

Roman Swietlinski *Appellant*

v.

Attorney General for Ontario *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SWIETLINSKI

File No.: 23100.

1994: May 27; 1994: September 30.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE ONTARIO COURT (GENERAL DIVISION)

Criminal law — Parole eligibility hearing with jury after 15 years of prison term served — Factors to be considered listed and ultimate decision at jury's discretion — Inflammatory comments by Crown — Whether comments rendering hearing unfair — Whether victim impact statements admissible — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 735(1.1), 744, 745(1)(a), (b), (2), (3), (4)(a), (b).

Respondent, who had been convicted of first degree murder, became a model prisoner during the course of the first two years of his sentence (25 years imprisonment without eligibility for parole) and over time was transferred to progressively less secure institutions. After having served 15 years of his sentence respondent applied under s. 745 of the *Criminal Code* for a reduction in the number of years of imprisonment without eligibility for parole.

At the preliminary hearing, the judge held that statements by members of the victim's family were not admissible as evidence because they were not relevant to the assessment of the factors listed for the jury's consideration in s. 745(2) and because a s. 745 hearing did not form part of the sentencing process. (Section 735(1.1) of the *Code* made such statements admissible in order only to facilitate the determination of the sentence.)

The conduct of the hearing itself and statements and arguments made during the hearing (albeit without objection) gave rise to the allegation that the hearing was unfair. Crown counsel, in addressing the jury, used

Roman Swietlinski *Appellant*

c.

Procureur général de l'Ontario *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. SWIETLINSKI

N° du greffe: 23100.

1994: 27 mai; 1994: 30 septembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR DE L'ONTARIO (DIVISION GÉNÉRALE)

Droit criminel — Audition de révision devant jury de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle après 15 ans d'emprisonnement — Liste des facteurs à considérer et décision finale à la discrétion du jury — Remarques incendiaires faites par le ministère public — Ces remarques ont-elles rendu l'audition inéquitable? — Les déclarations des victimes sont-elles admissibles? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 735(1.1), 744, 745(1)a), b), (2), (3), 4a), b).

L'intimé, qui avait été déclaré coupable de meurtre au premier degré, est devenu un prisonnier modèle au cours des deux premières années de sa peine (25 ans d'emprisonnement sans admissibilité à la libération conditionnelle) et, au fil des ans, a été progressivement transféré dans des établissements à sécurité de moins en moins grande. Après avoir purgé 15 ans de sa peine, l'intimé a demandé en vertu de l'art. 745 du *Code criminel* la réduction du délai préalable à l'admissibilité à la libération conditionnelle.

À l'audition préalable, le juge a conclu que les déclarations des membres de la famille de la victime n'étaient pas admissibles en preuve parce qu'elles n'étaient pas pertinentes relativement à l'appréciation des facteurs, énumérés au par. 745(2), à prendre en considération par le jury, et parce que l'audition visée à l'art. 745 ne faisait pas partie du processus de détermination de la peine. (Le paragraphe 735(1.1) du *Code* prévoit l'admissibilité de telles déclarations à seule fin de faciliter la détermination de la peine.)

Le déroulement de l'audience elle-même, certaines déclarations et arguments au cours de l'audience (sans qu'aucune objection soit soulevée), ont donné lieu à l'allégation que l'audience avait été inéquitable. Le pro-

language that had the effect of discrediting the s. 745 hearing and of suggesting that it was unduly favourable to the applicant, even to the extent of subverting the intent of Parliament in imposing the mandatory sentence. It was pointed out that the victim, unlike applicant, had no chance to reduce her suffering and the mandatory sentence was a bargain compared to the death penalty it replaced. Reference was made to the quality of life in minimum security institutions. Crown counsel also sought to draw the jury's attention to other cases of murderers who had again murdered while on parole and made comments about increasing violence in society and the need — here the need for the jury — to do something about it. Finally, the judge limited discussion of the applicant's character to matters prior to or contemporaneous with the murder.

The jury refused to reduce the period of the appellant's ineligibility for parole and prevented his filing another application under s. 745 by setting the end of his mandatory sentence without parole eligibility as the next date on which he could make a similar application. The appellant sought and obtained leave to appeal directly to this Court under s. 40 of the *Supreme Court Act* which authorizes a direct appeal since the *Code* makes no provision for any other avenue of appeal.

At issue here was whether the hearing was unfair in light of the inflammatory and highly prejudicial matters raised by the Crown in questioning certain witnesses and in his address to the jury. Also at issue was the question of admissibility of statements by the victim's family.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé, Iacobucci and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and Gonthier and Cory JJ.: The section 745 reassessment procedure is to re-examine the sentence in light of new information or factors which could not have been known initially. It is to call attention to changes in the applicant's situation which might justify imposing a less harsh penalty. The jury's decision is not essentially different from the ordinary decision regarding length of a sentence. The jury has a broad discretionary power, quite unlike at trial where it must

cureur de la Couronne, en s'adressant au jury, s'est exprimé dans des termes qui avaient pour effet de discrediter l'audience selon l'art. 745 et de laisser entendre qu'elle jouait démesurément en faveur du requérant, au point même de contrecarrer l'intention qu'avait eue le Parlement en prescrivant la peine obligatoire. Il a souligné que la victime, à la différence du requérant, n'avait pas la possibilité d'atténuer ses souffrances et que la peine obligatoire était une aubaine comparativement à la peine de mort qu'elle remplaçait. Il a fait mention de la qualité de vie dans les établissements à sécurité minimale. Le procureur de la Couronne a en outre tenté d'attirer l'attention du jury sur des cas de meurtriers qui avaient commis des meurtres pendant qu'ils étaient en liberté conditionnelle. Il a en outre fait des commentaires sur la violence toujours croissante au sein de la collectivité et la nécessité — en l'occurrence pour le jury — de prendre des mesures pour la contrer. Finalement, le juge a limité la discussion du caractère du requérant à des éléments antérieurs au meurtre ou contemporains de celui-ci.

Le jury a refusé de réduire le délai d'inadmissibilité à la libération conditionnelle et, en fixant à l'expiration de sa peine obligatoire la date à laquelle l'appelant pouvait présenter une nouvelle demande fondée sur l'art. 745, il l'a empêché en fait de présenter une telle demande. Puisque le *Code* ne prévoit aucune autre voie de recours, l'appelant a demandé et obtenu l'autorisation de faire appel directement devant notre Cour en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*.

Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si l'audience a été inéquitable compte tenu des propos incendiaires et hautement préjudiciables tenus par le ministère public en interrogeant certains témoins et dans son exposé au jury, et sur la question de l'admissibilité des déclarations de la famille de la victime.

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Iacobucci et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier et Cory: Le processus de réexamen mis en place par l'art. 745 vise à reconsidérer la peine à la lumière de nouvelles informations ou de facteurs qu'on ne pouvait connaître à l'origine. Il a pour but de faire ressortir les changements survenus dans la situation du requérant qui pourraient justifier une peine moins sévère. La décision du jury n'est pas fondamentalement différente de la décision ordinaire relative à la durée de la peine. Le jury a un

choose between guilt or innocence based on very specific rules of law.

The discretionary nature of the decision compels the jury to adopt a different analytical approach from that used in a trial. At trial, the jury must decide whether each element of an offence has been proved beyond a reasonable doubt. In a discretionary hearing, however, the factors listed for consideration must be weighed as a whole in arriving at a conclusion. Some factors may work for, and others against, the applicant, quite unlike a trial where strength in one element cannot offset weakness in another. In discretionary hearings like a s. 745 hearing, the concepts of burden of proof, proof on a balance of probabilities, or proof beyond a reasonable doubt are of very limited value. The function of Crown counsel in a s. 745 hearing is no different from the function in a criminal trial.

Section 745 must be accepted and applied like other *Code* sections. The prosecution may not call into question Parliament's decision to enact this provision by suggesting to the jury that it is an abnormal procedure, excessively indulgent and contrary to what it argues was Parliament's intent in providing for a 25-year sentence without parole eligibility. It is unacceptable for a lawyer to make observations that effectively urge the jurors not to make a decision in accordance with the law if they feel that it is bad law.

Counsel may not undermine the fairness of the proceeding by constantly repeating that imprisonment for 25 years is a substitute for the death penalty. That is an invitation to offset the alleged excessive clemency of Parliament by a severity not justified by the wording of s. 745. The jury does not have to decide whether the penalties imposed by Parliament are too severe or not severe enough. It must simply apply the *Code*.

It is completely improper to invite the jury to consider isolated cases in which prisoners committed murder after being paroled; it must deal only with the applicant's case. Further, the jury must not consider the functioning of the existing parole system. The appellant should not be punished because of suggested weaknesses of the system.

Some observations made by Crown counsel may have suggested to the jury that its function was in some way

large pouvoir discrétionnaire, ce qui est bien différent du procès où le jury doit choisir entre la culpabilité ou l'innocence selon des règles de droit bien précises.

a La nature discrétionnaire de la décision force le jury à adopter une méthode d'analyse différente de celle qui est utilisée lors d'un procès. Au procès, le jury doit décider si chaque élément de l'infraction a été prouvé hors de tout doute raisonnable. Dans le cas d'une audience discrétionnaire, cependant, les facteurs énumérés à prendre en considération doivent être soupesés afin d'arriver à une conclusion. Certains éléments sont favorables au requérant, d'autres, défavorables, ce qui est bien différent d'un procès, où la preuve très forte d'un élément de l'infraction ne peut compenser la faiblesse de la preuve relativement à un autre. Dans le cadre d'une audience discrétionnaire comme celle prévue à l'art. 745, les notions de fardeau de preuve, de preuve par prépondérance des probabilités ou de preuve hors de tout doute raisonnable sont d'une utilité très limitée. Le rôle joué d par le procureur de la Couronne dans une audition fondée sur l'art. 745 n'est pas différent de celui qu'il joue dans un procès criminel.

e L'article 745 doit être accepté et appliqué comme les autres articles du *Code*. Le ministère public ne peut remettre en question la décision du Parlement d'adopter cette disposition en suggérant au jury qu'il s'agit d'un processus anormal, excessivement indulgent et contraire à ce qu'il prétend être l'intention qu'a eue le Parlement en prescrivant une peine de 25 ans sans admissibilité à la libération conditionnelle. Il est inacceptable qu'un avocat fasse des remarques qui équivalent à exhorter les jurés à ne pas prendre une décision conforme à la loi s'ils estiment que cette loi est mauvaise.

g Le procureur ne saurait saper l'équité de la procédure en répétant constamment que l'emprisonnement de 25 ans remplace la peine de mort, car c'est là une invitation à contrecarrer la prétendue clémence excessive du Parlement par une sévérité que ne justifie pas le texte de l'art. 745. Le jury n'a pas à décider si les peines prévues par le Parlement sont trop ou trop peu sévères. Il doit se contenter d'appliquer le *Code*.

h Il est totalement inapproprié d'inviter le jury à tenir compte de cas isolés où des prisonniers ont commis un meurtre après leur libération conditionnelle; le jury doit examiner uniquement le cas du requérant. Il ne doit pas non plus examiner le fonctionnement du système actuel de libération conditionnelle. L'appelant ne devrait pas être puni pour les prétendues failles du système.

j Certaines remarques du procureur de la Couronne ont pu laisser croire aux jurés qu'ils avaient en quelque

to solve the problem of violence in society. Since deterrence is one of the functions of the penalty, the jury can legitimately be invited to, and can, take this factor into account when hearing an application under s. 745. This, however, should be done in the context of a general submission on the various functions performed by the penalty. Referring the jury to newspaper headlines dealing with the worst crimes imports unacceptable *in terrorem* arguments.

The remarks by Crown counsel seriously compromised the fairness of the hearing. The judge's failure to reprimand him and to tell the jury that such remarks should not be taken into account only aggravated the lack of fairness. Although the absence of an objection is a factor which an appellate court may take into account in deciding whether to dismiss an appeal, the hearing was unfair. The trial judge had a duty to ensure that the hearing was fair and, since he did not do so, this Court must intervene, whether counsel for the appellant objected or not.

The judge wrongly limited his discussion of appellant's character to matters prior to or contemporaneous with the murder. He should, however, have mentioned both the appellant's past and present character since s. 745 is to reassess the penalty imposed on the offender by reference to the way his or her situation has evolved 15 years later.

A judge may always give his or her opinion on the facts, so long as the jurors are made to clearly understand that the final decision is theirs. Here the judge, in commenting on only one of the three factors mentioned in s. 745(2), might have given the impression that they were separate and that each had to be established on the balance of probabilities. Such an approach is not suitable in the case of a discretionary decision. The judge's review of the psychiatric evidence unintentionally favoured the respondent.

The victim's testimony is relevant and admissible as the nature of the offence is one of the criteria listed in s. 745(2) that the jury must take into account. Given that the ordinary rules of evidence have been loosened, this testimony can be presented by means of a written statement which contains only relevant information.

Per Sopinka J.: The reasons of Lamer C.J. were agreed with, except for his treatment of victim impact statements. In this regard, the conclusion of Major J. was agreed with: the judge's exercise of his discretion

sorte la mission de régler le problème de la violence dans la société. Puisque la dissuasion est l'une des fonctions de la peine, le jury peut légitimement être invité à tenir compte de ce facteur, et en tenir compte, lorsqu'il entend une requête selon l'art. 745. Cela devrait se faire dans le contexte d'un exposé général sur les diverses fonctions que remplit la peine. La mention au jury des manchettes de journaux, qui portent sur les pires des crimes, s'apparente à des arguments *in terrorem* inacceptables.

Les remarques du procureur de la Couronne ont gravement compromis l'équité de l'audition. Le fait que le juge ne l'ait pas rappelé à l'ordre et indiqué au jury qu'il ne fallait pas tenir compte de ces remarques n'a fait qu'aggraver cette inéquité. Quoique l'absence d'objection constitue un facteur dont une cour d'appel peut tenir compte pour décider s'il y a lieu de rejeter un appel, il reste que l'audition a été inéquitable. Le juge du procès avait le devoir de veiller à garantir l'équité du procès et, puisqu'il ne l'a pas fait, notre Cour doit intervenir, que l'avocat de l'appelant ait fait objection ou non.

C'est à tort que le juge a limité sa discussion du caractère de l'appelant à des éléments antérieurs au meurtre ou contemporains de celui-ci. Il aurait dû faire mention du caractère tant passé que présent de l'appelant, puisque l'art. 745 vise à réévaluer la peine imposée au délinquant en fonction de l'évolution de sa situation depuis 15 ans.

Un juge peut toujours donner son opinion quant aux faits, pour autant qu'il soit clair pour les jurés que la décision finale leur appartient. En l'espèce, le juge, en ne commentant qu'un des trois facteurs mentionnés au par. 745(2), a pu donner l'impression qu'ils sont des éléments séparés dont chacun doit être prouvé selon la prépondérance des probabilités. Cette approche n'est pas appropriée dans le cas d'une décision discrétionnaire. La revue de la preuve psychiatrique par le juge a, de façon non-intentionnelle, favorisé l'intimé.

Le témoignage de la victime est pertinent et admissible, puisque la nature de l'infraction est un des critères énumérés au par. 745(2) dont le jury doit tenir compte. Étant donné que les règles ordinaires de preuve ont été assouplies, ce témoignage peut se faire au moyen d'une déclaration écrite qui ne contient que des informations pertinentes.

Le juge Sopinka: Les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés, sauf en ce qui concerne les déclarations des victimes. Sur ce point, la conclusion du juge Major est retenue: il ne faut pas toucher à la décision discrétionnaire.

against the use of the victim impact statements should not be interfered with. The presiding judge at a new hearing should have the right to consider the matter afresh in accordance with the principles stated by Major J.

Per McLachlin J.: The reasons of Lamer C.J. were agreed with except for the issue of the admissibility of victim impact statements. The reasons of Major J. were agreed with in that regard.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Iacobucci and Major J.J. (dissenting): The reasons of Lamer C.J. were agreed with, except with respect to the statements made by Crown counsel and to the admissibility of victim impact statements at s. 745 hearings.

Section 745 only entitles a successful applicant to apply to the Parole Board for early parole; there is no guarantee that parole will be granted. Thus, the s. 745 jury is not empowered in any respect to determine the length of sentence.

A jury seized of a parole eligibility review application must consider (1) the applicant's character; (2) the applicant's conduct while serving his or her sentence; (3) the nature of the offence for which the applicant was convicted; and (4) such other matters as the presiding judge deems relevant. While some sentencing principles, relating to rehabilitation and public protection will inevitably enter into the jurors' minds as they consider character, conduct and the nature of the offence, sentencing principles (e.g., rehabilitation, deterrence, denunciation) should not play any significant role at the hearing. Parliament has not seen fit to incorporate traditional principles of sentencing into s. 745, and such principles should not be read into the section.

The Court must determine whether the applicant had a fair hearing and, to that end, can review the conduct of the presiding judge and his or her charge to the jury. In view of the nature of the proceedings, and in particular the fact that the ultimate determination is made by the jury based on a range of open-ended factors, deficiencies that might lead to unfairness in a criminal trial will not necessarily have the same effect in a s. 745 hearing. Standing alone the deficiencies in the presiding judge's instructions on the burden of proof and his review of the psychiatric evidence were not sufficiently serious to justify a re-hearing. Neither were the inappropriate com-

tionnaire du juge de ne pas utiliser les déclarations des victimes. Le juge qui présidera la nouvelle audience devrait avoir le droit de reconsidérer la question en conformité avec les principes énoncés par le juge Major.

Le juge McLachlin: Les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés, sauf en ce qui concerne l'admissibilité des déclarations des victimes. Sur ce point, l'opinion du juge Major est retenue.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Iacobucci et Major (dissidents): Les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés, sauf quant aux déclarations faites par le procureur de la Couronne et à l'admissibilité des déclarations des victimes dans le cadre d'une audience visée à l'art. 745.

L'article 745 n'accorde au requérant qui obtient gain de cause que le droit de demander à la Commission des libérations conditionnelles la libération conditionnelle anticipée; rien ne dit qu'il sera accédé à sa demande. Donc, aux fins de l'art. 745, le jury ne détient aucun pouvoir de déterminer la durée de la peine.

Le jury saisi d'une demande de révision de l'inadmissibilité à la libération conditionnelle doit prendre en considération (1) le caractère du requérant, (2) sa conduite durant l'exécution de sa peine, (3) la nature de l'infraction pour laquelle il a été condamné, et (4) tout ce que le juge présidant l'audience estime utile. Certains principes applicables à la détermination de la peine, savoir la réinsertion du détenu et la protection du public, viendront inévitablement à l'esprit des jurés lorsqu'ils considèrent le caractère et la conduite du détenu, et la nature de l'infraction, mais les principes applicables à la détermination de la peine (p. ex., la réinsertion, la dissuasion et la dénonciation) ne devraient pas jouer un rôle de premier plan à l'audience. En effet, le Parlement n'a pas cru bon d'inclure à l'art. 745 les principes traditionnels en matière de détermination de la peine et il ne convient pas d'y introduire de tels principes.

La Cour doit décider si le requérant a eu une audition équitable et elle peut, à cette fin, examiner la façon dont le juge s'est conduit ainsi que ses directives au jury. Compte tenu de la nature des procédures et notamment de ce que la détermination se fait en dernière analyse par le jury en fonction d'une série de facteurs de portée indéterminée, des vices susceptibles de rendre inéquitable un procès criminel n'auront pas nécessairement le même effet dans une audience visée à l'art. 745. Les vices que comportent les directives du juge sur le fardeau de preuve et son examen de la preuve psychiatrique ne sont pas suffisamment graves pour justifier la

ments made by Crown counsel sufficient in their cumulative effect to require a new hearing. The presiding judge correctly refused to admit victim impact statements.

Evidence is admissible only if it is relevant and not subject to exclusion under any other clear rule of law or policy. The trier of law retains a discretion to exclude relevant and admissible evidence if its prejudicial effect exceeds its probative value, such that its admission would impact on the fairness of the trial.

Several of the comments made by Crown counsel which are now attacked as inflammatory, were relevant and substantially probative to the issues in the case. The Crown's comments about the appellant's prison related to appellant's conduct in the institutional setting. The comments respecting infamous cases of recidivism by paroled offenders were relevant to an assessment of the accuracy of evidence of members of the correctional community and of the Parole Board's decision-making processes. The presiding judge had no duty to exclude this evidence. His failure to do so had no effect on the fairness of the hearing.

In determining whether the accused had a fair hearing in a parole eligibility application, the whole of the proceedings rather than individual aspects of evidence or incidents must be reviewed. A discretionary decision may still provide a fair hearing even though some of the evidence relied upon was arguably unfair or of little relevance. This Court in reviewing a s. 745 decision must consider the cumulative effect of the impugned evidence on the fairness of the proceedings.

Defence counsel raised no objection at the hearing to the Crown's inflammatory language. This failure to object is particularly significant as counsel were present throughout and were competent to judge whether the impugned remarks, limited in number and spread through a voluminous record, had any prejudicial effect. The silence of counsel demonstrates the language complained of did not have a cumulative prejudicial effect on the fairness of the hearing.

The presiding judge erred in ruling that victim impact statements are at all times inadmissible at a s. 745 hearing. Evidence of the impact of a crime on the victim clearly has no relevance to a jury's assessment of an

tendue d'une nouvelle audition. L'ensemble des observations inappropriées du procureur de la Couronne ne nécessitent pas non plus la tenue d'une nouvelle audience. Le juge a refusé à bon droit d'admettre les déclarations des victimes.

Une preuve n'est admissible que si elle est pertinente et n'est exclue par aucune règle non équivoque de droit ou de politique générale. Le juge du droit conserve le pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve pertinente et admissible si son effet préjudiciable dépasse sa valeur probante de manière à ce que son admission compromette l'équité du procès.

Plusieurs observations du procureur de la Couronne, que l'on prétend incendiaires, étaient pertinentes et avaient essentiellement une valeur probante à l'égard des questions en litige. Les commentaires du ministère public concernant l'établissement de détention avaient trait à la conduite de l'appelant en milieu carcéral. Ceux relatifs aux cas de récidives de contrevenants en liberté conditionnelle étaient pertinents aux fins de déterminer l'exactitude de la preuve produite par les membres des services correctionnels et d'évaluer les processus décisionnels de la Commission des libérations conditionnelles. Le juge qui présidait n'était pas tenu d'écarter cette preuve et son omission de le faire n'a pas nui à l'équité de l'audience.

Pour déterminer si l'audition de la demande d'admissibilité à la libération conditionnelle est équitable, il faut examiner l'ensemble des procédures et non pas des éléments de preuve ou incidents particuliers. Il peut y avoir eu audition équitable dans un cas où la décision a fait suite à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, même si on pourrait qualifier d'inéquitables ou de peu pertinents certains éléments de preuve retenus. En examinant une décision rendue en vertu de l'art. 745, notre Cour doit considérer l'effet cumulatif des éléments de preuve contestés sur l'équité des procédures.

À l'audience, l'avocat de la défense n'a soulevé aucune objection à l'égard des propos incendiaires du ministère public. Cette omission est particulièrement révélatrice, car les avocats étaient présents du début jusqu'à la fin et pouvaient juger si les observations contestées, peu nombreuses et éparpillées dans un volumineux dossier, avaient un effet préjudiciable. Le silence des avocats démontre que les propos contestés n'ont pas eu d'effet préjudiciable cumulatif sur l'équité de l'audition.

Le juge qui présidait a commis une erreur en statuant que les déclarations des victimes sont toujours inadmissibles dans le cadre d'une audition en vertu de l'art. 745. La preuve relative à l'effet d'un crime sur la victime n'a

applicant's conduct while in custody or of his character under s. 745(2). Any relevance of the impact on the victim to the nature of the offence will usually have been exhausted at the applicant's initial sentencing hearing. The victim's suffering in the years since the crime was committed does nothing to alter the nature of the offence and should not automatically be admitted into evidence for this purpose. Victim impact statements might be received, however, because the judge presiding at a s. 745 parole eligibility hearing can permit the jury to hear evidence of other matters he or she deems relevant in the circumstances. Whether a judge chooses to exercise the discretion to admit victim impact statements will depend on the circumstances of the particular case. A judge should be cautious in admitting such statements, for to focus the jury on the victim some 15 years after the crime was committed is to invite the jury to assess the appropriateness of the applicant's sentence in terms of its retribution, denunciation and punishment goals.

Given the current legislative debate over the issue, this Court cannot appropriately adopt a blanket rule that would make victim impact statements always admissible at s. 745 hearings.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Referred to: *R. v. Swietlinski* (1978), 44 C.C.C. (2d) 267, aff'd [1980] 2 S.C.R. 956; *R. v. Vaillancourt* (1989), 49 C.C.C. (3d) 544, aff'd [1990] 1 S.C.R. xii, 76 C.C.C. (3d) 384 (S.C.C.); *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *Vallières v. The Queen* (1969), 9 C.R.N.S. 24; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Landry* (1981), 61 C.C.C. (2d) 317.

By Major J. (dissenting)

R. v. Nichols (1992), 71 C.C.C. (3d) 385; *R. v. Vaillancourt* (1988), 43 C.C.C. (3d) 238; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *Imrich v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 622; *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821; *R. v. Lomage* (1991), 2 O.R. (3d) 621.

aucune pertinence relativement à l'appréciation par le jury du caractère du requérant ou de sa conduite pendant sa détention, conformément au par. 745(2). Dans la mesure où l'effet sur la victime peut être pertinent relativement à la nature de l'infraction, cette pertinence est généralement épuisée après la première audience de détermination de la peine. Les souffrances de la victime au cours des années qui ont passé depuis le crime ne changent pas la nature de l'infraction et ne devraient pas être automatiquement admises en preuve relativement à ce facteur. Les déclarations des victimes pourraient cependant être admises parce qu'il est loisible au juge qui préside l'audition en vertu de l'art. 745, de permettre au jury d'entendre la preuve de tout ce que le juge estime utile dans les circonstances. Quant à savoir si le juge choisira d'exercer son pouvoir discrétionnaire et d'admettre les déclarations des victimes, cela tiendra aux circonstances de l'affaire. Un juge doit être prudent quand il admet ces déclarations, car attirer l'attention du jury sur la victime quelque 15 ans après le crime c'est l'inviter à apprécier l'adéquation de la peine en fonction des buts de réparation, dénonciation et châtement.

Compte tenu du débat législatif actuel sur cette question, il serait inopportun que notre Cour adopte une règle générale d'admissibilité absolue des déclarations des victimes dans le cadre d'audiences tenues en vertu de l'art. 745.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *R. c. Swietlinski* (1978), 44 C.C.C. (2d) 267, conf. par [1980] 2 R.C.S. 956; *R. c. Vaillancourt* (1989), 49 C.C.C. (3d) 544, conf. par [1990] 1 R.C.S. xii, 76 C.C.C. (3d) 384 (C.S.C.); *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *Vallières c. The Queen* (1969), 9 C.R.N.S. 24; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Landry* (1981), 61 C.C.C. (2d) 317.

Citée par le juge Major (dissident)

R. c. Nichols (1992), 71 C.C.C. (3d) 385; *R. c. Vaillancourt* (1988), 43 C.C.C. (3d) 238; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *Imrich c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 622; *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821; *R. c. Lomage* (1991), 2 O.R. (3d) 621.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 735(1.1), (1.2), (1.3), (1.4) [ad. by R.S.C., 1985, c. 23 (4th Supp.), s. 7], 744, 745(1)(a), (b), (2), (3), (4)(a), (b).
Ontario Rules of Practice Respecting Reduction in the Number of Years of Imprisonment Without Eligibility for Parole, SOR/88-582, s. 10.
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40 [am. by R.S.C., 1985, c. 34 (3rd Supp.), s. 3].

Authors Cited

Canada. Parliament. House of Commons. Bill C-41, *An Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof*, 1st Sess., 35th Parl., 1994 (1st reading June 13, 1994), s. 745.6(2)(d), (3).
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court (General Division) (O'Driscoll J. sitting with jury) (1992), 73 C.C.C. (3d) 376, dismissing an application for judicial review of parole eligibility. Appeal allowed, La Forest, L'Heureux-Dubé, Iacobucci and Major JJ. dissenting.

Mark J. Sandler and Sandra G. Leonard, for the appellant.

Gary T. Trotter, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier and Cory JJ. was delivered by

LAMER C.J. — This case provides an opportunity for this Court to consider for the first time the interpretation of s. 745 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which authorizes a reduction of the period during which persons convicted of murder are ineligible for parole.

I. Facts

The appellant Roman Swietlinski was convicted of first-degree murder. His conviction was upheld

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 735(1.1), (1.2), (1.3), (1.4) [aj. par L.R.C. (1985), ch. 23 (4^e suppl.), art. 7], 744, 745(1)a), b), (2), (3), (4)a), b).
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40 [mod. par L.R.C. (1985), ch. 34 (3^e suppl.), art. 3].
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20.
Règles de procédure de l'Ontario concernant la réduction du délai préalable à l'admissibilité à la libération conditionnelle, DORS/88-582, art. 10.

Doctrine citée

Canada. Parlement. Chambre des communes. Projet de loi C-41, *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, 1^{re} sess., 35^e lég., 1994 (1^{re} lecture le 13 juin 1994), art. 745.6(2)d), (3).
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

POURVOI contre un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (le juge O'Driscoll siégeant avec un jury) (1992), 73 C.C.C. (3d) 376, qui a rejeté une demande d'examen judiciaire de l'admissibilité à la libération conditionnelle. Pourvoi accueilli, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Iacobucci et Major sont dissidents.

Mark J. Sandler et Sandra G. Leonard, pour l'appelant.

Gary T. Trotter, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Cette affaire nous permet d'examiner pour la première fois l'interprétation de l'art. 745 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui permet la réduction du délai d'inadmissibilité à la libération conditionnelle des personnes déclarées coupables de meurtre.

I. Les faits

L'appelant, Roman Swietlinski, a été déclaré coupable de meurtre au premier degré. Sa condam-

by the Ontario Court of Appeal (1978), 44 C.C.C. (2d) 267, and by this Court, [1980] 2 S.C.R. 956. Since the earlier judgment of this Court sets out the facts in detail, I will only give a brief description of the murder. On the night of September 18 to 19, 1976 the appellant met the victim, Mary Frances McKenna, in a bar in Toronto. Apparently the pair left the bar about midnight on their way to the victim's apartment. The attack which followed was one of unspeakable brutality. The appellant stabbed the victim 132 times using five different knives. The force used was such that some of the knives were broken at the time the police located them.

In the course of the first two years of his sentence the appellant committed various disciplinary offences connected with smuggling and an attempted escape. Apparently when he was placed in punitive segregation for the latter offence he underwent a complete change of heart and became a "model prisoner". In 1983 he was transferred to a medium security institution and then in 1990 to a minimum security institution. During his confinement in these various penal institutions the appellant became involved in various charitable or religious groups. He participated in work programs in the institutions. Since 1988 he has received several permits for escorted temporary absences. At various times he took part in Alcoholics Anonymous activities. He also participated in some training sessions and requested the assistance of a psychologist.

II. Applicable legislation

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

745. (1) Where a person has served at least fifteen years of his sentence

(a) in the case of a person who has been convicted of high treason or first degree murder, or

(b) in the case of a person convicted of second degree murder who has been sentenced to imprisonment for life without eligibility for parole until he has served more than fifteen years of his sentence,

nation a été confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario, (1978), 44 C.C.C. (2d) 267, puis par notre Cour, [1980] 2 R.C.S. 956. Puisque l'arrêt précédent de notre Cour expose les faits en détail, je ne ferai qu'une brève description du meurtre. Dans la nuit du 18 au 19 septembre 1976, l'appellant a rencontré la victime, Mary Frances McKenna, dans un bar de Toronto. Les deux ont, semble-t-il, quitté le bar vers minuit, pour se diriger vers l'appartement de la victime. L'agression qui s'ensuivit fut d'une brutalité indicible. L'appellant a poignardé la victime à 132 reprises, à l'aide de cinq couteaux différents. La force utilisée était telle que certains des couteaux étaient brisés au moment où les policiers les ont découverts.

Au cours des deux premières années de sa peine, l'appellant a commis diverses infractions disciplinaires liées à la contrebande et a fait une tentative d'évasion. C'est apparemment lors de son isolement disciplinaire pour cette dernière infraction qu'il a totalement changé d'attitude et qu'il est devenu un «prisonnier modèle». En 1983, il a été transféré dans un établissement à sécurité moyenne, puis dans un établissement à sécurité minimale en 1990. Lors de son séjour dans ces établissements pénitentiaires, l'appellant a participé à divers groupes charitables ou religieux, ainsi qu'à des programmes de travail à l'intérieur des établissements. Depuis 1988, il a reçu plusieurs autorisations d'absence temporaire escortée. Il a participé, à certains moments, aux activités des Alcooliques anonymes. Il a également participé à quelques sessions de formation et a sollicité l'assistance d'un psychologue.

II. Les dispositions législatives pertinentes

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

745. (1) La personne qui a purgé quinze ans de sa peine après avoir été déclarée coupable:

a) de haute trahison ou de meurtre au premier degré;

b) de meurtre au deuxième degré et condamnée à l'emprisonnement à perpétuité avec délai préalable à sa libération conditionnelle de plus de quinze ans,

he may apply to the appropriate Chief Justice in the province in which the conviction took place for a reduction in his number of years of imprisonment without eligibility for parole.

(2) On receipt of an application under subsection (1), the appropriate Chief Justice shall designate a judge of the superior court of criminal jurisdiction to empanel a jury to hear the application and determine whether the applicant's number of years of imprisonment without eligibility for parole ought to be reduced having regard to the character of the applicant, his conduct while serving his sentence, the nature of the offence for which he was convicted and such other matters as the judge deems relevant in the circumstances and the determination shall be made by not less than two-thirds of the jury.

(3) Where the jury hearing an application under subsection (1) determines that the applicant's number of years of imprisonment without eligibility for parole ought not to be reduced, the jury shall set another time at or after which an application may again be made by the applicant to the appropriate Chief Justice for a reduction in his number of years of imprisonment without eligibility for parole.

(4) Where the jury hearing an application under subsection (1) determines that the applicant's number of years of imprisonment without eligibility for parole ought to be reduced, the jury may, by order,

(a) substitute a lesser number of years of imprisonment without eligibility for parole than that then applicable; or

(b) terminate the ineligibility for parole.

III. Judgment of the Ontario Court (General Division) (1992), 73 C.C.C. (3d) 376

O'Driscoll J. of the Ontario Court (General Division) was designated for empanelling a jury and hearing the case.

At the preliminary hearing provided for in s. 10 of the *Ontario Rules of Practice Respecting Reduction in the Number of Years of Imprisonment Without Eligibility for Parole*, SOR/88-582, in effect at that time, O'Driscoll J. held that statements by members of the victim's family were not admissible as evidence. He based his decision on *R. v. Vaillancourt* (1989), 49 C.C.C. (3d) 544, in which the Ontario Court of Appeal held that a s.

peut demander au juge en chef compétent de la province où a eu lieu cette déclaration de culpabilité la réduction du délai préalable à sa libération conditionnelle.

(2) Sur réception de la demande prévue au paragraphe (1), le juge en chef compétent charge un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle de constituer un jury pour l'entendre et pour décider s'il y a lieu de réduire le délai préalable à la libération conditionnelle du requérant, compte tenu de son caractère, de sa conduite durant l'exécution de sa peine, de la nature de l'infraction pour laquelle il a été condamné et de tout ce qu'il estime utile dans les circonstances, et cette décision doit être prise par les deux tiers au moins des membres de ce jury.

(3) Le jury, s'il décide, conformément au paragraphe (1), qu'il n'y a pas lieu de réduire le délai préalable à la libération conditionnelle du requérant, fixe un délai à l'expiration duquel il lui sera loisible de présenter une nouvelle demande au juge en chef compétent.

(4) Le jury, s'il décide, conformément au paragraphe (1), qu'il y a lieu de réduire le délai préalable à la libération conditionnelle du requérant, peut, par ordonnance, en ce qui concerne ce délai:

a) en réduire le nombre d'années;

b) le supprimer.

III. Le jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1992), 73 C.C.C. (3d) 376

Le juge O'Driscoll de la Cour de l'Ontario (Division générale) a été chargé de former un jury et d'entendre l'affaire.

Lors de l'audition préalable prévue à l'art. 10 des *Règles de procédure de l'Ontario concernant la réduction du délai préalable à l'admissibilité à la libération conditionnelle*, DORS/88-582, en vigueur à cette époque, le juge O'Driscoll a décidé que des déclarations des membres de la famille de la victime n'étaient pas admissibles en preuve. Il a fondé sa décision sur l'arrêt *R. c. Vaillancourt* (1989), 49 C.C.C. (3d) 544, où la Cour d'appel de

745 hearing did not form part of the sentencing process. Since s. 735(1.1) of the *Code* made such statements admissible in order only to facilitate the determination of the sentence, they should be excluded from a s. 745 hearing. Further, O'Driscoll J. considered that the statements disclosed no information relevant to the assessment of the factors listed in s. 745(2).

The hearing itself was subsequently held and the jury refused to reduce the period of the appellant's ineligibility for parole. Further, it set November 6, 2001 as the date on which the appellant could again make a similar application. Since that date corresponds to the time when the appellant will have served 25 years of his sentence, the jury's decision amounts to prohibiting the appellant from filing another application under s. 745.

The appellant sought and obtained leave to appeal directly to this Court. Section 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, authorizes a direct appeal since the *Code* makes no provision for any other avenue of appeal: *R. v. Vaillancourt*, [1990] 1 S.C.R. xii, 76 C.C.C. (3d) 384.

IV. Issues

The appellant raised the following grounds of appeal, most of which relate to the judge's charge to the jury:

- (1) the judge should not have limited consideration of the appellant's character to his character at the time of the murder: he should also have mentioned the appellant's present character;
- (2) the judge should not have referred to the three factors mentioned in s. 745(2) as three independent factors, each to be proved on a balance of probabilities;
- (3) the judge should have reread all of the agreed statement of facts: he should not

l'Ontario a jugé que l'audition selon l'art. 745 ne faisait pas partie du processus de détermination de la peine. Puisque c'est dans le seul but de faciliter la détermination de la peine que le par. 735(1.1) du *Code* rend de telles déclarations admissibles, celles-ci devraient être exclues d'une audition en vertu de l'art. 745. De plus, le juge O'Driscoll était d'avis que les déclarations ne révélaient pas d'informations pertinentes à l'évaluation des facteurs énoncés au par. 745(2).

Par la suite, l'audition elle-même a eu lieu et le jury a refusé de réduire le délai d'inadmissibilité de l'appelant à une libération conditionnelle. De plus, il a fixé au 6 novembre 2001 la date à laquelle l'appelant pourrait présenter à nouveau une demande semblable. Puisque cette date correspond au moment où l'appelant aura purgé 25 ans de sa peine, la décision du jury équivaut à interdire à l'appelant de présenter une autre demande en vertu de l'art. 745.

L'appelant a demandé et obtenu l'autorisation de faire appel directement devant notre Cour. L'article 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, permet l'appel direct, étant donné que le *Code* ne prévoit pas d'autre recours: *R. c. Vaillancourt*, [1990] 1 R.C.S. xii, 76 C.C.C. (3d) 384.

IV. Les questions en litige

L'appelant soulève les moyens d'appel suivants qui, pour la plupart, concernent les directives du juge au jury:

- (1) Le juge n'aurait pas dû limiter l'examen du caractère de l'appelant à son caractère au moment du meurtre; il aurait dû parler également du caractère actuel de l'appelant.
- (2) Le juge n'aurait pas dû décrire les trois facteurs mentionnés au par. 745(2) comme trois éléments indépendants, chacun devant être prouvé par prépondérance des probabilités.
- (3) Le juge aurait dû relire l'ensemble de l'exposé conjoint des faits. Il n'aurait pas

have omitted the second part, relating to "extenuating circumstances";

- (4) the judge did not make a fair summation of the psychiatric evidence;
- (5) in questioning certain witnesses and in his address to the jury, counsel for the Crown introduced inflammatory and highly prejudicial matters.

I feel that the fifth ground provides a sufficient basis for allowing this appeal. Furthermore, the first, second and fourth grounds raise legitimate concerns which only aggravate the inequity resulting from the Crown counsel's inflammatory remarks.

Additionally, since I believe that a new hearing should be ordered, I will deal with the question of the admissibility of statements by the victim's family.

V. Analysis

A. *General Observations on Section 745*

Section 745 of the *Code* was adopted in 1976 in connection with the abolition of the death penalty. The compromise arrived at between the supporters and opponents of the death penalty was its replacement by long-term imprisonment without parole. Accordingly, in the case of first-degree murder the penalty is life imprisonment with no eligibility for parole for 25 years. In the case of second-degree murder, this time period is 10 years, but it may be extended to 25 years by the trial judge on the jury's recommendation. In both cases, however, Parliament provided that after 15 years a jury could be empanelled to reassess the period of ineligibility.

Section 745 put in place a procedure that is original in several respects. However, we need not consider all its aspects in order to deal with the case at bar. What is important is to understand that the procedure is one for reassessing long-term imprisonment imposed by law (in the case of first-degree murder) or by a judge (in the case of second-degree murder). The purpose of a reassess-

dû en omettre la deuxième partie, qui relatait les «circonstances atténuantes».

- (4) Le juge n'a pas fait un résumé équitable de la preuve psychiatrique.
- (5) Lorsqu'il a interrogé certains témoins et dans son exposé au jury, le procureur de la Couronne a introduit des éléments incendiaires et hautement préjudiciables.

Je crois que le cinquième moyen suffit pour accueillir le pourvoi. De plus, les premier, deuxième et quatrième moyens révèlent des préoccupations légitimes qui ne font qu'aggraver l'inéquité découlant des remarques incendiaires du procureur de la Couronne.

Par ailleurs, puisque je suis d'avis d'ordonner une nouvelle audition, je traiterai de la question de l'admissibilité des déclarations de la famille de la victime.

V. Analyse

A. *Considérations générales sur l'art. 745*

L'article 745 du *Code* a été adopté en 1976 dans le cadre de l'abolition de la peine de mort. Le compromis alors établi entre les partisans et les opposants de la peine de mort était son remplacement par un emprisonnement de longue durée sans possibilité de libération conditionnelle. Ainsi, dans le cas du meurtre au premier degré, la peine est l'emprisonnement à vie avec un délai de 25 ans d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. Dans le cas du meurtre au deuxième degré, ce délai est de 10 ans, mais peut être prolongé jusqu'à 25 ans par le juge du procès, sur recommandation du jury. Dans les deux cas, le Parlement a toutefois prévu qu'après 15 ans, un jury pourrait être appelé à réévaluer le délai d'inadmissibilité.

À maints égards, l'art. 745 met en place un processus original. Cependant il n'est pas nécessaire de l'examiner sous tous ses aspects pour résoudre le présent pourvoi. L'important est de bien comprendre qu'il s'agit d'un processus de réévaluation d'une peine de longue durée qui a été imposée par la loi (dans le cas du meurtre au premier degré) ou par un juge (dans le cas du meurtre au deuxième

ment procedure, especially when it takes place 15 years after the initial decision, is necessarily to re-examine a decision in light of new information or factors which could not have been known initially. It follows that the primary purpose of a s. 745 hearing is to call attention to changes which have occurred in the applicant's situation and which might justify imposing a less harsh penalty upon the applicant. Accordingly, the jury's decision is not essentially different from the ordinary decision regarding length of a sentence. It is similar to that taken by a judge pursuant to s. 744 of the *Code* as to the period of ineligibility in cases of second-degree murder.

It should also be noted, in the context of an appeal to this Court, that s. 745 gives the jury a broad discretionary power. This is quite different from a trial, at which the jury must choose between two options, guilt or innocence, based on very specific rules of law. Moreover, the discretionary nature of the jury's decision is made quite clear by the fact that Parliament did not see fit to grant any right of appeal to the Court of Appeal, although as I mentioned earlier that does not prevent an appeal to this Court with leave. Consequently, there is no need to analyze the judge's charge to the jury in the detail that would be appropriate in the case of a trial. This Court's function is essentially to determine whether the appellant was given a fair hearing at trial.

The discretionary nature of the decision also compels the jury to adopt a different analytical approach from that used in a trial. At a trial the jury must decide whether it has been proven beyond all reasonable doubt that the accused committed the crime with which he or she is charged. In such a proceeding the offence is generally defined by a number of elements which must all be proven for the accused to be convicted. Each element of the offence is thus a necessary condition for a conviction. At a s. 745 hearing, on the other hand, the jury does not determine whether the applicant is guilty: another jury (or, in some cases, a judge) has already performed that task. Its duty

degré). Un processus de réévaluation, surtout s'il se déroule 15 ans après la décision initiale, vise nécessairement à reconsidérer une décision à la lumière de nouvelles informations ou de facteurs qu'on ne pouvait connaître à l'origine. Il s'ensuit qu'une audition selon l'art. 745 a principalement pour but de faire ressortir les changements qui sont survenus dans la situation du requérant et qui pourraient justifier qu'on lui impose une peine moins sévère. Ainsi, la décision du jury n'est pas fondamentalement différente de la décision ordinaire relative à la durée de la peine. Elle est similaire à la décision que prend le juge en vertu de l'art. 744 du *Code* relativement au délai d'inadmissibilité dans les cas de meurtre au deuxième degré.

Il faut aussi souligner, dans le contexte d'un appel à cette Cour, que l'art. 745 accorde un large pouvoir discrétionnaire au jury. Cela est bien différent d'un procès, où le jury doit choisir entre deux options — la culpabilité ou l'innocence — en fonction de règles de droit bien précises. De plus, la nature discrétionnaire de la décision du jury est mise en évidence par le fait que le Parlement n'a pas jugé bon d'accorder un droit d'appel à la Cour d'appel, bien que, comme je l'ai mentionné plus haut, ceci n'empêche pas un pourvoi sur autorisation devant notre Cour. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'analyser les directives du juge au jury avec autant de minutie que s'il s'agissait d'un procès. Le rôle de notre Cour consiste essentiellement à déterminer si l'appelant a bénéficié d'une audition équitable.

La nature discrétionnaire de la décision force aussi le jury à adopter une méthode d'analyse différente de celle qui est utilisée lors d'un procès. Au procès, le jury doit décider s'il a été prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis le crime dont on l'accuse. Dans ce contexte, l'infraction est généralement définie par un certain nombre d'éléments qui doivent tous être prouvés pour que l'accusé soit déclaré coupable. Chaque élément de l'infraction est donc une condition nécessaire à la déclaration de culpabilité. Par contre, lors d'une audition selon l'art. 745, le jury ne détermine pas si le requérant est coupable: un autre jury (ou, dans certains cas, un juge) s'est déjà acquitté

rather is to make a discretionary decision as to the minimum length of the sentence that the applicant must serve. The concept of an element of an offence cannot be transposed onto a discretionary decision. When a person makes such a decision he or she does not apply rigid logic, requiring for example that if conditions A, B and C are met, then decision X must be the result. When legislation lists various factors that a decision-maker must take into consideration a finding reached upon one or all of the factors does not necessarily mandate a conclusion leading to a specific decision. They are instead factors some of which may work in favour of the applicant and some against him, and which must be assessed and weighed as a whole in arriving at a conclusion. This is quite different from a trial where very strong evidence of one aspect of an offence cannot offset the weakness of evidence of another aspect.

Accordingly, the concepts of burden of proof, proof on a balance of probabilities, or proof beyond a reasonable doubt are of very limited value in a hearing pursuant to s. 745, where the decision lies exclusively in the discretion of the jury. The jury must instead make what it, in its discretion, deems to be the best decision on the evidence. (On this point see also *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446, at p. 464.)

B. Grounds of Appeal

1. Inappropriate Language by Counsel for the Crown

The appellant objected to certain irrelevant and prejudicial language used by counsel for the Crown. Before considering the disputed remarks in detail, it should be recalled that the function of counsel for the Crown in a s. 745 hearing is no different from the function in a criminal trial. Taschereau J. described his function as follows in *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, at p. 21:

[TRANSLATION] The position held by counsel for the Crown is not that of a lawyer in civil litigation. His

de cette tâche. Il est plutôt chargé de rendre une décision discrétionnaire quant à la durée minimale de la peine que doit purger le requérant. On ne peut pas transposer le concept d'élément d'une infraction à une décision discrétionnaire. Lorsqu'une personne prend une telle décision, elle ne procède pas selon une logique rigide exigeant, par exemple, la décision X si les conditions A, B et C sont remplies. Quand un texte de loi énumère divers facteurs qu'un décideur doit prendre en considération, une conclusion sur un ou l'ensemble de ces facteurs n'entraîne pas nécessairement une conclusion menant à une décision précise. Ce sont plutôt des éléments qui joueront tantôt en faveur, tantôt en défaveur du requérant, et dont l'ensemble doit être évalué et soupesé afin d'arriver à une conclusion. Ceci est bien différent d'un procès, où la preuve très forte d'un élément de l'infraction ne peut compenser la faiblesse de la preuve relativement à un autre.

En conséquence, les notions de fardeau de preuve, de preuve par prépondérance des probabilités ou hors de tout doute raisonnable sont d'une utilité très limitée dans le cadre d'une audition en vertu de l'art. 745, où la décision appartient entièrement au pouvoir discrétionnaire du jury. Le jury doit plutôt, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, prendre ce qui lui paraît être la meilleure décision en fonction de la preuve. (Voir aussi, sur cette question, *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446, à la p. 464.)

B. Les moyens d'appel

1. Les propos inappropriés du procureur de la Couronne

L'appellant se plaint de certains propos non pertinents et préjudiciables du procureur de la Couronne. Avant d'aborder en détail les remarques attaquées, il convient de rappeler que le procureur de la Couronne ne joue pas un rôle différent dans le cadre d'une audition selon l'art. 745 que dans celui d'un procès criminel. Le juge Taschereau a ainsi décrit sa fonction, dans l'arrêt *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, à la p. 21:

La situation qu'occupe l'avocat de la Couronne n'est pas celle de l'avocat en matière civile. Ses fonctions

functions are quasi-judicial. His duty is not so much to obtain a conviction as to assist the judge and the jury in ensuring that the fullest possible justice is done. His conduct before the Court must always be characterized by moderation and impartiality. He will have properly performed his duty and will be beyond all reproach if, eschewing any appeal to passion, and employing a dignified manner suited to his function, he presents the evidence to the jury without going beyond what it discloses.

The first category of unacceptable language had the effect of discrediting the process of reviewing ineligibility established by s. 745. Counsel for the Crown sought, in some measure, to present the procedure as fundamentally inequitable, first, because the victim had no opportunity, as the applicant did, to have her suffering reduced, and second, because the 25 years ineligibility period was a bargain compared with the death penalty imposed prior to 1976 and further reducing this period of time would be an additional concession to the accused.

For example, counsel began his opening statement with the following passage:

Ladies and gentlemen of the jury, in 1976 in this country, our government abolished capital punishment. Mr. Swietlinski was convicted of the worst crime known to our criminal justice system. You will hear shortly about the facts of this offence. In 1976, the same year, Mary Frances McKenna, someone that you won't hear very much about in this proceeding — this is an application brought by Mr. Swietlinski — but you won't hear much about a person by the name of Mary Frances McKenna, who was 37 years of age at the time.

He went on to add:

... please don't forget the victim in this case, Mary Frances McKenna. She doesn't have a chance to come before a group of people to ask for a second chance.

He concluded his opening statement by reminding the jurors that

... Mr. Swietlinski, a few years earlier, would have been sentenced to death for this offence. ...

sont quasi-judiciaires. Il ne doit pas tant chercher à obtenir un verdict de culpabilité qu'à assister le juge et le jury pour que la justice la plus complète soit rendue. La modération et l'impartialité doivent toujours être les caractéristiques de sa conduite devant le tribunal. Il aura en effet honnêtement rempli son devoir et sera à l'épreuve de tout reproche si, mettant de côté tout appel aux passions, d'une façon digne qui convient à son rôle, il expose la preuve au jury sans aller au delà de ce qu'elle a révélé.

La première catégorie de propos inacceptables avait pour effet de discréditer le processus de révision de l'inadmissibilité mis en place par l'art. 745. En quelque sorte, le procureur de la Couronne cherchait à présenter le processus comme étant foncièrement inéquitable, premièrement, parce que la victime n'avait pas la possibilité, comme le requérant, de voir sa souffrance réduite et, deuxièmement, parce que le délai d'inadmissibilité de 25 ans était une aubaine par rapport à la peine de mort qui était imposée avant 1976 et que réduire davantage ce délai serait une concession supplémentaire à l'accusé.

Par exemple, le procureur a débuté son exposé introductif par ces mots:

[TRADUCTION] Mesdames et messieurs les jurés, en 1976, le gouvernement de notre pays a aboli la peine capitale. Or, M. Swietlinski a été reconnu coupable de l'un des pires crimes que connaisse notre système de justice criminelle. Les faits entourant cette infraction vous seront exposés sous peu. En 1976 également, Mary Frances McKenna, dont vous n'entendrez pas beaucoup parler dans la présente instance — il s'agit d'une demande présentée par M. Swietlinski — et il ne sera guère question de Mary Frances McKenna qui, à l'époque, avait 37 ans.

Plus loin, il a ajouté:

[TRADUCTION] ... de grâce, n'oubliez pas Mary Frances McKenna, la victime dans cette affaire, qui, elle, n'a pas la possibilité de se présenter devant un groupe pour demander qu'on lui donne une seconde chance.

Il a terminé son exposé introductif en rappelant aux jurés que

[TRADUCTION] ... quelques années plus tôt, cette infraction aurait valu à M. Swietlinski la peine de mort ...

In his final submission to the jury he returned to the same themes:

Mary Frances McKenna doesn't get a chance to come before a jury and ask to have her parole eligibility reduced. Mary Frances McKenna is gone.

If we wanted revenge, we would have capital punishment. As I say, we don't. We have a compromise. It's a mandatory sentence, life with no eligibility for parole for 25 years, and that's the sentence that our society imposes for the taking of a human life in the manner that Mr. Swietlinski took it. To do otherwise, as Mr. Swietlinski suggested to you about the rules at Millhaven, would be anarchy.

Counsel also sought, in questioning certain witnesses, to draw attention to the fact that the victim could not obtain the second chance the appellant was seeking and to the fact that no assistance programs were available to the victim's family whereas the penitentiary system offered the appellant a vast range of services.

Counsel further sought to discredit the parole process in the following language:

Normally, issues of parole, parole hearings, are held by, basically, a faceless group of people. They're held in secret, in private, and really all that The Parole Board hears from is the applicant and perhaps his counsel and the kind of people that you're about to hear from, the various corrections people.

Finally, in questioning certain witnesses counsel insinuated that the Beaver Creek Institution, where the appellant had spent the last two years, was too comfortable to be called a prison and that in fact some visitors confused the institution with a neighbouring campground. In his final submission he suggested that the transfer to this institution was

Dans son exposé final aux jurés, il a repris les mêmes thèmes:

[TRADUCTION] Mary Frances McKenna n'a pas la possibilité de se présenter devant un jury pour demander la réduction du délai d'admissibilité à la libération conditionnelle. Mary Frances McKenna n'est plus de ce monde.

Si nous voulions venger, nous aurions la peine capitale. Mais, je le redis, la peine capitale n'existe pas. Nous avons opté pour un moyen terme: une peine obligatoire d'emprisonnement à perpétuité sans aucune possibilité de libération conditionnelle pendant 25 ans. Voilà la peine qu'inflige notre société à quiconque ôte la vie à un être humain de la façon que l'a fait M. Swietlinski. S'il en était autrement, ainsi que vous l'a dit M. Swietlinski concernant les règles en vigueur à Millhaven, ce serait l'anarchie.

Le procureur a également tenté, en interrogeant certains témoins, de faire ressortir le fait que la victime ne pourrait pas obtenir la deuxième chance que l'appelant réclamait ainsi que le fait que la famille de la victime ne bénéficiait pas de programmes d'aide alors que le système pénitentiaire offrait une vaste panoplie de services à l'appelant.

De plus, le procureur a cherché à discréditer le processus de libération conditionnelle en ces termes:

[TRADUCTION] Normalement, les audiences en matière de libération conditionnelle se tiennent devant un groupe essentiellement anonyme. Elles ont lieu en secret, à huis clos et, en fait, la Commission des libérations conditionnelles n'entend que le demandeur et peut-être son avocat et le genre de personnes qui vont témoigner devant vous, c'est-à-dire différentes personnes du Service correctionnel.

Enfin, en interrogeant certains témoins, le procureur a insinué que l'établissement de Beaver Creek, où l'appelant avait passé les deux dernières années, était trop confortable pour mériter le nom de prison et qu'en fait, certains visiteurs confondaient l'établissement avec un terrain de camping voisin. Dans son exposé final, il a suggéré que le

sufficient reward for the appellant's good conduct during his sentence.

The combined effect of these remarks was to imply that the s. 745 hearing was a proceeding unduly favourable to the applicant, even a subversion of Parliament's intent to impose a definite 25-year penalty on first-degree murderers. The conclusion that emerged from these observations, and it was not a difficult one to draw, was that the jury should deal more severely with the appellant.

Nevertheless, s. 745 is as much a part of the *Code* as the provisions providing for no parole for 25 years in cases of first-degree murder. The possible reduction of the ineligibility period after 15 years is a choice made by Parliament which the jury must accept. Clearly, the prosecution may not call this choice into question by suggesting to the jury that it is an abnormal procedure, excessively indulgent and contrary to what it argues was Parliament's intent. That amounts to urging the jurors not to make a decision in accordance with the law if they feel that it is bad law. It is clearly unacceptable for a lawyer to make such an observation to the jury: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at pp. 76-79; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701.

In the same way, counsel may not constantly repeat that imprisonment for 25 years is a substitute for the death penalty. That is an invitation to offset the alleged excessive clemency of Parliament by a severity not justified by the wording of s. 745. The jury does not have to decide whether the penalties imposed by Parliament are too severe or not severe enough. It must simply apply the *Code*. The *Code* no longer contains the death penalty: on the contrary, s. 745 gives the appellant the right to seek a reduction in his ineligibility period. No one can be permitted to undermine the fairness of the proceeding in which the appellant may obtain such a reduction by constant references to the death penalty.

Additionally, counsel for the Crown sought to draw the jury's attention to other cases of murder-

transfert à cette institution constituait une récompense suffisante pour la bonne conduite de l'appellant durant sa peine.

Par leur effet combiné, ces remarques laissaient entendre que l'audition selon l'art. 745 était un processus indûment favorable au requérant, voire même une subversion de l'intention du Parlement d'imposer une peine de 25 ans fermes aux meurtriers au premier degré. La conclusion qui ressortait de ces propos, et elle n'était pas difficile à tirer, est que le jury devrait traiter l'appellant plus sévèrement.

Pourtant, l'art. 745 fait autant partie du *Code* que les dispositions prévoyant l'inadmissibilité de 25 ans dans les cas de meurtre au premier degré. La réduction possible du délai d'inadmissibilité après 15 ans constitue un choix législatif que le jury doit accepter. Il est clair que le ministère public ne peut remettre ce choix en question en suggérant au jury qu'il s'agit d'un processus anormal, excessivement indulgent et contraire à ce qu'il prétend être l'intention du Parlement. Ceci équivaut à exhorter les jurés à ne pas prendre une décision conforme à la loi s'ils estiment que cette loi est mauvaise. Il est évidemment inacceptable qu'un avocat fasse une telle remarque aux jurés: *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, aux pp. 76-79; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701.

De la même manière, le procureur ne saurait répéter constamment que l'emprisonnement de 25 ans remplace la peine de mort, car c'est une invitation à contrecarrer la prétendue clémence excessive du Parlement par une sévérité que ne justifie pas le texte de l'art. 745. Le jury n'a pas à décider si les peines prévues par le Parlement sont trop ou trop peu sévères. Il doit se contenter d'appliquer le *Code*. La peine de mort n'y figure plus; au contraire, l'art. 745 assure à l'appellant le droit de demander la réduction du délai d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. On ne peut permettre à quiconque de saper l'équité de la procédure qui permet à l'appellant d'obtenir cette réduction, par des références constantes à la peine de mort.

De plus, le procureur de la Couronne a cherché à attirer l'attention du jury sur d'autres cas de meur-

ers who had used their parole to commit other murders. Thus, in questioning Antonio Jean, a psychologist employed by Correctional Service Canada, counsel put the following questions:

Q. You also mentioned, during the course of your evidence this morning, you made mention of the Rygrock Inquest. That was an inquest in Ottawa?

A. Yes, ma'am.

Q. And that, in fact, was an inquest involving an inmate who had been released to a half-way house and had subsequently murdered an employee of that half-way house?

A. Yes, ma'am.

Q. Okay. And, presumably, out of that inquest, [Corrections] Canada had reasons to look at some of its procedures, correct, in terms of the releasing of people? I'm not asking the details, but obviously they would review the procedures.

A. Very definitely.

Q. Okay. And, in fact, after that inquest and after that review was done, another inmate was released to a half-way house here in Toronto, Melvin Stanton. You're aware of him, aren't you?

A. Yes, ma'am.

Q. Okay. And, in fact, what followed from that was the murder, within a few hours of his release, of Tema Conter, correct?

A. Correct.

Q. So it seems that Corrections Canada does make mistakes, fair enough?

A. Your conclusion, ma'am.

Q. Could you agree with me, given those two inquests?

A. Do I have to?

Q. I'm just asking you to answer the question.

A. I suppose, like any other organization — I'm afraid to say what I have to say because it might be taken wrongly. Maybe the judicial system makes some mistakes too at times. It's human error.

triers qui ont profité de leur libération conditionnelle pour commettre d'autres meurtres. Ainsi, en interrogeant Antonio Jean, un psychologue attaché au Service correctionnel du Canada, le procureur a posé les questions suivantes:

[TRADUCTION] Q. En témoignant ce matin, vous avez mentionné aussi l'enquête Rygrock. C'est une enquête qui a eu lieu à Ottawa?

R. Oui, madame.

Q. Et il s'agissait en fait d'une enquête portant sur un détenu qui avait été libéré et placé dans une maison de transition et qui avait par la suite tué un employé de cette maison?

R. Oui, madame.

Q. Bon. Et il y a lieu de croire qu'à la suite de cette enquête, le Service correctionnel avait des motifs d'examiner certaines de ses procédures relatives aux mises en liberté, n'est-ce pas? Je ne vous demande pas d'entrer dans le détail, mais il est clair qu'il réexaminerait les procédures.

R. Très certainement.

Q. Bon. Et, en fait, après cette enquête et cet examen, un autre détenu, Melvin Stanton, a été libéré et placé dans une maison de transition ici à Toronto. Vous êtes au courant de son cas, n'est-ce pas?

R. Oui, madame.

Q. Bon. Et, en fait, à peine quelques heures après sa mise en liberté, il y a eu le meurtre de Tema Conter, est-ce exact?

R. C'est exact.

Q. Alors, il semble que le Service correctionnel commette des erreurs, n'est-ce pas?

R. C'est vous qui le dites, madame.

Q. Pourriez-vous être d'accord avec moi, compte tenu de ces deux enquêtes?

R. Est-ce qu'il le faut?

Q. Je vous demande simplement de répondre à la question.

R. Je suppose que, comme n'importe quelle organisation — j'hésite à dire ce que je dois dire parce que cela pourrait être mal interprété. Peut-être que le système judiciaire commet parfois des erreurs aussi. C'est humain.

Counsel broached the same subject in the examination of Allan Partington, a Correctional Service officer.

Similarly, in his opening statement he invited the jury to take into consideration cases of violence other than those of the appellant:

We read the papers. We open the headlines today and we see concerns about violence in our society, and, in particular, we hear concerns about violence against women. I want you, when you listen to that evidence, to bear in mind that you are here representing the best interests of this community as it pertains not only to Mr. Swietlinski but the broader issues that an application, such as this, brings to bear.

In his final submission he added the following:

Violence is, unfortunately, increasing in our community. Every time you turn on the news, read the headlines you hear either reports of or people worried about the issue of violence and, in particular, violence against women.

A lot of times people come into contact or read in the paper and hear, read or see on T.V. something that shocks them, and the facts of this case no doubt shocked you. Well, they have concerns about things going on in our society, and they think to themselves, "Someone should do something about that," and always the someone is someone off in the distance. For the purpose of this case, . . . you are the they. Consider that when you retire to reach your determination.

It is completely improper to invite the jury to consider isolated cases in which prisoners committed murder after being paroled. Even though the rules applicable in the s. 745 hearing are not as strict as in a criminal trial, the fact remains that the jury must consider only the applicant's case. Although the temptation may sometimes be very strong, the jury must not try the cases of other inmates or determine whether the existing system of parole is doing its job. The appellant should not be punished for the weaknesses of the system.

Le procureur a abordé le même sujet au cours de l'interrogatoire d'Allan Partington, un agent du Service correctionnel.

De même, dans son exposé introductif, il a invité le jury à prendre en considération d'autres cas de violence que celui de l'appellant:

[TRADUCTION] Nous lisons les journaux. Nous regardons les manchettes et constatons l'inquiétude suscitée par la violence dans notre société et, en particulier, par la violence contre les femmes. Je voudrais donc, quand vous entendrez ces témoignages, que vous vous souveniez que vous êtes appelés à agir au mieux des intérêts de la collectivité, non seulement dans le cas précis de M. Swietlinski, mais aussi dans le contexte des questions plus générales que soulève une demande comme celle dont il s'agit en l'espèce.

Dans son exposé final, il a ajouté ce qui suit:

[TRADUCTION] Malheureusement, la violence augmente dans notre société. On ne peut écouter les nouvelles ni lire les manchettes sans qu'il soit question de l'inquiétude des gens face à la violence, surtout la violence contre les femmes.

Bien souvent les gens apprennent, ou lisent dans les journaux ou entendent ou voient à la télévision, des choses qu'ils trouvent choquantes. Et les faits de cette affaire n'ont sans doute pas manqué de vous choquer. Alors, ils s'inquiètent de ce qui se passe dans notre société et ils se disent: «Il faudrait que quelqu'un fasse quelque chose.» Mais toujours ce quelqu'un est lointain. En l'espèce, toutefois [...] ce quelqu'un c'est vous. Pensez à cela quand vous vous retirerez pour rendre votre décision.

Il est totalement inapproprié d'inviter le jury à tenir compte de cas isolés où des prisonniers ont commis un meurtre après leur libération conditionnelle. Même si l'audition selon l'art. 745 n'obéit pas à des règles aussi strictes qu'un procès criminel, il n'en demeure pas moins que le jury doit se pencher uniquement sur le cas du requérant. Bien que la tentation puisse parfois être considérable, le jury ne doit pas juger le cas d'autres détenus ni déterminer si le système actuel de libération conditionnelle fait bien son travail. L'appellant ne devrait pas être puni pour les failles du système.

Furthermore, the other observations I have just referred to may have suggested to the jury that its function was in some way to solve the problem of violence in society. It is true that deterrence is one of the functions of the penalty and that it is therefore legitimate for the jury to take this factor into account when hearing an application under s. 745. However, the approach taken by counsel for the Crown was unacceptable. The jury cannot simply be referred to headlines in newspapers, which generally concern themselves with the worst crimes. Such a course could produce a disproportionate reaction in the jury by making it believe it could solve the problem of crime at one stroke and by giving the appellant's case the odour of a general threat. Such a tactic smacks of the *in terrorem* arguments disapproved by the Quebec Court of Appeal in *Vallières v. The Queen* (1969), 9 C.R.N.S. 24. In my view, it is possible to invite the jury to take the deterrent aspect of the penalty into account, but this should be done in the context of a general submission on the various functions performed by the penalty.

In a trial by jury it is usual for the judge to indicate to the jurors that they must base their decision solely on the evidence and that they should not read the newspapers while the trial is in progress. Sometimes drastic methods such as sequestering the jury or banning publication may be used to keep the jury free from undue influence by the media. That being the case, it is astonishing that counsel for the Crown could have invited the jury to do precisely what any good judge would tell it not to do. It is still more surprising that the trial judge did not react and rectify these remarks.

To sum up, I consider that the remarks of counsel for the Crown seriously compromised the fairness of the hearing. The judge's failure to reprimand him and to tell the jury that such remarks should not be taken into account only aggravates the lack of fairness. However, the respondent argued that this Court should dismiss the appeal because counsel for the appellant did not object to these remarks at trial. I cannot accept that argument. It is true that the absence of an objection is a

Par ailleurs, les autres remarques que je viens de citer ont pu laisser croire au jury qu'il avait en quelque sorte la mission de régler le problème de la violence dans la société. Il est vrai que la dissuasion est l'une des fonctions de la peine et qu'en conséquence, il est légitime que le jury tienne compte de ce facteur lorsqu'il entend une requête selon l'art. 745. Cependant, l'approche adoptée par le procureur de la Couronne était inacceptable. On ne peut mentionner au jury uniquement les manchettes des journaux, qui s'intéressent généralement aux pires des crimes. Procéder ainsi peut induire le jury à réagir de façon disproportionnée en croyant régler d'un seul coup le problème de la criminalité et en assimilant le cas de l'appelant à une menace générale. Une telle tactique s'apparente aux arguments *in terrorem* réprouvés par la Cour d'appel du Québec dans *Vallières c. The Queen* (1969), 9 C.R.N.S. 24. À mon avis, il est possible d'inviter le jury à tenir compte de l'aspect dissuasif de la peine, mais cela devrait se faire dans le contexte d'un exposé général sur les diverses fonctions que remplit la peine.

Dans un procès par jury, il est d'usage que le juge indique aux jurés qu'ils doivent fonder leur décision uniquement sur la preuve et qu'ils ne devraient pas lire les journaux pendant la durée du procès. Parfois, on peut même utiliser des moyens draconiens, comme la séquestration du jury ou les ordonnances de non-publication, afin de soustraire le jury à une influence indue des médias. Dans ce contexte, il est étonnant que le procureur de la Couronne ait pu inviter le jury à faire précisément ce que tout bon juge lui dit de ne pas faire. Il est encore plus étonnant que le juge de première instance n'ait pas réagi pour corriger ces remarques.

En résumé, je suis d'avis que les remarques du procureur de la Couronne ont gravement compromis l'équité de l'audition. Le fait que le juge ne l'ait pas rappelé à l'ordre et indiqué au jury qu'il ne fallait pas tenir compte de ces remarques n'a fait qu'aggraver cette inéquité. L'intimé soutient cependant que nous devrions rejeter l'appel puisque l'avocat de l'appelant ne s'est pas opposé à ces remarques en première instance. Je ne peux pas accepter cet argument. Il est vrai que l'absence

factor which an appellate court may take into account in deciding whether to dismiss an appeal. In the case at bar, however, the hearing was unfair. The trial judge had a duty to ensure that the hearing was fair: *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, at p. 532 (*per* La Forest J.); *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at p. 461 (*per* L'Heureux-Dubé J.). Since he did not do so, this Court must intervene, whether counsel for the appellant objected or not.

I would allow the appeal for this reason alone. This conclusion is made all the more necessary when we take into account the Court's errors in compartmentalizing the burden of proof and in the review of the evidence, although those errors by themselves are not sufficiently serious to justify a re-hearing.

2. Distinction Between Present and Past Character: Burden of Proof

The common error disclosed by the first two grounds of appeal is an excessive compartmentalization of the various factors listed in s. 745(2) that the jury must take into account in arriving at its decision.

The judge's first error was to limit his discussion of the appellant's character to matters prior to or contemporaneous with the murder. He made no reference to the changes in the appellant's character since his imprisonment. As I mentioned, however, the purpose of the s. 745 proceeding is to reassess the penalty imposed on the offender by reference to the way his or her situation has evolved in 15 years. The judge should therefore have mentioned both the appellant's past and present character.

The second error results from the following observation by the judge, made at the start of the part of his charge dealing with conduct while serving sentence:

Ladies and gentlemen, it is for you to say, but it would seem that the evidence establishes for you, on the balance of probabilities, that Roman Swietlinski was a

d'objection constitue un facteur dont une Cour d'appel peut tenir compte pour décider s'il y a lieu de rejeter un appel. En l'espèce toutefois, l'audition a été inéquitable. Le juge du procès avait le devoir de veiller à garantir l'équité du procès: *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, à la p. 532 (le juge La Forest); *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, à la p. 461 (le juge L'Heureux-Dubé). Puisqu'il ne l'a pas fait, notre Cour doit intervenir, que l'avocat de l'appellant ait fait objection ou non.

Pour cette seule raison, j'accueillerais l'appel. Cette conclusion s'impose d'autant plus si l'on tient également compte des erreurs du juge quant à la compartimentation du fardeau de la preuve et quant à la revue de la preuve, bien que ces erreurs, à elles seules, ne soient pas d'une gravité suffisante pour justifier une nouvelle audition.

2. La distinction entre le caractère présent et passé; le fardeau de preuve

L'erreur commune révélée par les deux premiers moyens d'appel est une compartimentation excessive des divers facteurs énumérés au par. 745(2) dont le jury doit tenir compte pour parvenir à sa décision.

La première erreur du juge est d'avoir limité sa discussion du caractère de l'appellant à des éléments antérieurs au meurtre ou contemporains du meurtre. Il n'a pas fait allusion aux changements survenus dans le caractère de l'appellant depuis son incarcération. Pourtant, comme je l'ai mentionné, le processus de l'art. 745 vise à réévaluer la peine imposée au délinquant en fonction de l'évolution de sa situation depuis 15 ans. Il aurait donc fallu faire mention du caractère tant passé que présent de l'appellant.

La deuxième erreur découle de la remarque suivante du juge, faite au début de la partie de son exposé qui traite de la conduite durant la peine:

[TRADUCTION] Mesdames et messieurs, c'est à vous d'en décider, mais il semble que la preuve établisse selon la prépondérance des probabilités que Roman Swietlinski a

model prisoner after he emerged from the 25 days in "the hole" at Millhaven penitentiary back in 1979 or 1980.

The judge expressed no similar opinion as to the other two factors mentioned in s. 745(2).

It is true that a judge may always give his or her opinion on the facts, so long as he or she makes it clear to the jurors that the final decision is theirs. However, this comment could have led the jury to think that the three factors mentioned in s. 745(2) were separate and that each had to be "established" . . . on the balance of probabilities". As I have shown, this is not a very suitable approach in the case of a discretionary decision. The jury could have thought, in reliance on this comment, that it had to arrive at a decision favourable to the appellant on each of the three criteria.

3. Summary of Psychiatric Evidence

The appellant's psychiatric condition was one of the major questions raised in the court below. The points especially in dispute were the possibility that the appellant suffers from sexual sadism and the possibility of successful psychiatric treatment. Simplifying somewhat, it can be said that Dr. Dickey's testimony was very unfavourable to the appellant while the testimony of Mr. Jean, Drs. Wood-Hill and Quirt was favourable.

The trial judge undertook a lengthy review of the psychiatric evidence. It was probably not necessary to do this in so much detail. The issues were relatively straightforward. The expert testimony was fresh in the minds of the jurors. Moreover, each juror had a copy of the written reports available to him or her. However, when the trial judge considers it necessary or desirable to make such a review, he or she should not unduly devote greater attention to the aspects of the evidence that favour one party, yet this is what the trial judge did here. The judge placed his emphasis on Dr. Dickey's testimony, noting his professional qualifications and repeating certain parts of his testimony word for word. On the other hand, the judge made no

été un détenu modèle après avoir passé 25 jours au «mitard» au pénitencier de Millhaven en 1979 ou 1980.

Le juge n'a pas exprimé d'opinion semblable quant aux deux autres facteurs mentionnés au par. 745(2).

Il est vrai qu'un juge peut toujours donner son opinion quant aux faits, pour autant qu'il rappelle aux jurés que la décision finale leur appartient. Cependant, cette remarque pouvait amener le jury à croire que les trois facteurs mentionnés au par. 745(2) constituent des éléments séparés et que chacun doit être «établi[t] selon la prépondérance des probabilités». Comme je l'ai montré, il s'agit là d'une approche peu appropriée dans le cas d'une décision discrétionnaire. Suite à cette remarque, le jury a pu croire qu'il devait arriver à une décision favorable à l'appellant sur chacun des trois critères.

3. Le résumé de la preuve psychiatrique

L'état psychiatrique de l'appellant a été l'une des questions majeures soulevées en première instance. Les points particulièrement controversés étaient la possibilité que l'appellant souffre de sadisme sexuel et les chances de succès d'un traitement psychiatrique. En simplifiant un peu, on pourrait dire que le témoignage du Dr Dickey était très défavorable à l'appellant, alors que ceux de M. Jean et des Drs Wood-Hill et Quirt lui étaient favorables.

Le juge de première instance a entrepris une longue revue de la preuve psychiatrique. Il n'était probablement pas nécessaire de le faire avec autant de détail. Les questions en jeu étaient relativement simples. Les témoignages des experts étaient frais à la mémoire des jurés. De plus, chaque juré disposait d'une copie des rapports écrits. Cependant, lorsque le juge du procès estime nécessaire ou souhaitable de faire une telle revue, il ne doit pas indûment accorder une attention plus grande aux éléments de preuve qui favorisent une partie. C'est pourtant ce qu'il a fait ici. Le juge a mis l'accent sur le témoignage du Dr Dickey, rappelant ses qualifications professionnelles et répétant mot pour mot certaines parties de son témoignage. Par con-

mention at all of the testimony of Mr. Jean or Drs. Wood-Hill and Quirt. He simply mentioned short extracts from the written reports of Drs. Wood-Hill and Quirt. Though I am sure it was not intentional, the judge did nevertheless favour the respondent in his summation of the evidence. As an illustration, it can be pointed out that the review of Dr. Dickey's testimony took up 15 pages of the transcript of the charge to the jury while the passage from Dr. Wood-Hill's report extended only for a page and a half.

C. Admissibility of Victim's Statements

As I feel that a re-hearing should be ordered, I think it is worth dealing with the question of the admissibility of statements by members of the victim's family. The respondent will undoubtedly seek to introduce such statements at that hearing. Additionally, since there is no right of appeal to the Court of Appeal, the appeal to this Court is the only opportunity to introduce uniformity into the rulings of the superior courts on this point.

In *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, this Court set out the general rules governing evidence at a sentencing hearing. Dickson J. (as he then was) noted that the rules which applied to evidence at trial had been made more flexible: now, for example, hearsay evidence can be admitted if it is credible and reliable.

A section 745 hearing differs from an initial hearing in many respects. However, the purpose of both is to determine the length of sentence. Consequently, evidence should be governed by similar rules. It is well known that the victim's testimony is admissible at a hearing on sentencing: see, e.g., *R. v. Landry* (1981), 61 C.C.C. (2d) 317 (N.S.C.A.). Since s. 745(2) states that the nature of the offence is one of the criteria the jury must take into account, it is clear that the victim's testimony is relevant and admissible at such a hearing. Since the ordinary rules of evidence have been loosened, this testimony can be presented by means of a written statement. Of course, such a statement should only contain relevant information. Counsel

tre, le juge n'a pas du tout mentionné les témoignages de M. Jean et des Drs Wood-Hill et Quirt. Il s'est contenté de mentionner de courts extraits des rapports écrits des deux derniers. Le juge, non pas de façon intentionnelle, j'en suis sûr, a néanmoins favorisé l'intimé en résumant la preuve. À titre d'illustration, on peut mentionner que la revue du témoignage du Dr Dickey occupe 15 pages de la transcription des directives au jury, alors que l'extrait du rapport du Dr Wood-Hill ne fait qu'une page et demie.

C. L'admissibilité des déclarations des victimes

Étant donné que je suis d'avis d'ordonner une nouvelle audition, j'estime qu'il est utile de trancher la question de l'admissibilité des déclarations des membres de la famille de la victime. En effet, l'intimé cherchera sans doute à introduire de telles déclarations à cette audition. Par ailleurs, puisqu'il n'y a pas de droit d'appel à la Cour d'appel, le pourvoi devant notre Cour est la seule occasion d'uniformiser la jurisprudence des cours supérieures sur ce sujet.

Dans *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, notre Cour a énoncé les principes généraux qui régissent la preuve lors d'une audition pour déterminer la peine. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a souligné que les règles qui s'appliquaient à la preuve lors du procès avaient été assouplies. Maintenant, p. ex., la preuve par oui-dire peut être admise si elle est crédible et fiable.

L'audition selon l'art. 745 est différente de l'audition initiale à maints égards. Cependant, toutes deux ont pour fonction de déterminer la durée de la peine. En conséquence, la preuve devrait être régie par des règles semblables. Il est bien connu que le témoignage de la victime est admissible lors de l'audition relative à la peine. Voir, p. ex., *R. c. Landry* (1981), 61 C.C.C. (2d) 317 (C.A.N.-É.). Puisque le par. 745(2) énonce que la nature de l'infraction est l'un des critères dont le jury doit tenir compte, il est évident que le témoignage de la victime est pertinent et admissible lors d'une telle audition. Comme les règles ordinaires de preuve ont été assouplies, ce témoignage peut se faire au moyen d'une déclaration écrite. Bien entendu, une

for the Crown clearly cannot use it in an attempt to introduce the type of remarks which I earlier condemned.

I therefore consider that the trial judge made an error in refusing to admit statements by members of the victim's family.

VI. Judgment

The appellant did not get the fair hearing to which he was entitled. The appeal is therefore allowed and a re-hearing ordered in accordance with these reasons.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé, Iacobucci and Major JJ. were delivered by

MAJOR J. (dissenting) — I have read the reasons of the Chief Justice and agree with him except with respect to the effect of the statements made by Crown counsel and his conclusion that victim impact statements are always admissible at s. 745 hearings. As a result I would dismiss the appeal.

A section 745 parole eligibility review hearing is neither a criminal trial nor a sentencing review hearing. The applicant's guilt has already been determined and his sentence fixed according to the mandatory penalties in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (first degree murder) or by a judge (second degree murder). Section 745 empowers 12 jurors, who represent the community and its conscience (*R. v. Nichols* (1992), 71 C.C.C. (3d) 385 (Alta. Q.B.)), to determine whether the applicant deserves clemency or leniency in the form of a reduction in his or her parole ineligibility.

Section 745 "is unique because it authorizes the modification of a provision of the law otherwise than by royal prerogative or legislative action": *R. v. Nichols*, *supra*, at p. 386. Under its provisions the jury is empowered to order a reduction in parole eligibility (s. 745(4)); only two thirds of the

telle déclaration ne doit contenir que des informations pertinentes. Le procureur de la Couronne ne saurait s'en servir pour tenter d'introduire le genre de remarques que j'ai dénoncées plus haut.

J'estime donc que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a refusé d'admettre les déclarations des membres de la famille de la victime.

b VI. Dispositif

L'appelant n'a pas obtenu l'audition équitable à laquelle il avait droit. L'appel est donc accueilli et une nouvelle audition est ordonnée, conformément aux présents motifs.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — J'ai lu les motifs du Juge en chef et je partage son avis, sauf en ce qui concerne l'effet des déclarations du ministère public et la conclusion que les déclarations des victimes sont toujours admissibles dans le cadre d'une audition visée à l'art. 745. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

L'audition prévue à l'art. 745 pour l'examen de l'admissibilité à la libération conditionnelle n'est ni un procès criminel ni une audition de révision de la peine. En effet, la culpabilité du requérant a déjà été établie et sa peine fixée soit en fonction des peines obligatoires prévues au *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (dans le cas du meurtre au premier degré), soit par le juge (dans le cas du meurtre au deuxième degré). L'article 745 habilite 12 jurés, représentant la communauté et la conscience collective (*R. c. Nichols* (1992), 71 C.C.C. (3d) 385 (B.R. Alb.)), à déterminer si le requérant mérite une mesure de clémence ou d'indulgence, c.-à-d. une réduction de la durée de son inadmissibilité à la libération conditionnelle.

L'article 745 [TRADUCTION] «a ceci de particulier qu'il autorise la modification d'une disposition législative autrement que par l'exercice de la prérogative royale ou par une mesure législative»: *R. c. Nichols*, précité, à la p. 386. Aux termes de cet article, le jury est investi du pouvoir d'ordonner la

jury need be convinced of the verdict (s. 745(2)); and the burden of proof lies with the applicant to establish that he deserves to be treated with clemency on the balance of probabilities: *R. v. Vaillancourt* (1988), 43 C.C.C. (3d) 238 (Ont. H.C.).

Section 745 only entitles a successful applicant to apply to the Parole Board for early parole; there is no guarantee that parole will be granted. Thus, the s. 745 jury is not empowered in any respect "to determine the length of sentence" contrary to the view expressed by the Chief Justice.

A jury seised of a parole eligibility review application must consider (1) the applicant's character; (2) the applicant's conduct while serving his or her sentence; (3) the nature of the offence for which the applicant was convicted; and (4) such other matters as the presiding judge deems relevant: *Code*, s. 745(2). While some sentencing principles, relating to rehabilitation and public protection will inevitably enter into the jurors' minds as they consider character, conduct and the nature of the offence, sentencing principles, e.g., rehabilitation, deterrence, denunciation — should not play any significant role at the hearing. Parliament has not seen fit to incorporate traditional principles of sentencing into s. 745, and it would be wrong for this Court to read any such principles into the section.

Given the broad nature of the discretionary powers conferred upon the jury, there is little scope for this Court to interfere with the jury's determination on an appeal. It may, however, review the conduct of the presiding judge in directing the proceedings and in charging the jury. I agree with the Chief Justice that the Court's role in undertaking such a review must be to determine whether the applicant had a fair hearing. In view of the nature of the proceedings, and in particular the fact that the ultimate determination is made by the jury

réduction de la durée de l'inadmissibilité à la libération conditionnelle (par. 745(4)), la décision peut être prise par les deux tiers seulement des jurés (par. 745(2)), et il incombe au requérant de prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il mérite la clémence: *R. c. Vaillancourt* (1988), 43 C.C.C. (3d) 238 (H.C. Ont.).

L'article 745 n'accorde au requérant qui obtient gain de cause que le droit de demandeur à la Commission des libérations conditionnelles la libération conditionnelle anticipée; rien ne garantit qu'il sera accédé à sa demande. Donc, aux fins de l'art. 745, le jury ne détient aucun pouvoir «de déterminer la durée de la peine», contrairement au point de vue qu'a exprimé le Juge en chef.

Le jury saisi d'une demande de révision de l'admissibilité à la libération conditionnelle doit prendre en considération (1) le caractère du requérant, (2) sa conduite durant l'exécution de sa peine, (3) la nature de l'infraction pour laquelle il a été condamné, et (4) tout ce que le juge présidant l'audience estime utile: *Code*, par. 745(2). Certains principes applicables à la détermination de la peine, savoir la réinsertion du détenu et la protection du public, viennent inévitablement à l'esprit des jurés lorsqu'ils se penchent sur le caractère et la conduite du détenu et sur la nature de l'infraction, mais les principes applicables à la détermination de la peine (p. ex., la réinsertion, la dissuasion et la dénonciation) ne devraient pas jouer un rôle de premier plan à l'audience. En effet, le Parlement n'a pas cru bon d'inclure à l'art. 745 les principes traditionnels en matière de détermination de la peine et notre Cour aurait tort d'y introduire de tels principes.

Compte tenu de la large portée des pouvoirs discrectionnaires conférés au jury, notre Cour n'a que peu de latitude, dans le cadre d'un pourvoi, de toucher à la conclusion du jury. Il nous est toutefois loisible d'examiner la façon dont le juge s'est conduit en présidant les débats et en donnant ses directives au jury. Je conviens avec le Juge en chef que notre rôle, lorsque nous procédons à un tel examen, doit consister à décider si le requérant a eu une audition équitable. Compte tenu de la nature des procédures et notamment de ce que la détermi-

based on a range of open-ended factors, deficiencies that might lead to unfairness in a criminal trial will not necessarily have the same effect in a s. 745 hearing. For example, it has been held that placing the persuasive onus on an applicant under s. 745 does not violate the presumption of innocence protected in s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: *R. v. Vaillancourt*, *supra*.

It is in light of these considerations that an analysis of the appellant's grounds of appeal should be made. I agree with the Chief Justice that standing alone the deficiencies, in the presiding judge's instructions on the burden of proof and his review of the psychiatric evidence were not sufficiently serious to justify a re-hearing, and I cannot add anything to that conclusion.

However, I disagree with the conclusion that the inappropriate comments made by Crown counsel were sufficient in their cumulative effect to require a new hearing. I also disagree that the presiding judge erred in refusing to admit victim impact statements in this case.

A. Inappropriate Language by Counsel for the Crown

Evidence is admissible only if it is (1) relevant and (2) not subject to exclusion under any other clear rule of law or policy: Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 21. However, the trier of law retains a discretion to exclude relevant and admissible evidence if its prejudicial effect exceeds its probative value, such that its admission would impact on the fairness of the trial: *ibid.*, at pp. 28-33; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at pp. 729-36; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, at p. 532, and *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at p. 461.

In this case, several of the comments made by Crown counsel which are now attacked as inflammatory were relevant and substantially probative to

nation se fait en dernière analyse par le jury en fonction d'une série de facteurs de portée indéterminée, les vices susceptibles de rendre inéquitable un procès criminel n'auront pas nécessairement le même effet dans le contexte d'une audience visée à l'art. 745. Ainsi, on a statué que, dans ce dernier cas, imposer le fardeau de persuasion au requérant ne va pas à l'encontre de la présomption d'innocence énoncée à l'art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*: *R. c. Vaillancourt*, précité.

C'est à la lumière de ces considérations qu'il convient d'analyser les moyens d'appel de l'appellant. Tout comme le Juge en chef, j'estime que les vices que comportent les directives du juge relativement au fardeau de preuve ainsi que son examen de la preuve psychiatrique ne sont pas suffisamment graves pour justifier la tenue d'une nouvelle audition, et je ne puis rien ajouter à cette conclusion.

Je ne souscris cependant pas à la conclusion selon laquelle les observations inappropriées du procureur de la Couronne, de par leur effet cumulatif, exigent la tenue d'une nouvelle audition. Je ne crois pas non plus que le juge qui présidait a commis une erreur en refusant d'admettre en l'espèce les déclarations des victimes.

A. Les propos inappropriés du procureur de la Couronne

Une preuve n'est admissible que si (1) elle est pertinente et (2) n'est exclue par aucune règle non équivoque de droit ou de politique générale: Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 21. Le juge du droit conserve néanmoins le pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve pertinente et admissible si son effet préjudiciable dépasse sa valeur probante de manière à ce que son admission compromette l'équité du procès: *ibid.*, aux pp. 28 à 33; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, aux pp. 729 à 736; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, à la p. 532; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, à la p. 461.

En l'espèce, plusieurs observations du procureur de la Couronne, que l'on prétend incendiaires, étaient pertinentes et avaient essentiellement une

the issues in the case. References to the relative comforts of the Beaver Creek Institution were relevant to the jury's assessment of whether the appellant's conduct varied with his institutional setting. Defence counsel took a similar tactic when she cross-examined the appellant's parole officer on the issue of the violent setting at the Millhaven and Collins Bay institutions. Additionally, the cross-examination about cases where inmates of halfway houses have killed was relevant to the jury's assessment of the accuracy of the evidence tendered by members of the correctional community and of the Parole Board's decision-making processes. While such a line of questioning might be inappropriate in a criminal trial, the jury at a s. 745 hearing should, in the circumstances of this case, be entitled to consider the likelihood of an error by the National Parole Board. Therefore, it cannot be said that the presiding judge had a duty to exclude Crown counsel's comments or questioning regarding the Beaver Creek institution or infamous cases of recidivism by paroled offenders nor can it be said that his failure to exclude these statements had any effect on the fairness of the hearing.

Other comments made by Crown counsel had little relevance to issues at the review hearing. In particular, Crown counsel's repeated references to the death penalty and his comments about violence in society were irrelevant to the jury's deliberations. However, the prejudicial effect of these comments was eradicated by the following statements made by the presiding judge in his charge to the jury:

As you know, public debate on the subject of capital punishment still comes to the fore from time to time. There are those who think it should be brought back. By the same token, there are those who argue that the 25 year non-eligibility period in the Criminal Code is much too harsh as it destroys all hope for the convicted per-

valeur probante à l'égard des questions en litige. Les mentions du confort relatif de l'établissement de Beaver Creek étaient pertinentes relativement à la détermination par le jury si la conduite de l'appelant variait en fonction de l'établissement où il se trouvait. L'avocat de la défense a adopté une tactique analogue en contre-interrogeant le surveillant de liberté conditionnelle de l'appelant au sujet du climat de violence aux établissements de Millhaven et de Collins Bay. En outre, le contre-interrogatoire portant sur des cas où des détenus habitant dans des maisons de transition ont commis l'homicide était pertinent à l'égard de l'évaluation par le jury de l'exactitude de la preuve produite par des membres des services correctionnels et des processus décisionnels de la Commission des libérations conditionnelles. Quoique ce genre de questions puissent être hors de propos dans un procès criminel, il devrait être permis au jury de l'audition selon l'art. 745 de considérer, dans les circonstances de l'espèce, la possibilité que la Commission des libérations conditionnelles a commis une erreur. Par conséquent, on ne peut prétendre qu'il incombait au juge d'écarter certains commentaires ou questions du procureur de la Couronne relativement à l'établissement de Beaver Creek ou aux cas tristement notoires de récidive de contrevenants en liberté conditionnelle. On ne saurait davantage soutenir que l'omission du juge d'écarter ces déclarations a nui le moins à l'équité de l'audition.

D'autres observations par le procureur de la Couronne n'avaient que peu de rapport avec les questions soulevées à l'audition d'examen. En particulier, ses fréquentes mentions de la peine de mort et ses commentaires concernant la violence dans la société n'avaient aucune pertinence relativement aux délibérations du jury. Leur effet préjudiciable a toutefois été neutralisé par les observations suivantes faites par le juge dans ses directives au jury:

[TRADUCTION] Comme vous le savez, il arrive encore parfois que le débat public sur la peine capitale soit rouvert. Certains pensent qu'il faudrait rétablir la peine de mort. D'autres soutiennent que le délai de 25 ans préalable à l'admissibilité à la libération conditionnelle que prescrit le Code criminel est bien trop sévère puisqu'elle

son. Again, there are those who argue that the 15 year judicial review is that ray of hope held out to persons convicted of first degree murder.

At a different time and different place, you are entitled to hold any one or more of those views. However, in the jury room, you are to cast aside any preconceived ideas, notions and philosophies and deal with this case as you are required to do so by law under the dictates of Section 745 of the Criminal Code.

In other words, in the jury room, there is no room for "soap boxes" and no one should be riding any favourite "hobby horse." The jury room is not the place for a philosophizer. You are here as judges of the facts. You are not here as law reformers.

Other comments made by Crown counsel relating to the plight of the victim's family, the fact that the victim received no second chances and the secrecy of the parole process also had minimal relevance or probative value in the proceedings. Had this been a criminal trial, these statements would have required close scrutiny as there the burden lies with the Crown to prove every element of the offence. The admission of any prejudicial evidence might render the proceedings unfair to the accused. However, in parole eligibility review proceedings, where the burden lies with the applicant to prove that he or she deserves clemency on the balance of probabilities, and where a number of factors are weighed together by the jurors in their discretion, the same danger does not exist. A discretionary decision may still provide a fair hearing even though some of the evidence relied upon was arguably unfair.

In determining whether the accused had a fair hearing in a parole eligibility application, the whole of the proceedings rather than individual aspects of evidence or incidents must be reviewed. This Court's role in reviewing a s. 745 decision is to consider the cumulative effect of the impugned evidence on the fairness of the proceedings.

enlève tout espoir au condamné. D'autres encore prétendent que le contrôle judiciaire après 15 ans représente précisément une lueur d'espoir pour les personnes reconnues coupables de meurtre au premier degré.

^a Dans un contexte autre que celui-ci, vous auriez droit d'épouser un ou plusieurs de ces points de vue. Mais dans la salle des jurés, vous devez vous départir de toute idée, notion ou philosophie préconçue et trancher l'affaire de la façon dont vous êtes tenus de le faire aux termes de l'art. 745 du Code criminel.

^b Autrement dit, la salle des jurés n'est pas une «tribune» où on exprime une «marotte». Ce n'est pas un lieu pour philosopher. Votre rôle est celui de juge des faits et non pas de réformateurs de la loi.

^c Certaines autres observations du procureur de la Couronne concernant la situation pitoyable de la famille de la victime, le fait que la victime n'a pas eu de seconde chance et le secret qui caractérise le processus de la libération conditionnelle n'avaient elles non plus qu'une pertinence ou une valeur probante minimes dans les procédures. S'il s'était agi d'un procès criminel, il aurait fallu examiner minutieusement ces déclarations car, au procès, il incombe au ministère public de prouver chaque élément de l'infraction. L'admission d'une preuve préjudiciable risquerait d'entraîner une injustice pour l'accusé. Par contre, le même danger n'existe pas dans les procédures d'examen de l'admissibilité à la libération conditionnelle, où c'est sur le requérant que repose le fardeau de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il mérite la clémence et où les jurés exercent leur pouvoir discrétionnaire en soupesant nombre de facteurs. Il peut tout de même y avoir eu audition équitable dans un cas où la décision a fait suite à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire même si on pourrait qualifier d'inéquitables certains éléments de preuve retenus.

^d Pour déterminer si l'accusé a bénéficié d'une audition équitable dans le cadre d'une demande d'admissibilité à la libération conditionnelle, c'est l'ensemble des procédures et non pas certains aspects de la preuve ou incidents particuliers qu'il faut examiner. En examinant une décision rendue en vertu de l'art. 745, notre Cour doit considérer l'effet cumulatif qu'ont les éléments de preuve contestés sur l'équité des procédures.

In the present case, the judge advised the jurors repeatedly that they were to assess only the three factors enumerated in s. 745(2) of the *Code*, i.e., the appellant's character, his conduct while serving his sentence, and the nature of the offence. These same factors were set out on the jury information sheet distributed to the jurors, which read:

PART I

(a) Are you satisfied by a preponderance of credible evidence, having regard to:

(i) the character of the Applicant

and

(ii) his conduct while serving his sentence

and

(iii) the nature of the offence for which he was convicted,

that the Applicant's number of years of imprisonment without eligibility for parole should be reduced?

Please answer: "YES" or "NO"

As outlined above, the impugned comments of Crown counsel had only a limited relevance to these three enumerated factors. There was little risk that the statements relating to the victim, her family or the secrecy of the parole process, would have any significant effect on the jury's deliberations. It is clear to me that the judge's directions put the jury's obligations squarely before them. As a result, in spite of the Crown's language there was no threat to the fairness of the hearing.

The appellant submitted before this Court that the inflammatory language used by Crown counsel rendered the proceedings fundamentally unfair. Ironically, however, defence counsel did not take that position at the hearing as no objection was raised to the language of the Crown. The only objection occurred when Crown counsel began to examine plans for renovating the Beaver Creek institution, a matter that clearly had no relevance. In fact, the appellant did not even raise the "inflammatory language" issue in his application for leave to appeal. The failure to object indicates

En l'espèce, le juge a informé les jurés à plusieurs reprises qu'ils devaient se borner à l'examen des trois facteurs énumérés au par. 745(2) du *Code*, c'est-à-dire le caractère du requérant, sa conduite durant l'exécution de sa peine et la nature de l'infraction. Ces mêmes facteurs figuraient sur la feuille d'information remise aux jurés, qui était ainsi libellée:

[TRADUCTION] PARTIE I

a) Êtes-vous convaincus selon la prépondérance de la preuve crédible se rapportant

(i) au caractère du requérant,

(ii) à sa conduite durant l'exécution de sa peine,

(iii) à la nature de l'infraction pour laquelle il a été condamné,

qu'il y a lieu de réduire le délai préalable à la libération conditionnelle du requérant?

Veuillez répondre «OUI» ou «NON»

Comme je l'ai indiqué plus haut, les observations reprochées au procureur de la Couronne n'avaient qu'une pertinence limitée relativement aux trois facteurs énumérés. Il y avait peu de risque que les déclarations concernant la victime, sa famille et le secret entourant le processus de la libération conditionnelle aient un effet appréciable sur les délibérations du jury. Il me paraît évident que, dans ses directives, le juge a bien fait comprendre aux jurés les obligations leur incombant. Par conséquent, malgré le langage tenu par le ministère public, l'équité de l'audition n'a pas été compromise.

L'appellant a fait valoir devant notre Cour que les propos incendiaires du procureur de la Couronne ont rendu les procédures fondamentalement inéquitables. Chose ironique, cependant, l'avocat de la défense n'a pas invoqué cet argument à l'audience, aucune objection n'ayant été soulevée aux propos du ministère public. Il n'y a eu d'objection qu'au moment où le procureur de la Couronne s'est mis à examiner des projets de rénovation de l'établissement de Beaver Creek, qui étaient manifestement sans pertinence. De fait, l'appellant n'a même pas soulevé la question des «propos incen-

that the statements made by the Crown in the context of the hearing were not regarded as prejudicial. These isolated comments, scattered throughout the 600-page transcript, were seen at the time as not sufficient to warrant even an objection.

While a failure to object is not determinative, it is a circumstance which may be considered by an appellate court in dismissing an appeal: *Imrich v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 622; *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821; *R. v. Lomage* (1991), 2 O.R. (3d) 621 (C.A.). In the present case, the failure to object demonstrates that the language used by Crown Counsel did not have the cumulative prejudicial effect discussed by the Chief Justice.

I am satisfied that in spite of the language complained of, the jurors were made aware of their responsibility and understood the nature of what they were doing. It is difficult to conclude that the irregularities complained of had any effect on the jury's assessment of whether the accused had satisfied the jury that he was in the circumstances entitled to a reduction in his parole eligibility.

I would therefore reject the appellant's fifth ground of appeal.

B. Victim Impact Statements

The presiding judge at the appellant's s. 745 hearing held that victim impact statements were not admissible ((1992), 73 C.C.C. (3d) 376 (Ont. Ct., Gen. Div.) at p. 380), for two reasons. First, he ruled that the victim impact statements tendered in this case did not constitute "relevant matters" within the meaning of s. 745(2) of the *Code*. He wrote at p. 380:

As I read s. 745(2), evidence by way of the proposed victim impact statements does not form part of the relevant matters enunciated by s. 745(2). [Emphasis added.]

diaires» dans sa demande d'autorisation de pourvoi. L'absence d'objection laisse penser que les déclarations faites par le ministère public dans le contexte de l'audition n'ont pas été perçues comme préjudiciables. On a estimé à l'époque que ces observations isolées, éparpillées dans une transcription de 600 pages, ne suffisaient même pas pour justifier une objection.

Bien que l'absence d'objection ne soit pas déterminante, il s'agit d'une circonstance dont un tribunal d'appel peut tenir compte pour rejeter l'appel: *Imrich c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 622; *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821; *R. c. Lomage* (1991), 2 O.R. (3d) 621 (C.A.). En l'espèce, le fait de ne pas avoir soulevé d'objection démontre que les propos du procureur de la Couronne n'ont pas eu l'effet préjudiciable cumulatif dont a parlé le Juge en chef.

Je suis convaincu que, malgré les propos contestés, les jurés ont été informés de leur obligation et comprenaient la nature de ce qu'ils faisaient. On peut difficilement conclure que les irrégularités invoquées ont influencé de quelque façon le jury lorsqu'il déterminait si l'accusé l'avait convaincu qu'il avait droit, dans les circonstances, à la réduction de la durée de son inadmissibilité à la libération conditionnelle.

Je suis en conséquence d'avis de rejeter le cinquième moyen de l'appellant.

B. Les déclarations des victimes

Le juge qui a présidé l'audience tenue en vertu de l'art. 745 a conclu que les déclarations des victimes ((1992), 73 C.C.C. (3d) 376 (C. Ont., Div. gén.) à la p. 380) étaient inadmissibles pour deux raisons. D'abord, selon lui, les déclarations des victimes produites en l'espèce n'étaient pas «utiles» au sens du par. 745(2) du *Code*. Il a écrit (à la p. 380):

[TRADUCTION] Selon mon interprétation du par. 745(2), la preuve que représentent les déclarations des victimes dont on propose la production ne fait pas partie des éléments utiles visés dans ce paragraphe. [Je souligne.]

As well he held that victim impact statements are in all cases inadmissible in a s. 745 hearing, stating as follows at p. 380:

... the victim impact statement is something to be presented to the judge while she/he is hearing evidence and submissions prior to the imposition of sentence. We are now 15 years after the date of the sentencing.

Moreover, the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Vaillancourt*, *supra*, at p. 551, said: "In my opinion, the proceedings pursuant to s. 745 cannot be said to be a part of the sentencing process ...".

In my view, the presiding judge erred in ruling that victim impact statements are at all times inadmissible at a s. 745 hearing. Evidence of the impact of a crime on the victim clearly has no relevance to a jury's assessment of an applicant's conduct while in custody or of his character under s. 745(2). To the extent that the impact on the victim is relevant to the third enumerated factor in s. 745(2) — the nature of the offence — this relevance will usually, but not always, have been exhausted at the applicant's initial sentencing hearing. The victim's suffering in the years since the crime was committed does nothing to alter the nature of the offence, and should not automatically be admitted into evidence for this purpose.

However, it would seem to be permissible for a judge presiding at a s. 745 parole eligibility hearing to receive victim impact statements in exercising the discretion to permit the jury to hear evidence of "such other matters as the judge deems relevant in the circumstances" in s. 745(2) of the *Code*. Whether a judge chooses to exercise the discretion to admit victim impact statements will depend on the circumstances of the particular case. A judge should be cautious in admitting such statements, for to focus the jury on the victim, some 15 years after the crime was committed, is to invite the jury to assess the appropriateness of the applicant's sentence in terms of its retribution, denunci-

Le juge a conclu en outre que les déclarations des victimes sont toujours inadmissibles dans le cadre d'une audience tenue en vertu de l'art. 745, à la p. 380:

[TRADUCTION] ... la déclaration de la victime est à présenter au juge lorsqu'il entend les témoignages et les observations avant la fixation de la peine. Or, 15 ans se sont écoulés depuis la fixation de la peine.

Qui plus est, la Cour d'appel de l'Ontario a dit, dans *R. c. Vaillancourt*, précité, à la p. 551: «À mon avis, la procédure visée à l'art. 745 ne saurait être considérée comme s'inscrivant dans le processus de détermination de la peine ...».

À mon avis, le président du tribunal a commis une erreur en statuant que les déclarations des victimes sont toujours inadmissibles dans le cadre d'une audience tenue en vertu de l'art. 745. De toute évidence, la preuve relative à l'effet d'un crime sur la victime n'a aucune pertinence relativement à l'appréciation par le jury du caractère du requérant ou de sa conduite pendant sa détention, conformément au par. 745(2). Dans la mesure où l'effet sur la victime peut être pertinent relativement au troisième facteur mentionné au par. 745(2), savoir la nature de l'infraction, cette pertinence est normalement, sinon toujours, épuisée après la première audience de détermination de la peine du requérant. Les souffrances de la victime au cours des années qui ont passé depuis la perpétration du crime ne changent rien à la nature de l'infraction et ne devraient pas être automatiquement admises en preuve à cette fin.

Il semble toutefois être loisible au juge qui préside l'audience prévue à l'art. 745, de recevoir des déclarations des victimes dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire de permettre au jury d'entendre la preuve «de tout ce qu'il [le juge] estime utile dans les circonstances», pouvoir que lui confère le par. 745(2) du *Code*. Quant à savoir si le juge choisira d'exercer son pouvoir discrétionnaire de manière à admettre les déclarations des victimes, cela tiendra aux circonstances de l'affaire. Un juge doit être prudent avant d'admettre de telles déclarations, car attirer l'attention du jury sur la victime quelque 15 ans après le crime c'est l'inviter à apprécier l'adéquation de la peine infligée au

ation and punishment goals. As outlined earlier, these principles do not form the focus of a s. 745 hearing.

a

Victim impact statements were only recently made a part of the sentencing process, with the coming into force of the *Criminal Code (victims of crime)*, R.S.C., 1985, c. 23 (4th Supp.), s. 7, in 1988 (now ss. 735(1.1), (1.2), (1.3) and (1.4) of the *Code*). More recently, victim impact statements were made a part of the parole process: *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20. Legislation which would permit the introduction of victim impact statements as a matter of course in s. 745 parole eligibility review hearings is currently pending before Parliament: Bill C-41, *An Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof*, 1st Sess., 35th Parl., 1994 (1st reading June 13, 1994), ss. 745.6(2)(d), (3). In light of the current legislative debate over the issue, it would seem inappropriate for this Court to adopt a blanket rule that would make victim impact statements always admissible at s. 745 hearings.

A judge presiding at a s. 745 parole eligibility hearing has a discretion to determine when victim impact statements may be relevant to the jury's deliberations. In the present case, the trial judge exercised this discretion against the admissibility of the statements stating that "the proposed victim impact statements [do] not form part of the relevant matters enunciated by s. 745(2)" (at p. 380). This ruling was an appropriate exercise of his discretion in this particular case and should not be interfered with by this Court.

requérant en fonction des buts de réparation, dénonciation et châtement. Comme je l'ai indiqué, l'audience tenue en vertu de l'art. 745 n'est pas axée sur ces principes.

Ce n'est que récemment que les déclarations des victimes ont été incluses dans le processus de détermination de la peine, avec l'entrée en vigueur en 1988 du *Code criminel (victimes d'actes criminels)*, L.R.C. (1985), ch. 23 (4^e suppl.), art. 7 (maintenant les par. 735(1.1), (1.2), (1.3) et (1.4) du *Code*). Plus récemment, l'emploi des déclarations des victimes a été prévu pour le processus de libération conditionnelle: *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20. Le Parlement se penche actuellement sur un projet de loi qui permettrait l'introduction systématique de déclarations des victimes dans le cadre d'audiences en révision de l'admissibilité à la libération conditionnelle selon l'art. 745. Il s'agit du projet de loi C-41 intitulé *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, 1^{re} sess., 35^e lég., 1994 (1^{re} lecture le 13 juin 1994), al. 745.6(2)(d) et par. 745.6(3). Compte tenu du débat législatif dont cette question fait actuellement l'objet, il semblerait inopportun que notre Cour adopte une règle générale d'admissibilité absolue des déclarations des victimes dans le cadre d'audiences tenues en vertu de l'art. 745.

g

Il relève de la discrétion du juge qui préside une audience de détermination de l'admissibilité à la libération conditionnelle tenue en vertu de l'art. 745 de décider quand des déclarations des victimes peuvent être pertinentes dans les délibérations du jury. En l'espèce, le juge du procès a exercé ce pouvoir discrétionnaire en jugeant les déclarations inadmissibles. Il a dit en effet que «les déclarations des victimes dont on propose la production ne [font] pas partie des éléments utiles visés» au par. 745(2) (à la p. 380). Cette conclusion constituait dans ce cas précis un exercice approprié de son pouvoir discrétionnaire et notre Cour ne devrait pas intervenir.

For these reasons, I would dismiss the appeal and uphold the jury's refusal to alter the date of the appellant's parole eligibility.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. — I agree with the reasons of the Chief Justice and his disposition of the case with the exception of his treatment of the issue relating to victim impact statements. In respect of this issue, I agree with Justice Major who concludes that in this case the judge exercised his discretion against their use and that we should not interfere. At the new hearing, the presiding judge should have the right to consider this matter afresh in light of the principles stated by Major J.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — I agree with the reasons of the Chief Justice except on the issue of victim impact statements, upon which I agree with Major J. At the new hearing the presiding judge should consider this matter afresh.

Appeal allowed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, IACOBUCCI and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Cooper, Sandler, West & Skurka, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de maintenir le refus du jury de modifier la date de l'admissibilité de l'appelant à la libération conditionnelle.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — Je souscris aux motifs du Juge en chef et à l'issue qu'il propose, à l'exception de ce qui concerne la question des déclarations de la victime. Sur ce point, je suis d'accord avec le juge Major qui conclut qu'en l'espèce, le juge a exercé son pouvoir discrétionnaire de ne pas les autoriser et que nous ne devrions pas intervenir. Le juge qui présidera la nouvelle audition devrait avoir le droit de considérer de nouveau la question à la lumière des principes énoncés par le juge Major.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Je souscris aux motifs rédigés par le Juge en chef, sauf en ce qui concerne la question des déclarations de la victime. Je suis d'accord avec le juge Major qui estime que le juge qui présidera la nouvelle audition devrait considérer de nouveau cette question.

Pourvoi accueilli, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, IACOBUCCI et MAJOR sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Cooper, Sandler, West & Skurka, Toronto.

Procureur de l'intimé: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.