une relation amicale et de confiance, si l'accusé a collaboré avec son avocat ou si l'accusé, en fin de compte, prend des décisions qui servent au mieux ses intérêts. L'ami de la cour se fonde sur la décision de notre Cour dans les arrêts *Reference Re Regina v. Gorecki (No. 1)* (1976), 14 O.R. (2d) 212, 32 C.C.C. (2d) 129, et *R. v. Trecroce*, précité. [par. 44]

[17] Après un bref examen des arrêts *Re Regina v. Gorecki (No. 1)*, [1976] O.J. No. 2307 (C.A.) (QL), et *R. v. Trecroce*, [1980] O.J. No. 1352 (C.A.) (QL), le juge d'appel Lacourcière les a approuvés en disant qu'ils [TRADUCTION] « établiss[aient] le critère approprié de l'inaptitude en common law » (par. 46). Il a abordé l'argument selon lequel il y aurait lieu de déterminer, dans le cadre de l'évaluation de l'aptitude, si l'accusé sait ce qui sert au mieux de ses intérêts. En réponse à cet argument, le juge Lacourcière a fait les observations suivantes en ce qui concerne les principes qui sous-tendent l'analyse de l'aptitude, selon les arrêts *Gorecki* et *Trecroce* :

[TRADUCTION]

Pour déterminer si des modifications devraient être apportées au critère comme le suggère la partie intimée, il faut d'abord connaître le fondement des règles applicables à la détermination de l'aptitude. Pour garantir que la procédure visant à déterminer la culpabilité soit aussi exacte que possible, que l'accusé puisse participer à l'instance ou aider son avocat à assumer sa défense, que la dignité du processus d'instruction soit maintenue et que, s'il y a lieu, la détermination d'une peine appropriée soit possible, l'accusé doit avoir une aptitude mentale suffisante pour participer à l'instance de façon significative. En même temps, il faut garder à l'esprit le fait que les principes de justice fondamentale exigent qu'une décision définitive soit rendue sans délai excessif dans le cadre d'un procès. L'adoption d'un critère de l'aptitude trop rigoureux mènera à l'augmentation du nombre d'affaires dans lesquelles l'accusé sera jugé inapte à subir son procès, même s'il est

en mesure de comprendre la procédure et qu'il est impatient que celle-ci prenne fin.

De plus, l'adoption d'un critère de l'aptitude rigoureux, comportant l'élément de [TRADUCTION] « servir au mieux ses intérêts », déroge au principe fondamental qui veut qu'un accusé a le droit de choisir sa propre défense et de la présenter comme il le souhaite. Dans *R. c. Swain*, précité, à la p. 970 du R.C.S., p. 504 des C.C.C., le juge en chef Lamer, s'exprimant au nom de la majorité, a souligné l'importance du droit de l'accusé à la liberté que lui confère l'art. 7, droit qui lui accorde le pouvoir de conduire sa propre défense. L'accusé qui n'a pas été jugé inapte à subir son procès doit pouvoir conduire sa propre défense, même si cela signifie qu'il puisse le faire à son détriment. L'autonomie de l'accusé dans le système contradictoire exige que l'accusé puisse prendre ces décisions fondamentales et assumer les risques qui en découlent.

Le critère de la « capacité cognitive limitée » permet d'atteindre un équilibre réel entre les objectifs des règles applicables à la détermination de l'aptitude et le droit constitutionnel de l'accusé de choisir sa propre défense et de subir son procès dans un délai raisonnable.

En demandant au tribunal d'exiger que l'accusé soit en mesure d'agir au mieux de ses intérêts, l'intimée demande à notre Cour d'adopter le critère plus rigoureux de la [TRADUCTION] « capacité d'analyse » dans la détermination de l'aptitude de l'accusé à subir son procès. Les tribunaux ont clairement rejeté ce critère. [par. 50 à 53]

[18] Se fondant sur ce critère nouvellement énoncé, le juge d'appel Lacourcière a fini par conclure que l'on avait eu tort d'adopter [TRADUCTION] « un critère qui exigeait que l'accusé soit en mesure de prendre des décisions rationnelles qui soient avantageuses pour lui dans ses rapports avec son avocat » (par. 57).

[19] L'analyse effectuée dans l'arrêt *Taylor* révèle plusieurs principes importants. D'abord, le critère de la capacité cognitive limitée vise à garantir que l'accusé est en mesure de [TRADUCTION] « participer à l'instance d'une façon significative ». Ensuite, le critère préliminaire de l'aptitude ne devrait pas être rigoureux au point que

l'accusé puisse être jugé inapte malgré sa capacité de comprendre le processus. Enfin, la capacité de l'accusé d'agir dans son intérêt supérieur sort du cadre du critère de la capacité cognitive limitée. En effet, le texte clair de la Cour indique que le fait que l'accusé prend de mauvaises décisions, à lui seul, n'a aucune incidence sur son aptitude.

[20] Le critère de la capacité cognitive limitée a été cité et approuvé dans l'arrêt *Whittle*. Dans cette affaire, la Cour suprême était appelée à déterminer la capacité cognitive requise pour l'exercice de plusieurs droits accordés avant le procès, y compris la règle des confessions, le droit de garder le silence et la renonciation au droit à l'assistance d'un avocat. Dans son analyse, le juge Sopinka a cité l'arrêt *Taylor* pour décrire le critère de l'aptitude à subir son procès :

Il requiert une capacité cognitive limitée de comprendre le processus et de communiquer avec un avocat. Dans l'arrêt *R. c. Taylor* (1992), 77 C.C.C. (3d) 551, la Cour d'appel de l'Ontario a statué, après examen de la doctrine et de la jurisprudence, que le juge du procès avait commis une erreur en concluant que l'accusé doit être en mesure de prendre des décisions rationnelles qui soient avantageuses pour lui.

[...]

En conséquence, pourvu que l'accusé ait cette capacité limitée, il n'est pas nécessaire, au préalable, qu'il soit capable de recourir à un raisonnement analytique pour choisir d'accepter les conseils d'un avocat ou pour prendre une décision qui sert au mieux ses intérêts. [p. 933 et 934]

[21] Plus loin, le juge Sopinka a adopté cette norme en traitant de l'état d'esprit conscient :

En exerçant son droit à l'assistance d'un avocat ou en y renonçant, l'accusé doit avoir la capacité cognitive limitée qui est nécessaire pour être apte à subir son procès. Il doit être en mesure de communiquer avec un avocat pour lui donner des instructions et il doit saisir le rôle de l'avocat et comprendre qu'il peut se passer des services d'un avocat même si ce n'est pas au mieux de ses intérêts. Il n'est pas

nécessaire que l'accusé ait une aptitude analytique. Le degré de capacité cognitive est le même que celui qui est exigé à l'égard de la règle des confessions et du droit de garder le silence. Comme je l'ai mentionné précédemment, l'accusé doit avoir la capacité mentale qui découle d'un état d'esprit conscient. [p. 941 et 942]

Ainsi, dans l'arrêt *Whittle*, la Cour suprême a confirmé que le critère de la capacité cognitive limitée est l'analyse acceptée pour l'aptitude à subir son procès et que ce critère ne requiert pas que l'accusé soit en mesure de prendre des décisions qui servent au mieux ses intérêts. En outre, dans *Whittle*, la Cour suprême a jugé que l'accusé n'a pas besoin d'avoir une « aptitude analytique », mais seulement la capacité « de comprendre ce qu'il dit et ce qui est dit ».

[22] La plupart des décisions rendues par des cours d'appel qui citent l'arrêt *Taylor* se fondent sur cet arrêt pour le principe selon lequel la capacité de l'accusé d'être en mesure d'agir « au mieux de ses intérêts » sort du cadre de l'analyse du critère de la capacité cognitive limitée : voir *R. v. M.A.W.*, 2008 ONCA 555, [2008] O.J. No. 2738 (QL), au par. 25; *R. v. L.S.C.*, 2003 ABCA 105, [2003] A.J. No. 388 (QL), au par. 10; *Children's Aid Society of Halifax v. C.V.*, 2005 NSCA 87, [2005] N.S.J. No. 217 (QL), au par. 33; *R. v. Romanowicz*, [1999] O.J. No. 3191 (C.A.) (QL), au par. 47.

[23] Hormis l'applicabilité du principe de l'intérêt supérieur, les interprétations divergent néanmoins sur la teneur du critère de la capacité cognitive limitée. Dans ce contexte, la Cour d'appel de l'Ontario a par la suite réexaminé l'arrêt *Taylor* et clarifié ses principes.

(4) *R. v. Morrissey* : réexamen de l'arrêt *Taylor*

[24] Dans l'arrêt *Morrissey*, la Cour a examiné si l'habileté à témoigner constituait une condition préalable à l'aptitude à subir son procès. La question déterminante à trancher consistait à savoir si l'accusé, en raison de son amnésie rétrograde, était en mesure de communiquer avec son avocat. En précisant l'arrêt *Taylor*,

le juge d'appel Blair a d'abord donné les grandes lignes du critère de la capacité cognitive limitée et a souligné que ce critère préliminaire [TRADUCTION] « n'est pas rigoureux » et qu'il [TRADUCTION] « exige seulement une compréhension relativement rudimentaire du processus judiciaire – qui soit, essentiellement, suffisante pour permettre à l'accusé d'assumer sa défense et de donner des instructions à son avocat à cet effet. C'est dans ce sens-là que l'accusé doit être en mesure de « communiquer avec son avocat » et de relater les faits se rapportant à l'infraction » (par. 27). Après ces observations, le juge d'appel Blair a réinterprété les conclusions tirées dans l'arrêt *Taylor* :

[TRADUCTION]

Le critère de la capacité cognitive limitée élaboré dans l'arrêt *Taylor* a été résumé dans certaines décisions et certains commentaires – à mon avis, de façon imprécise – à une simple analyse visant à [TRADUCTION] « déterminer si l'accusé peut relater à son avocat les faits nécessaires se rapportant à l'infraction pour permettre ensuite à ce dernier de présenter comme il se doit une défense » (*Taylor*, précité, au par. 44) : voir *R. v. L.S.C.*, [2003] A.J. No. 388, 13 C.R. (6th) 390 (C.A.), au par. 10; *R. v. Peepeetch*, [2003] S.J. No. 542, 2003 SKCA 76, au par. 52. Je fais les observations suivantes à cet égard.

Premièrement, le concept selon lequel l'accusé doit être en mesure de relater [TRADUCTION] « les faits nécessaires se rapportant à l'infraction pour permettre ensuite à son avocat de présenter comme il se doit une défense » doit être interprété d'une manière téléologique et fonctionnelle, à mon avis. Il vise plus largement la capacité de l'accusé de relater les faits se rapportant généralement à l'infraction ou aux infractions dont il est accusé. Il ne vise pas à restreindre l'analyse à la seule capacité de relater les faits immédiats se rapportant à l'incident en particulier donnant lieu au crime (par ex. les événements immédiats entourant le coup de feu ayant causé la mort). Cela est logique, étant donné que le concept de l'inaptitude à subir son procès repose sur la prémisse selon laquelle l'accusé est incapable d'assumer sa défense ou de donner des instructions à son avocat à cet effet. Dans le contexte d'une analyse de l'aptitude, la capacité de communiquer avec son avocat porte sur la capacité de solliciter et de recevoir des conseils

juridiques. L'incapacité de relater les faits directement liés à l'événement donnant lieu aux accusations et l'incapacité de communiquer avec son avocat d'une manière à permettre à l'accusé de solliciter ou de recevoir des conseils juridiques efficaces constituent deux concepts différents. De plus, parfois l'accusé pourrait souhaiter présenter une défense fondée sur le fait qu'il est incapable de se souvenir des événements en question – ou pourrait ne pas être en mesure de faire autrement.

Deuxièmement, même si le renvoi à la capacité de l'accusé de relater les faits se rapportant à l'infraction doit recevoir une interprétation étroite, c'est-à-dire la capacité de relater les événements se rapportant à l'incident criminel lui-même, alors à mon avis, cette proposition découle d'une mauvaise interprétation de l'arrêt *Taylor*.

En faisant l'observation mentionnée précédemment, le juge d'appel Lacourcière mentionnait simplement l'une des observations de l'ami de la cour formulées au nom de M. Taylor et il a immédiatement poursuivi en résumant les observations de l'ami de la cour ayant été acceptées par l'avocat du ministère public, résumé qui ne comprenait pas la proposition qui précède. Le juge d'appel Lacourcière n'a pas dit que la Cour a accepté l'argument de l'ami de la cour à cet égard. D'ailleurs, il ne lui était pas nécessaire de le prendre en considération puisque la question en l'espèce n'était pas de savoir si M. Taylor pouvait relater les événements du crime, mais plutôt de savoir s'il était délirant au point d'être incapable de donner des instructions à son avocat au mieux de ses intérêts. La question litigieuse en l'espèce visait cette dernière préoccupation, et l'arrêt *Taylor* appuie les propositions voulant a) que le critère de la capacité cognitive limitée régit la détermination de l'aptitude à subir son procès, et b) que ce critère n'exige pas que l'accusé soit en mesure de donner des instructions à son avocat qui sont au mieux de ses intérêts. [par. 28 à 31]

[25]

En résumant sa position, le juge d'appel Blair a ajouté ceci :

[TRADUCTION]

L'accusé doit être mentalement apte à subir son procès pour garantir que le procès satisfasse aux normes minimales d'équité et concorde avec les principes de justice

fondamentale comme le droit d'être présent à son propre procès et le droit de présenter une défense pleine et entière : voir *R. c. Steele* (1991), 63 C.C.C. (3d) 149, 4 C.R.R. (4th) 53 (C.A.Q.), aux p. 172, 173 et 181 des C.R.; *R. v. Roberts* (1975), 24 C.C.C. (2d) 539 (C.A.C.-B.). La présence et la participation significatives au procès constituent donc la pierre angulaire de l'analyse de l'aptitude. [par. 36]

[26] Le juge d'appel Blair a rejeté toute interprétation qui limite le critère à une détermination de la question de savoir si l'accusé peut [TRADUCTION] « relater les faits immédiats se rapportant à l'incident en particulier donnant lieu au crime ». Il a également souligné que l'interprétation étroite adoptée dans certaines affaires subséquentes se fondait sur une observation d'un ami de la cour et non sur une décision de justice indépendante. Par conséquent, la teneur du critère de la capacité cognitive limitée ne doit pas étroitement découler du paragraphe de l'arrêt *Taylor* citant l'observation de l'ami de la cour. La simple capacité de relater les faits d'un incident n'est pas le critère préliminaire utilisé pour déterminer l'aptitude. La question appropriée est plutôt de savoir si l'accusé peut participer de façon significative au procès en sollicitant et en recevant des conseils juridiques.

[27] Cette réinterprétation de l'arrêt *Taylor* dans l'arrêt *Morrissey* a reçu un appui considérable dans la jurisprudence subséquente. Dans *R. v. Adam*, 2013 ONSC 373, [2013] O.J. No. 222 (QL), la Cour a souligné que, sur le fondement de l'arrêt *Morrissey*, [TRADUCTION] « l'analyse de l'aptitude requiert une assurance que, malgré qu'il souffre de troubles mentaux, l'accusé est en mesure de subir un procès équitable. Dans ce contexte, une participation *significative* est requise. Pour un accusé dans un procès criminel, la participation *significative* peut uniquement signifier la capacité de se défendre » (par. 29) (italiques dans l'original).

[28] Dans *R. v. Thompson*, 2011 ONCJ 209, [2011] O.J. No. 1869 (QL), la Cour a également fait les observations suivantes sur le réexamen effectué dans l'arrêt *Morrissey* :

[TRADUCTION]

[...] La Cour a rendu plusieurs décisions dans l'arrêt *Morrissey*, à commencer par la conclusion selon laquelle la capacité de « communiquer avec son avocat », élément essentiel de l'aptitude à subir son procès, ne s'étend pas à l'habileté d'un accusé à témoigner sur les événements critiques ayant mené à l'accusation et à les relater à son avocat ni n'exige qu'il ait cette habileté. Pour arriver à cette conclusion, la Cour devait nécessairement examiner attentivement ce que comporte l'exigence selon laquelle l'accusé doit être capable de « communiquer avec son avocat », pour reprendre les termes de l'art. 2.

L'arrêt *Morrissey* établit que le critère préliminaire de la *capacité cognitive limitée* n'est pas rigoureux. [TRADUCTION] « Il exige seulement une compréhension relativement rudimentaire du processus judiciaire – qui soit, essentiellement, suffisante pour permettre à l'accusé de mener une défense et de donner des instructions à son avocat à cet effet. C'est dans ce sens-là que l'accusé doit être en mesure de “ communiquer avec son avocat ” et de relater les faits se rapportant à l'infraction. »

La capacité de relater des faits renvoie seulement à une capacité de relater des faits de façon générale. Il ne s'agit pas de pouvoir relater des faits avec concentration et exactitude. La capacité n'exige pas de pouvoir relater les événements immédiats entourant le crime reproché. De plus, l'étendue de la capacité de communiquer avec son avocat qui est exigée pour être apte à subir son procès n'est qu'une capacité de solliciter et de recevoir des conseils juridiques. En bref, si un accusé peut, de façon significative, être présent et participer à son procès, alors il est apte à subir son procès.

En plus de détails, l'arrêt *Morrissey* décrit la « capacité à communiquer avec son avocat » comme étant la capacité de communiquer [TRADUCTION] « afin d'assumer sa défense, de prendre en considération les conseils de son avocat et de donner des instructions relativement à sa défense ». Autrement dit, l'accusé [TRADUCTION] « doit être présent sur les plans physique, intellectuel, linguistique et de la communication et être en mesure de prendre part au mieux de sa capacité naturelle à sa défense pleine et entière relativement à l'accusation qui est portée contre lui. »
[par. 11 à 14; références omises.]

[29] De plus, dans *R. v. Amey*, 2009 NSPC 29, [2009] N.S.J. No. 279 (QL), la cour devait décider si un accusé ayant reçu un diagnostic de démence et d'abus d'alcool avec trouble délirant était inapte à subir son procès. Après avoir cité l'arrêt *Morrissey* pour établir le critère applicable, la cour est arrivée à la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

La cour a fait la distinction entre [TRADUCTION] « communiquer la preuve » et « communiquer avec son avocat ». Ce sont des concepts connexes, mais ils reposent sur des justifications différentes. Elle a dit que l'habileté à témoigner ne constituait pas une condition préalable à l'aptitude à subir son procès. Elle a conclu que l'aptitude à communiquer avec son avocat ne comporte *pas* nécessairement l'aptitude à témoigner sur les événements critiques et à les relater à son avocat. Au par. 27, le juge d'appel Blair a critiqué toute interprétation de l'arrêt *Taylor* visant à restreindre le critère à une simple analyse visant à déterminer si l'accusé [TRADUCTION] « pouvait relater à son avocat les faits nécessaires se rapportant à l'infraction pour permettre ensuite à ce dernier de présenter comme il se doit une défense ». À l'al. (b) du par. 9, la cour semble cependant accepter que l'amnésie des événements immédiats [TRADUCTION] « pourrait être un facteur menant à une conclusion d'inaptitude ».

[...]

Selon mon interprétation des arrêts *Taylor* et *Morrissey*, pour être considéré comme étant apte à subir son procès, un accusé doit posséder la capacité de participer au processus d'instruction de façon significative. Un accusé apte à subir son procès ne serait pas indifférent à l'égard d'une preuve incriminante; au contraire, il pourrait en saisir l'importance éventuelle et concevoir que le juge des faits puisse l'accepter. Le processus d'instruction de l'affaire lui-même devrait avoir un effet sur l'accusé. Il est généralement reconnu que M. Amey comprend que s'il est déclaré coupable, il pourrait être condamné à une peine, c'est-à-dire qu'il comprend les conséquences éventuelles de l'instance, mais il est loin d'être évident qu'il comprend que des événements durant le procès lui-même auraient une incidence sur lui. Bien qu'il puisse avoir une compréhension « immédiate », la question plus fondamentale est de savoir s'il a la capacité de relier les

témoignages rendus au procès à des événements passés et d'évaluer, à tout le moins à un niveau rudimentaire, la véracité [possible] de cette preuve. Même avec une amnésie des événements en cause, un accusé devrait être capable de concevoir qu'un juge des faits pourrait tirer des conclusions défavorables sur le fondement des éléments de preuve présentés par d'autres personnes. [par. 51 et 65]

L'accusé a été jugé apte dans une instance ultérieure, mais le tribunal qui a tranché a confirmé ces énoncés de droit : voir *R. v. Amey*, 2010 NSPC 100, [2010] N.S.J. No. 742 (QL).

[30] Les tribunaux de la Colombie-Britannique, de l'Ontario, du Québec et du Yukon ont également approuvé l'arrêt *Morrissey* : voir *R. v. Miller*, 2011 BCSC 1292, [2011] B.C.J. No. 1801 (QL), aux par. 23 et 25; *R. v. Kaluza*, 2010 QCCQ 3694, [2010] J.Q. n° 4109 (QL), au par. 47; *R. v. Nehass*, 2014 YKTC 23, [2014] Y.J. No. 117 (QL), aux par. 58 à 67; *R. v. Kathirkamapillai*, 2016 ONCJ 377, [2016] O.J. No. 3409 (QL), aux par. 9 à 11; *R. v. Williams*, 2012 ONSC 5851, [2012] O.J. No. 4974 (QL), aux par. 79, 82 et 83.

(5) Interprétation retenue dans l'arrêt *Jobb*

[31] Dans l'arrêt *Jobb*, la Cour d'appel de la Saskatchewan a adopté le principe même énoncé dans l'arrêt *Taylor* qui avait été rejeté dans l'arrêt *Morrissey*. L'arrêt *Jobb* se rapportait également à l'aptitude de l'accusé à subir son procès. En examinant le critère applicable, la Cour a formulé les observations suivantes :

[TRADUCTION]

[...] Dans l'arrêt *Taylor*, la Cour a indiqué clairement que le critère de la capacité cognitive limitée qui régit l'exigence de la capacité de communiquer avec son avocat nécessite seulement que l'accusé soit capable de relater les faits se rapportant aux crimes reprochés. La capacité cognitive limitée ne nécessite pas une capacité d'analyse ou, en fait, le besoin pour l'accusé de comprendre ce qui est au mieux de ses intérêts. En bref, ces précédents établissent

un critère préliminaire très peu rigoureux d'aptitude à subir son procès conformément aux objectifs de politique du *Code criminel*, et, en particulier, au droit de l'accusé d'opposer une défense pleine et entière aux allégations portées contre lui. [par. 21]

[Le soulignement est de moi.]

[32] Dans la conclusion de la décision, la Cour a également souligné ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] Que M. Jobb soit en mesure de participer à sa défense [TRADUCTION] « d'une façon significative ou d'aider à son avocat dans le cadre d'un procès » n'est pas, en toute déférence, une application exacte du critère de la capacité cognitive limitée, qui nécessite seulement qu'il soit en mesure de relater à son avocat les faits se rapportant aux infractions qu'on lui reproche. [par. 43]

[Le soulignement est de moi.]

[33] Ainsi, bien que la cour ait conclu également que le critère de la capacité cognitive limitée est un critère préliminaire peu rigoureux, cette conclusion diverge de la conclusion tirée par la Cour d'appel de l'Ontario selon laquelle il suffit qu'un accusé soit [TRADUCTION] « capable de relater les faits se rapportant aux crimes reprochés ». En fait, cette conclusion contredit directement la conclusion du juge d'appel Blair dans l'arrêt *Morrissey* lorsqu'il a dit que le critère [TRADUCTION] « ne vise pas à restreindre l'analyse à la seule capacité de relater des faits immédiats se rapportant à l'incident en particulier donnant lieu au crime ». Il est à noter que la décision *Jobb* ne renvoie pas à l'arrêt *Morrissey*, bien qu'elle ait été publiée un peu plus d'un an plus tard.

[34] Par contraste à l'arrêt *Morrissey*, il y a beaucoup moins de décisions qui citent exclusivement l'arrêt *Jobb*. Dans *R. v. Firingstoney*, 2017 ABQB 343, [2017] A.J. No. 601 (QL), le juge du procès a cité l'arrêt *Jobb*, mais il s'est également fondé sur le fait que l'accusé avait [TRADUCTION] « la capacité de comprendre le processus d'instruction et la capacité de participer et de prendre des décisions avec l'aide de son avocat » (par. 102). Par conséquent, bien que l'affaire soit fondée sur l'arrêt *Jobb*, le

résultat ne repose pas sur la question de savoir si l'accusé était capable de relater les faits de l'affaire; il semble plutôt refléter le critère préliminaire un peu plus rigoureux de la participation qui a été retenu dans l'arrêt *Morrissey*. La décision *R. v. T.A.S.*, 2017 SKQB 218, [2017] S.J. No. 312 (QL), semble avoir suivi l'interprétation retenue dans l'arrêt *Jobb* (voir par. 17) pour la détermination de l'aptitude à subir son procès, ce qui n'est pas étonnant, s'agissant d'une décision d'un tribunal d'instance inférieure émanant de la même juridiction dans laquelle la décision *Jobb* a été rendue.

[35] La jurisprudence citant l'arrêt *Jobb* et non l'arrêt *Morrissey* est plutôt rare. Cette rareté laisse certainement entendre que le cadre établi dans l'arrêt *Morrissey* servant à juger le critère de la capacité cognitive limitée a été plus convaincant que les propositions avancées dans l'arrêt *Jobb*.

(6) Conciliation des arrêts *Morrissey* et *Jobb*

[36] Plusieurs décisions ont cité ces deux précédents dans l'interprétation du critère de l'aptitude à subir un procès. Dans certaines décisions, la Cour a favorisé l'arrêt *Jobb* par rapport à l'arrêt *Morrissey*. Par exemple, dans *R. v. RCMc*, 2011 SKPC 61, [2011] S.J. No. 243 (QL), le juge Agnew a souligné les interprétations divergentes de l'inaptitude à communiquer avec son avocat : [TRADUCTION] « La façon d'appliquer le critère de la "capacité cognitive limitée" au troisième volet du critère de l'aptitude, la capacité de communiquer avec son avocat, ne fait pas l'unanimité. Il existe deux principaux courants de pensée [...] » (par. 25). Après analyse des arrêts *Morrissey* et *Jobb*, le juge Agnew a clairement adopté l'analyse retenue dans l'arrêt *Jobb*, selon laquelle [TRADUCTION] « l'évaluation par le tribunal de la capacité de l'accusé de communiquer avec son avocat et de lui donner des instructions se limite à déterminer si un accusé peut relater à son avocat les faits nécessaires se rapportant à l'infraction pour permettre ensuite à ce dernier de présenter comme il se doit une défense » (par. 31). Le juge Agnew n'a pas motivé sa préférence pour l'arrêt *Jobb* ou pour l'arrêt *Morrissey*, mais le principe de *stare decisis* nous permet de faire une forte inférence (voir également *R. v. Proulx*, 2011 SKPC 128, [2011] S.J. No. 477 (QL), aux par. 66, 82, 92 et 95).

[37] Dans d'autres décisions, toutefois, même en Saskatchewan, les tribunaux n'aboutissent à aucune conclusion sur la préférence à accorder entre les arrêts *Morrissey* et *Jobb*. Dans *R. v. Goyak*, 2016 SKPC 168, [2016] S.J. No. 722 (QL), par exemple, la Cour a formulé des observations sur les interprétations divergentes du critère de la capacité cognitive limitée établi dans les arrêts *Morrissey* et *Jobb* :

[TRADUCTION]

Il existe une divergence en droit sur l'application du critère de la capacité cognitive limitée au troisième volet du critère de l'aptitude. À une extrémité du spectre, on retrouve la décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan rendue dans l'affaire *Jobb*, selon laquelle il est seulement nécessaire qu'un accusé soit en mesure de relater les faits se rapportant aux infractions reprochées.

[...]

Dans l'arrêt *Jobb*, la Cour d'appel de la Saskatchewan n'a pas pris en considération la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Morrissey*, 2007 ONCA 770 [l'arrêt *Morrissey*]; autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée : (2008) C.S.C.R. n° 102, représentant l'autre extrémité du spectre voulant que la capacité de communiquer avec son avocat comprenne également la capacité de solliciter et de recevoir des conseils juridiques pour que l'accusé puisse participer à l'instance d'une façon significative. [par. 27 et 28]

[38] Plutôt que de concilier ces deux arrêts, le juge Rybchuk a simplement souligné que l'accusé, M. Goyak, [TRADUCTION] « ne remplit pas, en l'espèce, le critère à l'une ou l'autre des deux extrémités du spectre » (par. 30). Il était non seulement incapable [TRADUCTION] « de prononcer des mots et de décrire des événements » (par. 33), mais aussi [TRADUCTION] « incapable de comprendre des renseignements, de mémoriser des renseignements et de se rappeler des renseignements nécessaires pour comprendre la nature des accusations et communiquer avec son avocat. [...] Ainsi, M. Goyak était également incapable de solliciter ou de recevoir des conseils juridiques et de participer à l'instance d'une façon significative » (par. 34 et 35). En concluant à

l'inaptitude de M. Goyak à subir son procès, le juge Rybchuk a confirmé les conclusions tirées dans les deux arrêts, *Morrissey* et *Jobb*, tout en reconnaissant, mais en ne réglant pas, les critères contradictoires.

[39] De même, dans *R. v. Iyoho*, 2009 ABPC 262, [2009] A.J. No. 950 (QL), le tribunal a cité les deux arrêts, *Morrissey* et *Jobb*, comme deux des [TRADUCTION] « précédents » sur l'aptitude (par. 57), mais il s'est essentiellement fondé sur l'arrêt *Taylor* et le principe retenu dans l'arrêt *Morrissey* voulant que [TRADUCTION] « l'habileté de l'accusé à témoigner n'est pas un élément de la définition de l'aptitude à subir son procès » (par. 82). En ce qui concerne le critère de la communication, la Cour a conclu que [TRADUCTION] « [d']après le critère de la *capacité cognitive limitée*, les délires paranoïdes de persécution, dans lesquels l'accusé était plongé, diminuent même sa compréhension rudimentaire du processus et sa capacité à donner des instructions à son avocat pour opposer une défense pleine et entière » (par. 87). Par conséquent, le tribunal ne s'est pas fondé sur les conclusions particulières des arrêts *Morrissey* ou *Jobb*, ni n'a fourni davantage d'éclaircissement sur le précédent qui soit le plus convaincant.

[40] Contrairement aux décisions mentionnées précédemment, dans *R. v. Eisnor*, 2013 NSSC 241, [2013] N.S.J. No. 390 (QL), le tribunal a traité explicitement de cette disjonction, estimant en fin de compte que le critère établi dans l'arrêt *Morrissey* était le plus approprié. Le juge McDougall a fait les observations cruciales suivantes :

[TRADUCTION]

La Cour d'appel de la Saskatchewan n'a pas cité l'arrêt **Morrissey** dans l'arrêt **Jobb**. Dans son mémoire devant la cour provinciale, M^e Burrill, avocat de l'accusé, soutient que l'arrêt **Jobb** revêt un intérêt particulier du fait qu'il [TRADUCTION] « reconnaît, après l'arrêt **Morrissey**, qu'il soit nécessaire d'entendre les éléments de preuve sur la capacité ou l'incapacité de raconter l'infraction », éléments de preuve qui [TRADUCTION] « abondent » dans la présente affaire. Dans la mesure où l'arrêt **Jobb** peut recevoir une interprétation différente de l'arrêt **Morrissey** ou

l'expliciter, je suis d'avis que l'arrêt **Morrissey** fournit une analyse plus claire et plus convaincante. [par. 36]

[41] À l'appui de cette position, le juge McDougall a cité les arrêts *Amey* et *Adam* avant de conclure que [TRADUCTION] « la jurisprudence ne stipule pas qu'une "participation significative" nécessite un souvenir particulier des événements se rapportant à l'accusation. La question est plutôt de savoir si l'accusé est capable de participer de façon rationnelle au processus d'instruction » (par. 41). Dans une décision ultérieure sur l'aptitude concernant le même accusé, *R. v. Eisnor*, 2013 NSSC 263, [2013] N.S.J. No. 584 (QL), le juge McDougall a de nouveau confirmé les principes énoncés dans sa décision antérieure :

[TRADUCTION]

Dans le cas qui nous occupe, la seule véritable question sur le niveau d'aptitude de M. Eisnor à subir son procès qui pourrait être soumise à l'appréciation d'un jury est son inaptitude à se souvenir ce qui est arrivé immédiatement avant et après les événements reprochés et au cours des six mois avant ces événements ainsi qu'au cours d'une période beaucoup plus courte après ces événements. Personne ne conteste que l'accusé souffre d'amnésie rétrograde qui l'empêche de communiquer à son avocat sa version des événements ayant mené à l'accusation qui est maintenant devant notre Cour.

Il ressort clairement de mon interprétation de l'arrêt **Morrissey** que ce fait, **en soi** [les caractères gras et le soulignement sont de moi], est insuffisant pour rendre l'accusé inapte à subir son procès. [par. 26 et 27]

[42] Ces principes ont été plus tard confirmés par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans *R. v. Eisnor*, 2015 NSCA 64, [2015] N.S.J. No. 257 (QL) :

[TRADUCTION]

En l'espèce, l'appelant a été capable de plaider et de subir convenablement son procès. Il comprenait la nature et l'objet des poursuites, et leurs conséquences éventuelles, et il pouvait communiquer de façon rationnelle avec son avocat. La seule allégation de son inaptitude repose sur sa

perte de mémoire des événements, mais ce fait à lui seul ne suffit pas. [par. 143]

[43] Contrairement aux autres décisions, qui soit ont été rendues en Saskatchewan soit n'ont pas réglé l'incompatibilité entre les arrêts *Morrissey* et *Jobb*, l'arrêt *Eisnor* a abordé clairement l'incompatibilité et fait une analyse raisonnée sur la raison pour laquelle l'arrêt *Morrissey* représente le précédent privilégié pour la teneur du critère de la capacité cognitive limitée. Dans l'arrêt *Eisnor*, le juge d'appel Beveridge, au nom de la Cour, a fait une analyse exhaustive de l'historique ayant mené à l'adoption de la disposition actuelle sur l'aptitude à subir son procès et de son interprétation actuelle. Je ne puis faire mieux que d'y renvoyer et de l'adopter.

(7) Jurisprudence du Nouveau-Brunswick

[44] Au Nouveau-Brunswick, les tribunaux d'instance inférieure ont manifesté une nette préférence pour l'arrêt *Morrissey*, mais il n'y a eu qu'un petit nombre d'affaires portant sur ce point. Dans *R. c. R.L.F.*, 2010 NBCP 35, 365 R.N.-B. (2^e) 54, le tribunal n'a pas cité l'arrêt *Jobb* ni formulé d'observations sur son incompatibilité avec l'arrêt *Morrissey* dans son examen de l'aptitude de l'accusé à subir son procès. Toutefois, le juge en chef Jackson (tel était alors son titre), s'est appuyé fortement sur les conclusions tirées dans les arrêts *Morrissey* et *R. c. Steele*, [1991] J.Q. n^o 240 (C.A.) (QL), arrêt antérieur à l'arrêt *Taylor* dans lequel le juge d'appel Fish (tel était alors son titre), [TRADUCTION] « a tiré une conclusion semblable sur les qualités qu'un accusé doit avoir pour être capable de mener sa défense [...] » (par. 9). En ce qui concerne l'arrêt *Morrissey*, le juge en chef Jackson a décidé que [TRADUCTION] « [b]ien qu'il soit seulement nécessaire qu'un accusé ait une compréhension rudimentaire du processus judiciaire, le droit de présenter une défense pleine et entière exige plus qu'une simple présence physique au procès » (par. 8). Il a ajouté les observations suivantes :

[TRADUCTION]

Étant donné les limitations évidentes de R.L.F. dans son vocabulaire, dans ses conversations avec les étrangers et dans sa compréhension des concepts abstraits tels que la

culpabilité, l'innocence ou le mobile, il m'apparaît évident qu'il est incapable de participer au processus d'instruction d'une façon significative, et incapable de discuter de ses options avec son avocat et de lui donner des instructions ou d'en recevoir dans le cadre du procès. Je suis donc convaincu selon la prépondérance des probabilités que R.L.F est inapte à subir son procès. [par. 10]

[45] Dans *R. c. A.J.B.*, 2015 NBBR 42, [2014] A.N.-B. n° 344 (QL), le juge Walsh a entendu une motion pour déterminer s'il y avait des motifs raisonnables de croire que l'accusé était inapte à subir son procès. Dans son examen de la jurisprudence applicable sur ce point, il a cité la décision *R.L.F.* et les principes établis dans l'arrêt *Morrissey*, mais pas l'arrêt *Jobb*. Sur ce fondement, le tribunal s'est fondé sur le témoignage du fils adulte de l'accusé et de l'avocat de la défense de l'accusé et l'avis d'un témoin expert. Bien que le juge Walsh n'ait pas fait d'analyse approfondie en comparant les éléments de preuve au critère établi dans l'arrêt *Morrissey*, il a évalué les éléments de preuve qui lui ont été présentés, y compris le témoignage du fils selon lequel le père [TRADUCTION] « [ne semblait pas] saisir la raison pour laquelle il était [là] » (par. 17), la position de l'avocat selon laquelle il avait [TRADUCTION] « des doutes considérables sur la capacité de son client de communiquer efficacement, de participer et de comprendre » (par. 18) et, enfin, le rapport de l'expert qui indique que [TRADUCTION] « les résultats que l'accusé a obtenus dans le *Montreal Cognitive Assessment* [...] révèlent [...] un chevauchement effectif entre le trouble cognitif léger et la démence [...] sur la limite » (par. 23). Sur ce fondement, le juge Walsh a conclu qu'il y avait [TRADUCTION] « des motifs raisonnables de croire que l'accusé est inapte à subir son procès, de sorte qu'un jury devrait décider si l'accusé est inapte ou non » (par. 25).

[46] Malgré le fait que le tribunal d'instance inférieure se soit fondé sur l'arrêt *Morrissey*, notre Cour, dans *Penny c. R.*, 2010 NBCA 49, 362 R.N.-B. (2^e) 255, a seulement mentionné l'arrêt *Jobb* et n'a pas mentionné l'arrêt *Morrissey* dans une affaire où la question ne concernait pas l'aptitude de l'accusé à subir son procès.

[47] Dans l'arrêt *Penny*, peu après sa déclaration de culpabilité pour voies de fait graves, l'accusé a été déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée à purger dans un pénitencier fédéral. Il a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité et de sa peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée en soulevant plusieurs moyens, l'un étant qu'il avait été condamné sans qu'il ne soit porté une attention suffisante à sa santé mentale. Il a soutenu que, avant de déterminer sa peine, le juge aurait dû ordonner un procès sur la question de l'aptitude. Dans la décision sur ce moyen d'appel, la juge d'appel Quigg, au nom de la Cour, a examiné certains précédents sur la question de l'aptitude d'un accusé à subir son procès. Ce faisant, elle a mentionné l'arrêt *Jobb* et d'autres décisions, mais elle a finalement conclu que le dossier ne « révèle pas en quoi l'aptitude de [M. Penny] à subir son procès aurait pu être contestée » (par. 42). Comme l'avocate du ministère public en l'espèce le concède, *R. c. Penny* n'était pas une affaire qui [TRADUCTION] « nécessitait un examen des interprétations incompatibles faites dans les arrêts *Morrissey* et *Jobb* ». Ainsi, devant notre Cour, la question demeure jusqu'à maintenant ouverte.

(8) Conclusion

[48] La jurisprudence mentionnée précédemment démontre que bien que l'arrêt *Jobb* a parfois été cité au lieu de l'arrêt *Morrissey*, il a rarement été exclusivement utilisé à l'extérieur de la Saskatchewan, et rarement invoqué pour la proposition contentieuse selon laquelle l'accusé est apte s'il est en mesure de relater les faits de l'affaire à son avocat. Par contraste, l'interprétation retenue dans l'arrêt *Morrissey* a gagné une importance considérable dans la jurisprudence, et il a été invoqué à l'exclusion de l'arrêt *Jobb* plus fréquemment. En outre, lorsque les tribunaux se sont fondés sur les deux précédents, ils n'ont généralement pas réglé l'incompatibilité entre les deux ou, comme dans l'affaire *Eisnor*, ils ont conclu que l'arrêt *Morrissey* offre la meilleure interprétation. Ce résultat est sensé, étant donné que l'arrêt *Morrissey* était un réexamen explicite d'une décision antérieure rendue par le même tribunal avant l'arrêt *Jobb*, autre indication que l'arrêt *Morrissey* porte une plus grande valeur de précédent. L'omission d'observations sur l'arrêt *Morrissey* dans l'arrêt *Jobb* laisse entendre que cette dernière

décision a été rendue sans tenir compte du réexamen critique de l'arrêt *Taylor* dans l'arrêt *Morrissey* et ne prend donc pas en considération l'énoncé actuel de la Cour d'appel de l'Ontario sur le critère de l'aptitude à subir son procès. Compte tenu de l'ensemble de ces facteurs, et pour les motifs exposés par le juge d'appel Beveridge dans l'arrêt *Eisnor*, je conclus que la démarche retenue dans l'arrêt *Morrissey* est celle qu'il faut appliquer. Il s'ensuit que le juge du procès n'a commis aucune erreur de droit dans ses directives au jury en adoptant l'interprétation du critère de la capacité cognitive limitée retenue dans l'arrêt *Morrissey*.

C. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives sur le témoignage d'expert du D^r Bryniak?*

[49] Le point critique de discordance dans ce moyen d'appel est de savoir si, en mettant le jury en garde au sujet du témoignage d'expert du D^r Bryniak, le juge du procès a commis une erreur de droit. Au cours du procès, l'avocate du ministère public a procédé à un interrogatoire principal du D^r Bryniak et lui a demandé son avis sur la question de savoir si l'accusé était apte à subir son procès. Dans sa réponse, le D^r Bryniak a indiqué que M. Daley était inapte [TRADUCTION] « à se représenter lui-même », mais il a précisé que, [TRADUCTION] « en communiquant avec son avocat – un avocat pour l'aider dans sa défense – oui, j'estime qu'il peut le faire ». Sur ce fondement, le juge du procès a mentionné ce qui suit dans ses directives au jury :

[TRADUCTION]

Lorsque le D^r [...] Bryniak a témoigné que M. Daley était inapte dans un scénario, mais apte dans l'autre scénario, il a commis une grave erreur dans son hypothèse juridique qu'il y a une différence. Il ne l'a jamais expliquée. Je ne sais pas pourquoi il a fait cette distinction. Et [...] il semble avoir combiné ou confondu la notion de savoir si une personne est apte à subir son procès et la notion de savoir si une personne est habile à se défendre dans le cadre d'un procès, pour la raison que j'ai expliquée. Dans cette mesure, c'est nécessairement ce qu'il a dit dans son témoignage, la distinction qu'il a faite, à mon avis, a une grave incidence sur le poids à accorder à son avis selon lequel M. Daley est apte à subir son procès. Autrement dit, vous devez

réellement vous interroger sur la manière dont cette hypothèse juridique – cette hypothèse juridique erronée – a entaché l’avis du D^r Bryniak selon lequel M. Daley était apte à donner des instructions à son avocat, et vous en soucier.

[50] M. Daley soutient avec raison qu’il n’existe pas deux critères de l’aptitude différents selon que l’accusé est représenté ou qu’il n’est pas représenté au procès, et le tribunal l’a clairement formulé dans *R. v. Peepeetch*, 2003 SKCA 76, [2003] S.J. No. 542 (QL) :

[TRADUCTION]

Comme il a été souligné dans l’arrêt *Whittle*, il n’y a pas un critère plus rigoureux pour déterminer si l’accusé (l’appelant) peut se représenter lui-même. Une fois qu’il est établi que l’accusé est apte à subir son procès selon le critère énoncé à l’art. 672.22, selon lequel l’accusé a la capacité de comprendre la nature ou l’objet des poursuites, de comprendre les conséquences éventuelles des poursuites [et] de communiquer avec son avocat, alors l’accusé est capable de choisir s’il se défend lui-même ou non. Comme l’a souligné le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Swain* :

[...] l’accusé qui n’a pas été jugé incapable de subir son procès doit être considéré comme capable de conduire sa propre défense. [par. 65]

[51] Ainsi, ce serait commettre une erreur de droit que de conclure qu’il existe un critère de l’aptitude différent pour ceux qui sont représentés par un avocat et ceux qui ne le sont pas.

[52] En l’espèce, toutefois, il est vrai qu’il n’est pas clair si le D^r Bryniak proposait deux critères de l’aptitude différents. Comme il est confirmé dans les mémoires des parties, son témoignage peut recevoir deux interprétations viables sur ce point. La première, il a peut-être incorrectement appliqué deux critères de l’aptitude différents selon que l’accusé était représenté ou non. La deuxième, comme le soutient le ministère public, il a peut-être [TRADUCTION] « fait une distinction entre l’habileté et l’aptitude », et [TRADUCTION] « [si] le D^r [Bryniak] a soulevé une préoccupation quant

à l'impossibilité pour l'intimé de se retrouver dans les complexités du procès d'un point de vue de l'équité par opposition à ce qu'il croyait être le niveau de l'aptitude de base, le fait même que cette distinction ait été introduite aurait dû inciter le juge du procès à expliquer les concepts au jury et à leur laisser le soin de déterminer ce qu'il entendait par cette distinction ».

[53] Toutefois, comme le ministère public l'admet, un juge n'a pas l'obligation de donner un sens à un témoignage d'expert. Dans *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336, [1981] A.C.S. n° 32 (QL), le juge Dickson (tel était alors son titre) a déclaré ceci :

Avec égards, je suis d'avis, en accord avec le juge Jacques et le juge Lamer, que le juge du procès n'est pas tenu d'interpréter la déposition des experts. Le juge Kaufman parle du risque [TRADUCTION] « d'être moins précis ». Tout aussi grave est le danger d'erreur dans la transposition du langage technique en langage de tous les jours. Si la déposition est de nature très technique, l'avocat qui a cité le témoin expert devrait lui demander de s'expliquer en des termes que le profane peut comprendre. Le juge peut décider, à sa discrétion, qu'il est souhaitable de simplifier un peu les explications; mais son omission d'entreprendre cette tâche difficile et potentiellement périlleuse ne constitue pas, à mon avis, une erreur donnant lieu à la cassation. [p. 342]

[54] Ce principe a également été confirmé plus tard dans l'arrêt *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, où le juge Bastarache a déclaré que « [c]'est un principe reconnu de longue date dans notre système de justice criminelle que c'est au jury qu'il appartient de tirer des conclusions à partir de la preuve et que les juges ne doivent pas se hasarder à intervenir dans cette fonction, si ce n'est avec la plus grande circonspection » (par. 61).

[55] À cet égard, il n'incombait pas au juge du procès d'interpréter ou d'expliquer le témoignage d'expert du D^r Bryniak. En outre, bien que le juge du procès ait clairement communiqué son hésitation sur le poids à accorder au témoignage du

D^r Bryniak, il a également souligné deux autres points au jury. Premièrement, on ne sait pas vraiment ce que le D^r Bryniak voulait dire lorsqu'il a fait la distinction entre se représenter seul ou être représenté par un avocat, laissant planer la possibilité qu'il ait pu [TRADUCTION] « combiner ou confondre la notion de savoir si une personne est apte à subir son procès et la notion de savoir si une personne est habile à se défendre dans le cadre d'un procès [...] ». Deuxièmement, il a fait comprendre au jury qu'il avait la responsabilité d'apprécier le témoignage de l'expert : [TRADUCTION] « Vous devez réellement vous interroger sur la manière dont cette hypothèse juridique – cette hypothèse juridique erronée – a entaché l'avis du D^r Bryniak, et vous en soucier. »

[56] L'avis du juge du procès sur la nature potentiellement erronée du témoignage du D^r Bryniak était clair, et sa décision de simplement présenter la position du D^r Bryniak comme il l'a dit, soulignant sa confusion potentielle, ne constitue pas une erreur justifiant l'infirmité de la décision.

V. Dispositif

[57] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel du ministère public.