

Thomas Patrick Lyons *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General for Ontario and the
Attorney General of British Columbia**
Interveners

INDEXED AS: R. V. LYONS

File No.: 19125.

1987: January 28, 29; 1987: October 15.

Present: Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Lamer,
Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NOVA SCOTIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Funda-
mental justice — Dangerous offender — Procedure for
finding "dangerous offender" — Application for find-
ing of "dangerous offender" made after guilty plea
entered for threshold offences — Whether or not breach
of right not to be deprived of liberty except in accord-
ance with principles of fundamental justice — Canadi-
an Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal
Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary
detention — Dangerous offender — Sentence of
indeterminate detention — Whether or not indetermi-
nate sentence breach of freedom from arbitrary deten-
tion — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9
— Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Proceed-
ings in criminal matter — Dangerous offender — Find-
ing of "dangerous offender" sentencing matter to be
made by judge — Dangerous offender status entailing
indeterminate sentence — Whether or not breach of
right to trial by jury where maximum punishment more
than five years' imprisonment — Canadian Charter of
Rights and Freedoms, s. 11(f) — Criminal Code, R.S.C.
1970, c. C-34, Part XXI.*

Thomas Patrick Lyons *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

^a

et

^b

**Le procureur général du Canada, le procureur
général de l'Ontario et le procureur général
de la Colombie-Britannique** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. C. LYONS

N° du greffe: 19125.

^c

1987: 28, 29 janvier; 1987: 15 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey,
McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

^d

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
NOUVELLE-ÉCOSSE

^e

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice
fondamentale — Délinquant dangereux — Procédure à
suivre pour obtenir qu'une personne soit déclarée
«délinquant dangereux» — Demande visant à faire
déclarer qu'une personne est un «délinquant dange-
reux» faite après l'inscription d'un plaidoyer de culpa-
bilité relativement aux infractions en question — Y
a-t-il une violation du droit à ce qu'il ne soit porté
atteinte à la liberté qu'en conformité avec les principes
de justice fondamentale? — Charte canadienne des
droits et libertés, art. 7 — Code criminel, S.R.C. 1970,
chap. C-34, partie XXI.*

^f

^g

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Déten-
tion arbitraire — Délinquant dangereux — Peine de
détention pour une période indéterminée — L'imposi-
tion d'une peine d'une durée indéterminée porte-t-elle
atteinte au droit à la protection contre la détention
arbitraire? — Charte canadienne des droits et libertés,
art. 9 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie
XXI.*

^h

ⁱ

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procé-
dures en matière criminelle — Délinquant dangereux
— Déclaration qu'une personne est un «délinquant dan-
gereux» relève de la détermination de la peine et doit se
faire par le juge — Imposition d'une peine d'une durée
indéterminée due au statut de délinquant dangereux —
Y a-t-il atteinte au droit de bénéficiaire d'un procès avec
jury lorsque la peine maximale prévue est un emprison-
nement de plus de cinq ans? — Charte canadienne des
droits et libertés, art. 11(f) — Code criminel, S.R.C.
1970, chap. C-34, partie XXI.*

^j

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Dangerous offender — Indeterminate detention on finding of "dangerous offender" — Whether or not indeterminate sentence cruel and unusual punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI.

Criminal law — Sentencing — Dangerous offender — Procedure for finding "dangerous offender" — Finding of "dangerous offender" entailing sentence of indeterminate detention — Application for finding of "dangerous offender" made after 16-year-old entering guilty plea — Whether or not ss. 7, 9, 11 and/or 12 of Charter breached — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 9, 11, 12 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI.

Appellant elected trial by a judge without a jury and pleaded guilty to breaking and entering a dwelling house, using a weapon or imitation thereof in committing a sexual assault, using a firearm while committing an indictable offence, and stealing property worth in excess of \$200. These offences were alleged to have been committed approximately one month after the appellant's sixteenth birthday. The judge requested a pre-sentence report and adjourned the matter of sentence.

Defence counsel was first informed of the fact that the Crown might bring a dangerous offender application under Part XXI of the *Code* just before the sentence hearing. The hearing was adjourned to allow the Crown to consider the matter and an application was later made. The trial judge, at the subsequent sentence hearing, found appellant to be a dangerous offender and sentenced him to a period of indeterminate detention. The Court of Appeal upheld that decision.

This Court considered two constitutional questions: (1) whether or not the provisions of Part XXI of the *Criminal Code*, in whole or in part, infringe or deny the rights guaranteed by ss. 7, 9, 11 and/or 12 of the *Charter*, and if so, (2) whether or not Part XXI, in whole or in part, is justified under s. 1 of the *Charter*.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Délinquant dangereux — Imposition d'une peine de détention pour une période indéterminée lorsqu'une personne est déclarée «délinquant dangereux» — La détention pour une période indéterminée constitue-t-elle une peine cruelle et inusitée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI.

Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquant dangereux — Procédure à suivre pour obtenir qu'une personne soit déclarée «délinquant dangereux» — Imposition d'une peine de détention pour une période indéterminée suite à une déclaration qu'une personne est un «délinquant dangereux» — Demande visant à faire déclarer qu'une personne âgée de 16 ans est un «délinquant dangereux» présentée après qu'elle eut inscrit un plaidoyer de culpabilité — Y a-t-il eu violation des art. 7, 9, 11 et 12 de la Charte ou de l'un ou l'autre de ces articles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 9, 11, 12 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI.

L'appelant a choisi d'être jugé par un juge sans jury et a plaidé coupable aux accusations de s'être introduit par effraction dans une maison d'habitation, d'avoir utilisé une arme ou une imitation d'arme en commettant une agression sexuelle, d'avoir utilisé une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel et d'avoir volé des biens dont la valeur dépassait 200 \$. Ces infractions auraient été commises environ un mois après le seizième anniversaire de naissance de l'appelant. Le juge a demandé le dépôt d'un rapport présentiel et a renvoyé à plus tard le prononcé de la sentence.

C'est juste avant l'audience relative à la sentence que l'avocat de la défense a été informé pour la première fois de la possibilité que le ministère public présente en vertu de la partie XXI du *Code* une demande visant à faire déclarer que l'appelant était un délinquant dangereux. L'audience a été ajournée pour permettre au ministère public d'étudier la question et, par la suite, une demande a été présentée. Lors de l'audience relative à la sentence, tenue ultérieurement, le juge du procès a conclu que l'appelant était un délinquant dangereux et l'a condamné à une peine de détention pour une période indéterminée. Sa décision a été confirmée par la Cour d'appel.

Cette Cour a examiné deux questions constitutionnelles: (1) Les dispositions de la partie XXI du *Code criminel* portent-elles atteinte en totalité ou en partie aux droits garantis par les art. 7, 9, 11 et 12 de la *Charte*, ou par l'un ou l'autre de ces articles? Et dans l'affirmative (2) la partie XXI est-elle justifiée, en totalité ou en partie, compte tenu de l'article premier de la *Charte*?

The appellant also argued that his rights under s. 7 of the *Charter* were violated by the Crown's failure to give him notice, before his election of a mode of trial and the entry of his plea, that it intended to bring, or contemplated bringing, a "dangerous offender" application.

Held (Lamer and Wilson JJ. dissenting in part): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Le Dain and La Forest JJ.: Part XXI does not violate the principles of fundamental justice. It does not authorize a sentence for crimes for which an accused is not being tried. The sentence of indeterminate detention that can be imposed under s. 688 is "in lieu of any other sentence that might be imposed for the offence for which the offender has been convicted". The individual, on a finding of guilty, is being sentenced for the "serious personal injury offence" for which he was convicted, albeit in a different way than would ordinarily be done. He is not being punished for what he might do. The punishment flows from the actual commission of a specific offence.

Part XXI does not deprive a person of his liberty in contravention of the principles of fundamental justice and thereby violate s. 7 of the *Charter*. Fundamental justice has not been infringed by Parliament's identifying those offenders who, in the interests of protecting the public, ought to be sentenced according to considerations not entirely based on a "just deserts" rationale. Such a sentence serves both a punitive and preventative role and its purpose, the protection of society, underlies the criminal law in general and sentencing in particular. The respective importance of prevention, deterrence, retribution and rehabilitation will vary in a rational system of sentencing according to the crime and the circumstances of the offender. Part XXI merely enables the court to accommodate its sentence to the common sense reality that the present condition of the offender is such that he or she is not inhibited by normal standards of behavioural restraint so that future violent acts can quite confidently be expected of that person.

In determining whether Part XXI violates fundamental justice the effects of the legislation must also be subjected to scrutiny. However, whether the "treatment meted out" to the offender and how the means of accomplishing it violate constitutional precepts are better discussed under ss. 9 and 12 of the *Charter*

L'appelant a soutenu également que la poursuite a porté atteinte aux droits que lui reconnaît l'art. 7 de la *Charte*, en omettant de le prévenir, avant son choix du mode de procès et avant l'inscription de son plaidoyer, qu'elle avait l'intention ou qu'elle envisageait de présenter une demande visant à le faire déclarer «délinquant dangereux».

Arrêt (les juges Lamer et Wilson sont dissidents en partie): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, Le Dain et La Forest: La partie XXI ne viole pas les principes de justice fondamentale. Elle ne permet pas de condamner un accusé pour des crimes pour lesquels il n'est pas jugé. La peine de détention pour une période indéterminée qui peut être imposée à un délinquant en vertu de l'art. 688 lui est infligée «au lieu de toute autre peine qui pourrait être infligée pour l'infraction dont il vient d'être déclaré coupable». Du moment qu'il est reconnu coupable, l'individu en question se voit condamné, quoique d'une manière inhabituelle, pour les «séances graves à la personne» dont il a été reconnu coupable. Il n'est pas puni pour ce qu'il pourrait faire. La peine découle de la perpétration d'un crime précis.

La partie XXI ne prive pas une personne de sa liberté contrairement aux principes de justice fondamentale et ne viole donc pas l'art. 7 de la *Charte*. Ne constitue pas un manquement à la justice fondamentale le fait que le législateur identifie les délinquants dont la peine devrait, dans l'intérêt de la protection du public, être établie en fonction de facteurs qui ne sont pas entièrement fondés sur le principe du «châtiment mérité». Une telle peine remplit une fonction à la fois punitive et préventive et son objet, savoir la protection de la société, sous-tend le droit criminel en général et la détermination des peines en particulier. Dans un système rationnel de détermination des peines, l'importance respective de la prévention, de la dissuasion, du châtiment et de la réinsertion sociale variera selon la nature du crime et la situation du délinquant. La partie XXI ne fait que permettre à la cour d'adapter la peine à la réalité bien évidente que la situation actuelle du délinquant est telle que sa conduite n'est pas soumise aux contraintes normales, de sorte qu'on peut s'attendre avec un grand degré de certitude que cette personne commette des actes de violence dans l'avenir.

En déterminant si la partie XXI viole la justice fondamentale, il faut également examiner les effets des dispositions législatives en cause. Toutefois, la question de savoir si le «traitement accordé» au délinquant et la manière dont on l'administre vont à l'encontre de certains préceptes constitutionnels, est une question qu'il

because of their focus on specific aspects of the principles of fundamental justice.

An indeterminate sentence under Part XXI does not amount to cruel and unusual punishment in violation of s. 12 of the *Charter*. The legislative objectives of Part XXI are of sufficient importance to warrant limiting the rights and freedoms of dangerous offenders and the legislative classification of the target group of offenders meets the highest standard of rationality and proportionality that society can reasonably expect of Parliament. Preventive detention is not cruel and unusual treatment in the case of dangerous offenders, for the group to whom the legislation applies has been functionally defined so as to ensure that persons within the group evince the characteristics that render such detention necessary.

Since, however, an enlightened inquiry under s. 12 must concern itself, first and foremost, with the way in which the effects of punishment are likely to be experienced, the parole process assumes great significance in assessing the constitutionality of a Part XXI sentence, for the availability of parole can truly accommodate and tailor the sentence to fit each offender's circumstances. If the sentence imposed under Part XXI were indeterminate, *simpliciter*, it would on occasion certainly result in sentences grossly disproportionate and hence violate s. 12. It is not necessary, however, for the parole process to be restricted to considering matters solely concerned with the prisoner's "dangerousness" for that would result in a lesser requirement for the dangerous offender than for other convicts.

The imprisonment resulting from the successful invocation of Part XXI cannot be considered arbitrary detention under s. 9 of the *Charter*. The incarceration is statutorily authorized, and applies only to a narrowly defined class of dangerous offenders so identified in accordance with specific conditions. Moreover, the criteria in Part XXI are anything but arbitrary in relation to the objectives sought to be attained.

The lack of uniformity in the treatment of dangerous persons that arises by virtue of the prosecutorial discretion to make an application under Part XXI does not constitute unconstitutional arbitrariness. On the con-

vient mieux d'examiner dans le contexte des art. 9 et 12 de la *Charte* étant donné que ces dispositions portent sur des aspects précis des principes de justice fondamentale.

a La détention pour une période indéterminée, imposée en vertu de la partie XXI ne constitue pas une peine cruelle et inusitée contraire à l'art. 12 de la *Charte*. Les objets législatifs de la partie XXI sont suffisamment importants pour justifier la restriction des droits et libertés des délinquants dangereux et la classification législative du groupe cible de délinquants satisfait à la norme de rationalité et de proportionnalité la plus élevée à laquelle la société peut raisonnablement s'attendre de la part du législateur. La détention préventive ne constitue pas un traitement cruel et inusité dans le cas des délinquants dangereux, car le groupe auquel les dispositions législatives s'appliquent a été spécifiquement défini de manière à assurer que les personnes comprises dans ce groupe manifestent les caractéristiques qui rendent nécessaire cette détention.

d Toutefois, puisqu'une enquête éclairée menée en vertu de l'art. 12 doit porter d'abord et avant tout sur la façon dont se feront probablement sentir les effets du châtiement, le processus de libération conditionnelle revêt une grande importance pour ce qui est d'apprécier la constitutionnalité d'une peine imposée en vertu de la partie XXI, car la possibilité d'accorder la libération conditionnelle permet vraiment d'adapter la peine à la situation de chaque délinquant. Si la peine imposée sous le régime de la partie XXI était pour une période indéterminée, purement et simplement, il en résulterait certainement à l'occasion des peines exagérément disproportionnées et elle contreviendrait ainsi à l'art. 12. Toutefois, il n'est pas nécessaire que le processus de la libération conditionnelle soit limité à une étude de questions touchant uniquement la «dangerosité» du détenu, car ce serait là poser dans le cas du délinquant dangereux une exigence moins lourde que celle imposée dans le cas d'autres détenus.

h L'emprisonnement qui s'ensuit lorsqu'une demande fondée sur la partie XXI est accueillie ne peut être considéré comme une détention arbitraire au sens de l'art. 9 de la *Charte*. L'incarcération est autorisée par la loi et ne s'applique qu'à une catégorie restreinte de délinquants dangereux désignés comme tels conformément à certaines conditions précises. De surcroît, les critères énoncés à la partie XXI sont loin d'être arbitraires compte tenu des objectifs visés.

j Le manque d'uniformité dans le traitement réservé aux personnes dangereuses, qui résulte du pouvoir discrétionnaire qu'a la poursuite de faire une demande fondée sur la partie XXI, ne présente pas un caractère

trary, an absence of such discretion would in many cases render arbitrary the law's application, for the Crown would be required to proceed under Part XXI on the barest *prima facie* case.

Section 11(f) of the *Charter* does not require that a Crown application under Part XXI to declare the offender a dangerous offender be determined at a trial by jury. Such an application does not fall within the scope of s. 11(f) of the *Charter* for it is not equivalent to "charging" the offender with "an offence". The process designating an offender dangerous is simply part of the sentencing process.

Nor does s. 7 of the *Charter* mandate a jury determination of the issue. Section 7 guarantees an accused a fair hearing but not the most favourable procedures imaginable. The procedure at a Part XXI application is not unfair if it denies an offender the right to a jury's determination of his or her dangerousness. While the requirements of fundamental justice, at a minimum, embrace the requirements of procedural fairness, these vary according to the context in which they are invoked. Certain procedural protections, therefore, might be constitutionally mandated in one context but not in another.

A jury determination is not mandated here. The offender has already been found guilty of an offence in a trial where he had the option of invoking his right to a jury. The subsequent procedure does not affect his liberty to the same extent as the initial determination of guilt or innocence. The legal classification of the proceeding as part of the sentencing process does not necessarily determine the scope of the procedural protection. It is not insignificant, however, that the judge at such a hearing retains a discretion to impose the designation or indeterminate sentence, or both. It is noteworthy, too, that Part XXI provides considerable procedural protection to the offender.

A "likelihood" of specified future conduct occurring is the finding of fact required to be established, not that it will occur. An individual can be found to constitute a threat to society without requiring an ability to predict the future. It is not illogical for a court to assert that it

arbitraire inconstitutionnel. Au contraire, c'est l'absence d'un tel pouvoir discrétionnaire qui, bien souvent, rendrait arbitraire l'application de la loi, étant donné que le ministère public se verrait dans l'obligation de procéder en vertu de la partie XXI dès lors qu'il y avait une preuve, si faible fût-elle, suffisante à première vue.

L'alinéa 11f) de la *Charte* n'exige pas qu'une demande présentée par le ministère public, en vertu de la partie XXI, en vue de faire déclarer un délinquant dangereux soit tranchée par un jury au procès. Une telle demande ne relève pas de l'al. 11f) parce que cela ne revient pas à «inculper» ce délinquant d'une infraction». La procédure par laquelle un délinquant est qualifié de dangereux fait simplement partie du processus de détermination de la peine.

L'article 7 de la *Charte* n'exige pas non plus que ce soit un jury qui tranche la question. L'article 7 garantit à l'accusé le droit à un procès équitable, mais il ne lui donne pas le droit de bénéficier des procédures les plus avantageuses que l'on puisse imaginer. La procédure suivie dans le cas d'une demande fondée sur la partie XXI n'est pas inéquitable dans la mesure où elle ne garantit pas à un délinquant le droit à ce que ce soit un jury qui détermine s'il est dangereux. Même si les exigences de la justice fondamentale englobent tout au moins l'équité en matière de procédure, elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. Par conséquent, certaines garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l'être dans une autre.

En l'espèce, rien n'exige une décision par un jury. Le délinquant a déjà été reconnu coupable d'une infraction à l'issue d'un procès dans le cadre duquel il aurait pu choisir d'invoquer son droit à un jury. La procédure subséquente est moins lourde de conséquences pour sa liberté que ne l'est la détermination initiale de culpabilité ou d'innocence. La classification juridique de ces procédures comme composante du processus de détermination de la peine ne détermine pas nécessairement l'étendue de la protection sur le plan de la procédure. Il n'est toutefois pas sans importance que le juge qui préside une telle audience conserve un pouvoir discrétionnaire de qualifier le délinquant de dangereux ou de lui imposer une peine d'une durée indéterminée, ou les deux à la fois. Il vaut également la peine de souligner que la partie XXI offre au délinquant une protection non négligeable sur le plan de la procédure.

La «probabilité» qu'une certaine conduite se manifeste dans l'avenir est précisément le fait qui doit être établi, et non qu'elle se produira. On peut conclure qu'une personne constitue un danger pour la société sans pour autant exiger la capacité de prévoir l'avenir. Il n'est pas

is satisfied beyond a reasonable doubt that the test of dangerousness has been met, that there exists a certain potential for harm. Appellant, in asserting that proof of a likelihood beyond a reasonable doubt still amounts merely to proof of a likelihood, is challenging not the standard of proof but the fact that certain persons found to be "dangerous" will, in fact, act dangerously.

The psychiatric evidence is admissible. Judges at Part XXI hearings do not assume that psychiatrists can accurately predict the future; however, psychiatric evidence is clearly relevant to the issue whether a person is likely to behave in a certain way and, indeed, is probably relatively superior in this regard to the evidence of other clinicians and lay persons.

Per Lamer J. (dissenting in part): A person against whom a Part XXI application is brought is one "charged with an offence" under s. 11 of the *Charter* and entitled to that section's particular guarantees. A person is "charged with an offence" under s. 11 when a formal allegation is made against him which, if true, would give a judge jurisdiction to impose a criminal or penal sanction. Section 11(f) guarantees anyone in jeopardy of being sentenced to imprisonment for five years or more as a result of a determination of guilt the right to have that determination made by a jury. To say that an application under Part XXI is not a charge of an offence violates the spirit of the *Charter* and leaves without that protection those put in one of the most serious jeopardies the law has created.

Part XXI is very different from sentencing provisions. A conviction gives the judge jurisdiction to impose a determinate sentence as set out in the provision creating the offence. It is the finding of dangerousness, however, and not the conviction for the personal injury offence, that gives the judge jurisdiction to impose an indeterminate sentence. It is thus a separate offence.

The offender against whom an application under Part XXI is brought has the right to be presumed not dangerous until the Crown proves otherwise beyond a reasonable doubt and he is entitled to the guarantees set out in s. 11, including the benefit of a jury's determination of dangerousness. Section 689(2) of the *Code*, in that it provides that a Part XXI application shall be heard and determined by the court without a jury, clearly restricts this right and must be declared inoperative.

du tout illogique qu'un tribunal affirme sa conviction hors de tout doute raisonnable qu'on a satisfait au critère de la dangerosité et qu'il existe une certaine possibilité de préjudice. Lorsque l'appelant soutient que la preuve d'une probabilité hors de tout doute raisonnable ne constitue tout de même qu'une simple preuve d'une probabilité, il met en doute non pas la norme de preuve, mais le fait que certaines personnes jugées «dangereuses» le seront en réalité.

La preuve psychiatrique est admissible. Un juge qui préside une audience tenue en vertu de la partie XXI ne présume pas que les psychiatres peuvent prédire exactement l'avenir; il reste néanmoins que la preuve psychiatrique se rapporte clairement à la question de savoir s'il est vraisemblable qu'une personne se comportera d'une certaine manière et cette preuve est même probablement relativement supérieure à cet égard aux témoignages d'autres cliniciens et de profanes.

Le juge Lamer (dissident en partie): Une personne visée par une demande fondée sur la partie XXI est un «inculpé» au sens de l'art. 11 de la *Charte* et a le droit de bénéficier des garanties particulières de cet article. Une personne est un «inculpé» au sens de l'art. 11 lorsqu'elle fait l'objet d'une allégation formelle qui, si elle est véridique, donnera à un juge compétence pour imposer une sanction criminelle ou pénale. L'alinéa 11f) garantit à quiconque risque de se voir imposer une peine d'emprisonnement d'au moins cinq ans par suite d'un verdict de culpabilité, le droit à ce que ce verdict soit rendu par un jury. Affirmer qu'une demande fondée sur la partie XXI ne constitue pas une inculpation va à l'encontre de l'esprit de la *Charte* et prive de cette protection les personnes exposées à l'un des plus graves périls qu'ait créé notre droit.

La partie XXI est fort différente des dispositions en matière de sentence. Une déclaration de culpabilité autorise le juge à imposer la peine d'une durée déterminée prévue par la disposition créant l'infraction. C'est toutefois de la conclusion à la dangerosité et non pas de la déclaration de culpabilité de sévices à la personne que découle la compétence du juge pour imposer une peine d'une durée indéterminée. Il s'agit donc d'une infraction distincte.

Le délinquant visé par une demande fondée sur la partie XXI jouit du droit d'être présumé non dangereux jusqu'à ce que le ministère public ait prouvé le contraire hors de tout doute raisonnable et il a le droit de bénéficier des garanties énoncées à l'art. 11, y compris le droit à ce que ce soit un jury qui détermine s'il est dangereux. Le paragraphe 689(2) du *Code*, dans la mesure où il dispose qu'une demande faite en vertu de la partie XXI doit être entendue et décidée par la cour en l'absence du jury, apporte manifestement une restriction à ce droit et doit être déclaré inopérant.

The section could not be saved by s. 1 of the *Charter*, because no attempt was made to justify the failure to provide a jury under Part XXI.

Per Wilson J. (dissenting in part): It is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* that an accused know the full extent of his jeopardy before pleading guilty to a criminal offence for which a term of imprisonment may be imposed. An accused, in deciding whether to plead guilty or not guilty, is foremost concerned with the worst that can happen if convicted. The accused is entitled to the protection of s. 7 if he probably would not have pleaded guilty, had he known at the time of his plea that the Crown would be seeking an order of preventive indeterminate detention. Knowledge of such an order cannot be attributed by virtue of the presence of Part XXI in the *Code*.

Appellant can either challenge his conviction or challenge the order under Part XXI without attacking his conviction. An accused need not attack his conviction for the court to be able to grant him a s. 24(1) remedy in relation to the order of preventive detention.

The reasons and conclusions of La Forest J. were adopted with respect to ss. 9 and 12 of the *Charter*.

Cases Cited

By La Forest J.

Considered: *Re Moore and the Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306; *Brusch v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 373; *Specht v. Patterson*, 386 U.S. 605 (1967); *U.S. v. Maroney*, 355 F.2d 302 (1966); **referred to:** *Hatchwell v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 39; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Hill* (1974), 15 C.C.C. (2d) 145; *R. v. Kempton* (1980), 53 C.C.C. (2d) 176; *R. v. Crosby* (1982), 1 C.C.C. (3d) 233; *R. v. Hodgson* (1967), 52 Cr. App. R. 113; *U.S. v. Davis*, 710 F.2d 104 (3rd Cir. 1983); *U.S. v. Stewart*, 531 F.2d 326 (6th Cir. 1975), *certiorari* denied 426 U.S. 922; *U.S. v. Neary*, 552 F.2d 1184 (7th Cir. 1977), *certiorari* denied 434 U.S. 864; *U.S. v. Cox*, 719 F.2d 285 (8th Cir. 1983), *certiorari* denied 466 U.S. 929; *Spencer v. Texas*, 385 U.S. 552 (1967); *Rummel v.*

La disposition ne saurait être sauvegardée par l'article premier de la *Charte* car aucune tentative n'a été faite de justifier l'omission à la partie XXI de prescrire la présence d'un jury.

Le juge Wilson (dissidente en partie): Un des principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte* exige qu'un accusé connaisse toute l'ampleur du péril auquel il est exposé avant de plaider coupable à une accusation d'infraction criminelle pouvant entraîner une peine d'emprisonnement. En décidant de l'opportunité de plaider coupable ou non coupable, l'accusé est préoccupé surtout par ce qui peut lui arriver de pire s'il est déclaré coupable. L'accusé a droit à la protection offerte par l'art. 7 dans l'hypothèse où il n'aurait probablement pas plaidé coupable s'il avait su, au moment de son plaidoyer, que le ministère public allait demander une ordonnance de détention préventive pour une période indéterminée. La simple présence de la partie XXI dans le *Code* ne permet pas d'imputer à l'accusé la connaissance qu'il courait le risque d'être l'objet d'une telle ordonnance.

L'appelant peut soit contester la déclaration de culpabilité, soit attaquer l'ordonnance rendue en vertu de la partie XXI sans contester la déclaration de culpabilité. Il n'est pas nécessaire qu'un accusé conteste sa déclaration de culpabilité pour que la cour puisse lui accorder relativement à l'ordonnance de détention préventive une réparation en vertu du par. 24(1).

En ce qui concerne les art. 9 et 12 de la *Charte*, les motifs et les conclusions du juge La Forest ont été adoptés.

g Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts examinés: *Re Moore and the Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306; *Brusch v. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 373; *Specht v. Patterson*, 386 U.S. 605 (1967); *U.S. v. Maroney*, 355 F.2d 302 (1966); **arrêts mentionnés:** *Hatchwell c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 39; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. v. Hill* (1974), 15 C.C.C. (2d) 145; *R. v. Kempton* (1980), 53 C.C.C. (2d) 176; *R. v. Crosby* (1982), 1 C.C.C. (3d) 233; *R. v. Hodgson* (1967), 52 Cr. App. R. 113; *U.S. v. Davis*, 710 F.2d 104 (3rd Cir. 1983); *U.S. v. Stewart*, 531 F.2d 326 (6th Cir. 1975), *certiorari* refusé 426 U.S. 922; *U.S. v. Neary*, 552 F.2d 1184 (7th Cir. 1977), *certiorari* refusé 434 U.S. 864; *U.S. v. Cox*, 719 F.2d 285 (8th Cir. 1983), *certiorari* refusé 466 U.S. 929; *Spencer v. Texas*, 385 U.S. 552

Estelle, 445 U.S. 263 (1980); *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983); *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336; *Ex Parte Matticks* (1973), 15 C.C.C. (2d) 213 n, sub nom. *Pearson v. Lecorre*, [1973] S.C.R. vi; *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Konechny* (1983), 38 C.R. (3d) 69; *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225; *R. v. Hunter*, [1921] 1 K.B. 555; *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968); *U.S. v. Inendino*, 463 F.Supp. 252 (1978 N. D. Ill.), aff'd 604 F.2d 458 (7th Cir. 1979), *certiorari* denied, 444 U.S. 932 (1979); *U.S. v. Schell*, 692 F.2d 672 (1982); *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Knight* (1975), 27 C.C.C. (2d) 343; *People v. Henderson*, 107 Cal.App.3d 475 (1980); *People v. Murtishaw*, 175 Cal.Rptr. 738 (1981); *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448 (1982); *R. v. Vandale* (1984), 13 W.C.B. 173; *Lamoureux v. R.* (1984), 40 C.R. (3d) 369; *Antoine v. R.* (1984), 40 C.R. (3d) 375.

By Lamer J. (dissenting in part)

Brusch v. The Queen, [1953] 1 S.C.R. 373; *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14; *R. v. Simon (No. 2)* (1982), 69 C.C.C. (2d) 478; *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *R. v. Jackson* (1981), 61 C.C.C. (2d) 540; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 2(b).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 11, 11(d), (e), (f), 12, 24(1).
Criminal Code Amendment Act, S.C. 1947, c. 55, s. 18.
Criminal Code Amendment Act, S.C. 1948, c. 39, s. 43.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI, ss. 83(1)(a), 246.2(a), 294(a), 306(1)(b), 687, 688(a), (b), 689(1)(a), (b), 689(2), 690, 690(2), (3), 691, 692, 694(1), 695.1(1), (2).
Criminal Justice Act 1967, 1967, c. 80 (U.K.)
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 5(2).
Parole Act, R.S.C. 1970, c. P-2, s. 10(1)(a).
Prevention of Crime Act, 1908, 8 Edw. 7, c. 59, ss. 10-16 (U.K.)
United States Code, Title 18, s. 3575 (repealed, effective November 1, 1986, s. 235 Pub.L. 98-473).
United States of America Constitution, Sixth Amendment, Fourteenth Amendment.

(1967); *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263 (1980); *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983); *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336; *Ex Parte Matticks* (1973), 15 C.C.C. (2d) 213 n, sub nom. *Pearson v. Lecorre*, [1973] R.C.S. vi; *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. v. Konechny* (1983), 38 C.R. (3d) 69; *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225; *R. v. Hunter*, [1921] 1 K.B. 555; *Wilband v. The Queen*, [1967] R.C.S. 14; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968); *U.S. v. Inendino*, 463 F.Supp. 252 (1978 N. D. Ill.), conf. 604 F.2d 458 (7th Cir. 1979), *certiorari* refusé, 444 U.S. 932 (1979); *U.S. v. Schell*, 692 F.2d 672 (1982); *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. v. Knight* (1975), 27 C.C.C. (2d) 343; *People v. Henderson*, 107 Cal.App.3d 475 (1980); *People v. Murtishaw*, 175 Cal.Rptr. 738 (1981); *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448 (1982); *R. v. Vandale* (1984), 13 W.C.B. 173; *Lamoureux v. R.* (1984), 40 C.R. (3d) 369; *Antoine v. R.* (1984), 40 C.R. (3d) 375.

Citée par le juge Lamer (dissident en partie)

Brusch v. The Queen, [1953] 1 R.C.S. 373; *Wilband v. The Queen*, [1967] R.C.S. 14; *R. v. Simon (No. 2)* (1982), 69 C.C.C. (2d) 478; *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *R. v. Jackson* (1981), 61 C.C.C. (2d) 540; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 11, 11(d), (e), (f), 12, 24(1).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI, art. 83(1)(a), 246.2(a), 294(a), 306(1)(b), 687, 688(a), (b), 689(1)(a), (b), 689(2), 690, 690(2), (3), 691, 692, 694(1), 695.1(1), (2).
Constitution des États-Unis d'Amérique, Sixième amendement, Quatorzième amendement.
Criminal Justice Act 1967, 1967, chap. 80 (R.-U.)
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 2(b).
Loi modifiant le Code criminel, S.C. 1947, chap. 55, art. 18.
Loi modifiant le Code criminel, S.C. 1948, chap. 39, art. 43.
Loi sur la libération conditionnelle de détenus, S.R.C. 1970, chap. P-2, art. 10(1)(a).
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 5(2).
Prevention of Crime Act, 1908, 8 Edw. 7, chap. 59, art. 10 à 16 (R.-U.)
United States Code, titre 18, art. 3575 (abrogé à partir du 1^{er} novembre 1986, art. 235 Pub.L. 98-473).

Authors Cited

Canada. Committee on Corrections. *Report of the Canadian Committee on Corrections: Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. (Ouimet Report). Ottawa: Queen's Printer, 1969.

Canada. Law Reform Commission. Working Paper No. 15. *Criminal Procedure—Control of the Process*. Ottawa: Law Reform Commission, 1975.

Canada. Royal Commission to Investigate the Penal System of Canada. *Report of the Royal Commission to Investigate the Penal System of Canada*. (Archambault Commission). Ottawa: King's Printer, 1938.

Floud, Jean and Warren Young. *Dangerousness and Criminal Justice*. London: Heinemann, 1981.

Fox, Sir Leonard Wray. *The Modern English Prison*. London: G. Routledge & Sons, 1934.

Grant, Isabel. "Dangerous Offenders" (1985), 9 *Dal. L.J.* 347.

Menzies, Robert J., Christopher D. Webster and Diana S. Sepejak. "The Dimensions of Dangerousness" (1985), 9 *Law and Human Behaviour* 1:49.

Morris, Norval. "The Habitual Criminal" (1967), 13 *McGill L.J.* 534.

Thomas, D. A. *Principles of Sentencing*, 2nd ed. London: Heinemann, 1979.

United Kingdom. Committee on Mentally Abnormal Offenders. *Report of the Committee on Mentally Abnormal Offenders*. (Butler Commission). Cmnd. 6244. London: H.M.S.O., 1975.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1984), 15 C.C.C. (3d) 129, 65 N.S.R. (2d) 29, 147 A.P.R. 29, dismissing an appeal from sentence pronounced by O Hearn Co. Ct. J. (1984), 62 N.S.R. (2d) 383, 136 A.P.R. 383. Appeal dismissed, Lamer and Wilson JJ. dissenting in part.

Duncan R. Beveridge and Barbara Beach, for the appellant.

Dana Giovannetti and Robert E. Lutes, for the respondent.

Ivan Whitehall, Q.C., and *James Bissell*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Ian MacDonnell, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Joseph Arvay, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Doctrine citée

Canada. Comité de la réforme pénale. *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle: Justice pénale: un lien à forger*. (Rapport Ouimet). Ottawa: Imprimerie de la Reine, 1969.

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail n° 15. *Procédure pénale—les poursuites pénales: responsabilité politique ou judiciaire*. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1975.

Canada. Commission royale d'enquête sur le système pénal du Canada. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le système pénal du Canada*. (Commission Archambault). Ottawa: Imprimerie du Roi, 1938.

Floud, Jean and Warren Young. *Dangerousness and Criminal Justice*. London: Heinemann, 1981.

Fox, Sir Leonard Wray. *The Modern English Prison*. London: G. Routledge & Sons, 1934.

Grant, Isabel. «Dangerous Offenders» (1985), 9 *Dal. L.J.* 347.

Menzies, Robert J., Christopher D. Webster and Diana S. Sepejak. «The Dimensions of Dangerousness» (1985), 9 *Law and Human Behaviour* 1:49.

Morris, Norval. «The Habitual Criminal» (1967), 13 *McGill L.J.* 534.

Thomas, D. A. *Principles of Sentencing*, 2nd ed. London: Heinemann, 1979.

United Kingdom. Committee on Mentally Abnormal Offenders. *Report of the Committee on Mentally Abnormal Offenders*. (Butler Commission). Cmnd. 6244. London: H.M.S.O., 1975.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1984), 15 C.C.C. (3d) 129, 65 N.S.R. (2d) 29, 147 A.P.R. 29, qui a rejeté un appel de la sentence prononcée par le juge O Hearn de la Cour de comté (1984), 62 N.S.R. (2d) 383, 136 A.P.R. 383. Pourvoi rejeté, les juges Lamer et Wilson sont dissidents en partie.

Duncan R. Beveridge et Barbara Beach, pour l'appellant.

Dana Giovannetti et Robert E. Lutes, pour l'intimée.

Ivan Whitehall, c.r., et *James Bissell*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Ian MacDonnell, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Joseph Arvay, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

The judgment of Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Le Dain and La Forest JJ. was delivered by

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Estey, McIntyre, Le Dain et La Forest rendu par

LA FOREST J.—The broad issues raised in this appeal are whether the dangerous offenders provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI, ss. 687-695, contravene the rights guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to “liberty” and “not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice” (s. 7), “not to be arbitrarily detained or imprisoned” (s. 9), “to the benefit of trial by jury” (s. 11), and “not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment” (s. 12), and if so whether they can be justified under s. 1 of the *Charter* as being “such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”.

a LE JUGE LA FOREST—Les questions générales soulevées en l'espèce sont de savoir si les dispositions du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI, art. 687 à 695, relatives aux délinquants dangereux violent certains droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*, savoir le droit à la «liberté», auquel «il ne peut être porté atteinte [. . .] qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale» (art. 7), le droit «à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires» (art. 9), le droit «de bénéficier d'un procès avec jury» (art. 11), et le droit «à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités» (art. 12) et, dans l'affirmative, si ces dispositions peuvent se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte* en tant que restrictions apportées «par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Facts and Procedural History

On September 23, 1983, the appellant, Thomas Patrick Lyons, was arraigned on an information containing four charges: unlawfully breaking and entering a dwelling house contrary to s. 306(1)(b) of the *Criminal Code*; unlawfully using a weapon or imitation thereof in committing a sexual assault, contrary to s. 246.2(a) of the *Code*; unlawfully using a firearm while committing an indictable offence, contrary to s. 83(1)(a) of the *Code*; and unlawfully stealing property of a total value exceeding \$200, contrary to s. 294(a) of the *Code*. These offences were alleged to have been committed approximately one month after the appellant's sixteenth birthday.

The appellant elected trial by a judge without a jury on all four charges and waived his right to a preliminary inquiry. He subsequently entered pleas of guilty to all counts in the indictment. O Hearn Co. Ct. J. of the County Court Judge's Criminal Court for District No. 1, Nova Scotia, requested a

Historique des faits et des procédures

Le 23 septembre 1983, l'appellant, Thomas Patrick Lyons, a été traduit en justice pour répondre à quatre accusations portées dans une dénonciation. On l'inculpait de s'être introduit par effraction dans une maison d'habitation, contrairement à l'al. 306(1)(b) du *Code criminel*; d'avoir utilisé une arme ou une imitation d'arme en commettant une agression sexuelle, contrairement à l'al. 246.2a) du *Code*; d'avoir utilisé une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel, contrairement à l'al. 83(1)(a) du *Code*; et d'avoir volé des biens dont la valeur totale dépassait 200 \$, contrairement à l'al. 294a) du *Code*. Ces infractions auraient été commises environ un mois après le seizième anniversaire de naissance de l'appellant.

L'appellant a choisi d'être jugé par un juge sans jury relativement aux quatre accusations et a renoncé à son droit à une enquête préliminaire. Il a par la suite plaidé coupable à chacun des chefs énoncés dans l'acte d'accusation. Le juge O Hearn de la Cour de comté (juridiction criminelle) du

pre-sentence report and adjourned the matter of sentence.

Just before the sentence hearing on November 4, 1983, defence counsel was informed, for the first time, that the Crown might bring a dangerous offender application under Part XXI of the *Code*. At the commencement of the hearing, the Crown requested and was granted an adjournment to permit it to consider bringing such an application. The application was subsequently made. On November 8, 1983, consent to the application was obtained from the Deputy Attorney General of Nova Scotia, as required by s. 689(1)(a) of the *Code*.

At the commencement of the hearing of the application on December 14, 1983, an agreed upon statement of facts was read into the record. Evidence, including expert psychiatric testimony, was tendered on behalf of both the Crown and the appellant.

Though O Hearn Co. Ct. J. had at the outset warned the Crown attorney that he would have an "uphill fight" owing to the age of the appellant, the judge in the end found, on the basis of medical and other evidence presented to him, that it had been established beyond a reasonable doubt that the appellant qualified as a dangerous offender under the provisions of the *Code*. In his view, it had been shown that the appellant had a "sociopathic personality" and had so little conscience that it did not govern his actions. He concluded that it could be said with "a high degree of confidence" that it was "very likely" that the appellant would constitute a danger to the psychological or physical health and lives of others owing to "his in-built, perhaps congenital indifference to the consequences to others, his lack of affect, his lack of feeling for others". He belonged, the judge stated, to a class of people who, though mentally able to understand the law and to conform their conduct to its dictates, are so irresponsible to the law that they must be dealt with by extraordinary measures.

district n° 1 de la Nouvelle-Écosse a demandé que soit déposé un rapport présentiel et a renvoyé à plus tard le prononcé de la sentence.

Juste avant l'audience relative à la sentence, le 4 novembre 1983, l'avocat de la défense a été informé pour la première fois que le ministère public pourrait présenter en vertu de la partie XXI du *Code* une demande visant à faire déclarer que l'appellant était un délinquant dangereux. Au début de l'audience, le ministère public a sollicité et s'est vu accorder un ajournement afin d'envisager la possibilité de présenter une telle demande. Par la suite, la demande a été présentée. Le 8 novembre 1983, on a obtenu, conformément à l'exigence posée par l'al. 689(1)a) du *Code*, le consentement du sous-procureur général de la Nouvelle-Écosse à cette demande.

Le 14 décembre 1983, à l'ouverture de l'audience relative à la demande, un exposé conjoint des faits a été versé au dossier. Le ministère public et l'appellant ont tous les deux produit des éléments de preuve, y compris des témoignages de psychiatres.

Quoique le juge O Hearn ait dès le départ prévenu l'avocat de la poursuite qu'il aurait [TRADUCTION] «fort à faire» en raison de l'âge de l'appellant, il a fini par conclure, en se fondant sur les éléments de preuve médicale et autres qui lui avaient été soumis, qu'on avait établi hors de tout doute raisonnable que l'appellant était un délinquant dangereux au sens où l'entendent les dispositions pertinentes du *Code*. À son avis, il avait été démontré que l'appellant avait une [TRADUCTION] «personnalité sociopathique» et que sa conscience était si peu développée qu'elle ne régissait pas ses actes. Selon le juge O Hearn, on pouvait affirmer avec [TRADUCTION] «un haut degré de certitude» qu'il était [TRADUCTION] «fort probable» que l'appellant représenterait un danger pour la santé psychologique ou physique et pour la vie d'autrui à cause de [TRADUCTION] «son indifférence foncière, peut-être congénitale, quant aux conséquences de ses actes pour autrui, de son manque d'affectivité, de son insensibilité envers ses semblables». Il appartenait, a dit le juge, à une catégorie de personnes qui, bien que possédant la capacité mentale de comprendre la loi et de s'y conformer, sont tellement dépourvues de respect à son égard qu'elles doivent faire l'objet de mesures extraordinaires.

O Hearn Co. Ct. J. also considered and rejected the appellant's contentions that Part XXI of the *Code* was constitutionally invalid as offending against the guarantees embodied in ss. 7, 9 and 12 of the *Charter*, and proceeded to sentence the appellant to an indeterminate period of detention in a penitentiary.

The appellant's appeal to the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, was unanimously dismissed for reasons given by Macdonald J.A. On January 31, 1985, leave to appeal to this Court was granted.

The following constitutional questions were stated by the Court on March 26, 1985:

1. Whether the provisions of Part XXI of the *Criminal Code* of Canada, dealing with an application for finding, and sentencing, an individual as a dangerous offender, in whole or in part, infringe or deny the rights guaranteed by ss. 7, 9, 11 and/or 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If so, then are the provisions of Part XXI of the *Criminal Code*, in whole or in part, justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The appellant also argued that his rights under s. 7 of the *Charter* were violated by the Crown's failure to give him notice, before his election of a mode of trial and the entry of his plea, that it intended to bring, or contemplated bringing, a "dangerous offender" application under Part XXI of the *Code*.

The Attorneys General of Canada, Ontario, British Columbia and Saskatchewan intervened in support of the constitutional validity of Part XXI. [Saskatchewan withdrew January 29, 1987.]

Le juge O Hearn a également examiné et écarté l'argument de l'appellant selon lequel la partie XXI du *Code* est inconstitutionnelle pour le motif qu'elle viole les garanties données par les art. 7, 9 et 12 de la *Charte*. Il a ensuite condamné l'appellant à une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée.

L'appel interjeté par l'appellant devant la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a été rejeté à l'unanimité pour les motifs exposés par le juge Macdonald. Le 31 janvier 1985, l'autorisation de pourvoi devant cette Cour a été accordée.

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par la Cour le 26 mars 1985:

1. Les dispositions de la partie XXI du *Code criminel* du Canada portant sur une demande visant à faire déclarer qu'une personne est un délinquant dangereux et sur l'imposition d'une peine à la personne ayant fait l'objet d'une telle déclaration, portent-elles atteinte en totalité ou en partie aux droits garantis par les art. 7, 9, 11 et 12, ou l'un ou l'autre de ces articles, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Dans l'affirmative, les dispositions de la partie XXI du *Code criminel* sont-elles alors justifiées, en totalité ou en partie, compte tenu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

L'appellant a soutenu également que la poursuite a porté atteinte aux droits que lui reconnaît l'art. 7 de la *Charte*, en omettant de le prévenir, avant son choix du mode de procès et avant l'inscription de son plaidoyer, qu'elle avait l'intention ou qu'elle envisageait de présenter en vertu de la partie XXI du *Code* une demande visant à le faire déclarer «délinquant dangereux».

Les procureurs généraux du Canada, de l'Ontario, de la Colombie-Britannique et de la Saskatchewan sont intervenus pour plaider en faveur de la constitutionnalité de la partie XXI. [La Saskatchewan s'est désistée le 29 janvier 1987.]

History and Analysis of Part XXI

Part XXI of the *Criminal Code* establishes a scheme for the designation of certain offenders as "dangerous offenders" and for sentencing such persons to a penitentiary for an indeterminate period. It is the product of frequently amended legislation that has existed in Canada, in one form or another, since 1947. It has its genesis in the *Prevention of Crime Act, 1908*, 8 Edw. 7, c. 59, ss. 10-16 (U.K.), under which a person convicted of a crime was subject to a "further sentence" of not less than five or more than ten years as preventive detention if he or she was found to be an habitual criminal. During the debates in Parliament on that Act, its author, Lord Gladstone, "made it clear that it was intended to deal not with the generality of 'habituals' but only with that more limited body of 'professional criminals' or 'persistent dangerous criminals' engaged in the more serious forms of crime" (Fox, *The Modern English Prison* (London 1934), at p. 168).

The 1938 Royal Commission established to investigate the penal system of Canada, the Archambault Commission, in its report at p. 220 identified the initial purpose of the British legislation as the reformation of professional or persistently dangerous criminals, but observed that this did not occur in the British practice. It observed, at p. 218, that:

Notwithstanding the best methods of punishment and reformation that may be adopted, there will always remain a residue of the criminal class which is of incurable criminal tendencies and which will be unaffected by reformatory efforts. These become hardened criminals for whom "iron bars" and "prison walls" have no terrors, and in whom no hope or desire for reformation, if it ever existed, remains.

It thus recommended that legislation be enacted to identify this residual class of criminals and to provide for their indeterminate detention in a special prison. The purpose of such detention was conceived of as "neither punitive nor reformatory

Historique et analyse de la partie XXI

La partie XXI du *Code criminel* crée un régime permettant de qualifier certains délinquants de «dangereux» et de les condamner à une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée. Il s'agit là de l'aboutissement de dispositions législatives, souvent modifiées, qui ont existé au Canada sous une forme ou une autre depuis 1947. La partie XXI tire son origine des art. 10 à 16 de la *Prevention of Crime Act, 1908*, 8 Edw. 7, chap. 59 (R.-U.), aux termes desquels une personne déclarée coupable d'un crime était passible d'une [TRADUCTION] «peine supplémentaire» de détention préventive pour une durée de cinq ans au moins et de dix ans au plus si on jugeait qu'elle était un repris de justice. Au cours des débats parlementaires sur cette loi, son auteur, lord Gladstone, [TRADUCTION] «précisa qu'elle visait non pas la généralité des «délinquants d'habitude», mais uniquement la catégorie plus restreinte des «criminels professionnels» ou des «criminels obstinés et dangereux» qui commettent des crimes graves» (Fox, *The Modern English Prison* (London 1934), à la p. 168).

La Commission royale de 1938 (la Commission Archambault) constituée pour faire enquête sur le système pénal du Canada, souligne dans son rapport à la p. 230 que la loi britannique visait au départ à ramener dans le droit chemin les criminels professionnels ou les récidivistes dangereux, mais que l'expérience britannique révélait que ce n'était pas ce qui se passait dans la pratique. La Commission fait remarquer, à la p. 228:

En dépit des meilleures méthodes de châtement et de réforme que l'on puisse adopter, il restera toujours une certaine proportion de criminels, dont la tendance au mal est incorrigible et que les efforts de relèvement ne changeront pas. Ces gens-là deviennent des criminels endurcis, pour qui les «barreaux de fer» et les «murs des prisons» ne sont plus un objet de terreur et chez qui ne demeure aucun espoir ni désir d'amendement, si toutefois ils les ont jamais éprouvés.

Elle a donc recommandé l'adoption d'une loi permettant d'identifier les criminels en question et prévoyant leur détention pendant une période indéterminée dans une prison spéciale. Cette détention devait avoir pour but non «pas de punir ni de

but primarily segregation from society” (at p. 223).

It was against this backdrop that legislation dealing with habitual criminals was first introduced in Canada in 1947. Section 18 of the *Criminal Code Amendment Act*, S.C. 1947, c. 55, permitted the preventive detention “for the protection of the public” of “habitual criminals”, defined essentially as persons having a record of three previous indictable offences and who are persistently leading a criminal life (s. 575c). Additional amendments (S.C. 1948, c. 39, s. 43) provided for the sentencing in the same manner of “criminal sexual psychopaths”, defined as persons “who by a course of misconduct in sexual matters [have] evidenced a lack of power to control [their] sexual impulses and who as a result [are] likely to attack or otherwise inflict injury, loss, pain or other evil on any person” (s. 1054A(8)).

The *Report of the Canadian Committee on Corrections* (the Ouimet Report, 1969) critically examined these laws and recommended their repeal for being at once too inclusive, by applying to non-dangerous offenders (e.g., property offenders), and too exclusive, by requiring a recidivist history as a precondition of their application. However, the Commission also recognized the desirability, in policy terms, of such legislation. In the opening words of the Report’s discussion of the subject, it stated at p. 241:

It appears to the Committee that the protection of the public from unlawful violence, or from unlawful conduct which represents a serious threat to the physical safety of citizens, is one of the most urgent problems of the criminal law.

The Commission thus recommended that the extant legislation be replaced by better tailored “dangerous offender” legislation. Its concerns were reflected in the decision of this Court in *Hatchwell v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 39, where the present Chief Justice stated, at p. 43:

réformer les détenus mais avant tout de les isoler de la société» (aux pp. 233 et 234).

C’est dans ce contexte que la première loi concernant les repris de justice fut adoptée au Canada en 1947. L’article 18 de la *Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1947, chap. 55, autorisait «pour la protection du public» la détention préventive des «repris de justice» qui étaient définis essentiellement comme étant les personnes qui avaient déjà été reconnues coupables de trois actes criminels et qui menaient continûment une vie criminelle (al. 575c). D’autres modifications (S.C. 1948, chap. 39, art. 43) prévoyaient le même genre de peine pour le cas d’un délinquant «atteint de psychopathie sexuelle criminelle», qui était défini comme un individu «qui, d’après son inconduite en matière sexuelle, a manifesté une impuissance à maîtriser ses impulsions sexuelles et qui, en conséquence, est susceptible d’attenter ou d’infliger autrement une blessure, une perte, une douleur ou un autre mal à toute personne» (par. 1054A(8)).

Le *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle* (le rapport Ouimet, 1969) a soumis les lois susmentionnées à un examen critique et a recommandé leur abrogation en raison de leur portée à la fois trop large, en ce sens qu’elles s’appliquaient à des délinquants non dangereux (par exemple, les auteurs d’infractions contre la propriété), et trop restreinte, en ce sens qu’elles imposaient la récidive comme condition préalable de leur application. Toutefois, le Comité a reconnu aussi que, du point de vue de la politique générale, il était souhaitable d’avoir de telles lois. En effet, le rapport commence ainsi son analyse du sujet, à la p. 257:

Le Comité estime que la défense sociale contre la violence illégale, ou contre une conduite illégale qui représente une grave menace pour la sécurité physique des citoyens, est l’un des problèmes les plus urgents du droit pénal.

Le Comité a proposé en conséquence que les textes en vigueur à l’époque soient remplacés par des dispositions mieux adaptées relativement aux «délinquants dangereux». Cette Cour a exprimé le même genre de préoccupations dans l’arrêt *Hatchwell c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 39, où l’actuel Juge en chef affirme, à la p. 43:

Habitual criminal legislation and preventive detention are primarily designed for the persistent dangerous criminal and not for those with a prolonged record of minor offences against property. The dominant purpose is to protect the public when the past conduct of the criminal demonstrates a propensity for crimes of violence against the person, and there is a real and present danger to life or limb.

The present legislation, enacted in 1977, clearly pursues the historical purpose of protecting the public, but is now carefully tailored so as to be confined in its application to those habitual criminals who are dangerous to others. In brief, Part XXI provides that where a person has been found guilty of a "serious personal injury offence", the court may, upon application, find the offender to be a dangerous offender and may thereupon impose a sentence of indeterminate detention in lieu of any other sentence that the offender might have received for the offence. The key provision is s. 688 which reads as follows:

688. Where, upon an application made under this Part following the conviction of a person for an offence but before the offender is sentenced therefor, it is established to the satisfaction of the court

(a) that the offence for which the offender has been convicted is a serious personal injury offence described in paragraph (a) of the definition of that expression in section 687 and the offender constitutes a threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons on the basis of evidence establishing

(i) a pattern of repetitive behaviour by the offender, of which the offence for which he has been convicted forms a part, showing a failure to restrain his behaviour and a likelihood of his causing death or injury to other persons, or inflicting severe psychological damage upon other persons, through failure in the future to restrain his behaviour,

(ii) a pattern of persistent aggressive behaviour by the offender, of which the offence for which he has been convicted forms a part, showing a substantial degree of indifference on the part of the offender as

La législation sur les repris de justice ainsi que la détention préventive visent essentiellement les récidivistes dangereux et non pas ceux qui ont un dossier relativement chargé d'infractions mineures contre la propriété. Le but principal est de protéger le public lorsque le comportement antérieur d'un criminel dénote une tendance à commettre des crimes de violence contre la personne et qu'il existe, de ce fait, un danger réel et actuel pour la vie et l'intégrité physique des gens.

De toute évidence, les dispositions actuellement en vigueur, adoptées en 1977, visent à réaliser l'objet historique de la protection du public. Elles ont cependant été soigneusement adaptées de manière à limiter leur application aux repris de justice qui présentent un danger pour autrui. En bref, la partie XXI dispose que, lorsqu'une personne a été reconnue coupable d'une infraction qui constitue un «sévices grave à la personne», la cour peut, sur demande faite à cette fin, déclarer que l'auteur de cette infraction est un délinquant dangereux et lui imposer, au lieu de toute autre peine qui pourrait lui être infligée pour ladite infraction, une peine de détention pour une période indéterminée. La disposition clé est l'art. 688, dont voici le texte:

688. Sur demande faite, en vertu de la présente Partie, postérieurement à la déclaration de culpabilité mais avant le prononcé de la sentence, la cour, convaincue que

a) l'infraction commise, constitue un sévices grave à la personne, aux termes de l'alinéa a) de la définition de cette expression à l'article 687, et que le délinquant qui l'a commise constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit, en vertu de preuves établissant

(i) que, par la répétition de ses actes, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il est déclaré coupable, le délinquant démontre qu'il est incapable de contrôler ses actes et permet de croire qu'il causera vraisemblablement, la mort de quelque autre personne ou causera des sévices ou des dommages psychologiques graves à d'autres personnes,

(ii) que, par la répétition continue de ses actes d'agression, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il est déclaré coupable, le délinquant démontre une indifférence marquée quant

to the reasonably foreseeable consequences to other persons of his behaviour, or

(iii) any behaviour by the offender, associated with the offence for which he has been convicted, that is of such a brutal nature as to compel the conclusion that his behaviour in the future is unlikely to be inhibited by normal standards of behavioural restraint, or

(b) that the offence for which the offender has been convicted is a serious personal injury offence described in paragraph (b) of the definition of that expression in section 687 and the offender, by his conduct in any sexual matter including that involved in the commission of the offence for which he has been convicted, has shown a failure to control his sexual impulses and a likelihood of his causing injury, pain or other evil to other persons through failure in the future to control his sexual impulses,

the court may find the offender to be a dangerous offender and may thereupon impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period, in lieu of any other sentence that might be imposed for the offence for which the offender has been convicted.

To trigger the operation of this procedure, it is necessary by virtue of the opening words of paras. (a) and (b) that the accused have been found guilty of a "serious personal injury offence". The offences falling within this expression are very serious violent crimes defined in s. 687 as follows:

687. . . .

(a) an indictable offence (other than high treason, treason, first degree murder or second degree murder) involving

(i) the use or attempted use of violence against another person, or

(ii) conduct endangering or likely to endanger the life or safety of another person or inflicting or likely to inflict severe psychological damage upon another person.

and for which the offender may be sentenced to imprisonment for ten years or more, or

(b) an offence or attempt to commit an offence mentioned in section 246.1 (sexual assault), 246.2 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm) or 246.3 (aggravated sexual assault).

aux conséquences raisonnablement prévisibles que ses actes peuvent avoir sur autrui, ou

(iii) un comportement, chez ce délinquant, associé à la perpétration de l'infraction dont il vient d'être déclaré coupable, d'une nature si brutale que l'on ne peut s'empêcher de conclure qu'il y a peu de chance pour qu'à l'avenir ce comportement soit inhibé par les normes ordinaires de restriction du comportement, ou

b) l'infraction perpétrée constitue un sévices grave à la personne, au terme de l'alinéa b) de la définition de cette expression à l'article 687, et que la conduite antérieure du délinquant dans le domaine sexuel, y compris lors de la perpétration de l'infraction dont il a été déclaré coupable, démontre son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles et laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes,

d) peut déclarer qu'il s'agit là d'un délinquant dangereux et lui imposer, au lieu de toute autre peine qui pourrait être infligée pour l'infraction dont il vient d'être déclaré coupable, une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée.

D'après les dispositions liminaires des al. a) et b), on ne peut avoir recours à cette procédure que si l'accusé a été reconnu coupable de «sévices graves à la personne». Les infractions visées par cette expression sont les crimes violents très graves qui sont ainsi définis à l'art. 687:

687. . . .

a) les infractions (la haute trahison, la trahison, le meurtre au premier degré ou au deuxième degré exceptés) punissables, par voie de mise en accusation, d'une peine d'emprisonnement d'au moins dix ans et impliquant

(i) l'emploi, ou une tentative d'emploi, de la violence contre une autre personne, ou

(ii) une conduite dangereuse, ou susceptible de l'être, pour la vie ou la sécurité d'une autre personne ou une conduite ayant infligé, ou susceptible d'infliger, des dommages psychologiques graves à une autre personne, ou

b) les infractions ou tentatives de perpétration de l'une des infractions prévues aux articles 246.1 (agression sexuelle), 246.2 (agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles) ou 246.3 (agression sexuelle grave).

Two of the crimes of which the appellant was convicted fall within this definition.

In addition to having been convicted of a serious personal injury offence, s. 688(a) and (b) provides that to qualify as a dangerous offender, it must also be established that the offender constitutes a threat to the life, safety or well-being of others on the basis of evidence of the dangerous and intractably persistent or brutal behaviour described in subparas. (i) to (iii), or that the offender has shown an inability to control his sexual impulses and a likelihood that he will thereby cause injury, pain or other evil to other persons. The findings of the courts below that the behaviour described in s. 688 existed was not contested here.

Owing to the nature of the findings that must be made, provision is made for psychological, psychiatric and criminological evidence (s. 690) as well as character evidence (s. 692). Indeed, the evidence of at least two psychiatrists is obligatory. As well, the judge is empowered to make directions and to remand the offender for the purposes of observation (s. 691).

Because of the serious implications of the procedure for the accused, a number of safeguards have been provided. Thus the consent of the provincial Attorney General is required and the offender must, following the application, be given at least seven days notice of the basis on which it is made (s. 689). The offender is allowed to nominate one of the psychiatric witnesses (s. 690(2)) and failure to do so obliges the court to nominate one on his or her behalf (s. 690(3)). The offender also has a right to be present at the hearing (s. 693), and to appeal against sentence (s. 694(1)). As well, the Solicitor General of Canada is to be furnished with copies of the psychological, psychiatric and criminological evidence and of the observations of the Court (s. 695). Finally, and importantly, provi-

Deux des crimes dont l'appelant a été déclaré coupable relèvent de cette définition.

Pour qu'un délinquant puisse être considéré comme dangereux, les al. 688a) et b) exigent non seulement qu'il ait été déclaré coupable de sévices graves à la personne, mais encore qu'on démontre que ce délinquant constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être d'autrui sur la foi d'éléments de preuve établissant une conduite dangereuse et irréductiblement persistante ou brutale décrite aux sous-al. (i) à (iii), ou que le comportement du délinquant ait manifesté une incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles et laisse en conséquence prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes. On ne conteste pas en cette Cour les conclusions des tribunaux d'instance inférieure quant à l'existence en l'espèce de la conduite décrite à l'art. 688.

En raison de la nature des conclusions qui doivent être tirées, il y a des dispositions qui prescrivent l'audition des témoignages de psychologues, de psychiatres et de criminologues (art. 690) ainsi que la production d'éléments de preuve concernant le caractère (art. 692). En fait, la preuve d'au moins deux psychiatres est obligatoire. De plus, le juge est habilité à rendre des ordonnances et à renvoyer le délinquant pour observation (art. 691).

En raison de la gravité des conséquences de la procédure pour l'accusé, un certain nombre de garanties sont prévues, d'où l'exigence du consentement du procureur général de la province et l'obligation de donner au délinquant, à la suite de la présentation de la demande, un préavis d'au moins sept jours francs indiquant ce sur quoi la demande se fonde (art. 689). Le délinquant est autorisé à nommer l'un des psychiatres appelés à témoigner (par. 690(2)) et s'il omet de le faire le tribunal est tenu d'en nommer un en ses lieu et place (par. 690(3)). Le délinquant a aussi le droit d'être présent à l'audience (art. 693) et d'interjeter appel de sa sentence (par. 694(1)). On doit en outre faire tenir au procureur général du Canada copie des témoignages des psychologues, psychiatres et criminologues ainsi que des observations faites par la cour (art. 695). Finalement, il importe de souligner qu'à l'expiration d'un délai de trois

sion is made for review of the sentence at the expiration of three years from its imposition and every two years thereafter (s. 695.1).

The Issues

Before entering into a detailed discussion of the issues, it may be useful to note that this case exemplifies the rather obvious point that the rights and freedoms protected by the *Charter* are not insular and discrete (see, e.g., my comments in this regard in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588.) Rather, the *Charter* protects a complex of interacting values, each more or less fundamental to the free and democratic society that is Canada (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136), and the particularization of rights and freedoms contained in the *Charter* thus represents a somewhat artificial, if necessary and intrinsically worthwhile attempt to structure and focus the judicial exposition of such rights and freedoms. The necessity of structuring the discussion should not, however, lead us to overlook the importance of appreciating the manner in which the amplification of the content of each enunciated right and freedom imbues and informs our understanding of the value structure sought to be protected by the *Charter* as a whole and, in particular, of the content of the other specific rights and freedoms it embodies.

As already mentioned, the case raises issues concerning ss. 7, 9, 11 and 12 of the *Charter*. Indeed, several s. 7 issues are raised, the most fundamental of which, and hence the one with which I propose to begin, being whether the imposition of preventive detention for an indeterminate period offends against the principles of fundamental justice. The remaining s. 7 issues focus not on the punishment itself, but on the fairness of the process by which the deprivation of liberty is occasioned. I therefore propose to discuss the issues raised by the appellant under the following headings:

1. Does Part XXI violate s. 7 of the *Charter*? Specifically, does it offend against principles of

ans à compter de son imposition et, par la suite, à tous les deux ans, la peine doit faire l'objet d'une révision (art. 695.1).

Les questions en litige

Avant de se lancer dans une étude approfondie des questions en litige, il peut être utile de souligner que la présente affaire illustre un point assez évident, savoir que les droits et libertés garantis par la *Charte* ne sont pas séparés et distincts les uns des autres (voir, par exemple, mes observations à ce propos dans l'arrêt *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588). Au contraire, la *Charte* sert à sauvegarder un ensemble complexe de valeurs interreliées, dont chacune constitue un élément plus ou moins fondamental de la société libre et démocratique qu'est le Canada (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136), et la spécification des droits et libertés dans la *Charte* représente en conséquence une tentative quelque peu artificielle, quoique nécessaire et intrinsèquement valable, de structurer et d'orienter l'expression judiciaire de ces mêmes droits et libertés. La nécessité d'une analyse structurée ne devrait toutefois pas nous amener à perdre de vue l'importance que revêt la manière dont l'élargissement de la portée de chaque droit et liberté énoncé donne sens et forme à notre compréhension du système de valeurs que vise à protéger la *Charte* dans son ensemble et, en particulier, à notre compréhension de la portée des autres droits et libertés qu'elle garantit.

Comme je l'ai déjà mentionné, la présente affaire soulève des questions concernant les art. 7, 9, 11 et 12 de la *Charte*. De fait, en ce qui concerne l'art. 7, plusieurs questions se posent, dont la plus fondamentale et, en conséquence, celle par laquelle j'entends commencer, est de savoir si la condamnation à une peine de détention préventive pour une période indéterminée contrevient aux principes de justice fondamentale. Quant aux autres questions se rapportant à l'art. 7, elles visent non pas la peine elle-même, mais l'équité de la procédure entraînant la privation de liberté. Je me propose donc d'examiner sous les rubriques suivantes les questions soulevées par l'appellant:

1. La partie XXI viole-t-elle l'art. 7 de la *Charte*? Plus précisément, est-il contraire aux principes de justice fondamentale d'imposer la

fundamental justice to impose preventive detention as punishment for committing a crime?

2. Does Part XXI violate s. 12 of the *Charter*?

3. Does Part XXI violate s. 9 of the *Charter*?

4. Does Part XXI violate s. 7 of the *Charter* in other respects? Are the procedures by which the deprivation of liberty is occasioned, the standard of proof required under Part XXI, or the use of psychiatric evidence in a Part XXI application, fundamentally unfair to offenders sought to be designated as dangerous? (An aspect of the foregoing inquiry concerns the more discrete question whether s. 11(f) of the *Charter* requires that a Part XXI application be heard by a jury.)

5. Were the appellant's rights under s. 7 violated by the Crown's failure to give the appellant notice before his election and plea?

A. Does Part XXI by Imposing Indeterminate Detention Offend Against Fundamental Justice Under s. 7 of the *Charter*?

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, this Court held that the phrase "principles of fundamental justice" sets out the parameters of the right not to be deprived of life, liberty and security of the person. These principles were stated to inhere in the basic tenets and principles not only of the judicial system but also of the other components of our legal system (at p. 512, *per* Lamer J.) Hence, to determine whether Part XXI violates the principles of fundamental justice by the deprivation of liberty suffered by the offender, it is necessary to examine Part XXI in light of the basic principles of penal policy that have animated legislative and judicial practice in Canada and other common law jurisdictions.

The appellant submits that Part XXI results in a deprivation of liberty that is not in accordance with the principles of fundamental justice in that it permits an individual to be sentenced for crimes he

détention préventive pour sanctionner la perpétration d'un crime?

2. La partie XXI viole-t-elle l'art. 12 de la *Charte*?

3. La partie XXI viole-t-elle l'art. 9 de la *Charte*?

4. La partie XXI viole-t-elle à d'autres égards l'art. 7 de la *Charte*? La procédure qui entraîne la privation de liberté, la norme de preuve qu'exige la partie XXI ou l'utilisation d'une preuve psychiatrique dans le cadre d'une demande fondée sur ladite partie, sont-elles fondamentalement injustes envers les délinquants que l'on veut faire qualifier de dangereux? (Un aspect de cette étude porte sur la question distincte de savoir si l'al. 11f) de la *Charte* exige qu'une demande fondée sur la partie XXI soit entendue par un jury.)

5. L'omission du ministère public de donner avis à l'appelant avant que celui-ci ne fasse son choix et son plaidoyer, constitue-t-elle une atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7?

A. La partie XXI, en imposant la détention pour une période indéterminée, viole-t-elle les principes de justice fondamentale dont il est question à l'art. 7 de la *Charte*?

Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, cette Cour a conclu que l'expression «principes de justice fondamentale» établit les paramètres du droit à la protection contre toute atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Ces principes, a-t-on affirmé, se trouvent dans les préceptes fondamentaux non seulement du processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système juridique (à la p. 512, le juge Lamer). Donc, pour déterminer si la partie XXI viole les principes de justice fondamentale en raison de la privation de liberté qu'elle inflige au délinquant, il faut l'examiner en fonction des préceptes fondamentaux de la politique en matière pénale qui animent la pratique législative et judiciaire au Canada et dans d'autres ressorts de *common law*.

L'appelant prétend que la partie XXI entraîne une privation de liberté qui est contraire aux principes de justice fondamentale en ce sens qu'elle permet qu'une personne soit condamnée pour des

or she has not committed or for crimes for which he or she has already been punished. If this statement correctly described what in fact occurs under Part XXI it would, indeed, constitute a violation of s. 7. The reality, however, is quite different. What section 688 does is to permit a judge to impose a sentence of indeterminate detention on an individual for having committed an offence, which sentence is "in lieu of any other sentence that might be imposed for the offence for which the offender has been convicted". (Emphasis added.) The individual is clearly being sentenced for the "serious personal injury offence" he or she has been found guilty of committing, albeit in a different way than would ordinarily be done. It must be remembered that the appellant was not picked up off the street because of his past criminality (for which he has already been punished), or because of fears or suspicions about his criminal proclivities, and then subjected to a procedure in order to determine whether society would be better off if he were incarcerated indefinitely. Rather he was arrested and prosecuted for a very serious violent crime and subjected to a procedure aimed at determining the appropriate penalty that should be inflicted upon him in the circumstances.

Thus, the appellant's contention that he is being punished for what he might do rather than for what he has done or, in more traditional terms, that he is being found guilty in the absence of a finding of the requisite *actus reus*, must be rejected. The punishment, as I noted, flows from the actual commission of a specific crime, the requisite elements of which have been proved to exist beyond a reasonable doubt.

Nor do I find it objectionable that the offender's designation as dangerous or the subsequent indeterminate sentence is based, in part, on a conclusion that the past violent, anti-social behaviour of the offender will likely continue in the future. Such considerations play a role in a very significant number of sentences. I accordingly agree with the respondent's submission that it cannot be considered a violation of fundamental justice for Parliament to identify those offenders who, in the interests of protecting the public, ought to be sentenced according to considerations which

crimes qu'elle n'a pas commis ou pour lesquels elle a déjà été punie. Si cela constituait une description exacte de ce qui se passe vraiment sous le régime de la partie XXI, il y aurait certainement violation de l'art. 7. La réalité est cependant tout autre. En réalité, l'art. 688 permet à un juge d'imposer à l'auteur d'une infraction une peine de détention pour une période indéterminée, «au lieu de toute autre peine qui pourrait être infligée pour l'infraction dont il vient d'être déclaré coupable». (Je souligne.) De toute évidence, l'individu en question se voit condamner, quoique d'une manière inhabituelle, pour les «*sérvices graves à la personne*» dont il a été reconnu coupable. Il faut se rappeler que l'appelant n'a pas été appréhendé à cause de ses actes criminels antérieurs (pour lesquels il a déjà été puni) ni à cause de craintes ou de soupçons quant à sa propension au crime, pour être ensuite soumis à une procédure visant à déterminer s'il valait mieux pour la société qu'il soit incarcéré indéfiniment. Il a plutôt été arrêté et poursuivi pour un crime violent très grave et soumis à une procédure destinée à déterminer la peine qu'il convenait de lui infliger dans les circonstances.

Par conséquent, il faut rejeter l'argument de l'appelant selon lequel on le punit pour ce qu'il pourrait faire et non pas pour ce qu'il a réellement fait ou selon lequel, en des termes plus traditionnels, on le déclare coupable sans avoir conclu à l'existence de l'*actus reus* nécessaire. La peine, comme je l'ai déjà souligné, découle de la perpétration d'un crime précis dont les éléments ont été établis hors de tout doute raisonnable.

Je ne vois rien qui s'oppose à ce que la décision de qualifier le délinquant de dangereux ou de lui infliger une peine d'emprisonnement pour une durée indéterminée repose en partie sur la conclusion que son comportement violent et antisocial du passé continuera vraisemblablement. De tels facteurs jouent dans un très grand nombre de sentences. Je souscris donc au point de vue de l'intimé selon lequel on ne saurait considérer comme un manquement à la justice fondamentale le fait que le Parlement identifie les délinquants dont la peine devrait, dans l'intérêt de la protection du public,

are not entirely reactive or based on a "just deserts" rationale. The imposition of a sentence which "is partly punitive but is mainly imposed for the protection of the public" (*Re Moore and the Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (Ont. H.C.)) seems to me to accord with the fundamental purpose of the criminal law generally, and of sentencing in particular, namely, the protection of society. In a rational system of sentencing, the respective importance of prevention, deterrence, retribution and rehabilitation will vary according to the nature of the crime and the circumstances of the offender. No one would suggest that any of these functional considerations should be excluded from the legitimate purview of legislative or judicial decisions regarding sentencing.

It is thus important to recognize the precise nature of the penological objectives embodied in Part XXI. It is clear that the indeterminate detention is intended to serve both punitive and preventive purposes. Both are legitimate aims of the criminal sanction. Indeed, when society incarcerates a robber for, say, ten years, it is clear that its goal is both to punish the person and prevent the recurrence of such conduct during that period. Preventive detention in the context of Part XXI, however, simply represents a judgment that the relative importance of the objectives of rehabilitation, deterrence and retribution are greatly attenuated in the circumstances of the individual case, and that of prevention, correspondingly increased. Part XXI merely enables the court to accommodate its sentence to the common sense reality that the present condition of the offender is such that he or she is not inhibited by normal standards of behavioural restraint so that future violent acts can quite confidently be expected of that person. In such circumstances it would be folly not to tailor the sentence accordingly.

It is noteworthy that numerous examples exist, both in Canada and abroad, of ways in which the need to protect the public from the risk of convict-

être établie en fonction de facteurs qui ne sont pas entièrement réactifs ou fondés sur le principe du «châtiment mérité». L'imposition d'une sentence qui [TRADUCTION] «est punitive en partie, mais qui vise surtout à protéger le public» (*Re Moore and the Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (H.C. Ont.)) me semble concorder avec l'objet fondamental du droit criminel en général, et de l'imposition des peines en particulier, savoir la protection de la société. Dans un système rationnel de détermination des peines, l'importance respective de la prévention, de la dissuasion, du châtiment et de la réinsertion sociale variera selon la nature du crime et la situation du délinquant. Personne n'a prétendu que l'une quelconque de ces considérations pratiques ne devrait pas entrer en ligne de compte dans les décisions législatives ou judiciaires concernant les peines à imposer.

D'où l'importance de reconnaître la nature précise des objectifs pénologiques de la partie XXI. Il est clair que la détention pour une période indéterminée répond à des fins à la fois punitives et préventives. L'une et l'autre constituent des buts légitimes de la sanction pénale. De fait, lorsque la société incarcère un voleur pendant dix ans, par exemple, il est évident que le but visé est double: punir l'auteur du crime et empêcher la récidive pendant cette période. Toutefois, la détention préventive dans le contexte de la partie XXI représente simplement un jugement que l'importance relative des objectifs de réinsertion sociale, de dissuasion et de châtiment peut diminuer sensiblement dans un cas particulier et celle de la prévention s'accroître proportionnellement. La partie XXI ne fait que permettre à la cour d'adapter la peine à la réalité bien évidente que la situation actuelle du délinquant est telle que sa conduite n'est pas soumise aux contraintes normales, de sorte qu'on peut s'attendre avec un grand degré de certitude à ce que cette personne commette des actes de violence dans l'avenir. Il serait donc insensé que de ne pas fixer la peine en conséquence.

Il convient de souligner qu'il existe, tant au Canada qu'à l'étranger, de nombreux exemples de façons dont les tribunaux et les législateurs ont

ed persons reoffending has been taken into consideration by the judiciary and legislature alike.

The case law criteria for imposing a life sentence closely parallel those embodied in Part XXI. Indeed, life sentences and Part XXI sentences are primarily imposed for the same purposes and on the same type of offender. In *R. v. Hill* (1974), 15 C.C.C. (2d) 145 (Ont. C.A.), Jessup J.A. stated, at pp. 147-48:

When an accused has been convicted of a serious crime in itself calling for a substantial sentence and when he suffers from some mental or personality disorder rendering him a danger to the community but not subjecting him to confinement in a mental institution and when it is uncertain when, if ever, the accused will be cured of his affliction, in my opinion the appropriate sentence is one of life. Such a sentence in such circumstances, amounts to an indefinite sentence under which the Parole Board can release him to the community when it is satisfied, upon adequate psychiatric examination, it is in the interests of the accused and of the community for him to return to society. The policy expressed in my opinion is that of the Criminal Division of the English Court of Appeal: cf. Thomas, *Principles of Sentencing*, at pp. 272-9.

A similar view was taken by Lieberman J.A. for the Alberta Court of Appeal in *R. v. Kempton* (1980), 53 C.C.C. (2d) 176, at pp. 191-92. Indeed, it is not without profound significance that the appellant could, theoretically, have received a life sentence for one of the crimes for which he was convicted, namely, breaking and entering a dwelling house contrary to s. 306(1)(b) of the *Code*. This starkly emphasizes that the sentence actually imposed differs in emphasis and degree, but not in kind, from that which he might otherwise have received.

It is true that the *Hill* principle, which amounts to judge-made dangerous offender law, has clearly been limited by subsequent decisions. However,

tenu compte de la nécessité de protéger le public contre le risque de récidive de la part de personnes reconnues coupables de crimes.

a Les critères qui, d'après la jurisprudence, doivent être remplis pour qu'une peine d'emprisonnement à perpétuité soit imposée ressemblent beaucoup à ceux énoncés à la partie XXI. En fait, les peines d'emprisonnement à perpétuité et les peines prévues à la partie XXI visent essentiellement les mêmes objectifs et le même type de délinquant. Dans l'arrêt *R. v. Hill* (1974), 15 C.C.C. (2d) 145 (C.A. Ont.), le juge Jessup affirme, aux pp. 147 et 148:

c [TRADUCTION] Lorsqu'un accusé est déclaré coupable d'un crime grave qui commande lui-même une lourde peine et qu'il souffre de quelque trouble psychique ou de personnalité qui le rend dangereux pour la collectivité, sans pour autant nécessiter qu'il soit interné dans un hôpital psychiatrique, et lorsqu'il n'est pas certain si ou à quel moment l'accusé sera guéri de sa maladie, à mon avis la peine qui s'impose c'est l'emprisonnement à perpétuité. Dans de telles circonstances, cela équivaut à une peine d'une durée indéterminée, aux termes de laquelle la Commission des libérations conditionnelles peut le remettre en liberté dans la société lorsqu'elle est convaincue, à la suite d'un examen psychiatrique adéquat, que cette libération est dans l'intérêt de l'accusé et de la société. La politique que je viens d'énoncer est celle de la Division criminelle de la Cour d'appel d'Angleterre: cf. Thomas, *Principles of Sentencing*, aux pp. 272 à 279.

g Une opinion semblable a été exprimée par le juge Lieberman de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *R. v. Kempton* (1980), 53 C.C.C. (2d) 176, aux pp. 191 et 192. À vrai dire, et c'est là un point d'une importance capitale, l'appelant aurait pu théoriquement se voir imposer une peine d'emprisonnement à perpétuité pour l'un des crimes dont il a été déclaré coupable, savoir celui de s'être introduit par effraction dans une maison d'habitation contrairement à l'al. 306(1)(b) du *Code*. Voilà qui met nettement en relief le fait que la peine effectivement imposée diffère selon son importance et sa sévérité, mais selon sa nature, de celle qu'on aurait pu par ailleurs lui infliger.

j Il est vrai que la portée du principe énoncé dans l'arrêt *Hill*, qui constitue du droit prétorien relatif aux délinquants dangereux, a clairement été res-

the basis of the retrenchment has not been a rejection of the principle of indeterminate detention for dangerous offenders. Rather, it has been the concern that the *Hill* principle not be used to circumvent the provisions of Part XXI with its attendant safeguards for the offender. As Martin J.A., for the Ontario Court of Appeal, observed in *R. v. Crosby* (1982), 1 C.C.C. (3d) 233, at p. 240:

The Crown, in our view, properly invoked the dangerous offender legislation in this case. This court has said on more than one occasion that rather than sentence a person who has been convicted of a serious offence and who is a continuing danger to life imprisonment, the prosecution should proceed under the dangerous offender provisions, where the offender has greater protection.

In England, statutory provisions respecting the sentencing of dangerous offenders did not exist before 1908 when preventive detention legislation to deal with habitual offenders was enacted. Section 37 of the *Criminal Justice Act 1967*, 1967, c. 80 (U.K.), abolished such detention but the principle that a persistent recidivist should be detained for a longer period than the ordinary criminal has been retained in the form of the "extended" sentence. Under the relevant provisions, where the prosecution establishes certain conditions demonstrating persistence and the like, the court may impose a sentence in excess of the statutory maximum for the offence.

In addition, the English courts have departed from the usual range of sentences (the so-called "tariff sentence") for particular crimes and employed the life sentence as an indefinite preventive sentence when an offender "appears, on the basis of his immediate offence, his previous history and such psychiatric evidence as may be available, to be highly likely to commit grave offences of violence in the future" (D. A. Thomas, *Principles of Sentencing* (2nd ed. 1979), at p. 37). The

treinte par la jurisprudence subséquente. Cependant, loin de reposer sur un rejet du principe de la détention pour une durée indéterminée des délinquants dangereux, cette restriction a pour fondement le souci de veiller à ce que le principe de l'arrêt *Hill* ne soit pas utilisé pour contourner la partie XXI et ses garanties concomitantes en faveur des délinquants. Comme l'a fait remarquer le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Crosby* (1982), 1 C.C.C. (3d) 233, à la p. 240:

[TRADUCTION] Selon nous, c'est à bon droit que le ministère public a invoqué en l'espèce les dispositions relatives aux délinquants dangereux. Cette cour a affirmé à plus d'une occasion que plutôt que de condamner à l'emprisonnement à perpétuité une personne qui a été déclarée coupable d'une infraction grave et qui continue à présenter un danger pour le public, la poursuite devrait procéder en vertu des dispositions portant sur les délinquants dangereux, lesquelles offrent au délinquant une meilleure protection.

En Angleterre, les dispositions législatives concernant la détermination des sentences relatives aux délinquants dangereux ne sont apparues qu'en 1908 au moment de l'adoption d'une loi prévoyant la détention préventive de repris de justice. L'article 37 de la *Criminal Justice Act 1967*, 1967, chap. 80 (R.-U.), a aboli la détention préventive, mais le principe selon lequel un récidiviste endurci devrait faire l'objet d'une détention plus longue que celle infligée au criminel ordinaire a été conservé sous la forme de la peine «prolongée». Suivant les dispositions pertinentes, lorsque la poursuite établit l'existence de certaines conditions démontrant notamment la persistance dans la récidive, la cour peut imposer une peine qui dépasse la peine maximale prévue par la loi pour l'infraction en question.

De plus, les tribunaux anglais se sont éloignés de la fourchette habituelle des peines (ce qu'on appelle le [TRADUCTION] «barème des peines») pour des crimes donnés et ont eu recours à l'emprisonnement à perpétuité à titre de peine préventive de durée indéterminée chaque fois qu'un délinquant [TRADUCTION] «paraît, si l'on tient compte de l'infraction dont il vient d'être déclaré coupable, de ses antécédents et de la preuve psychiatrique qui a pu être produite, fortement enclin à commet-

circumstances in which the indeterminate term is considered appropriate were set out by the Criminal Division of the Court of Appeal in *R. v. Hodgson* (1967), 52 Cr. App. R. 113, at p. 114:

When the following conditions are satisfied, a sentence of life imprisonment is in our opinion justified: (1) where the offence or offences are in themselves grave enough to require a very long sentence; (2) where it appears from the nature of the offences or from the defendant's history that he is a person of unstable character likely to commit such offences in the future; and (3) where if the offences are committed the consequences to others may be specially injurious, as in the case of sexual offences or crimes of violence. We think that these conditions are satisfied in the present case and that they justify an indeterminate life sentence. The Home Secretary has of course the power to release the appellant on licence when it is thought safe to release him, if that time comes.

Finally, the legislation of other jurisdictions reveals the general acceptance of preventive detention as a means of dealing with dangerous offenders. In their comprehensive review of protective sentencing of dangerous offenders in the United Kingdom, Floud and Young, *Dangerousness and Criminal Justice* (London 1981), note that "the laws of most, if not all, western countries make provision for the sentencing of offenders against whom the public requires special protection". For example, they observe, Denmark provides for protective custody of dangerous offenders who commit or attempt to commit homicide, robbery, rape and other serious offences. Similarly, the Swedish Penal Code of 1965 provides that "internment may be imposed if the crime . . . is punishable by imprisonment for two years or longer and in view of the defendant's criminality, mental condition, conduct and other circumstances, a long-lasting deprivation of liberty, without duration fixed in advance, is deemed necessary to prevent further serious criminality on his part" (at p. 103). Norval Morris, in "The Habitual Criminal"

tre dans l'avenir des infractions violentes graves" (D. A. Thomas, *Principles of Sentencing* (2nd ed. 1979), à la p. 37). Les circonstances dans lesquelles il convient d'imposer une peine d'une durée indéterminée ont été exposées par la Division criminelle de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Hodgson* (1967), 52 Cr. App. R. 113, à la p. 114:

[TRADUCTION] Nous estimons qu'une peine d'emprisonnement à perpétuité est justifiée lorsque les conditions énoncées ci-après sont remplies; (1) lorsque l'infraction ou les infractions sont en soi assez graves pour commander une peine d'une durée très longue; (2) lorsqu'il se dégage de la nature des infractions ou des antécédents de l'accusé qu'il est prédisposé par l'instabilité de son caractère à commettre de telles infractions dans l'avenir; et (3) lorsque, dans l'hypothèse où ces infractions seraient commises, les conséquences pour autrui peuvent être particulièrement préjudiciables, comme dans le cas d'infractions sexuelles ou de crimes violents. Nous croyons que ces conditions sont remplies en l'espèce et que cela justifie une peine d'emprisonnement à perpétuité d'une durée indéterminée. Bien entendu, le ministre de l'Intérieur a le pouvoir de mettre l'appelant en liberté sur autorisation dès qu'on juge qu'il peut être relâché sans danger, si jamais ce moment vient.

Finalement, il se dégage des lois en vigueur dans d'autres ressorts que la détention préventive est généralement acceptée comme moyen de réprimer les délinquants dangereux. Dans leur étude exhaustive de la condamnation préventive de délinquants dangereux au Royaume-Uni, intitulée *Dangerousness and Criminal Justice* (London 1981), Floud et Young font remarquer que [TRADUCTION] «les lois de la plupart, si ce n'est de la totalité, des pays occidentaux prévoient la condamnation de délinquants contre lesquels le public doit bénéficier d'une protection spéciale». Ils soulignent, par exemple, que le Danemark permet la mise en détention préventive de délinquants dangereux qui commettent ou tentent de commettre un homicide, un vol qualifié, un viol et d'autres infractions graves. De même, le code pénal suédois de 1965 dispose que [TRADUCTION] «l'internement peut être imposé si le crime [. . .] est punissable par une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus et si, compte tenu des tendances criminelles, de l'état mental, de la conduite et d'autres aspects de la situation du défendeur, une privation de

(1967), 13 *McGill L.J.* 534, also observes that a number of countries have enacted legislation to deal with incorrigible or habitual offenders, and notes, at p. 536, that generally three elements are included in the definition of the group targeted for such punishment — criminal qualities inherent or latent in the mental constitution, a settled practice in crime, and a public danger.

In the United States, as well, there are many examples of legislation embodying the principle of protective or preventive sentencing. For example, Title 18 of the *United States Code*, § 3575 (repealed, effective November 1, 1986, s. 235 Pub.L. 98-473), provided for a greatly increased range of penalties if the defendant was shown to be a “dangerous special offender”. Section 3575(f) provided that “A defendant is dangerous . . . if a period of confinement longer than that provided for such felony is required for the protection of the public from further criminal conduct by the defendant”. This statute has withstood constitutional attack in several federal Court of Appeal decisions (see *U.S. v. Davis*, 710 F.2d 104 (3rd Cir. 1983); *U.S. v. Stewart*, 531 F.2d 326 (6th Cir. 1975), *certiorari* denied 426 U.S. 922; *U.S. v. Neary*, 552 F.2d 1184 (7th Cir. 1977), *certiorari* denied 434 U.S. 864; and *U.S. v. Cox*, 719 F.2d 285 (8th Cir. 1983), *certiorari* denied 466 U.S. 929).

Similarly, several state legislatures have enacted habitual offender, recidivist or enhanced sentencing statutes, the constitutionality of which have, in principle, been upheld by the Supreme Court (*Spencer v. Texas*, 385 U.S. 552 (1967); see also, *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263 (1980), which upheld a mandatory life term on a third felony conviction (at least where parole eligibility is provided for, a requirement emphasized in *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983)).

liberté de longue durée, sans que cette durée soit préétablie, est jugée nécessaire pour l’empêcher de commettre d’autres crimes graves» (à la p. 103). Norval Morris, dans «The Habitual Criminal» (1967), 13 *McGill L.J.* 534, fait également observer qu’un certain nombre de pays ont adopté des dispositions législatives destinées à régler le cas des délinquants incorrigibles ou des repris de justice et il précise, à la p. 536, qu’en règle générale la définition du groupe devant faire l’objet du châtiment prévu énonce trois éléments: un tempérament qui comporte des tendances criminelles latentes ou inhérentes, des pratiques criminelles bien établies et l’existence d’un danger pour le public.

Aux États-Unis aussi, il y a beaucoup d’exemples de lois qui mettent en application le principe de la condamnation protectrice ou préventive. Par exemple, le titre 18 du *United States Code*, § 3575 (abrogé le 1^{er} novembre 1986, art. 235 Pub.L. 98-473), prévoyait des peines sensiblement plus sévères si l’on prouvait que l’accusé était un [TRANSDUCTION] «délinquant spécial dangereux». L’alinéa 3575f) portait qu’ [TRADUCTION] «Un accusé est dangereux [. . .] si une période d’incarcération plus longue que celle prévue pour le crime en question s’impose pour la protection du public contre toute récidive de la part de cet accusé». La constitutionnalité de cette loi a été confirmée par plusieurs arrêts de la Cour d’appel des États-Unis (voir *U.S. v. Davis*, 710 F.2d 104 (3rd Cir. 1983); *U.S. v. Stewart*, 531 F.2d 326 (6th Cir. 1975), *certiorari* refusé 426 U.S. 922; *U.S. v. Neary*, 552 F.2d 1184 (7th Cir. 1977), *certiorari* refusé 434 U.S. 864; et *U.S. v. Cox*, 719 F.2d 285 (8th Cir. 1983), *certiorari* refusé 466 U.S. 929).

De même, les législatures de plusieurs États, ont adopté des lois concernant les repris de justice ou les récidivistes ou établissant des peines plus sévères, dont la constitutionnalité a été, en principe, confirmée par la Cour suprême (*Spencer v. Texas*, 385 U.S. 552 (1967); voir aussi l’arrêt *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263 (1980), dans lequel une peine obligatoire d’emprisonnement à perpétuité imposée à la suite d’une troisième déclaration de culpabilité d’un délit grave a été maintenue (du moins lorsque l’admissibilité à la libération conditionnelle est prévue, une condition sur laquelle on a insisté dans l’arrêt *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983)).

From what I have said already, I do not think that it could seriously be argued that the penological objectives embodied in Part XXI themselves violate s. 7 of the *Charter*. However, it is clear that the present *Charter* inquiry is concerned also, if not primarily, with the effects of the legislation. This requires investigating the 'treatment meted out', i.e. what is actually done to the offender and how that is accomplished. Whether this "treatment" violates constitutional precepts seems to me to be an issue more aptly discussed under ss. 9 and 12 of the *Charter*, because these provisions focus on specific manifestations of the principles of fundamental justice. For convenience, I shall begin with s. 12.

B. Does Part XXI Constitute Cruel and Unusual Punishment Under s. 12 of the Charter?

The appellant contends that Part XXI violates s. 12 of the *Charter* in that it imposes a punishment that is unusually severe and serves no valid penological purpose more effectively than a less severe punishment (e.g. a determinate sentence).

This issue was addressed in *Re Moore, supra*, and *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336 (Ont. C.A.). In *Re Moore*, Ewaschuk J. appears to have been influenced by the fact that this Court had, in *Ex Parte Matticks* (1973), 15 C.C.C. (2d) 213 n, *sub nom. Pearson v. Lecorre* [1973] S.C.R. vi, upheld the previous habitual offender legislation under s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, which provides that no law of Canada shall be construed or applied so as to "impose or authorize the imposition of cruel and unusual treatment or punishment". If that more Draconian legislation was valid, he reasoned, so must the present legislation be valid. The reasons given by Ewaschuk J. for sustaining the legislation may be summarized as follows: the legislation would be acceptable to a large segment of the

Me fondant sur ce qui précède, je ne crois pas qu'on puisse sérieusement prétendre que les objets pénologiques de la partie XXI constituent en soi une violation de l'art. 7 de la *Charte*. Il est toutefois évident que le présent examen fondé sur la *Charte* porte également, sinon principalement, sur les effets des dispositions législatives en cause. Cela exige d'examiner le [TRADUCTION] «traitement accordé» aux délinquants, c.-à-d. la forme qu'il prend et la manière dont on l'administre. Quant à savoir si ce «traitement» va à l'encontre de certains préceptes constitutionnels, cela me semble une question qu'il convient mieux d'examiner dans le contexte des art. 9 et 12 de la *Charte* étant donné que ces dispositions portent sur des manifestations précises des principes de justice fondamentale. Pour des motifs de commodité, je prends comme point de départ l'art. 12.

B. La partie XXI crée-t-elle une peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la Charte?

L'appelant soutient que la partie XXI va à l'encontre de l'art. 12 de la *Charte* en ce qu'elle impose une peine d'une sévérité inhabituelle qui ne répond pas à un but pénologique valable d'une manière plus efficace que ne le ferait une peine moins sévère (comme par exemple une peine d'une durée déterminée).

Cette question a été abordée dans les décisions *Re Moore*, précitée, et *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336 (C.A. Ont.) Dans l'affaire *Re Moore*, le juge Ewaschuk semble avoir été influencé par le fait que cette Cour, dans l'arrêt *Ex Parte Matticks* (1973), 15 C.C.C. (2d) 213 n, *sub nom. Pearson c. Lecorre*, [1973] R.C.S. vi, a conclu que les dispositions antérieures relatives aux repris de justice ne violaient pas l'al. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, selon lequel nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme «infligeant des peines ou traitements cruels et inusités, ou comme en autorisant l'imposition». Suivant le raisonnement du juge Ewaschuk, si ces dispositions plus draconiennes étaient valides, celles actuellement en vigueur le sont à plus forte raison. On peut résu-

population; the specificity of the statutory requirements ensured their application on a rational basis; the protection of society is an important social purpose; the legislation is not an affront to public standards of decency given the procedural safeguards built into the process; and, finally, the legislation is tailored so as not to be disproportionate to the crime and the offender's potential to harm others. Although all punishment is in some degree degrading to human dignity, he concluded, Part XXI is not impermissibly, or cruelly and unusually, degrading to human dignity.

While I agree with much of this reasoning, it is unnecessary to examine it in any detail. For since that decision, this Court, in *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045, has had the opportunity to review the scope and meaning of s. 12, and it is against the backdrop of that case that this issue must be decided. *Smith* dealt with whether s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, in providing for a mandatory minimum sentence of seven years on all persons found guilty of importing a narcotic, offended the right of individuals not to be subjected to cruel and unusual treatment or punishment. A majority of this Court held that s. 5(2) did violate s. 12 and was not sustainable under s. 1 of the *Charter*.

Lamer J., speaking for the majority, set out the parameters of the right not to be subjected to cruel and unusual treatment or punishment in the following terms at pp. 1072-74:

In my view, the protection afforded by s. 12 governs the quality of the punishment and is concerned with the effect that the punishment may have on the person on whom it is imposed. I would agree with Laskin C.J. in *Miller and Cockriell*, *supra*, where he defined the phrase "cruel and unusual" as a "compendious expression of a norm". The criterion which must be applied in

mer ainsi les raisons données par le juge Ewaschuk pour déclarer valides les dispositions en cause: elles seraient acceptables par une grande partie de la population; le caractère précis des exigences posées par la loi garantit leur application rationnelle; la protection de la collectivité est un objectif social important; étant donné les garanties en matière de procédure inhérentes au processus, les dispositions en question ne sont pas incompatibles avec les normes publiques de la dignité humaine; et, finalement, les dispositions législatives sont conçues de manière à ne pas être disproportionnées au crime et au risque de danger que le délinquant présente pour autrui. Bien que tout châtement porte dans une certaine mesure atteinte à la dignité humaine, a conclu le juge Ewaschuk, la partie XXI le fait d'une manière qui ne soit ni inadmissible ni cruelle et inusitée.

Bien que je souscrive en grande partie à ce raisonnement, point n'est besoin de l'examiner dans les menus détails car, depuis la décision susmentionnée, cette Cour, dans l'arrêt *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045, a eu l'occasion d'étudier la portée et le sens de l'art. 12 et c'est en fonction de cet arrêt que nous devons trancher la question actuellement en litige. Dans l'affaire *Smith*, il s'agissait de déterminer si le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, du fait qu'il prévoyait une peine minimale obligatoire de sept ans d'emprisonnement pour toutes les personnes reconnues coupables d'importation d'un stupéfiant, portait atteinte au droit des particuliers à la protection contre les traitements ou peines cruels et inusités. Cette Cour à la majorité a conclu que le par. 5(2) violait effectivement l'art. 12 et ne pouvait être maintenu en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le juge Lamer, s'exprimant au nom de la majorité, a énoncé ainsi les paramètres du droit à la protection contre les traitements ou peines cruels et inusités (aux pp. 1072 à 1074):

À mon avis, la protection accordée par l'art. 12 régit la qualité de la peine et vise l'effet que la peine peut avoir sur la personne à qui elle est infligée. Je suis d'accord avec ce que dit le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Miller et Cockriell*, précité, lorsqu'il définit les termes «cruels et inusités» comme la «formulation concise d'une norme». Le critère qui doit être appliqué pour détermi-

order to determine whether a punishment is cruel and unusual within the meaning of s. 12 of the *Charter* is, to use the words of Laskin C.J. in *Miller and Cockriell*, *supra*, at p. 688, "whether the punishment prescribed is so excessive as to outrage the standards of decency". In other words, though the state may impose punishment, the effect of that punishment must not be grossly disproportionate to what would have been appropriate.

In imposing a sentence of imprisonment, the judge will assess the circumstances of the case in order to arrive at an appropriate sentence. The test for review under s. 12 of the *Charter* is one of gross disproportionality, because it is aimed at punishments that are more than merely excessive. We should be careful not to stigmatize every disproportionate or excessive sentence as being a constitutional violation, and should leave to the usual sentencing appeal process the task of reviewing the fitness of a sentence. Section 12 will only be infringed where the sentence is so unfit as to be grossly disproportionate.

In assessing whether a sentence is grossly disproportionate, the Court must first consider the gravity of the offence, the personal characteristics of the offender and the particular circumstances of the case in order to determine what range of sentences would have been appropriate to punish, rehabilitate or deter this particular offender or to protect the public from this particular offender. The other purposes which may be pursued by the imposition of punishment, in particular the deterrence of other potential offenders, are thus not relevant at this stage of the inquiry. This does not mean that the judge or the legislator can no longer consider general deterrence or other penological purposes that go beyond the particular offender in determining a sentence, but only that the resulting sentence must not be grossly disproportionate to what the offender deserves. If a grossly disproportionate sentence is "prescribed by law", then the purpose which it seeks to attain will fall to be assessed under s. 1. Section 12 ensures that individual offenders receive punishments that are appropriate, or at least not grossly disproportionate, to their particular circumstances, while s. 1 permits this right to be overridden to achieve some important societal objective.

One must also measure the effect of the sentence actually imposed. If it is grossly disproportionate to what would have been appropriate, then it infringes s. 12. The effect of the sentence is often a composite of

ner si une peine est cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte* consiste, pour reprendre les termes utilisés par le juge en chef Laskin à la p. 688 de l'arrêt *Miller et Cockriell*, précité, à se demander «si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine.» En d'autres termes, bien que l'État puisse infliger une peine, l'effet de cette peine ne doit pas être exagérément disproportionné à ce qui aurait été approprié.

En imposant une peine d'emprisonnement, le juge se doit d'évaluer les circonstances de l'affaire afin de prononcer une sentence appropriée. Le critère applicable à l'examen en vertu de l'art. 12 de la *Charte* est celui de la disproportion exagérée, étant donné qu'il vise les peines qui sont plus que simplement excessives. Il faut éviter de considérer que toute peine disproportionnée ou excessive est contraire à la Constitution et laisser au processus normal d'appel en matière de sentence la tâche d'examiner la justesse d'une peine. Il n'y aura violation de l'art. 12 que si, compte tenu de l'infraction et du contrevenant, la sentence est inappropriée au point d'être exagérément disproportionnée.

En vérifiant si une peine est exagérément disproportionnée, la cour doit d'abord prendre en considération la gravité de l'infraction commise, les caractéristiques personnelles du contrevenant et les circonstances particulières de l'affaire afin de déterminer quelles peines auraient été appropriées pour punir, réhabiliter ou dissuader ce contrevenant particulier ou pour protéger le public contre ce dernier. Ainsi, les autres objectifs que peut viser l'imposition d'une peine, en particulier la dissuasion d'autres contrevenants en puissance, sont sans importance à cette étape de l'analyse. Cela signifie non pas que le juge ou le législateur ne peut plus, en déterminant une peine, prendre en considération la dissuasion générale ou d'autres objectifs pénologiques qui vont au delà du contrevenant particulier, mais seulement que la peine qui résulte ne doit pas être exagérément disproportionnée à ce que mérite le contrevenant. Si une peine exagérément disproportionnée est prescrite «par une règle de droit», alors l'objectif qu'elle vise devra faire l'objet d'une évaluation en vertu de l'article premier. L'article 12 a pour effet d'assurer que chaque contrevenant se voie infliger une peine appropriée, ou tout au moins non exagérément disproportionnée, à sa situation particulière, alors que l'article premier permet de passer outre à ce droit afin de réaliser un objectif social important.

Il faut également évaluer l'effet de la peine qui est effectivement infligée. Si cet effet est exagérément disproportionné à ce qui aurait été approprié, alors elle viole l'art. 12. L'effet de la peine est souvent le produit

many factors and is not limited to the quantum or duration of the sentence but includes its nature and the conditions under which it is applied. Sometimes by its length alone or by its very nature will the sentence be grossly disproportionate to the purpose sought. Sometimes it will be the result of the combination of factors which, when considered in isolation, would not in and of themselves amount to gross disproportionality. For example, twenty years for a first offence against property would be grossly disproportionate, but so would three months of imprisonment if the prison authorities decide it should be served in solitary confinement . . .

The numerous criteria proposed pursuant to s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights* and the Eighth Amendment of the American Constitution are, in my opinion, useful as factors to determine whether a violation of s. 12 has occurred. Thus, to refer to tests listed by Professor Tarnopolsky, the determination of whether the punishment is necessary to achieve a valid penal purpose, whether it is founded on recognized sentencing principles, and whether there exist valid alternatives to the punishment imposed, are all guidelines which, without being determinative in themselves, help to assess whether the punishment is grossly disproportionate.

It is clear from the foregoing that s. 12 is concerned with the relation between the effects of, and reasons for, punishment. At the initial stage of the inquiry into proportionality, those effects are to be balanced against the particular circumstances of the offence, the characteristics of the offender and the particular purposes sought to be accomplished in sentencing that person in the manner challenged. If, in light of these considerations, the punishment is found to be grossly disproportionate, a remedy must be afforded the offender in the absence of social objectives that transcend the circumstances of the particular case and are capable of justifying the punishment under s. 1 of the *Charter*.

Let us first consider the substantive ways in which the present legislation itself seeks to accommodate the conflicting interests, on the one hand, of society in seeking to protect itself from dangerous criminals and, on the other, of the offender in not being subjected to punishment grossly disproportionate to the offence and the circumstances of

de plusieurs facteurs et ne se limite pas à l'importance ou à la durée de cette peine, mais comprend sa nature et les circonstances dans lesquelles elle est imposée. C'est parfois en raison de sa seule longueur ou de sa nature même que la peine est exagérément disproportionnée à l'objectif poursuivi. Dans d'autres cas, c'est le résultat d'une combinaison de facteurs qui pris isolément n'engendreraient pas en soi une disproportion exagérée. À titre d'exemple, une peine de vingt années pour une première infraction contre la propriété serait exagérément disproportionnée, mais il en serait de même d'une peine de trois mois d'emprisonnement dans le cas où les autorités pénitentiaires décideraient qu'elle doit être purgée dans une cellule d'isolement . . .

Les nombreux critères proposés conformément à l'al. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* et au Huitième amendement de la Constitution américaine sont, à mon avis, utiles comme facteurs permettant de déterminer s'il y a eu violation de l'art. 12. Ainsi, pour mentionner les critères énoncés par le professeur Tarnopolsky, les questions de savoir si la peine est nécessaire pour atteindre un objectif pénal régulier, si elle est fondée sur des principes reconnus en matière de détermination de la sentence et s'il existe des solutions de rechange valables à la peine imposée, constituent des lignes directrices qui, sans être décisives en elles-mêmes, aident à vérifier si la peine est exagérément disproportionnée.

Il ressort nettement de ce qui précède que l'art. 12 vise le rapport qui existe entre les effets et les raisons d'une peine. Au stade initial de l'enquête sur la proportionnalité, ces effets doivent être examinés en fonction des circonstances particulières dans lesquelles l'infraction a été commise, des caractéristiques personnelles du délinquant et du but précis qu'on veut atteindre en imposant à cette personne la peine contestée. Si, compte tenu de ces facteurs, la peine est jugée exagérément disproportionnée, le délinquant a droit à un redressement, à moins qu'il n'existe des objectifs sociaux transcendants qui font que cette peine est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Prenons d'abord les principales façons dont les dispositions législatives actuelles tentent elles-mêmes de concilier les intérêts opposés, savoir, d'une part, celui qu'a la société à se protéger contre les criminels dangereux et, d'autre part, celui du délinquant à ne pas se voir imposer une peine exagérément disproportionnée à l'infraction

the individual case. It seems to me that the legislative criteria embodied in s. 688 for designating offenders as dangerous and for sentencing such persons tend, although not conclusively, to sustain the legislation as not constituting a violation of s. 12. I say "not conclusively" for, as will be seen, it is only when s. 688 is read in the context of the scheme as a whole that the legislation can be upheld.

First, the legislation applies only to persons convicted of a "serious personal injury offence" as defined in s. 687. These offences all relate to conduct tending to cause severe physical danger or severe psychological injury to other persons. Significantly, the maximum penalty for all these offences must be at least ten years' imprisonment. Secondly, it must be established to the satisfaction of the court that the offence for which the person has been convicted is not an isolated occurrence, but part of a pattern of behaviour which has involved violence, aggressive or brutal conduct, or a failure to control sexual impulses. Thirdly, it must be established that the pattern of conduct is very likely to continue and to result in the kind of suffering against which the section seeks to protect, namely, conduct endangering the life, safety or physical well-being of others or, in the case of sexual offences, conduct causing injury, pain or other evil to other persons. Also explicit in one form or another in each subparagraph of s. 687 is the requirement that the court must be satisfied that the pattern of conduct is substantially or pathologically intractable. Finally, the court has the discretion not to designate the offender as dangerous or to impose an indeterminate sentence, even in circumstances where all of these criteria are met.

et aux circonstances particulières de l'affaire. Il me semble que les critères législatifs énoncés à l'art. 688, auxquels il faut satisfaire pour que des délinquants puissent être qualifiés de dangereux et pour qu'ils soient condamnés en conséquence, tendent, mais d'une manière non concluante, à indiquer que les dispositions en cause ne violent pas l'art. 12. Je dis bien «d'une manière non concluante» car, comme nous allons le constater, ce n'est que lorsqu'on interprète l'art. 688 en fonction du régime dans son ensemble que les dispositions en question peuvent être déclarées valides.

En premier lieu, ces dispositions s'appliquent uniquement aux personnes reconnues coupables de «sévices graves à la personne» au sens de l'art. 687. Chacune de ces infractions se rapporte à une conduite ayant pour effet d'exposer d'autres personnes à un grand danger physique ou de leur occasionner un préjudice psychologique grave. Il est révélateur à ce propos que lesdites infractions entraînent une peine maximale obligatoire d'au moins dix ans d'emprisonnement. En deuxième lieu, on doit convaincre la cour que l'infraction dont la personne a été reconnue coupable n'est pas un acte isolé, mais qu'elle fait partie d'un comportement général caractérisé par la violence, par l'agressivité ou la brutalité, ou par l'incapacité à contrôler les impulsions sexuelles. En troisième lieu, on doit établir qu'il est fort probable que ce type de comportement se poursuivra et causera le genre de souffrances contre lesquelles la disposition en cause cherche à offrir une protection, c'est-à-dire les actes constituant une conduite qui met en danger la vie, la sécurité ou le bien-être physique d'autrui ou, dans le cas des infractions sexuelles, une conduite qui cause des sévices ou d'autres maux à autrui. De plus, chaque alinéa de l'art. 687 contient sous une forme ou une autre une exigence explicite que la cour soit convaincue qu'il s'agit d'un type de comportement qui est essentiellement ou pathologiquement irréductible. En dernier lieu, la cour a le pouvoir discrétionnaire de ne pas désigner le délinquant comme dangereux ou de ne pas lui imposer une peine d'une durée indéterminée, et ce, même dans des circonstances où tous les critères susmentionnés ont été remplis.

It seems to me that having concluded that the legislative objectives embodied in Part XXI are not only of substantial importance to society's well-being, but, at least in theory, sufficiently important to warrant limiting certain rights and freedoms, one must equally conclude that the legislative classification of the target group of offenders meets the highest standard of rationality (and I use the word not as a term of art) and proportionality that society could reasonably expect of Parliament. Not only has a diligent attempt been made to carefully define a very small group of offenders whose personal characteristics and particular circumstances militate strenuously in favour of preventive incarceration, but it would be difficult to imagine a better tailored set of criteria that could effectively accomplish the purposes sought to be attained.

However, the legislative classification of offenders as dangerous is only one aspect of the "means analysis" under s. 12. It is equally important to consider the constitutional validity, under s. 12, of the actual "treatment meted out". There can be no doubt that detention *per se*, and preventive detention in particular, is not cruel and unusual in the case of dangerous offenders, for the group to whom the legislation applies has been functionally defined so as to ensure that persons within the group evince the very characteristics that render such detention necessary.

It is argued, however, that it is not the detention itself but its indeterminate quality that harbours the potential for cruel and unusual punishment. And it is difficult to deny that the effects of an indeterminate sentence on a dangerous offender must be profoundly devastating. It has, for instance, been argued before the Court that the imposition of an indeterminate sentence, because of its uncertainty, saps the will of an offender, removing any incentive to rehabilitate himself or herself. However, this is equally true of a "determinate" life sentence such as is provided for by s. 306(1)(b). Indeed, in view of the provisions regarding parole it is possible, at least theoretical-

Ayant conclu que les objets législatifs de la partie XXI sont non seulement d'une importance considérable pour le bien-être de la société, mais encore qu'ils sont, du moins en théorie, suffisamment importants pour justifier la restriction de certains droits et libertés, il me semble qu'on doit également conclure que la classification législative du groupe cible de délinquants satisfait à la norme de rationalité (terme auquel je ne prête aucun sens technique) et de proportionnalité la plus élevée à laquelle la société peut raisonnablement s'attendre de la part du législateur. En effet, non seulement le législateur s'est-il efforcé de définir soigneusement un groupe très restreint de délinquants dont les caractéristiques personnelles et la situation particulière militent fortement en faveur d'une incarcération préventive, mais encore il serait difficile d'imaginer un ensemble de critères mieux conçus pour atteindre les objectifs fixés.

Toutefois, la classification législative des délinquants dangereux n'est qu'un aspect de [TRADUCTION] «l'analyse des moyens» fondée sur l'art. 12. Il importe tout autant d'examiner la constitutionnalité, en vertu de l'art. 12, du [TRADUCTION] «traitement accordé». Il ne peut y avoir de doute que la détention en soi et, en particulier, la détention préventive n'ont rien de cruel et d'inusité dans le cas des délinquants dangereux, car le groupe auquel les dispositions législatives s'appliquent a été spécifiquement défini pour assurer que les personnes comprises dans ce groupe manifestent les caractéristiques mêmes qui rendent nécessaire cette détention.

On fait cependant valoir que c'est non pas de la détention elle-même mais de son caractère indéterminé que découle le risque qu'elle constitue une peine cruelle et inusitée. Et il est difficile de nier que la condamnation à une peine d'emprisonnement pour une période indéterminée doit avoir sur un délinquant dangereux des effets profondément bouleversants. Par exemple, il a été soutenu devant cette Cour que l'imposition d'une telle peine, en raison de l'incertitude qu'elle comporte, sape la volonté du délinquant et lui fait perdre toute envie de travailler à sa réinsertion sociale. Il en va toutefois de même d'une peine d'emprisonnement à perpétuité pour une période «déterminée» comme

ly, that a dangerous offender could be released consequent on his first review, three years after the detention was imposed and well in advance of the seven or so years an offender serving a life sentence must serve before his or her first such review. This is, however, rather unrealistic. Evidence before the Court indicated that between 1980-86, only six dangerous offenders were granted day parole, two of whom had served 10-15 years, three, 15-20 years, and one, more than 20 years.

In truth, there is a significant difference between the effect of a Part XXI sentence and other, more typical, sentences. When a person is imprisoned for an absolute and determinate period, there is at least the certainty that the incarceration will end at the termination of that period. The convicted person, during the term of sentence, can remain in a passive state, secure in the knowledge that he or she will be released thereafter. For the offender undergoing an indeterminate sentence, however, the sole hope of release is parole. The ordinary convict, it is true, can also choose to actively affect the length of his or her sentence by attempting to conform his or her behaviour to meet the expectations of the Parole Board. But whatever the legal nature of the interest in the availability of parole may be in general, it seems to me that, as a factual matter, the availability of parole is not as important a factor in deciding whether a determinate sentence is cruel and unusual as it is in assessing the constitutionality of a Part XXI sentence.

This is so because in the context of a determinate sentencing scheme the availability of parole represents an additional, superadded protection of the liberty interests of the offender. In the present context, however, it is, subsequent to the actual imposition of the sentence itself, the sole protection

celle prévue par l'al. 306(1)b). En fait, compte tenu des dispositions relatives à la libération conditionnelle, il est possible, du moins en théorie, qu'un délinquant dangereux puisse être élargi conséquemment à la première révision de son cas, soit trois ans après que la détention a été imposée et bien avant les sept ans environ qui doivent s'écouler avant que le cas d'un délinquant qui purge une peine d'emprisonnement à perpétuité fasse l'objet d'une première révision. Toutefois, cela est plutôt irréaliste. La preuve dont dispose cette Cour révèle qu'entre 1980 et 1986 seulement six délinquants dangereux se sont vu accorder une libération conditionnelle de jour; deux d'entre eux avaient purgé de 10 à 15 ans de leur peine, trois autres avaient purgé de 15 à 20 ans et le dernier, plus de 20 ans.

En vérité, il existe une différence considérable entre l'effet d'une peine imposée en vertu de la partie XXI et celui d'autres peines plus typiques. Quand une personne se fait emprisonner pour une période absolue et déterminée, il y a au moins la certitude que l'incarcération ne durera pas plus longtemps que la période fixée. La personne condamnée peut alors adopter une attitude passive en étant assurée d'être libérée une fois cette période écoulée. Pour le délinquant qui purge une peine d'une durée indéterminée, il n'y a cependant pas d'autre espoir que la libération conditionnelle. Il est vrai que le détenu ordinaire peut également choisir de travailler activement à la réduction de sa peine en essayant d'adopter une conduite conforme aux attentes de la Commission des libérations conditionnelles. Cependant, quelle que puisse être en général la nature juridique de l'intérêt à ce qu'il y ait possibilité d'obtenir une libération conditionnelle, il me semble que, sur le plan factuel, une telle possibilité joue moins lorsqu'il s'agit de décider si une peine d'une durée déterminée est cruelle et inusitée que lorsqu'il s'agit d'apprécier la constitutionnalité d'une peine imposée en vertu de la partie XXI.

Cela tient à ce que, dans un régime de peines d'une durée déterminée, la possibilité d'obtenir une libération conditionnelle représente une mesure surajoutée de protection des intérêts du délinquant en matière de liberté. Dans le présent contexte, cependant, une fois la peine imposée, elle constitue

of the dangerous offender's liberty interests. Indeed, from the point of view of the dangerous offender his or her detention is never complete until it is factually complete. In this sense, each opportunity for parole will appear to the dangerous offender as the sole mechanism for terminating his or her detention, for rendering it certain. Moreover, it is clear that an enlightened inquiry under s. 12 must concern itself, first and foremost, with the way in which the effects of punishment are likely to be experienced. Seen in this light, therefore, the parole process assumes the utmost significance for it is that process alone that is capable of truly accommodating and tailoring the sentence to fit the circumstances of the individual offender.

In my opinion, if the sentence imposed under Part XXI was indeterminate, *simpliciter*, it would be certain, at least occasionally, to result in sentences grossly disproportionate to what individual offenders deserved. However, I believe that the parole process saves the legislation from being successfully challenged under s. 12, for it ensures that incarceration is imposed for only as long as the circumstances of the individual case require.

When an indeterminate sentence is imposed, Part XXI provides for periodic review, for the purposes of determining whether parole should be granted, of the "condition, history and circumstances of that person" after the first three years of detention and every two years thereafter. Section 695.1 provides as follows:

695.1 (1) Subject to subsection (2), where a person is in custody under a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period, the National Parole Board shall, forthwith after the expiration of three years from the day on which that person was taken into custody and not later than every two years thereafter, review the condition, history and circumstances of that person for the purpose of determining whether he should be granted parole under the *Parole Act* and, if so, on what conditions.

la seule mesure de protection des intérêts du délinquant dangereux en matière de liberté. En fait, pour le délinquant dangereux, sa détention ne prend fin qu'au moment où elle est effectivement complétée. Dans ce sens, chaque possibilité de mise en liberté conditionnelle lui paraîtra comme l'unique moyen de mettre fin à sa détention, de faire en sorte que sa durée soit certaine. Il est en outre évident qu'une enquête éclairée menée en vertu de l'art. 12 doit porter d'abord et avant tout sur la façon dont se feront probablement sentir les effets du châtement. Par conséquent, vu sous cet angle, le processus de libération conditionnelle revêt une importance capitale, car seul ce processus permet vraiment d'adapter la peine à la situation de chaque délinquant.

À mon avis, si la peine imposée sous le régime de la partie XXI était pour une période indéterminée, purement et simplement, il en résulterait certainement, du moins parfois, des peines exagérément disproportionnées à ce que mériteraient des délinquants. Toutefois, j'estime que le processus de la libération conditionnelle vient empêcher que les dispositions législatives en cause ne puissent être contestées avec succès en vertu de l'art. 12, car ce processus est le gage d'une incarcération qui ne durera dans chaque cas que le temps dicté par les circonstances.

Lorsque la peine imposée est pour une durée indéterminée, la partie XXI prévoit qu'on doit examiner «les antécédents et la situation des personnes mises sous garde» à l'expiration des trois premières années de détention et à tous les deux ans par la suite, afin de déterminer s'il y a lieu d'accorder la libération conditionnelle. L'article 695.1 dispose:

695.1 (1) Sous réserve du paragraphe (2), la Commission nationale des libérations conditionnelles doit examiner les antécédents et la situation des personnes mises sous garde en vertu d'une sentence de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée dès l'expiration d'un délai de trois ans à compter du jour où ces personnes ont été mises sous garde et, par la suite, tous les deux ans au plus tard, afin d'établir s'il y a lieu de les libérer conformément à la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* et, dans l'affirmative, à quelles conditions.

(2) Where a person is in custody under a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period that was imposed before the *Criminal Law Amendment Act, 1977* came into force, the National Parole Board shall, at least once in every year, review the condition, history and circumstances of that person for the purpose of determining whether he should be granted parole under the *Parole Act* and, if so, on what conditions.

The criteria in light of which an application for parole is considered are specified in s. 10(1)(a) of the *Parole Act*, R.S.C. 1970, c. P-2:

10. (1) The Board may

(a) grant parole to an inmate, subject to any terms or conditions it considers desirable, if the Board considers that

(i) in the case of a grant of parole other than day parole, the inmate has derived the maximum benefit from imprisonment,

(ii) the reform and rehabilitation of the inmate will be aided by the grant of parole, and

(iii) the release of the inmate on parole would not constitute an undue risk to society;

While the criteria embodied in s. 10(1)(a) do not purport to replicate the factual findings required to sentence the offender to an indeterminate term of imprisonment, they do afford a measure of tailoring adequate to save the legislation from violating s. 12. It must be remembered that the offender is being sentenced indeterminately because at the time of sentencing he was found to have a certain propensity. The sentence is imposed "in lieu of any other sentence" that might have been imposed and, like any other such sentence, must be served according to its tenor. The offender is not being sentenced to a term of imprisonment until he is no longer a dangerous offender. Indeed, s. 695.1 provides that the circumstances of the offender be reviewed for the purpose of determining whether parole should be granted and, if so, on what conditions; it does not provide that the label of dangerous offender be removed or altered. Finally, the very words of s. 695.1 of the *Code* and s. 10(1)(a) of the *Parole Act* establish an ongoing process for rendering the sentence meted out to a

(2) La Commission nationale des libérations conditionnelles doit, au moins une fois par an, examiner les antécédents et la situation des personnes mises sous garde en vertu d'une sentence de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée imposée avant l'entrée en vigueur de la *Loi de 1977 modifiant le droit pénal* afin d'établir s'il y a lieu de les libérer conformément à la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* et, dans l'affirmative, à quelles conditions.

Les critères en fonction desquels doit être examinée une demande de libération conditionnelle sont précisés à l'al. 10(1)a) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.R.C. 1970, chap. P-2:

10. (1) La Commission peut

a) accorder la libération conditionnelle à un détenu, sous réserve des modalités qu'elle juge opportunes, si la Commission considère que

(i) dans le cas d'un octroi de libération conditionnelle autre qu'une libération conditionnelle de jour, le détenu a tiré le plus grand avantage possible de l'emprisonnement,

(ii) l'octroi de la libération conditionnelle facilitera le redressement et la réhabilitation du détenu, et

(iii) la mise en liberté du détenu sous libération conditionnelle ne constitue pas un risque indu pour la société;

Bien que les critères que renferment l'al. 10(1)a) ne soient pas supposés reproduire les conclusions de fait sur lesquelles doit reposer la décision de condamner le délinquant à une peine d'emprisonnement pour une période indéterminée, ils offrent tout de même des possibilités d'adaptation suffisantes pour que les dispositions en cause n'aillent pas à l'encontre de l'art. 12. Il faut se rappeler que, si le délinquant se voit condamner à une peine d'une durée indéterminée, c'est parce qu'au moment de la condamnation on a jugé qu'il avait une propension à un certain type de conduite. Cette peine est imposée «au lieu de toute autre peine» qui aurait pu être infligée et, comme toute autre peine, elle doit être purgée intégralement. Le délinquant n'est pas condamné à purger une peine d'emprisonnement jusqu'à ce qu'il ne soit plus dangereux. L'article 695.1 prescrit d'ailleurs l'examen de la situation du délinquant afin d'établir s'il y a lieu d'accorder la libération conditionnelle et, dans l'affirmative, à quelles conditions; cet article n'exige ni la suppression ni la modification du

dangerous offender one that accords with his or her specific circumstances.

It may be argued that the legislation could be better tailored. For example, it might have been argued that the review process should focus solely on whether the offender continued to possess the characteristics that defined him or her as a proper subject of indeterminate detention. Indeed, one might say that to ask, as the Parole Board does, whether the individual has been reformed or rehabilitated, is to pose a question that *ex hypothesi* cannot be answered affirmatively, for it was implicit in the designation of the offender as dangerous that he or she was not amenable to rehabilitation by usual means. However, this argument must be rejected for a number of reasons.

To begin with, the criteria actually used serve to emphasize the point made earlier in this judgment that sentencing, even under Part XXI, embodies a complex of penological objectives. I do not think it can be argued, either as a matter of logic or of common sense, that by virtue of a decision to sentence an offender according to considerations based primarily on prevention, other equally valid, subsisting penal goals cease to be relevant. To reiterate, protecting society from the dangerous offender never wholly supplants the other legitimate objectives embodied in a Part XXI sentence.

Seen in this light it would be preposterous to require of dangerous offenders only that they demonstrate to the Parole Board that they have ceased to be "dangerous" (in terms identical to those used in Part XXI), for this would require of them a lesser showing than is required of other convicts. It seems to me that had s. 695.1 provided

qualificatif de «délinquant dangereux». Finalement, le texte même de l'art. 695.1 du Code et celui de l'al. 10(1)a) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* créent un processus permanent qui permet que la peine infligée à un délinquant dangereux soit adaptée à sa situation particulière.

On peut faire valoir que les dispositions en cause auraient pu être mieux adaptées. Par exemple, on aurait peut-être pu prétendre que le processus de révision devrait viser uniquement à déterminer si le délinquant possède encore les caractéristiques qui ont fait qu'il pouvait se voir infliger une peine de détention pour une durée indéterminée. En vérité, on pourrait affirmer que se demander, comme le fait la Commission des libérations conditionnelles, s'il y a eu amendement ou réadaptation de l'individu, revient à poser une question qui, par hypothèse, ne peut recevoir une réponse affirmative, car il découle implicitement de ce que le délinquant a été qualifié de dangereux que les méthodes habituellement employées pour assurer la réinsertion sociale seraient inefficaces dans son cas. Plusieurs raisons militent toutefois en faveur du rejet de cet argument.

En premier lieu, les critères dont on se sert en fait viennent renforcer le point de vue déjà exprimé dans les présents motifs, selon lequel la détermination de la peine, même en vertu de la partie XXI, vise un ensemble complexe d'objectifs pénologiques. À mon avis, ni la logique ni le bon sens ne permettent de soutenir que, en raison d'une décision d'établir la peine d'un délinquant en fonction de considérations fondées principalement sur la prévention, d'autres buts pénaux tout aussi valables cessent d'être pertinents. Je le répète, la protection de la société contre les délinquants dangereux ne supprime jamais tout à fait les autres objectifs légitimes visés par une peine prononcée en vertu de la partie XXI.

Dans cette optique, il serait absurde d'exiger des délinquants dangereux qu'ils prouvent simplement à la Commission des libérations conditionnelles qu'ils ne sont plus «dangereux» (pour reprendre le terme employé à la partie XXI), car ce serait là une exigence moins lourde que celle posée dans le cas d'autres détenus. Il me semble que, si l'art.

for a “dangerous offender review”, rather than a parole review, but borrowed the identical criteria employed in the *Parole Act*, it would perhaps be more readily apparent that the review provided for does, indeed, accomplish the requisite tailoring sufficient to sustain the legislative scheme as a whole. Section 10(1)(a)(iii) requires the Board to consider whether the release of the inmate would constitute an “undue risk” to society; if the accused continues to be dangerous then, by definition, this criterion remains unsatisfied. Section 10(1)(a) also requires that the Board be satisfied that the inmate has derived the maximum benefit from incarceration and that the inmate’s reform and rehabilitation would be aided by release.

These criteria seem to me to be no less pertinent reflections of society’s concerns in releasing dangerous offenders than they are in releasing other offenders. The fact that dangerous offenders may be less likely to satisfy these requirements is primarily a function of their dangerousness, not of the punishment imposed. Of course, the imposition of an indeterminate sentence may, like all sentences, sap the will of the offender to rehabilitate himself or herself. However, I would have thought the incentive to reform is far greater, at least theoretically, in the case of a dangerous offender. In this regard, I note that the availability of parole has been seen to validate mandatory life sentences in the context of similarly motivated legislation in the United States (see *Solem v. Helm, supra, per Powell J.*, for the majority).

Furthermore, I am not sure that to inquire into the presence or absence of less restrictive means is wholly compatible with the insistence of this Court in *Smith, supra*, that s. 12 only redress punishment that is grossly disproportionate to the circumstances of any given case. The word “grossly”, it seems to me, reflects this Court’s concern not to hold Parliament to a standard so exacting, at least

695.1 avait prévu un «examen portant sur la qualité de délinquant dangereux» plutôt qu’un examen en vue de la libération conditionnelle, mais qu’il eût adopté des critères identiques à ceux énoncés dans la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, il serait peut-être bien plus évident que l’examen prévu réalise en fait le degré d’adaptation requis pour assurer la validité du régime législatif dans son ensemble. Le sous-alinéa 10(1)a(iii) oblige la Commission à se demander si la mise en liberté du détenu constituerait un «risque indu» pour la société; si l’accusé continue d’être dangereux, alors, par définition, ce critère n’est pas rempli. De plus, l’al. 10(1)a exige que la Commission soit convaincue que le détenu a tiré le plus grand avantage possible de l’incarcération et que son élargissement facilitera son amendement et sa réadaptation.

En tant que manifestations des préoccupations de la société, ces critères ne me semblent pas moins pertinents relativement à la libération de délinquants dangereux qu’ils ne le sont à l’égard de l’élargissement d’autres délinquants. S’il est moins probable que les délinquants dangereux puissent satisfaire auxdits critères, cela tient surtout à la dangerosité de ces délinquants et non pas à la peine imposée. Bien entendu, une peine d’une durée indéterminée risque, comme n’importe quelle peine d’ailleurs, de saper la volonté de réadaptation du délinquant. J’estime cependant que, théoriquement du moins, il y a un plus grand encouragement à se corriger dans le cas du délinquant dangereux. À ce propos, je fais remarquer que la possibilité d’obtenir une libération conditionnelle a été considérée comme justifiant des peines d’emprisonnement à perpétuité obligatoires dans le contexte de dispositions législatives américaines adoptées dans un but analogue (voir *Solem v. Helm, précité*, le juge Powell, au nom de la majorité).

De plus, je ne suis pas entièrement certain que la tenue d’une enquête sur l’existence ou l’inexistence de moyens moins restrictifs soit tout à fait compatible avec l’opinion exprimée énergiquement par cette Cour dans l’arrêt *Smith, précité*, selon laquelle l’art. 12 ne fournit un redressement que lorsque la peine imposée est exagérément disproportionnée aux circonstances dans un cas donné.

in the context of s. 12, as to require punishments to be perfectly suited to accommodate the moral nuances of every crime and every offender.

I would, therefore, conclude that Part XXI does not violate s. 12 of the *Charter*.

Before leaving this issue, however, I would make one further comment. The conclusion that the liberty interest of a dangerous offender that is at stake in any parole hearing is, as a practical matter, different from that of "ordinary" offenders serving determinate sentences might affect the way in which the procedural adequacy of the review procedure might be viewed. However, in view of my conclusion that the dangerous offender is not being treated in a substantively unfair manner, and in view of the statement by Lamer J. in *Smith, supra*, at p. 1075 that "s. 12 is concerned with the effect of a punishment and, as such, the process by which the punishment is imposed is not . . . of any great relevance to a determination under s. 12", I will postpone consideration of this matter for scrutiny under s. 7 when I turn to a discussion of some of the more specifically procedural issues.

C. *Does Part XXI Violate s. 9 of the Charter by Authorizing Arbitrary Detention or Imprisonment?*

Counsel for the appellant contended that Part XXI violates the right of persons not to be arbitrarily detained or imprisoned, contrary to s. 9 of the *Charter*. He suggested that Part XXI results in arbitrary detention in the following respects: the test of "likelihood" under Part XXI is unconstitutionally vague; the labelling of persons as dangerous offenders is arbitrary since it is based on inherently unreliable psychiatric evidence; and there are no guidelines with respect to the invocation of Part XXI such that the prosecutor has

Le mot «exagérément», me semble-t-il, traduit le souci qu'avait cette Cour de ne pas astreindre le législateur à une norme à ce point sévère, tout au moins dans le contexte de l'art. 12, qu'elle exigerait des peines parfaitement adaptées aux nuances morales qui caractérisent chaque crime et chaque délinquant.

Je conclus donc que la partie XXI ne constitue pas une violation de l'art. 12 de la *Charte*.

Avant toutefois de passer à autre chose, je me permets de faire une autre observation. Si l'on devait conclure qu'il existe sur le plan pratique une différence entre l'intérêt qu'a un délinquant dangereux en matière de liberté, qui est en jeu dans toute audience visant à déterminer s'il y a lieu d'accorder la libération conditionnelle, et ce même intérêt lorsqu'il s'agit de délinquants «ordinaires» qui purgent des peines d'une durée déterminée, cela risquerait d'influer sur l'opinion qu'on se ferait quant au caractère adéquat, au point de vue formel, du processus de révision. Cependant, étant donné ma conclusion que les délinquants dangereux ne font pas l'objet d'un traitement foncièrement injuste et compte tenu du fait que le juge Lamer a affirmé, à la p. 1075 de l'arrêt *Smith*, précité, que «l'art. 12 vise l'effet d'une peine et [...] la façon, comme telle, dont la peine est infligée n'est pas très pertinente dans le cas d'une décision fondée sur l'art. 12», je me propose d'examiner ce point dans le contexte de l'art. 7 lorsque j'aborderai quelques-unes des questions qui touchent plus précisément la procédure.

C. *La partie XXI viole-t-elle l'art. 9 de la Charte en permettant la détention ou l'emprisonnement arbitraires?*

L'avocat de l'appelant a fait valoir que la partie XXI porte atteinte au droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires, garanti par l'art. 9 de la *Charte*. Selon l'avocat, la détention prévue par la partie XXI est arbitraire pour les raisons suivantes: le critère de la «vraisemblance» aux fins de la partie XXI est vague au point d'être inconstitutionnel; la désignation de certaines personnes comme délinquants dangereux est arbitraire car elle est fondée sur une preuve psychiatrique qui est récusable en soi; de plus, il

unfettered discretion as to when to make a dangerous offender application.

This Court has not yet pronounced on the scope of s. 9 and the meaning of the words "arbitrarily detained or imprisoned" and I do not think this would be an appropriate case to do so. The issue was not strenuously argued by the parties or examined in depth in the courts below. More to the point, however, is that, in my view, even assuming s. 9 were given the broadest possible interpretation, the appellant's submissions in this regard must fail.

There has been considerable controversy in the lower courts as to whether the ambit of protection afforded by s. 9 extends to imprisonment or detention specifically authorized under existing law or whether s. 9 is *ipso facto* satisfied when imprisonment is imposed in accordance with legislative requirements (see the cases canvassed in *R. v. Konechny* (1983), 38 C.R. (3d) 69, per Lambert J.A., dissenting, at pp. 70-71). However, assuming that the right to attack a sentence under s. 9 is not foreclosed by the fact that it is legislatively prescribed, and that the statutory procedures have been judicially complied with (see *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225 (Ont. H.C.), per Linden J., at p. 239), it seems to me that in no sense of the word can the imprisonment resulting from the successful invocation of Part XXI be considered "arbitrary". Indeed, when one fleshes out the specific submissions of the appellant in this regard they appear to be merely attempts to recast issues considered elsewhere in this judgment. For example, although the first two submissions made under this heading are directed to the alleged lack of proportionality or adequacy, in constitutional terms, of the legislative means to the objectives sought to be attained, they are not independently addressed to the arbitrary nature of the imprisonment. To the extent that these arguments reflect the appellant's concern that the procedure for the designation of

n'existe aucune ligne directrice relativement au recours à la partie XXI, si bien que l'avocat de la poursuite jouit d'un pouvoir discrétionnaire illimité de décider dans quelles circonstances il présentera une demande visant à faire déclarer un délinquant dangereux.

Cette Cour ne s'est pas encore prononcée sur la portée de l'art. 9 ni sur le sens de l'expression «détention ou . . . emprisonnement arbitraires» et, à mon avis, il ne s'agirait guère que nous le fassions en l'espèce. Les parties n'ont pas insisté sur ce point et il n'a pas non plus fait l'objet d'un examen approfondi devant les instances inférieures. Ce qui importe cependant est que, selon moi, même à supposer que l'art. 9 reçoive l'interprétation la plus large possible, les arguments de l'appellant à cet égard doivent être rejetés.

Devant les tribunaux d'instance inférieure, il y a eu une vive controverse au sujet de la question de savoir si la protection accordée par l'art. 9 joue dans le cas d'un emprisonnement ou d'une détention expressément autorisés par une loi existante ou si les exigences de l'art. 9 sont remplies automatiquement du moment que l'emprisonnement est imposé conformément aux exigences de la loi (voir la jurisprudence examinée dans l'arrêt *R. v. Konechny* (1983), 38 C.R. (3d) 69, le juge Lambert, dissident, aux pp. 70 et 71). Si toutefois on suppose que le fait qu'une peine soit prescrite par un texte législatif ne l'empêche pas de faire l'objet d'une contestation fondée sur l'art. 9 et si l'on tient pour acquis que les tribunaux ont respecté la procédure établie par la loi (voir *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225 (H.C. Ont.), le juge Linden, à la p. 239), il me semble que, dans aucun sens du terme, l'emprisonnement qui s'ensuit lorsqu'une demande fondée sur la partie XXI est accueillie ne peut être considéré comme «arbitraire». En fait, lorsqu'on examine de près chacun des arguments de l'appellant sur ce point, ils se présentent comme de simples tentatives de reformuler des questions étudiées ailleurs dans ces motifs. Par exemple, bien que les deux premiers arguments avancés sous cette rubrique portent que, sur le plan constitutionnel, les moyens législatifs adoptés sont disproportionnés ou insuffisants par rapport aux objectifs recherchés, ils ne

offenders as dangerous is, in general terms, impermissibly unfair, I will address these arguments later under s. 7, where they properly belong. Similarly, to the extent that they belie a fear that punishment is being imposed without due concern for the circumstances of the particular offender, I have already addressed these arguments under s. 12.

However, even giving the word "arbitrary" its broadest signification, it is readily apparent that not only is the incarceration statutorily authorized, but that the legislation narrowly defines a class of offenders with respect to whom it may properly be invoked, and prescribes quite specifically the conditions under which an offender may be designated as dangerous. If these criteria are themselves unconstitutional, it is because they otherwise fail adequately to safeguard the liberty of the individual, not because they are arbitrary. Indeed, as Ewaschuk J. observed in *Re Moore, supra*, at p. 314, "... the legislative criteria for finding a person a dangerous offender [are] perhaps the most detailed and demanding in the *Criminal Code*". Moreover, implicit in my discussion of the s. 12 issue is the common sense conclusion that the criteria in Part XXI are anything but arbitrary in relation to the objectives sought to be attained; they are clearly designed to segregate a small group of highly dangerous criminals posing threats to the physical or mental well-being of their victims.

As I see it, then, the sole issue left for consideration under s. 9 is whether the lack of uniformity in the treatment of dangerous persons that arises by virtue of the prosecutorial discretion to make an application under Part XXI constitutes unconstitutional arbitrariness. The appellant is not suggesting that prosecutors, in his case or generally, have

visent pas d'une manière indépendante le caractère arbitraire de l'emprisonnement. Dans la mesure où ces arguments traduisent l'appréhension de l'appellant que la procédure de désignation des délinquants dangereux soit, de manière générale, injuste au point de dépasser les bornes de ce qui est permis, je les aborderai plus loin dans le contexte de l'art. 7, comme il convient d'ailleurs de le faire. De même, pour autant que lesdits arguments traduisent la crainte qu'on n'impose une peine sans prendre dûment en considération la situation particulière du délinquant, je les ai déjà examinés dans mon étude fondée sur l'art. 12.

Toutefois, même si l'on donne au mot «arbitraire» son sens le plus large, on se rend vite compte que non seulement l'incarcération est-elle autorisée par la loi, mais que les dispositions pertinentes définissent une catégorie restreinte de délinquants à l'égard desquels ces dispositions peuvent être légitimement invoquées, et qu'elles prescrivent en des termes on ne peut plus précis à quelles conditions un délinquant peut être désigné comme dangereux. Si ces critères sont eux-mêmes frappés d'inconstitutionnalité, c'est parce que, par ailleurs, ils ne protègent pas adéquatement la liberté individuelle et non parce qu'ils sont arbitraires. En réalité, comme l'a souligné le juge Ewaschuk dans la décision *Re Moore*, précitée, à la p. 314, [TRANSDUCTION] «... les critères législatifs à remplir pour qu'une personne soit déclarée délinquant dangereux [sont] peut-être les plus détaillés et les plus exigeants du *Code criminel*». De surcroît, mon étude de la question concernant l'art. 12 comporte implicitement la conclusion, commandée par le bon sens, que les critères énoncés à la partie XXI sont loin d'être arbitraires compte tenu des objectifs visés; ils sont nettement conçus pour isoler un petit groupe de criminels extrêmement dangereux qui présentent un danger pour le bien-être physique ou mental de leurs victimes.

M'est donc avis que la seule question qui reste à examiner dans le contexte de l'art. 9 est celle de savoir si le manque d'uniformité dans le traitement réservé aux personnes dangereuses, qui résulte du pouvoir discrétionnaire qu'a la poursuite de faire une demande en vertu de la partie XXI, présente un caractère arbitraire inconstitutionnel. L'appe-

exercised their discretion arbitrarily in this regard. Indeed, the affidavit evidence filed by the Crown in the companion case of *R. v. Milne* indicates that from 1978-86, an average of only seven persons per year were sentenced under Part XXI. On average, each offender committed 12.12 offences, 2.2 of which were violent and 3.53 of which were sexual in nature. This suggests that the legislation has, in general, not been abused. I have no doubt that if and when it is alleged that a prosecutor in a particular case was motivated by improper or arbitrary reasons in making a Part XXI application, a s. 24 remedy would lie. However, I do not think there is any warrant for presuming the executive will act unconstitutionally or for improper purposes.

More important, however, is the fact that prosecutors always have a discretion in prosecuting criminals to the full extent of the law, an aspect of which involves making sentencing submissions. In this respect, I am in complete agreement with Crown counsel's submission that "... it is the absence of discretion which would, in many cases, render arbitrary the law's application". As he notes, "the absence of any discretion with respect to Part XXI would necessarily require the Crown to always proceed under Part XXI if there was the barest *prima facie* case and the Court, upon making a finding that the offender is a dangerous offender, would always be required to impose an indeterminate sentence".

The foregoing also dispenses with the argument, not pursued here, that the judge ought not to have discretion with respect to whether he or she sentences an offender found to be dangerous to an indeterminate sentence. As Ewaschuk J. stated in *Re Moore, supra*, at p. 310, the offender cannot be heard to complain of a discretion that can only

lant ne laisse pas entendre que les poursuivants, dans son propre cas ou en général, ont exercé arbitrairement leur pouvoir discrétionnaire à cet égard. En fait, il ressort des affidavits soumis en a preuve par le ministère public dans l'arrêt *R. c. Milne*, entendu en même temps que le présent arrêt, que, de 1978 à 1986, seulement sept personnes par année en moyenne ont été condamnées b sous le régime de la partie XXI. La moyenne des infractions commises par chaque délinquant était de 12,12, dont 2,2 violentes et 3,53 de caractère c sexuel. Voilà qui porte à croire que, d'une manière générale, on n'a pas abusé des dispositions législatives en question. Je n'ai d'ailleurs aucun doute d que, s'il était allégué dans une affaire donnée qu'en présentant une demande fondée sur la partie XXI la poursuite était motivée par des considérations illégitimes ou arbitraires, l'art. 24 offrirait d une voie de recours. J'estime néanmoins que rien ne justifie la présomption que le pouvoir exécutif agira inconstitutionnellement ou irrégulièrement.

Un point plus important toutefois est le fait que e la poursuite jouit toujours du pouvoir discrétionnaire d'aller jusqu'aux limites permises par la loi en poursuivant les criminels, ce qui comporte la f présentation d'observations concernant la peine à imposer. À cet égard, je souscris entièrement au point de vue de l'avocat de la poursuite qui a fait valoir que [TRADUCTION] «... c'est l'absence de g pouvoir discrétionnaire qui, bien souvent, rendrait arbitraire l'application de la loi». Comme le souligne l'avocat de la poursuite, [TRADUCTION] «[l']absence de tout pouvoir discrétionnaire relativement à la partie XXI nécessiterait que le ministère public procède toujours en vertu de cette h partie dès lors qu'il y aurait une preuve, si faible fût-elle, suffisante à première vue et la cour, après avoir décidé que le délinquant est dangereux, se verrait toujours dans l'obligation d'imposer une peine d'une durée indéterminée».

i Ces observations réfutent en outre l'argument, qui d'ailleurs n'a pas été soulevé en cette Cour, selon lequel le juge ne devrait pas détenir un pouvoir discrétionnaire pour ce qui est de décider j d'imposer à un délinquant jugé dangereux une peine d'une durée indéterminée. Comme l'a dit le juge Ewaschuk dans la décision *Re Moore*, préci-

operate to the offender's benefit. Indeed, it is apparent that one feature of s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* that disturbed this Court in *Smith*, *supra*, was the very fact that the imposition of sentence followed automatically upon conviction.

The remaining argument is that the prosecutorial discretion results in a geographical lack of uniformity and that this constitutes impermissible arbitrariness. However, the appellant is not arguing, as the accused did in *Morgentaler v. The Queen* that this lack of uniformity is mandated by the terms of the legislation (which may or may not be a meritorious argument). Rather, this argument appears to recast the prosecutorial discretion argument. Moreover, variation among provinces in this regard may be inevitable and, indeed, desirable, in a country where a federal statute is administered by local authorities. In any event, it may be observed parenthetically that while the affidavit evidence suggests that dangerous offender applications are made more frequently in British Columbia (25% of all such applications) and, perhaps surprisingly, never in Quebec, Newfoundland, Manitoba or Prince Edward Island, no attempt has been made to explain the significance of this data, for example, by relating it to the relevant population of offenders potentially coming within the provisions of Part XXI.

Having dealt with the broader issues, I now turn to the more specifically procedural issues raised by the appellant.

D. *Are the Part XXI Procedures by Which this Deprivation of Liberty is Occasioned and Reviewed Fundamentally Unfair?*

(i) Does Section 11(f) of the Charter Require a Jury Hearing of a Part XXI Application?

tée, à la p. 310, le délinquant ne saurait contester un pouvoir discrétionnaire qui ne peut jouer qu'en sa propre faveur. De fait, il est évident qu'un aspect du par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* qui inquiétait cette Cour dans l'affaire *Smith*, précitée, était le fait même qu'une peine était infligée automatiquement à la suite d'une déclaration de culpabilité.

Reste l'argument selon lequel le pouvoir discrétionnaire dont jouit la poursuite conduit à un manque d'uniformité dans les différentes régions, ce qui constitue précisément le type d'arbitraire qui est proscrit. L'appellant en l'espèce, contrairement à l'accusé dans l'affaire *Morgentaler v. The Queen*, ne soutient pas cependant que ce manque d'uniformité découle du texte de la loi (point de vue qui peut ou non être fondé). Il paraît plutôt reformuler l'argument relatif au pouvoir discrétionnaire de la poursuite. De plus, il se peut que des variations entre les provinces à cet égard soient inévitables, voire souhaitables, dans un pays où des autorités locales sont appelées à appliquer une loi fédérale. Quoi qu'il en soit, soulignons entre parenthèses que même s'il ressort des affidavits soumis en preuve que les demandes visant à faire déclarer un délinquant dangereux sont présentées plus souvent en Colombie-Britannique (25 pour 100 de toutes les demandes) et que, si surprenant que cela puisse paraître, on n'y a jamais recours au Québec, à Terre-Neuve, au Manitoba ou à l'Île-du-Prince-Édouard, on n'a nullement tenté d'expliquer l'importance de ces données, par exemple en établissant un rapport entre celles-ci et chaque groupe de délinquants relevant potentiellement de la partie XXI.

Ayant examiné les questions de portée générale, j'aborde maintenant les questions de procédure soulevées par l'appellant.

D. *La procédure qui entraîne la privation de liberté et la procédure de révision prévues par la partie XXI sont-elles foncièrement injustes?*

(i) L'alinéa 11f) de la Charte exige-t-il qu'une demande fondée sur la partie XXI soit entendue par un jury?

Section 689(2) of the *Code* provides that an application under Part XXI shall be heard and determined by the court without a jury. The appellant submits that the procedure for designating an offender as dangerous is unfair and contrary to ss. 7 and 11(f) of the *Charter*, in particular, by denying the offender the right to the benefit of a jury's determination of dangerousness. I shall deal with the s. 11(f) issue first.

Section 11(f) of the *Charter* provides that:

11. Any person charged with an offence has the right

(f) ... to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

The key issue, for s. 11 purposes, is whether the Crown application to declare the offender a dangerous offender is equivalent to "charging" the offender with "an offence", for it is obvious that such offenders are liable to detention for periods much longer than five years.

The accepted view in Canada is that the process by which an offender may be designated dangerous is simply part of the sentencing process. In the leading case of *Brusch v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 373, this Court considered whether an individual had a right under the former habitual offender legislation to elect that the question whether he was an habitual offender be determined by a jury. In that case, the relevant *Code* provision, in contrast to the present legislation, provided for the imposition of a "further sentence" if it was "found by a jury or a judge" that the offender was an habitual criminal. Estey J., for the majority, held that an offender did not have a right to an election even though the allegation stating that the accused was an habitual criminal was contained in the indictment. In his opinion, that allegation did not charge the accused with an offence within the meaning of the relevant *Code* provisions. He stated, at pp. 381-82:

Moreover, ss. 825, 826 and 834 make it clear that Parliament intended the provisions for an election should only apply in certain indictable offences. Being a

Aux termes du par. 689(2) du *Code*, la demande faite en vertu de la partie XXI est entendue et décidée par la cour en l'absence du jury. Or, l'appelant prétend que la procédure par laquelle un délinquant est qualifié de dangereux est injuste et contraire à l'art. 7 et à l'al. 11f) de la *Charte*, du fait notamment que le délinquant se voit priver du droit à ce que ce soit un jury qui décide s'il est dangereux. Commençons par l'al. 11f).

L'alinéa 11f) de la *Charte* est ainsi rédigé:

11. Tout inculpé à le droit:

f) ... de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

La question clé, aux fins de l'art. 11, est de savoir si la demande du ministère public visant à faire déclarer un délinquant dangereux, revient à «inculper» ce délinquant, car il est évident que ces délinquants sont passibles de détention pour des périodes bien plus longues que cinq ans.

Au Canada, le point de vue accepté porte que la procédure par laquelle un délinquant peut être qualifié de dangereux fait simplement partie du processus de détermination de la peine. Dans l'arrêt de principe *Brusch v. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 373, cette Cour s'est demandée si les dispositions de l'époque relatives aux repris de justice reconnaissaient à un particulier le droit de choisir de soumettre à un jury la question de savoir s'il était un repris de justice. Dans cette affaire, la disposition pertinente du *Code*, à la différence des dispositions actuellement en vigueur, prévoyait le prononcé d'une «sentence supplémentaire» si le délinquant était «reconnu repris de justice par un jury ou un juge». Le juge Estey a conclu, au nom de la majorité, que le délinquant ne jouissait pas du droit de faire un choix, même si l'allégation portant qu'il était un repris de justice figurait dans l'acte d'accusation. À son avis, cette allégation ne constituait pas une inculpation de l'accusé au sens des dispositions pertinentes du *Code*. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 381 et 382:

[TRADUCTION] En outre, les art. 825, 826 et 834 montrent clairement que le Parlement désirait que les dispositions relatives au choix s'appliquent uniquement à

habitual criminal is not an offence. A charge that an accused is a habitual criminal is added to an indictment for an offence. Though Parliament in this sense contemplated that it should be a part of the indictment, it does not thereby become a part of the offence charged in the indictment. This is made clear by the provisions which require that the accused shall first be arraigned and tried for the offence. Then only if he be guilty of that offence will the court direct its attention to the issue as to his being a habitual criminal and, if so, should there be directed an indeterminate period of preventive detention. Throughout the proceeding the offence or crime charged is treated in every respect, even as to punishment, as separate and distinct from being a habitual criminal. With great respect to those who entertain a contrary opinion, Part XVIII restricts the right to an election to certain indictable offences. The addition of a charge of being a habitual criminal, after the required notice, does not become a part of the offence or crime charged in the indictment. There is, therefore, no right, within the meaning of the provisions of Part XVIII, to a further election upon the crime as charged, when a charge of being a habitual criminal is added to the indictment.

Similarly, Rinfret C.J. appeared to approve of statements made in *R. v. Hunter*, [1921] 1 K.B. 555, where it was said by the Earl of Reading C.J. that the process merely involved the assertion of a status or condition in the accused which would enable the court, if it were established, to deal with him in a certain manner (at pp. 375-76).

Cartwright J. dissented. In his view, the accused should have had an election. He stated, at pp. 391-92:

On the hypothesis that the statement added to the charge sheet stating the appellant to be a habitual criminal was not the charge of an offence, in my opinion that addition had the effect of changing the charge upon which the appellant had made his election to one different in substance, with the result that the appellant never elected to be tried by the learned judge on the charge on which he was tried. In *Rex v. Armitage* [[1939] O.R. 417], the circumstances dealt with were different from

certain acts criminels. Le fait d'être un repris de justice ne constitue pas une infraction. Une accusation portant qu'un inculpé est un repris de justice vient s'ajouter à un acte d'accusation relatif à une infraction. Bien que le Parlement ait voulu à cet égard que le fait d'être un repris de justice fasse partie de l'acte d'accusation, cet élément ne fait pas partie de l'infraction contenue dans ledit acte. Les dispositions qui prévoient que l'inculpé doit d'abord être interpellé et jugé en rapport avec l'infraction l'indiquent clairement. Par la suite, c'est seulement s'il est déclaré coupable de ladite infraction que la cour cherchera à déterminer s'il est un repris de justice et, si tel est le cas, qu'elle verra s'il y a lieu de prescrire une période de détention préventive d'une durée indéterminée. Tout au long de la procédure, l'infraction ou le crime imputé est considéré à tous les égards, même quant à la peine, comme étant séparé et distinct du fait d'être un repris de justice. Avec le plus grand respect pour ceux qui soutiennent le contraire, la partie XVIII limite le droit de faire un choix à certains actes criminels. Une accusation selon laquelle l'inculpé est un repris de justice et qui respecte l'avis prévu ne fait pas partie de l'infraction ou du crime mentionné dans l'acte d'accusation. Il n'existe donc aucun droit, au sens des dispositions de la partie XVIII, de bénéficier d'un choix relativement au crime imputé, lorsqu'une accusation portant que l'inculpé est un repris de justice est ajoutée à l'acte d'accusation.

De même, le juge en chef Rinfret semble avoir approuvé certaines déclarations, faites par le juge en chef le comte de Reading dans l'arrêt *R. v. Hunter*, [1921] 1 K.B. 555, selon lesquelles la procédure consistait simplement à alléguer l'existence d'un état ou d'une condition propres à l'accusé, qui, une fois démontrés, permettraient à la cour de réserver à ce dernier un traitement particulier (aux pp. 375 et 376).

Le juge Cartwright a exprimé une dissidence. Selon lui, on aurait dû permettre à l'accusé de faire un choix. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 391 et 392:

[TRADUCTION] Concernant l'hypothèse voulant que la mention ajoutée à l'acte d'accusation et portant que l'appelant est un repris de justice n'était pas une accusation relative à une infraction, je pense que cette mention a eu pour effet de changer fondamentalement l'accusation concernant laquelle l'appelant avait exercé son droit d'option, ce qui fait que l'appelant n'a jamais choisi de subir son procès devant le savant juge relativement à l'accusation concernant laquelle il a été jugé. Dans

those in the case at bar but I think that case rightly decides that a change in an indictment which makes it possible to impose a longer term of imprisonment in the event of conviction cannot be regarded as an amendment in matter of form only. When, pursuant to s. 827 of the *Code*, the judge stated to the appellant that he was charged with an offence, he described only the offence of breaking and entering and no notice of any sort was conveyed to the appellant that if he elected trial by a judge on that charge he would at the same time be giving up his right to have a jury determine the question whether or not he was a habitual criminal.

The view that this procedure involves proof of a status or condition in the context of a sentencing proceeding was expanded upon in *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14, where Fauteux J., speaking for the majority, stated, at pp. 19-20:

Dealing at first with the applicability of the confession rule: — There are cogent reasons to hold, as did the Court of Appeal for British Columbia, in this case, and the Courts of Appeal for Manitoba and Alberta, respectively, in *Regina v. Johnston* and *Regina v. McKenzie*, that the rule of evidence governing the admissibility of statements made by a person charged with an offence has no application in the case of statements made by a sexual offender to psychiatrists conducting examinations in accordance with recognized normal psychiatric procedures, in order to assist the Court in proceedings under s. 661 of the *Criminal Code*.

One of the reasons flows from the very nature of the issue involved in these proceedings. The issue, in these proceedings which can only be resorted to if the accused has been convicted of a sexual offence, is not whether he should be convicted of another offence, but solely whether he is afflicted by a state or condition that makes him a dangerous sexual offender within the meaning of s. 659(b) of the *Criminal Code*. To be so afflicted is not an offence. As to this aspect of the matter, the line of reasoning adopted by the Court of Criminal Appeal in the *King v. Hunter* and this Court in *Brusch v. The Queen*, holding that a charge of being a habitual criminal is not a charge of an offence but merely the assertion of a status or condition, applies here on a charge of being a dangerous sexual offender. Indeed, a reference to subs. 3 of s. 661 of the *Criminal Code* makes it clear

l'affaire *Rex v. Armitage*, [[1939] O.R. 417], les circonstances n'étaient pas les mêmes qu'en l'espèce, mais je pense que ledit arrêt établit à bon droit qu'une modification apportée à un acte d'accusation et rendant possible l'imposition d'une peine d'emprisonnement plus longue si l'inculpé est déclaré coupable, ne peut être considérée comme une simple modification de forme. Lorsque, conformément à l'art. 827 du *Code*, le juge a déclaré à l'appelant qu'il était accusé d'une infraction, il a uniquement fait mention de l'introduction par effraction et aucun avis n'a été transmis à l'appelant pour l'informer du fait que s'il optait pour un procès devant un juge relativement à ladite accusation, il renonçait par le fait même à son droit d'avoir un jury pour déterminer s'il est un repris de justice.

Le point de vue selon lequel il est nécessaire dans le contexte d'une procédure de détermination de la peine d'établir l'existence d'un état ou d'une condition a été développé dans l'arrêt *Wilband v. The Queen*, [1967] R.C.S. 14, où le juge Fauteux affirme, au nom de la majorité, aux pp. 19 et 20:

[TRADUCTION] Abordons en premier lieu la question de l'applicabilité de la règle relative aux confessions. Il y a de bonnes raisons de conclure, comme l'a fait la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce, la Cour d'appel du Manitoba dans l'affaire *Regina v. Johnston* et la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Regina v. McKenzie*, que la règle de preuve régissant l'admissibilité des déclarations d'une personne accusée d'une infraction ne s'applique pas dans le cas des déclarations faites par l'auteur d'une infraction sexuelle aux psychiatres qui procèdent à des examens selon les techniques usuelles reconnues dans le domaine psychiatrique, afin d'aider la cour dans des procédures engagées en vertu de l'art. 661 du *Code criminel*.

L'une de ces raisons découle de la nature même de la question sur laquelle porte de telles procédures, auxquelles on ne peut avoir recours que si l'accusé a été déclaré coupable d'une infraction sexuelle. Cette question est de savoir non pas si l'accusé devrait être reconnu coupable d'une autre infraction, mais uniquement de savoir si son état ou sa condition font de lui un délinquant sexuel dangereux au sens de l'al. 659b) du *Code criminel*. L'existence d'un tel état ou d'une telle condition ne constitue pas une infraction. À ce propos, il y a lieu d'appliquer en l'espèce relativement à une accusation d'être un délinquant sexuel dangereux le raisonnement adopté par la Cour d'appel en matière criminelle dans l'affaire *King v. Hunter* et par cette Cour dans l'affaire *Brusch v. The Queen*. Suivant ce raisonnement, une accusation d'être un repris de justice ne constitue pas

that the object sought by Parliament, in enacting these special provisions, is not to create an offence but to enable the Court, in cases where a sexual offender is found to be a dangerous sexual offender, to pass upon him a further sentence in lieu of or in addition to the sentence passed or which could have been passed for the sexual offence of which he was convicted. These proceedings do not involve the conviction of an offence, but the determination of the sentence which may be pronounced after conviction. The confession rule, which excludes incriminatory statements not affirmatively proved to have been made voluntarily, is a rule which has been designed for proceedings where, broadly speaking, the guilt or innocence of a person charged with an offence is the matter in issue. The rule has not been established for proceedings related to the determination of a sentence. I know of no binding authority holding that its application extends, and can think of no valid reason why it should be held to extend to examinations conducted by psychiatrists, in compliance with subs. 2 of s. 661 of the *Criminal Code*, in order that they could form and subsequently convey to the Court an opinion as to the mental state or condition of a sexual offender. [Emphasis added.]

There would seem to be no warrant for reconsidering the conclusion of this Court that the "labelling" procedure does not constitute the charge of an offence. Nor do I think that a different conclusion can be justified for the purposes of s. 11 of the *Charter*. As I observed in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, the phrase "Any person charged with an offence" in the opening words of the section must be given a constant meaning that harmonizes with the various paragraphs of the section. It seems clear to me that for the purposes of s. 11 it would be quite inappropriate to conclude that a convicted person is charged with an offence when confronted with a Part XXI application. How can it be said that the right to the presumption of innocence until proven guilty (s. 11(d)) and the right to bail (s. 11(e)), for example, could have any application in the context of the unique post-conviction proceeding mandated by Part XXI?

une inculpation d'une infraction, mais simplement l'allégation d'un état ou d'une condition. De fait, il se dégage nettement du par. 661(3) du *Code criminel* que le but visé par le législateur en adoptant ces dispositions spéciales n'est pas de créer une infraction mais bien de permettre à la cour, dans les cas où un délinquant sexuel est jugé dangereux, de lui imposer une peine au lieu ou en sus de celle qui a été infligée, ou qui aurait pu l'être, pour l'infraction sexuelle dont il a été déclaré coupable. Ces procédures consistent non pas à prononcer une déclaration de culpabilité d'une infraction, mais à déterminer la peine qui peut être imposée à la suite de la déclaration de culpabilité. La règle relative aux confessions, qui exclut les déclarations incriminantes dont on n'a pas prouvé formellement le caractère volontaire, a été conçue en vue de s'appliquer aux procédures qui, d'une manière générale, mettent en cause la culpabilité ou l'innocence d'une personne accusée d'une infraction. Elle n'a pas été établie pour s'appliquer à des procédures liées à la détermination d'une peine. Je ne connais aucune décision ayant force obligatoire liée qui établit que cette règle s'applique, et je ne puis voir aucune raison valable de la juger applicable aux examens menés par des psychiatres, conformément au par. 661(2) du *Code criminel*, afin de pouvoir se former une opinion quant à la condition ou à l'état mentaux d'un délinquant sexuel, pour ensuite la communiquer à la cour. [Je souligne.]

Rien ne semblerait justifier une révision de la conclusion de cette Cour que l'attribution d'une «étiquette» ne constitue pas l'imputation d'une infraction. Je ne crois pas non plus que l'art. 11 de la *Charte* justifie une conclusion différente. Comme je l'ai fait observer dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, on doit prêter à l'expression «Tout inculpé», au début de l'article, un sens fixe qui soit en harmonie avec les différents alinéas de cet article. Il me paraît évident qu'aux fins de l'art. 11 il ne s'agirait pas du tout de conclure qu'une personne reconnue coupable d'une infraction se voit inculper d'une autre infraction lorsqu'elle fait l'objet d'une demande fondée sur la partie XXI. Comment peut-on prétendre que le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable (al. 11d)) et le droit d'être mis en liberté sous caution (al. 11e)), par exemple, pourraient jouer dans le contexte de la procédure spéciale prévue à la partie XXI pour des cas où il y a déjà eu déclaration de culpabilité?

(ii) Does Section 7 of the Charter Require a Jury Hearing, and Do the Part XXI Hearing and Review Procedures Otherwise Meet the Standard of Fairness Under that Section?

The conclusion that the appellant is not entitled to the benefit of trial by jury under s. 11(f) does not, however, conclusively decide the question whether he is entitled to a determination by a jury of the question of his dangerousness, or, more generally, whether the procedural incidents of the proceeding are constitutionally adequate to safeguard his liberty. Such questions would appear to fall within the scope of a s. 7 inquiry, for s. 11 does not limit s. 7 but merely serves to illustrate and, perhaps, amplify its potential applications. This approach is consistent with the observations of Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at pp. 502-3 that:

Sections 8 to 14 are illustrative of deprivations of those rights to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice. For they, in effect, illustrate some of the parameters of the "right" to life, liberty and security of the person; they are examples of instances in which the "right" to life, liberty and security of the person would be violated in a manner which is not in accordance with the principles of fundamental justice. To put matters in a different way, ss. 7 to 14 could have been fused into one section, with inserted between the words of s. 7 and the rest of those sections the oft utilised provision in our statutes, "and, without limiting the generality of the foregoing (s. 7) the following shall be deemed to be in violation of a person's rights under this section".

In the context of s. 7, it seems to me that the nature and quality of the procedural protections to be accorded the individual cannot depend on sterile logic or formalistic classifications of the type of proceeding in issue. Rather, the focus must be on the functional nature of the proceeding and on its potential impact on the liberty of the individual.

The American experience is instructive in this context. In *Specht v. Patterson*, 386 U.S. 605 (1967), the petitioner was convicted of the crime of indecent liberties under a Colorado statute which provided for a maximum sentence of ten

(ii) L'article 7 de la Charte exige-t-il qu'il y ait une audience devant un jury, et l'audience ainsi que la procédure de révision que prévoit la partie XXI satisfont-elles par ailleurs à la norme d'équité établie par cette disposition?

La conclusion que l'appelant ne peut pas se prévaloir du droit, garanti par l'al. 11f), de bénéficier d'un procès avec jury n'apporte toutefois pas de solution définitive à la question de savoir s'il a droit à ce que ce soit un jury qui décide s'il est dangereux ou, d'une manière plus générale, si les formalités de la procédure suffisent du point de vue constitutionnel pour sauvegarder sa liberté. Ces questions sembleraient relever d'une enquête fondée sur l'art. 7, car l'art. 11, loin de limiter la portée de l'art. 7, sert simplement à illustrer et peut-être à préciser ses applications possibles. Ce point de vue concorde avec les observations suivantes du juge Lamer dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précité, aux pp. 502 et 503:

Les articles 8 à 14 sont des exemples d'atteintes à ce droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui vont à l'encontre des principes de justice fondamentale. En effet, ils illustrent certains paramètres du «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne; ce sont des exemples de cas où il y aurait atteinte au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Autrement dit, les art. 7 à 14 auraient pu être fondus en un seul article, en ajoutant, entre le texte de l'art. 7 et les autres articles, la disposition qu'on retrouve souvent dans nos lois «et, sans limiter la généralité de ce qui précède (l'art. 7), ce qui suit est réputé constituer une violation des droits de la personne visés au présent article».

Il me semble que, dans le contexte de l'art. 7, la nature et la qualité des garanties en matière de procédure qu'il faut accorder à l'individu ne sauraient être fonction d'une logique stérile ni d'une classification formaliste du type d'instance dont il s'agit. On doit plutôt mettre l'accent sur le caractère pratique de l'instance et sur l'effet qu'elle risque d'avoir sur la liberté individuelle.

À cet égard, l'expérience américaine est instructive. Dans l'affaire *Specht v. Patterson*, 386 U.S. 605 (1967), le pétitionnaire a été reconnu coupable du crime d'avoir pris des libertés indécentes, prévu par une loi du Colorado qui fixait une peine maxi-

years, but he was sentenced instead under the *Sex Offenders Act* for an indeterminate term, the trial judge having satisfied himself that the offender, "if at large, [would constitute] a threat of bodily harm to members of the public, or is an habitual offender and mentally ill".

On appeal to the Supreme Court, Douglas J., speaking for the Court, stated, at pp. 608-11:

The *Sex Offenders Act* does not make the commission of a specified crime the basis for sentencing. It makes one conviction the basis of commencing another proceeding under another Act to determine whether a person constitutes a threat of bodily harm to the public or is an habitual offender and mentally ill. That is a new finding of fact (*Vanderhoof v. People*, 152 Colo. 147, 149, 380 P. 2d 903, 904) that was not an ingredient of the offense charged. The punishment under the second Act is criminal punishment even though it is designed not so much as retribution as it is to keep individuals from inflicting future harm. *United States v. Brown*, 381 U.S. 437, 458.

The Court of Appeals for the Third Circuit in speaking of a comparable Pennsylvania statute said:

"It is a separate criminal proceeding which may be invoked after conviction of one of the specified crimes. Petitioner therefore was entitled to a full judicial hearing before the magnified sentence was imposed. At such a hearing the requirements of due process cannot be satisfied by partial or niggardly procedural protections. A defendant in such a proceeding is entitled to the full panoply of the relevant protections which due process guarantees in state criminal proceedings. He must be afforded all those safeguards which are fundamental rights and essential to a fair trial, including the right to confront and cross-examine the witnesses against him." *Gerchman v. Maroney*, 355 F. 2d 302, 312.

We agree with that view. Under Colorado's criminal procedure, here challenged, the invocation of the *Sex Offenders Act* means the making of a new charge leading to criminal punishment. The case is not unlike those under recidivist statutes where an habitual crimi-

male de dix ans, mais s'est vu condamner plutôt sous le régime de la *Sex Offenders Act* à une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée, car le juge du procès était convaincu que le délinquant, [TRADUCTION] «s'il était en liberté, [présenterait] pour les membres du public une menace de danger physique, ou [qu'] il [était] un repris de justice atteint d'une maladie mentale».

En appel devant la Cour suprême, le juge Douglas, s'exprimant au nom de la Cour, a dit, aux pp. 608 à 611:

[TRADUCTION] La *Sex Offenders Act* ne fait pas reposer la condamnation sur la perpétration d'un crime précis. Elle permet plutôt, dès lors qu'il y a déclaration de culpabilité, d'engager une autre procédure fondée sur une autre loi en vue de déterminer si une personne présente une menace de danger physique pour le public ou si elle est un repris de justice atteint d'une maladie mentale. Il s'agit là d'une nouvelle conclusion de fait (*Vanderhoof v. People*, 152 Colo. 147, 149, 380 P. 2d 903, 904) qui ne constitue pas un élément de l'infraction imputée. La peine infligée sous le régime de la seconde loi est une sanction pénale, bien qu'elle soit conçue moins pour punir que pour empêcher certaines gens de causer du préjudice à un moment futur. *United States v. Brown*, 381 U.S. 437, 458.

La Cour d'appel du Troisième circuit a dit concernant une loi comparable de la Pennsylvanie:

«C'est une procédure criminelle distincte à laquelle on peut avoir recours à la suite d'une déclaration de culpabilité de l'un des crimes spécifiés. Le pétitionnaire avait donc droit à une audience judiciaire en règle avant de se voir infliger la peine plus lourde. À une telle audience, les exigences de l'équité en matière de procédure ne peuvent être remplies par une protection partielle ou minimale. L'accusé a le droit de bénéficier de toute la panoplie des mesures protectrices pertinentes que garantit l'équité en matière de procédure dans les actions criminelles engagées par un État. On doit faire profiter l'accusé de chacune des sauvegardes qui sont des droits fondamentaux et qui sont essentielles à un procès équitable, y compris le droit d'être confronté avec les témoins à charge et de les contre-interroger.» *Gerchman v. Maroney*, 355 F. 2d 302, 312.

Nous souscrivons à ce point de vue. Suivant la procédure criminelle du Colorado, que l'on conteste en l'espèce, invoquer la *Sex Offenders Act* équivaut à porter une nouvelle accusation qui entraînera une sanction pénale. La présente affaire n'est pas différente de celles

nal issue is "a distinct issue" (*Graham v. West Virginia*, 224 U.S. 616, 625) on which a defendant "must receive reasonable notice and an opportunity to be heard." *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448, 452; *Chandler v. Freitag*, 348 U.S. 3, 8. Due process, in other words, requires that he be present with counsel, have an opportunity to be heard, be confronted with witnesses against him, have the right to cross-examine, and to offer evidence of his own. And there must be findings adequate to make meaningful any appeal that is allowed. The case is therefore quite unlike the Minnesota statute we considered in *Minnesota v. Probate Court*, 309 U.S. 270, where in a proceeding to have a person adjudged a "psychopathic personality" there was a hearing where he was represented by counsel and could compel the production of witnesses on his behalf. *Id.*, at 275. None of these procedural safeguards we have mentioned is present under Colorado's Sex Offenders Act. We therefore hold that it is deficient in due process as measured by the requirements of the Fourteenth Amendment. *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400.

I do not think that the fact that two statutes were involved rather than one in any way qualifies the substance of the Court's reasons.

In *U.S. v. Maroney*, 355 F.2d 302 (1966), referred to in *Specht, supra*, the United States Court of Appeals for the Third Circuit held that proceedings against the petitioner under a similar Pennsylvania statute violated the petitioner's due process rights under the Fourteenth Amendment in denying him the right to confront and cross-examine the witnesses against him. Freedman J., for the Court, stated, at p. 311:

The same factors, i. e., imposition of greater punishment than that provided for conviction of a constituent element after an additional finding of fact, led the Supreme Court to hold in *Chandler v. Freitag*, 348 U.S. 3, 75, S.Ct. 1, 99 L. Ed. 4 (1954) and *Oyler v. Boles*,

qui prennent naissance en vertu de lois portant sur les récidivistes, où la question de savoir si l'on a affaire à un repris de justice est «une question distincte» (*Graham v. West Virginia*, 224 U.S. 616, 625) relativement à laquelle l'accusé «doit recevoir un préavis raisonnable et avoir la possibilité d'être entendu». *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448, 452; *Chandler v. Freitag*, 348 U.S. 3, 8. En d'autres termes, l'équité en matière de procédure requiert qu'il soit présent avec son avocat, qu'on lui accorde la possibilité d'être entendu, qu'il soit confronté avec les témoins à charge, qu'il ait le droit de les contre-interroger, et qu'il puisse lui-même produire des éléments de preuve. De plus, les conclusions tirées doivent être suffisantes pour rendre utile tout appel qui pourra être autorisé. Il n'y a donc aucune ressemblance avec la loi du Minnesota que nous étions appelés à examiner dans l'affaire *Minnesota v. Probate Court*, 309 U.S. 270, où, dans une procédure visant à faire déclarer qu'un certain individu avait une «personnalité psychopathique», il y a eu une audience à laquelle cet individu était représenté par un avocat et dans le cadre de laquelle il a pu forcer la comparution de témoins pour son compte. *Id.*, à la p. 275. Or, la Sex Offenders Act du Colorado ne comporte aucune de ces garanties en matière de procédure dont nous avons fait mention. Nous concluons donc qu'en cela elle manque aux exigences de l'équité en matière de procédure posées par le Quatorzième amendement. *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400.

Pour ma part, je ne crois pas que le fait qu'il s'agissait de deux lois plutôt que d'une seule vienne nuancer de quelque manière le fond des motifs de la Cour.

Dans l'arrêt *U.S. v. Maroney*, 355 F.2d 302 (1966), mentionné dans l'affaire *Specht*, précitée, la Cour d'appel des États-Unis, Troisième circuit, a conclu que des procédures engagées contre le pétitionnaire en vertu d'une loi semblable de la Pennsylvanie portaient atteinte au droit à l'équité en matière de procédure conféré au pétitionnaire par le Quatorzième amendement, pour le motif qu'on lui refusait le droit d'être confronté avec les témoins à charge et de les contre-interroger. Le juge Freedman affirme, au nom de la cour, à la p. 311:

[TRADUCTION] La même considération, c.-à-d. l'imposition, à la suite d'une conclusion de fait supplémentaire, d'une peine plus sévère que celle prévue pour une déclaration de culpabilité relativement à un élément constitutif, a amené la Cour suprême à conclure dans les

368 U.S. 448, 82 S.Ct. 501, 7 L.Ed.2d 446 (1962), that the habitual offenders acts there involved, which provided for increased criminal punishment because of prior convictions, created essentially independent criminal offenses. This required that the determination of the issues of fact involved in the statutory proceedings must conform to the constitutionally guaranteed safeguards of due process in substantive criminal trials. In *Oyler*, the Court said: "Even though an habitual criminal charge does not state a separate offense, the determination of whether one is an habitual criminal is 'essentially independent' of the determination of guilt on the underlying substantive offense. *Chandler v. Fretag*, 348 U.S. 3, 8 (75 S.Ct. 1, 99 L.Ed. 4) (1954). * * * (A) defendant must receive reasonable notice and an opportunity to be heard relative to the recidivist charge even if due process does not require that notice be given prior to the trial on the substantive offense." (368 U.S., at 452, 82 S.Ct. at 503). If the determination of the independent issue in *Oyler*, limited as it was to judicial records and identity, made the new charge separate from the subordinate offense and thus required full due process, it is surely required here, where the critical new issue, i. e., whether petitioner, if at large, would constitute a danger of bodily harm to the public, is a complex and personal one going far beyond mere records and identification.

He next, at p. 312, made the observations quoted by the Supreme Court in *Specht, supra*.

Having characterized the proceeding there as creating an essentially independent offence, Freedman J. was led to state that the guarantee of a jury trial would apply to such a proceeding "if the Fourteenth Amendment makes it applicable in state criminal cases" (at p. 313). Nevertheless, it felt bound by precedent to conclude that the right to trial by jury, guaranteed in federal prosecutions by virtue of the Sixth Amendment, was not embraced by the Fourteenth Amendment. At page 313, Freedman J. quoted "the now classic lan-

arrêts *Chandler v. Fretag*, 348 U.S. 3, 75, S.Ct. 1, 99 L. Ed. 4 (1954) et *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448, 82 S.Ct. 501, 7 L.Ed.2d 446 (1962), que les lois en cause relatives aux repris de justice, lesquelles lois prévoyaient une sanction pénale plus lourde en raison de déclarations de culpabilité antérieures, créaient essentiellement des infractions criminelles indépendantes. Cela nécessitait que la détermination des questions de fait soulevées dans les procédures entamées en vertu de la loi se fasse d'une manière qui respecte les garanties constitutionnelles concernant le caractère équitable des procès au fond en matière criminelle. Dans l'arrêt *Oyler*, la Cour a dit: «Même si une accusation d'être un repris de justice n'énonce pas une infraction distincte, la détermination de la question de savoir si une personne est un repris de justice est «essentiellement indépendante» de la détermination de la culpabilité de l'infraction matérielle précise. *Chandler v. Fretag*, 348 U.S. 3, 8 (75 S.Ct. 1, 99 L.Ed. 4) (1954). * * * [O]n doit donner à l'accusé un préavis raisonnable ainsi que la possibilité d'être entendu relativement à l'accusation de récidive, quand même l'équité en matière de procédure n'exige pas qu'un avis soit donné antérieurement au procès relatif à l'infraction matérielle précise.» (368 U.S., à la p. 452, 82 S.Ct., à la p. 503). Si, dans l'affaire *Oyler*, la résolution de la question indépendante qui portait uniquement sur les antécédents judiciaires et sur l'identité, avait pour effet de séparer la nouvelle accusation d'avec l'infraction subordonnée, entraînant de ce fait la nécessité de se conformer à toutes les exigences de l'équité en matière de procédure, cette nécessité s'impose à plus forte raison en l'espèce, car la nouvelle question délicate, celle de savoir si le pétitionnaire, s'il était en liberté, présenterait un danger physique pour le public, est à la fois complexe et personnelle, et d'une portée qui transcende nettement les simples antécédents et identité.

À la page 312, le juge Freedman a fait les observations citées par la Cour suprême dans l'arrêt *Specht*, précité.

Ayant affirmé que la procédure dont il s'agissait dans cette affaire-là créait une infraction essentiellement indépendante, le juge Freedman a ajouté que la garantie d'un procès devant un jury s'appliquerait à une telle procédure [TRADUCTION] «si le Quatorzième amendement commande son application dans les affaires criminelles au niveau de l'État» (à la p. 313). Néanmoins, se sentant liée par la jurisprudence, la cour a conclu que le droit à un procès devant un jury, garanti dans le cas des poursuites fédérales par le Sixième amendement,

guage” of Cardozo J. in *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937):

“The right to trial by jury and the immunity from prosecution except as the result of an indictment may have value and importance. Even so, they are not of the very essence of a scheme of ordered liberty. To abolish them is not to violate a ‘principle of justice so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental.’ * * * Few would be so narrow or provincial as to maintain that a fair and enlightened system of justice would be impossible without them.” (302 U.S., at 325, 58 S.Ct., at 152).

I am aware that the Supreme Court has, quite understandably, in *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968), since departed from Cardozo’s view so as to import a requirement of jury trials for serious state crimes. It would seem reasonable, if not compelling, that in the “scheme of ordered liberty” established under the American Constitution and incorporated into state criminal procedure by the Fourteenth Amendment, offences of equivalent seriousness should not be subjected to significantly different procedures depending on whether the prosecution arose in a federal or state court. Importantly, however, there is nothing in the case to suggest that the right to a jury trial was intended to be extended to a post-conviction sentencing hearing where traditionally the jury has played no part.

Indeed, subsequent American case law has consistently rejected the suggestion in *Specht* that the “full panoply” of criminal procedural protections including the right to a jury determination, attach to such post-conviction proceedings. Typical of these cases is the frequently cited case of *U.S. v. Inendino*, 463 F.Supp. 252 (1978 N. D. Ill.), aff’d 604 F.2d 458 (7th Cir. 1979), *certiorari* denied, 444 U.S. 932 (1979), where Decker J. of the U.S. District Court, in considering the procedural

n’était pas compris dans le Quatorzième amendement. À la page 313, le juge Freedman a cité [TRADUCTION] «les propos maintenant classiques» tenus par le juge Cardozo dans la décision *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937):

[TRADUCTION] «Le droit à un procès avec jury et l’immunité contre les poursuites, sauf celles qui résultent d’un acte d’accusation, peuvent avoir une certaine valeur et importance. Même là, ils ne constituent pas l’essence même d’une liberté bien ordonnée. Leur abolition ne représente pas une atteinte à un «principe de justice si solidement enraciné dans les traditions et la conscience de notre peuple qu’il doit être considéré comme fondamental.» * * * Peu de gens auraient l’esprit étroit ou borné au point de soutenir que, sans le droit et l’immunité susmentionnés, il serait impossible d’avoir un système de justice qui soit à la fois équitable et éclairé.» (302 U.S., à la p. 325, 58 S.Ct., à la p. 152).

Je sais bien que, dans l’arrêt *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968), la Cour suprême s’est éloignée, tout à fait à juste titre, de l’opinion du juge Cardozo et a posé comme exigence que les procès relatifs aux infractions graves aux lois criminelles des États se déroulent devant un jury. À ce propos, il semblerait raisonnable, et voire même impérieux, que, dans le cadre de la «liberté bien ordonnée» créée par la Constitution américaine et incorporée dans la procédure criminelle des États par le Quatorzième amendement, des infractions de gravité équivalente ne fassent pas l’objet de procédures sensiblement différentes selon que les poursuites sont engagées devant un tribunal fédéral ou devant le tribunal d’un État. Il importe cependant de souligner que rien dans cette affaire ne porte à croire qu’on a voulu que le droit à un procès avec jury joue aussi dans le cas d’une audience relative à la détermination de la peine, tenue à la suite d’une déclaration de culpabilité, audience à laquelle le jury ne joue traditionnellement aucun rôle.

En fait, la jurisprudence américaine subséquente a constamment rejeté l’idée formulée dans l’arrêt *Specht* selon laquelle on peut bénéficier, dans de telles procédures qui font suite à une déclaration de culpabilité, de «toute la panoplie» des garanties offertes par la procédure criminelle, y compris le droit à une décision par un jury. Un cas typique est la décision souvent citée *U.S. v. Inendino*, 463 F.Supp. 252 (1978 N. D. Ill.), conf. à 604 F.2d 458 (7th Cir. 1979), *certiorari* refusé, 444 U.S.

adequacy of a statutory enhanced sentencing proceeding very similar to that involved here, stated, at p. 256:

Some courts and commentators have interpreted *Specht* to mean that if a sentencing or other post-conviction proceeding involves new charges of criminal conduct, and results in increased imprisonment, then it must be conducted in accordance with the procedures of a normal criminal trial, see, e.g. *United States v. Duardi*, 384 F.Supp. 874 (W.D.Mo.1974), affirmed on other grounds 529 F.2d 123 (8th Cir. 1975). Dicta in the *Specht* case does support this view; for example, the Court points out that the statute requires a "new finding of fact" which results in "criminal punishment", and quotes from a lower court case holding that the defendant is entitled to "the full panoply" of criminal trial rights

However, a closer examination of related Supreme Court cases leads to the conclusion that the Court has drawn a line between pre-conviction and post-conviction proceedings, and has approved post-conviction proceedings which provide less than the full panoply of trial rights. The widest discretion and informality is permitted in the normal sentencing procedure. [Emphasis added.]

However, Decker J. notes, at p. 257:

The Supreme Court has required more formality in presence proceedings which may result in sentences longer than the normal statutory maximum. In several early cases, the Court rejected due process and double jeopardy challenges to recidivist statutes, under which a defendant who had been previously convicted could receive an enhanced sentence. The Court held that recidivist sentencing was not a second punishment for the earlier crime, but rather increased punishment for the latest offense, due to aggravated circumstances:

932 (1979), où le juge Decker de la Cour de district des États-Unis, en examinant le caractère adéquat du point de vue de la procédure, d'un processus légal, fort semblable à celui dont il s'agit en l'espèce, visant l'imposition d'une peine plus sévère, a dit, à la p. 256:

[TRADUCTION] Selon l'interprétation donnée par certains tribunaux et commentateurs, l'arrêt *Specht* établit que si, dans une procédure visant à déterminer la peine ou dans toute autre procédure qui suit une déclaration de culpabilité, de nouvelles accusations de conduite criminelle sont portées et que cette procédure entraîne une augmentation de la peine d'emprisonnement, alors elle doit satisfaire aux mêmes exigences en matière de procédure qu'un procès criminel ordinaire, voir, par exemple, *United States v. Duardi*, 384 F.Supp. 874 (W.D.Mo.1974), confirmé pour d'autres motifs à 529 F.2d 123 (8th Cir. 1975). Certaines opinions incidentes exprimées dans l'affaire *Specht* appuient ce point de vue; par exemple, la Cour fait remarquer que la Loi exige une «nouvelle conclusion de fait» qui entraîne une «sanction pénale», puis elle cite une décision dans laquelle un tribunal de juridiction inférieure a conclu que l'accusé pouvait bénéficier de «toute la panoplie» des droits qui s'attachent à un procès au criminel . . .

Si toutefois on examine de plus près des arrêts analogues de la Cour suprême, force est de conclure que la Cour a tracé une ligne de démarcation entre les procédures antérieures à la déclaration de culpabilité et celles qui lui font suite et qu'elle a donné son approbation à des procédures de cette dernière catégorie même lorsqu'elles ne respectaient pas toute la panoplie des droits qui sont garantis dans le cas d'un procès. En matière de détermination de la peine, la plus grande simplicité et l'exercice d'un large pouvoir discrétionnaire sont normalement permis. [Je souligne.]

Le juge Decker ajoute toutefois, à la p. 257:

[TRADUCTION] La Cour suprême a exigé plus de formalisme dans les procédures de détermination de la peine lorsque celles-ci peuvent aboutir à des peines d'une durée plus longue que le maximum normal prévu par la loi. Dans plusieurs vieux arrêts, la Cour, écartant des contestations fondées sur le manquement aux exigences de l'équité en matière de procédure et sur le double péril, a déclaré valides des lois relatives aux récidivistes, en vertu desquelles un accusé qui avait déjà été déclaré coupable pouvait se voir infliger une peine plus lourde. La Cour a conclu que la condamnation de récidivistes ne constituait pas une seconde peine imposée pour le crime antérieur, mais représentait plutôt une peine plus sévère pour l'infraction la plus récente, en raison de circonstances aggravantes:

“(T)he repetition of criminal conduct aggravates their guilt and justifies heavier penalties when they are again convicted.” *Graham v. West Virginia*, 224 U.S. 616, 623, 32 S.Ct. 583, 585, 56 L.Ed. 917 (1912).

Thus, this proceeding was not governed by the formal rules of criminal trial procedure.

However, in recognition of the fact that these procedures may result in a substantial deprivation of liberty, the Court has held that the defendant is entitled to representation of counsel, *Chandler v. Fretag*, 348 U.S. 3, 75 S.Ct. 1, 99 L.Ed. 4 (1954), and to notice and opportunity to be heard, *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448, 82 S.Ct. 501, 7 L.Ed.2d 446 (1962). Although the exact dimensions of these rights have not been fully articulated, courts have held that they do not include the right to trial by jury, see *Turnbough v. Wyrick*, 551 F.2d 202 (8th Cir. 1977); *James v. Twomey*, 466 F.2d 718 (7th Cir. 1972), nor the right to grand jury indictment, *United States v. Baca*, 451 F.2d 1112 (10th Cir. 1971); see also, *Beland v. United States*, 128 F.2d 795 (5th Cir.), cert. denied, 317 U.S. 676, 63 S.Ct. 157, 87 L.Ed. 543, reh'g denied 317 U.S. 710, 63 S.Ct. 205, 87 L.Ed. 566 (1942). [Emphasis added.]

Similarly, in the also oft-cited case of *U.S. v. Schell*, 692 F.2d 672 (1982), Logan J., for a majority of the Court of Appeals, 10th Cir., stated, at p. 677, that he agreed with the vastly preponderant view of other circuit courts that the *Specht* Court's quotation of Third Circuit language should not be taken as dictating that the “full panoply” of procedural protections apply to post-conviction hearings. He notes, too, that this issue was not before the Court in *Specht*.

The cases to which I have referred dealt primarily with the use of hearsay evidence in such proceedings and with the question whether dangerousness could constitutionally be proved simply on a preponderance of evidence rather than beyond a reasonable doubt. Quite apart from the specific conclusions of the American courts respecting these matters, I would adopt the functional reasons

«[L]a répétition d'une conduite criminelle aggrave leur culpabilité et justifie l'augmentation de leur peine lorsqu'ils sont de nouveau reconnus coupables.» *Graham v. West Virginia*, 224 U.S. 616, 623, 32 S.Ct. 583, 585, 56 L.Ed. 917 (1912).

Cette procédure n'était donc pas soumise aux règles formelles régissant les procès au criminel.

Reconnaissant cependant que ces procédures peuvent entraîner une privation de liberté de longue durée, la Cour a conclu que l'accusé a le droit d'être représenté par un avocat, *Chandler v. Fretag*, 348 U.S. 3, 75 S.Ct. 1, 99 L.Ed. 4 (1954), du droit à un préavis et du droit d'être entendu, *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448, 82 S.Ct. 501, 7 L.Ed.2d 446 (1962). Quoique la pleine portée de ces droits n'ait jamais été précisée, les tribunaux ont estimé qu'ils ne comprennent pas le droit à un procès avec jury, voir *Turnbough v. Wyrick*, 551 F.2d 202 (8th Cir. 1977); *James v. Twomey*, 466 F.2d 718 (7th Cir. 1972), ni le droit d'être mis en accusation par un grand jury, *United States v. Baca*, 451 F.2d 1112 (10th Cir. 1971); voir aussi *Beland v. United States*, 128 F.2d 795 (5th Cir.), certiorari refusé, 317 U.S. 676, 63 S.Ct. 157, 87 L.Ed. 543, nouvelle audience refusée 317 U.S. 710, 63 S.Ct. 205, 87 L.Ed. 566 (1942). [Je souligne.]

De même, dans l'arrêt *U.S. v. Schell*, 692 F.2d 672 (1982), souvent cité lui aussi, le juge Logan, au nom de la majorité de la Cour d'appel, 10th Cir., a signalé, à la p. 677, qu'il partageait l'opinion nettement prépondérante des autres cours de circuit que les propos tenus par la Cour du Troisième circuit, cités par la Cour suprême dans l'arrêt *Specht*, ne devraient pas être considérés comme exigeant que «toute la panoplie» des garanties en matière de procédure jouent dans le cas d'audiences faisant suite à la déclaration de culpabilité. Il fait également observer que la Cour ne se trouvait pas saisie de cette question dans l'affaire *Specht*.

Les décisions auxquelles je me suis référé portent principalement sur l'usage d'une preuve par ouï-dire dans ce type de procédures et sur la question de savoir s'il serait constitutionnellement possible de prouver la dangerosité selon une simple prépondérance de la preuve plutôt que par une preuve hors de tout doute raisonnable. Indépendamment des conclusions précises des tribunaux

given by those courts for viewing the "labelling" hearing to be the kind of hearing that attracts a high level of procedural protection for the offender. I find their approach to be more attuned to the distinctive nature of such inquiries, and more congruent with the reality of the very profound consequences that the labelling procedure harbours for the offender. Nevertheless, I would conclude that it is not required, as a constitutional matter, that the determination of dangerousness be made by a jury.

It is clear that, at a minimum, the requirements of fundamental justice embrace the requirements of procedural fairness (see, e.g., the comments to this effect of Wilson J. in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pp. 212-13). It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked. Thus, certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another. Suffice it to say, however, that a jury determination is not mandated in the present context. The offender has already been found guilty of an offence in a trial at which he had the option of invoking his right to a jury. Moreover, the procedure to which he was subjected subsequent to the finding of guilt does not impact on his liberty to the same extent as that initial determination. Indeed, this is made clear by the same considerations that led this Court, in *Brusch, supra*, to classify the proceedings as part of the sentencing process. While the legal classification of the proceeding as part of the sentencing process does not necessarily decide the question of the scope of the procedural protection to be afforded the offender, the functional, factual considerations animating that conclusion must be taken into account.

Finally, it is not insignificant that, unlike the situation in *Maroney, supra*, the judge at such a

américains sur ces points, je fais miennes les raisons d'ordre pratique qu'ont données ces tribunaux pour juger que l'audience visant à «étiqueter» le délinquant est le genre d'audience dans laquelle celui-ci bénéficie d'un haut degré de protection sur le plan de la procédure. En effet, j'estime que cette façon de voir cadre mieux avec la nature distinctive de ces enquêtes et tient mieux compte de la réalité des conséquences très graves que ces procédures d'étiquetage comportent pour le délinquant. Je conclus néanmoins que, du point de vue constitutionnel, il n'est pas nécessaire que ce soit un jury qui détermine si le délinquant est dangereux.

Évidemment, les exigences de la justice fondamentale englobent tout au moins l'équité en matière de procédure (voir, par exemple, les observations dans ce sens faites par le juge Wilson dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux pp. 212 et 213). Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. Ainsi, certaines garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l'être dans une autre. Il suffit toutefois de dire qu'en l'espèce rien n'exige une décision par un jury. Le délinquant a déjà été reconnu coupable d'une infraction à l'issue d'un procès dans le cadre duquel il aurait pu choisir d'invoquer son droit à un jury. De plus, la procédure dont il a fait l'objet à la suite de la déclaration de culpabilité est moins lourde de conséquences pour sa liberté que ne l'est la détermination initiale. Ce point de vue s'impose d'ailleurs en vertu des mêmes considérations qui ont amené cette Cour, dans l'arrêt *Brusch*, précité, à décider que les procédures en question font partie du processus de détermination de la peine. Quoique la classification juridique de ces procédures comme composante du processus de détermination de la peine ne règle pas nécessairement la question de l'étendue de la protection à accorder au délinquant sur le plan de la procédure, on doit prendre en considération les éléments pratiques et factuels sur lesquels repose cette conclusion.

Finalement, il n'est pas sans importance que, à la différence de la situation qui existait dans l'af-

hearing does retain a discretion whether or not to impose the designation or indeterminate sentence, or both.

It is noteworthy, too, that Part XXI provides considerable procedural protection to the offender. Section 689(1)(a) requires that the consent of the Attorney General be obtained either before or after the application is made. Section 689(1)(b) requires that "at least seven days notice be given to the offender by the prosecution, following the making of the application, outlining the basis on which it is intended to found the application". Moreover, the offender has the right to attend, present evidence and cross-examine witnesses, in addition to a right of appeal in the broadest terms on questions of fact, law or mixed fact and law.

It seems to me that s. 7 of the *Charter* entitles the appellant to a fair hearing; it does not entitle him to the most favourable procedures that could possibly be imagined. I do not think it can be argued that the procedure at a Part XXI application is unfair in so far as it denies to an offender the right to a jury's determination of his or her dangerousness.

In other respects, however, the case law following *Brusch* has given a judicial gloss to Part XXI that might, at some point, merit reappraisal by this Court. In light of the foregoing discussion it might well be that the logic that justified holding Part XXI applications to be part of the sentencing process cannot now serve to justify the whittling down of procedural rights that appears to have flowed therefrom.

Furthermore, it is clear from my earlier comments that the fairness of the process by which the deprivation of liberty is occasioned cannot, in the case of a dangerous offender, be considered in isolation from the process by which that deprivation of liberty is reviewed. Given the severity of the

faire *Maroney*, précitée, le juge qui préside une telle audience conserve un pouvoir discrétionnaire de qualifier le délinquant de dangereux ou de lui imposer une peine d'une durée indéterminée, ou les deux à la fois.

Il vaut également la peine de souligner que la partie XXI offre au délinquant une protection non négligeable sur le plan de la procédure. En effet, l'al. 689(1)a exige qu'on obtienne le consentement du procureur général soit avant soit après la présentation de la demande. L'alinéa 689(1)b exige que «la poursuite [. . .] donn[e] au délinquant un préavis d'au moins sept jours francs après la présentation de la demande indiquant ce sur quoi la demande se fonde». Outre son droit très général d'interjeter appel sur des questions de fait ou de droit ou sur des questions mixtes de fait et de droit, le délinquant jouit du droit de comparaître, de produire des éléments de preuve et de contre-interroger les témoins.

Il me semble que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'appelant le droit à un procès équitable; il ne lui donne pas le droit de bénéficier des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer. À mon sens, on ne saurait prétendre que la procédure suivie dans le cas d'une demande fondée sur la partie XXI est inéquitable dans la mesure où elle ne garantit pas à un délinquant le droit à ce que ce soit un jury qui détermine s'il est dangereux.

À d'autres égards, cependant, la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Brusch* a donné à la partie XXI une interprétation qu'il conviendrait peut-être jusqu'à un certain point de réexaminer en cette Cour. Compte tenu de l'analyse qui précède, il se pourrait bien que la logique qui a permis de conclure que les demandes fondées sur la partie XXI font partie du processus de détermination de la peine ne puisse maintenant servir à justifier la réduction des droits en matière de procédure qui paraît en avoir découlé.

Il se dégage d'ailleurs de ce que j'ai déjà dit que le caractère équitable du processus entraînant la privation de liberté ne saurait, dans le cas d'un délinquant dangereux, être considéré indépendamment du processus de révision de cette privation de liberté. Étant donné la gravité des effets d'une telle

impact of such review on a dangerous offender's liberty interests, at least as opposed to those of an "ordinary" offender, it seems to me that considerations of fundamental justice might require correspondingly enhanced procedural protections at such a review. In this regard, I note that the Ouimet Commission recommended that dangerous offenders be given a right to judicial review of their status every three years, with the court having the power to release the offender (*Report of the Canadian Committee on Corrections* (1969), at pp. 262-63). I agree that this would afford the convict greater safeguards, but I do not view it to be constitutionally required. Indeed, as was pointed out by the court in both *Moore* and *Langevin*, *supra*, the Parole Board is supposedly more expert in determining whether release is warranted, and its decisions are subject to judicial review, including review on *Charter* grounds. However, the fairness of certain procedural aspects of a parole hearing may well be the subject of constitutional challenge, at least when the review is of the continued incarceration of a dangerous offender. The fairness of the review procedure, however, is not an issue in the present case.

(iii) Is the Standard of Proof Required Under Part XXI, or the Use of Psychiatric Evidence in a Part XXI Application, Fundamentally Unfair?

The appellant submits that Part XXI is fundamentally unfair in two other respects. He contends, first, that s. 688, in requiring proof that the offender constitutes a threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons, or that there is a likelihood of the offender causing injury, pain or other evil to other persons through a failure in the future to control his or her sexual impulses, is fundamentally unfair in that the standard of proof required of the Crown is lower than that traditionally required in the criminal law

révision sur les intérêts qu'a un délinquant dangereux en matière de liberté, du moins par rapport à ses effets sur les mêmes intérêts qu'a un délinquant «ordinaire», il me semble que la justice fondamentale pourrait exiger que cette révision comporte des garanties en matière de procédure qui soient améliorées en conséquence. À ce propos, je fais remarquer que le Comité Ouimet a recommandé que les délinquants dangereux aient droit à un examen judiciaire de leur situation tous les trois ans et que le tribunal qui procède à cet examen soit investi du pouvoir de les relâcher (*Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle* (1969), à la p. 280). Je conviens qu'on assurerait ainsi aux détenus de meilleures garanties, mais je ne crois pas que cela s'impose sur le plan constitutionnel. De fait, comme la cour l'a souligné dans les décisions *Moore* et *Langevin*, précitées, la Commission des libérations conditionnelles est en principe plus compétente pour déterminer si la mise en liberté est justifiée et ses décisions sont assujetties à un contrôle judiciaire fondé notamment sur la *Charte*. Toutefois, le caractère équitable de certains aspects de la procédure d'une audience visant à déterminer s'il y a lieu d'accorder la libération conditionnelle peut très bien faire l'objet d'une contestation fondée sur la Constitution, du moins lorsque l'examen porte sur la prolongation de l'emprisonnement d'un délinquant dangereux. Le caractère équitable de la procédure de révision n'est cependant pas en litige en l'espèce.

(iii) La norme de preuve à laquelle il faut satisfaire aux fins de la partie XXI ou l'utilisation d'une preuve psychiatrique dans le cas d'une demande fondée sur ladite partie sont-elles foncièrement injustes?

L'appellant soutient que la partie XXI est foncièrement injuste à deux autres égards. Il prétend d'abord que l'art. 688, dans la mesure où il exige la preuve que le délinquant constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit, ou qu'il causera vraisemblablement des sévices ou autres maux à d'autres personnes en raison de son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles, est foncièrement injuste du fait que la norme de preuve à laquelle doit satisfaire le ministère public est moins sévère que

process. Secondly, he argues that s. 690, by requiring that psychiatric evidence be tendered on an application under Part XXI, is fundamentally unfair to the extent that such evidence is an unreliable predictor of future conduct.

I do not believe that either of these submissions is valid. First, it is important to recognize exactly what is and what is not required to be proved on such an application. Paragraphs (a) and (b) of s. 688 both require proof that the offender represents a threat of some sort to society. It is nowhere required that it be proved that the offender will act in a certain way. Indeed, inherent in the notion of dangerousness is the risk, not the certainty, of harm.

The appellant asserts that a "likelihood" is *ipso facto* not susceptible of proof beyond a reasonable doubt. He cites in support the following statement of Isabel Grant, in her article "Dangerous Offenders" (1985), 9 *Dal. L.J.* 347, at p. 360:

How does one prove beyond a reasonable doubt that at some time in some setting, an individual is likely to endanger some person. Surely if we add "beyond a reasonable doubt" to a "future likelihood" the sum total can be no greater than a balance of probabilities; a standard we would never accept in a criminal trial.

However, as Holmes has reminded us, the life of the law has not been logic: it has been experience. The criminal law must operate in a world governed by practical considerations rather than abstract logic and, as a matter of practicality, the most that can be established in a future context is a likelihood of certain events occurring. To doubt this conclusion is, in actuality, to doubt the validity of the legislative objectives embodied in Part XXI, for to require certainty in such matters would be tantamount to rendering the entire process ineffective.

Moreover, I am not convinced, even as a matter of logic, that the appellant's submission is sound. It seems to me that a "likelihood" of specified future conduct occurring is the finding of fact

celle qui s'applique traditionnellement en matière criminelle. En deuxième lieu, l'appelant fait valoir que l'art. 690, qui exige la présentation d'une preuve psychiatrique dans le cas d'une demande fondée sur la partie XXI, est foncièrement injuste dans la mesure où une telle preuve ne permet pas de prédire à coup sûr la conduite future.

Je ne crois pas que l'un ou l'autre de ces arguments soit fondé. En premier lieu, il importe de cerner exactement ce qui doit être prouvé dans le cadre d'une telle demande. Les alinéas a) et b) de l'art. 688 exigent tous les deux une preuve que le délinquant représente un danger quelconque pour la société. Il n'y a aucune exigence d'une preuve que le délinquant va agir d'une certaine manière. En fait, le risque, mais non la certitude, d'un préjudice est inhérent à la notion de dangerosité.

L'appelant affirme qu'une «vraisemblance» par sa nature même ne se prête pas à une preuve hors de tout doute raisonnable. À l'appui de cette allégation, il cite la déclaration suivante que fait Isabel Grant dans son article intitulé «Dangerous Offenders» (1985), 9 *Dal. L.J.* 347, à la p. 360:

[TRADUCTION] Comment faire pour prouver hors de tout doute raisonnable qu'à un certain moment et à un certain endroit, un individu constituera vraisemblablement un danger pour une certaine personne. Si nous ajoutons à la «probabilité future» l'exigence d'une preuve «hors de tout doute raisonnable», cela ne peut aboutir à rien d'autre qu'une prépondérance des probabilités, norme tout à fait inacceptable dans un procès criminel.

Holmes nous a toutefois rappelé que le droit tire sa vitalité non pas de la logique mais de l'expérience. L'application du droit criminel se fait dans un monde où des considérations pratiques l'emportent sur la logique abstraite et, du point de vue pratique, tout ce qu'on peut établir concernant l'avenir est une probabilité que certains événements se produiront. Douter de cela revient en réalité à douter de la validité des objectifs législatifs visés à la partie XXI, car exiger qu'il y ait certitude dans de tels cas aurait pour conséquence de rendre inefficace le processus tout entier.

Par ailleurs, je ne suis pas convaincu, même sur le plan de la logique, que l'argument de l'appelant soit bien fondé. Il me semble que la «probabilité» qu'une certaine conduite se manifeste dans l'avenir

required to be established; it is not, at one and the same time, the means of proving that fact. Logically, it seems clear to me that an individual can be found to constitute a threat to society without insisting that this require the court to assert an ability to predict the future. I do not find it illogical for a court to assert that it is satisfied beyond a reasonable doubt that the test of dangerousness has been met, that there exists a certain potential for harm. That this is really only an apparent paradox is aptly captured by Morden J. in *R. v. Knight* (1975), 27 C.C.C. (2d) 343 (Ont. H.C.), at p. 356 :

I wish to make it clear that when I refer to the requisite standard of proof respecting likelihood I am not imposing on myself an obligation to find it proven beyond a reasonable doubt that certain events will happen in the future — this, in the nature of things would be impossible in practically every case — but I do refer to the quality and strength of the evidence of past and present facts together with the expert opinion thereon, as an existing basis for finding present likelihood of future conduct.

Having said the foregoing, it seems to me that when the appellant asserts that proof of a likelihood beyond a reasonable doubt still amounts merely to proof of a likelihood, it becomes apparent that what he is challenging is not the standard of proof but the fact that certain persons found to be “dangerous” will, in fact, not have been dangerous. This is the problem of “false positives”, which I will address below.

I believe that the foregoing discussion also disposes of the contention that it is fundamentally unfair to the offender to require proof of dangerousness to be based, in part, on psychiatric evidence. Counsel for the appellant cited both academic and judicial authority recognizing the inability of psychiatrists, or anyone else for that matter, to predict accurately future events. This is hardly a revelation. Indeed, the psychiatrists who testified at the hearing in the present case expressly disavowed any such claim.

est précisément le fait qui doit être établi; ce n'est pas en même temps le moyen de prouver ce fait. Dans mon esprit il semble clair que, logiquement, on peut conclure qu'une personne constitue un danger pour la société sans pour autant prétendre que cela oblige le tribunal à se dire capable de prévoir l'avenir. Je ne trouve pas du tout illogique qu'un tribunal affirme sa conviction hors de tout doute raisonnable qu'on a satisfait au critère de la dangerosité et qu'il existe en conséquence une certaine possibilité de préjudice. Que ce paradoxe n'en est vraiment un qu'en apparence ressort d'une observation très juste du juge Morden dans la décision *R. v. Knight* (1975), 27 C.C.C. (2d) 343 (H.C. Ont.), à la p. 356 :

[TRADUCTION] Je tiens à préciser que, quand je parle de la norme de preuve à laquelle il faut satisfaire relativement à la question de la probabilité, je ne m'impose aucune obligation de conclure qu'on a prouvé hors de tout doute raisonnable que certains événements auront lieu dans l'avenir, ce qui, dans le cours normal des choses, s'avérerait presque toujours impossible; j'affirme cependant que la qualité et la force probante de la preuve de faits passés et présents, combinées avec les opinions d'experts concernant cette preuve, forment une base sur laquelle peut être fondée une conclusion à l'existence d'une probabilité actuelle de conduite future.

Cela dit, il me semble que, lorsque l'appellant soutient que la preuve d'une probabilité hors de tout doute raisonnable ne constitue tout de même qu'une simple preuve d'une probabilité, il devient évident que ce qu'il met en doute est non pas la norme de preuve, mais le fait que certaines personnes jugées «dangereuses» n'auront pas été dangereuses en réalité. On touche là au problème des «faux positifs», que j'aborde maintenant.

J'estime que l'analyse qui précède sert également à écarter l'argument selon lequel il est foncièrement injuste envers le délinquant d'exiger que sa dangerosité soit établie en partie au moyen d'une preuve psychiatrique. L'avocat de l'appellant a cité de la doctrine et de la jurisprudence reconnaissant l'incapacité des psychiatres, ou même de qui que ce soit à ce sujet, de prédire exactement les événements futurs. Ce n'est pas une nouvelle. Les psychiatres qui ont témoigné à l'audience en l'espèce se sont d'ailleurs défendus expressément de pouvoir le faire.

It seems to me that the answer to this argument can be briefly stated. The test for admissibility is relevance, not infallibility. Judges at Part XXI hearings do not assume that psychiatrists can accurately predict the future; however, psychiatric evidence is clearly relevant to the issue whether a person is likely to behave in a certain way and, indeed, is probably relatively superior in this regard to the evidence of other clinicians and lay persons; see Menzies, Webster and Sepejak, "The Dimensions of Dangerousness" (1985), 9 *Law and Human Behaviour* 1:49.

In *People v. Henderson*, 107 Cal.App.3d 475 (1980), the Court of Appeal, Third District, stated, at pp. 485-86:

Thus appointed psychological and psychiatric experts have long been required by statute in . . . commitment proceedings to bring to bear on the question of an individual's future conduct, i.e., his dangerousness, their admittedly imprecise diagnostic techniques . . .

Although admittedly these techniques do not produce certainty, the significance of this failure to meet an ideal of perfection is a consideration for the trier of fact in weighing the effect of the testimony . . .

Similarly, in *Langevin, supra*, at p. 355, Lacourcière J.A. stated:

I am of the view that, while the unreliability studies may affect the *weight* of psychiatric predictions of future dangerousness, they do not affect the *admissibility* of such evidence. The statutory requirement of nomination of psychiatrists by both sides to the issue preserves the principles of fundamental justice.

Also to the point are the common sense observations of Ewaschuk J. in *Re Moore, supra*, at pp. 310-11:

I accept the submission that the evidence of a psychiatrist, psychologist or criminologist is at times highly speculative and in certain instances a lay person is in as good a position to make a prediction as to future dangerousness. In the final say, the court, however, must be so satisfied and not the expert witnesses. That is not to say that experts may not assist the court, especially as to whether the offender currently suffers from a psychological disorder, e.g., psychopathy, which may be relevant

À mon avis, on peut répondre à cet argument en peu de mots. C'est la pertinence et non l'infaillibilité qui détermine l'admissibilité. Un juge qui préside une audience tenue en vertu de la partie XXI ne présume pas que les psychiatres peuvent prédire exactement l'avenir; il reste néanmoins que la preuve psychiatrique se rapporte clairement à la question de savoir s'il est vraisemblable qu'une personne se comportera d'une certaine manière et cette preuve est même probablement relativement supérieure à cet égard aux témoignages d'autres cliniciens et de profanes; voir Menzies, Webster et Sepejak, «The Dimensions of Dangerousness» (1985), 9 *Law and Human Behaviour* 1:49.

Dans l'affaire *People v. Henderson*, 107 Cal.App.3d 475 (1980), la Cour d'appel, Troisième district, affirme, aux pp. 485 et 486:

[TRADUCTION] Voilà donc longtemps que les experts en psychologie et en psychiatrie, nommés à cette fin, sont légalement tenus dans [. . .] des procédures en vue de l'incarcération d'un individu d'appliquer leurs techniques diagnostiques à la question de la conduite future de ce dernier, c.-à-d. à la question de sa dangerosité, et ce, malgré l'imprécision notoire de ces techniques . . .

Bien qu'il soit convenu que les techniques en question n'engendrent pas la certitude, l'importance de cette impossibilité d'atteindre un idéal de perfection est un élément à prendre en considération par le juge des faits dans son appréciation des témoignages . . .

De même, dans l'arrêt *Langevin*, précité, à la p. 355, le juge Lacourcière de la Cour d'appel a dit:

[TRADUCTION] Selon moi, bien que les études établissant le caractère peu fiable des prédictions psychiatriques de dangerosité future puissent avoir un effet sur le poids à donner à ces prédictions, elles ne changent rien à leur *admissibilité* en preuve. L'exigence légale que les deux parties en présence nomment chacune un psychiatre assure le respect des principes de justice fondamentale.

Sont également pertinentes les judicieuses observations du juge Ewaschuk dans la décision *Re Moore*, précitée, aux pp. 310 et 311:

[TRADUCTION] J'accepte l'argument portant que le témoignage d'un psychiatre, d'un psychologue ou d'un criminologue présente parfois un caractère hautement spéculatif et que, dans certains cas, un profane serait tout aussi bien placé pour prédire la dangerosité future. En dernière analyse, toutefois, c'est le tribunal et non pas les témoins experts qui doit en être convaincu. Mais cela ne veut pas dire que des experts ne peuvent pas aider le tribunal, surtout sur la question de savoir si le

to the likelihood of future dangerous conduct. [Emphasis added.]

Finally, the unreliability of psychiatric evidence also raises the problem of “false positives” (a statistical term representing the erroneous overprediction of future violence), discussed, by Tobriner J. for the majority of the California Supreme Court, in *People v. Murtishaw*, 175 Cal.Rptr. 738 (1981), at pp. 758-59:

Numerous studies have demonstrated the inaccuracy of attempts to forecast future violent behavior. Two commentators summarized the results as follows: “Whatever may be said for the reliability and validity of psychiatric judgments in general, there is literally no evidence that psychiatrists reliably and accurately can predict dangerous behavior. To the contrary, such predictions are wrong more often than they are right.” (Ennis & Litwack, *Psychiatry and the Presumption of Expertise: Flipping Coins in the Courtroom* (1974), 62 Cal.L.Rev. 693, 737.) Professor Dershowitz in 1969 pointed to the skewed results characteristic of psychiatric forecasts: “it seems that psychiatrists are particularly prone to one type of error—over-prediction . . . (F)or every correct psychiatric prediction of violence, there are numerous erroneous predictions.” (Dershowitz, *The Psychiatrist’s Power in Civil Commitment: A Knife That Cuts Both Ways* (Feb. 1969), *Psych. Today*, at p. 47.) Cocozza and Steadman in 1976 reviewed the various studies and reported that “Whether one examined the legal, behavioral science, or psychiatric literature on predictions of dangerousness, one constantly encounters conclusions similar to the one reached by Dershowitz that psychiatrists are generally inaccurate predictors.” (Cocozza & Steadman, *op. cit.*, *supra*, 29 Rutgers L.Rev. at p. 1085.) In 1978 Professor Monahan undertook a further review of studies of violence prediction and noted that the percentage of false positives (erroneous predictions that a subject would engage in violent behavior) never fell below 54 percentage and went as high as 99.7 percent. (Monahan, *The Prediction and Control of Violent Behavior* (1978), pp. 179-196, in *Hearings Before the House Subcom. on Domestic and International Scientific Planning*, 95th Cong., 2d Sess., pp. 175-252.)

délinquant souffre actuellement de troubles psychiques, comme par exemple la psychopathie, qui peuvent indiquer la probabilité d’une conduite dangereuse future. [Je souligne.]

Finalement, le caractère peu fiable de la preuve psychiatrique soulève en outre le problème des «faux positifs» (terme de statistique qui désigne l’erreur de prédiction qui consiste à surestimer la possibilité d’une conduite violente future), traité par le juge Tobriner, au nom de la Cour suprême de la Californie à la majorité, dans l’arrêt *People v. Murtishaw*, 175 Cal.Rptr. 738 (1981), aux pp. 758 et 759:

[TRADUCTION] De nombreuses études ont démontré qu’on ne peut pas prédire avec exactitude une conduite violente future. Deux commentateurs ont résumé ainsi les résultats de ces études: «Quoi qu’on puisse affirmer concernant la fiabilité et la valeur des opinions psychiatriques en général, il n’y a littéralement aucune preuve établissant que les psychiatres peuvent prédire avec certitude et exactitude une conduite dangereuse. Au contraire, de telles prédictions se révèlent le plus souvent erronées» (Ennis et Litwack, *Psychiatry and the Presumption of Expertise: Flipping Coins in the Courtroom* (1974), 62 Cal.L.Rev. 693, 737). En 1969, le professeur Dershowitz a souligné les résultats faussés qui caractérisent les prévisions psychiatriques: «il est un type d’erreurs auquel les psychiatres semblent particulièrement sujets: la surestimation [. . .] (P)our chaque prédiction exacte de violence que fait un psychiatre, il y en a beaucoup qui sont erronées» (Dershowitz, *The Psychiatrist’s Power in Civil Commitment: A Knife That Cuts Both Ways* (fév. 1969), *Psych. Today*, à la p. 47). En 1976, Cocozza et Steadman ont passé en revue les différentes études et ont constaté que: «Quand on examine les écrits portant sur les prédictions de dangerosité, peu importe que ces écrits relèvent du domaine juridique, du domaine de la science du comportement ou du domaine psychiatrique, on rencontre constamment des conclusions semblables à celle tirée par Dershowitz, savoir que les prédictions de psychiatres se révèlent en règle générale inexactes.» (Cocozza & Steadman, *op. cit.*, 29 Rutgers L.Rev., à la p. 1085). En 1978, le professeur Monahan a entrepris une nouvelle revue des études portant sur la prédiction de la violence et a fait remarquer que le pourcentage de faux positifs (de prédictions erronées d’une conduite violente) n’a jamais été inférieur à 54 pour 100 et a même atteint les 99,7 pour 100 (Monahan, *The Prediction and Control of Violent Behavior* (1978), pp. 179 à 196, dans *Hearings Before the House Subcom. on Domestic and International Scientific Planning*, 95th Cong., 2d Sess., aux pp. 175 à 252.)

This problem does not appear to undermine the utility and fairness of the scheme so much as to fortify the conclusion that the procedural protections accorded the offender, especially on review, ought to be very rigorous. In its *Report of the Committee on Mentally Abnormal Offenders*, the Butler Commission recognized the difficulties in assessing dangerousness but nevertheless recommended that the British Parliament enact dangerous offender legislation with reviewable indeterminate sentences. It stated, at p. 60:

... the fact that we cannot quantify the probability of future dangerous behaviour with actuarial precision is often allowed to obscure the fact that we can point with some confidence to categories of people who are more likely than others of the same sex and age-group to act in this way. Some kinds of sexual offence seem to be very repetitive.... Men with several convictions of violence are considerably more likely than their peers to be convicted of violence in the future. Again, it is sometimes argued that even if there are good grounds — clinical or actuarial — for assigning the individual to a high risk group, he might be one of the minority in that group who in the event will not behave in accordance with probability. But this dilemma is inescapably involved in every decision which is based on probabilities. All that can be done is to weigh the unpleasantness of the consequences for the individual against the harm which he may do to others. If the harm is likely to be slight the decision should be in his favour; if great and highly probable — for example, if a sexual offence is accompanied by serious violence — the best we can do is to make sure that the precautions are as humane as possible.

Similarly, Floud and Young, *supra*, reject the notion that in enacting dangerous offender legislation Parliament unfairly sacrifices innocent persons in favour of the public good (at pp. 48-49):

Ce problème paraît moins mettre en doute l'utilité et l'équité du régime que renforcer la conclusion que les garanties en matière de procédure accordées au délinquant, surtout au stade de la révision, doivent être très rigoureuses. Dans un document intitulé *Report of the Committee on Mentally Abnormal Offenders*, la Commission Butler, tout en reconnaissant les difficultés auxquelles on se heurte en déterminant la dangerosité, a néanmoins recommandé que le Parlement britannique adopte des dispositions relatives aux délinquants dangereux qui établiraient des peines d'une durée indéterminée susceptibles de révision. À la page 60, on lit ce qui suit:

[TRADUCTION] ... on permet souvent que l'impossibilité de quantifier avec une précision actuarielle la probabilité d'une conduite dangereuse future vienne obscurcir le fait que nous pouvons identifier avec passablement de certitude les catégories de personnes qui sont plus enclines que d'autres personnes du même sexe et du même groupe d'âge à se conduire ainsi. Certains types d'infractions sexuelles semblent se caractériser par un taux fort élevé de récidive [...] Des hommes qui ont été frappés de plusieurs déclarations de culpabilité de violence courent un risque beaucoup plus grand que leurs pairs d'être reconnus coupables de violence dans l'avenir. De plus, on prétend parfois que, même s'il existe des motifs valables — médicaux ou actuariels — de classer un individu dans un groupe présentant un risque très élevé, il se peut que cette personne fasse partie de la minorité des membres de ce groupe qui n'agiront pas selon les probabilités. Mais ce dilemme est inévitable dans chaque décision fondée sur des probabilités. On en est réduit à ce moment-là à soupeser l'aspect désagréable des conséquences pour l'individu et le préjudice que cet individu est susceptible de causer à autrui. S'il est probable que ce préjudice sera minime, la décision devrait être en sa faveur. Si par contre le préjudice est grand et fort probable — par exemple, dans le cas où il s'agit d'une infraction sexuelle assortie de violence grave — on ne peut que s'assurer que les précautions prises soient les plus humaines possibles.

De même, Floud et Young, précité, écartent l'idée selon laquelle le Parlement, en adoptant des dispositions relatives aux délinquants dangereux, a sacrifié injustement des personnes innocentes dans l'intérêt du bien public (aux pp. 48 et 49):

This argument is misconceived. Errors of prediction do not represent determinable individuals. It is not that we have difficulty in identifying the subjects of predicted error with the methods available to us; it is that they are in principle indeterminable. There are no hidden individuals identifiable in principle, but not in practice, who certainly would or would not reoffend. In this sense there are no innocent or guilty subjects of predictive judgment.

The question is not 'how many innocent persons are to sacrifice their liberty for the extra protection that special sentences for dangerous offenders will provide?' but 'what is the moral choice between the alternative risks: the risk of harm to potential victims or the risk of unnecessarily detaining offenders judged to be dangerous'?

The essential nature of the problem of preventing wilful harm is misrepresented by talk of balancing individual and social costs. The problem is to make a just redistribution of risk in circumstances that do not permit of its being reduced. There is a risk of harm to innocent persons at the hands of an offender who is judged likely to inflict it intentionally or recklessly — in any case culpably — in defiance or disregard of the usual constraints. His being in the wrong by virtue of the risk he represents is what entitles us to consider imposing on him the risk of unnecessary measures to save the risk of harm to innocent victims. [Emphasis added.]

I agree with this reasoning. Accordingly, the appellant's submissions on this point fail.

E. *Did the Failure of the Crown to Give the Appellant Notice Prior to his Election or Plea Violate his Rights Under s. 7 of the Charter?*

The final issue raised by the appellant is whether his s. 7 rights were violated by virtue of the fact

[TRADUCTION] Cet argument repose sur une conception erronée. Les erreurs de prédiction ne portent pas sur des individus déterminables. Ce n'est pas qu'il est difficile avec les moyens dont nous disposons d'identifier les victimes d'une erreur prédite; c'est plutôt que ces personnes sont indéterminables en principe. Il n'existe pas d'individus cachés, identifiables en principe mais non en pratique, dont on peut affirmer avec certitude qu'ils récidiveront ou qu'ils ne récidiveront pas. Dans cette optique, il n'y a pas de victimes, innocentes ou coupables, d'un jugement fondé sur une prédiction.

La question n'est pas de savoir «combien de personnes innocentes doivent sacrifier leur liberté dans l'intérêt de la protection supplémentaire qui résultera des peines spéciales prévues pour les délinquants dangereux». On doit plutôt se demander: «Entre deux risques, quel est le choix moral: le risque de préjudice à des victimes éventuelles ou le risque de détenir inutilement des délinquants jugés dangereux?»

En parlant de soupeser le coût pour l'individu et le coût pour la société, on fausse la nature essentielle du problème de la prévention du préjudice intentionnel. Ce problème consiste en fait à effectuer une redistribution équitable du risque dans des circonstances qui ne permettent pas sa réduction. Il y a un risque que des personnes innocentes subissent un préjudice de la part d'un délinquant qu'on a jugé susceptible d'infliger ce préjudice, intentionnellement ou avec insouciance — et en tout état de cause d'une manière coupable —, au mépris des contraintes normales ou sans en tenir compte. C'est le fait que le délinquant soit dans son tort en raison du risque qu'il présente qui nous autorise à envisager, pour éviter que des victimes innocentes ne soient exposées au risque de préjudice, de lui faire prendre le risque que les mesures prises se révéleront inutiles. [Je souligne.]

Je souscris à ce raisonnement. Par conséquent, les arguments de l'appellant sur ce point sont rejetés.

E. *L'omission du ministère public de donner avis à l'appellant avant que celui-ci ne fasse son choix ou son plaidoyer, constitue-t-elle une atteinte aux droits que lui garantit l'art. 7 de la Charte?*

La dernière question soulevée par l'appellant est de savoir s'il y a eu atteinte aux droits que lui

that he was not advised of the Crown's intention to make a Part XXI application before his election and, more significantly, before entry of a plea of guilty. Given the serious consequences of such an application, it was argued, he ought to have been given notice so as to enable him to make informed decisions with respect to his election and plea.

Section 689(1)(b) of the *Code* provides that a Part XXI application "shall [not] be heard" until "at least seven days notice has been given to the offender by the prosecutor, following the making of the application, outlining the basis on which it is intended to found the application". Hence, it seems that the appellant's right to defend fully and fairly the case against him is not impaired by the operational requirements of Part XXI.

It seems, therefore, that the only prejudice the appellant can claim to have suffered is that had he been forewarned of the Crown's intention to make a Part XXI application, he might have elected a trial by judge and jury rather than by judge alone, or might have pleaded not guilty rather than guilty to the charges against him. It seems to me, however, that there is a limit beyond which it would be unseemly for courts to inquire into or 'go beyond' such decisions of accused persons. For example, I do not think it would be proper to inquire into whether and to what extent the absence of such notice impaired the ability of the accused to plea bargain effectively, for "justice should not be, and should not be seen to be, something that can be purchased at the bargaining table" (Law Reform Commission of Canada, Working Paper No. 15, *Criminal Procedure — Control of the Process* (1975), at pp. 39-60). Nor do I think it proper to consider that an accused might elect a trial by jury in the hope that a jury would be less inclined to convict in circumstances where he or she was liable to indeterminate incarceration.

garantit l'art. 7, du fait qu'il n'a pas reçu avant de faire son choix et, qui plus est, avant d'inscrire son plaidoyer de culpabilité, un avis de l'intention du ministère public de présenter une demande fondée sur la partie XXI. Étant donné la gravité des conséquences d'une telle demande, a-t-on soutenu, on aurait dû l'en aviser afin de lui permettre de prendre des décisions éclairées relativement à son choix et à son plaidoyer.

L'alinéa 689(1)b) du *Code* dispose qu'une demande faite en vertu de la partie XXI ne doit être entendue que si «la poursuite a donné au délinquant un préavis d'au moins sept jours francs après la présentation de la demande indiquant ce sur quoi la demande se fonde». Il semble donc que les conditions d'application de la partie XXI ne viennent pas porter atteinte au droit de l'appellant à une possibilité équitable de se défendre pleinement.

Il semble donc que l'unique préjudice que l'appelant puisse prétendre avoir subi vient du fait que, si le ministère public lui avait donné un préavis de son intention de présenter une demande fondée sur la partie XXI, il aurait pu choisir un procès devant un juge et un jury plutôt que devant un juge siégeant seul, ou il aurait pu plaider non coupable au lieu d'avouer sa culpabilité relativement aux accusations portées contre lui. Mais, selon moi, il y a une limite au-delà de laquelle il ne s'agirait pas que les tribunaux fassent enquête sur de tels choix faits par des accusés ou qu'ils essaient d'en dégager le fondement. À mon avis, il ne conviendrait pas, par exemple, de se demander si et dans quelle mesure l'absence d'un tel avis a rendu plus difficile à l'accusé de négocier efficacement son plaidoyer, car «La justice ne devrait pas être, et ne devrait pas sembler être, quelque chose qui peut s'acheter à la table de négociations» (Commission de réforme du droit, Document de travail n° 15, *Procédure pénale — les poursuites pénales: responsabilité politique ou judiciaire* (1975), aux pp. 43 à 66. Je ne crois pas non plus qu'il convienne de considérer qu'un accusé pourrait choisir de se faire juger par un jury dans l'espoir que des jurés seraient moins portés à rendre un verdict de culpabilité dans des circonstances où il était passible d'une incarcération pour une durée indéterminée.

Counsel for the appellant suggests that it is a principle of fundamental justice that notice be given to an accused that he or she is not to be treated in the ordinary course of procedure but that an increased penalty is to be sought instead. As authority for this proposition he cites the American case of *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448 (1982), and *R. v. Vandale* (1984), 13 W.C.B. 173. However, these cases stand for quite the contrary proposition. In *Oyler*, it was held that an accused must receive adequate notice and opportunity to be heard relative to a recidivist charge but that due process did not require that such notice be given prior to trial on the substantive offence.

Furthermore, in *Vandale*, the British Columbia Court of Appeal rejected the argument that notice of the type here sought was mandated by s. 7 of the *Charter*. Macdonald J.A., for the Court, stated at p. 4:

It is implicit in a plea of guilty that the accused has knowledge of the law with respect to the sentence to which his plea exposes him, and in the case of a person faced with an application under the dangerous offender section the person would know his record, would know the sort of information the authorities have about him, and that would be part of his knowledge as to the potential of sentence involved in a plea of guilty.

However, he observed that circumstances could be envisaged where a plea of guilty could be set aside, namely, where the court was satisfied that the accused did not fully understand the nature of the charge and the potential consequences of a guilty plea. However, there was nothing in the facts of the case to suggest that this knowledge was lacking. I observe that had such facts existed a remedy would have been available to the accused quite apart from s. 24 of the *Charter*.

It seems to me to be difficult to articulate precisely in what sense the liberty interests of the appellant were infringed by the absence of notice earlier than is statutorily provided for. It is nowhere alleged, here or in the courts below

Selon l'avocat de l'appellant, la justice fondamentale exige qu'un accusé soit avisé qu'on ne procédera pas dans son cas de la manière habituelle, mais qu'on revendiquera plutôt une peine plus sévère. À l'appui de cette proposition il cite l'arrêt américain *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448 (1982), ainsi que l'arrêt *R. v. Vandale* (1984), 13 W.C.B. 173. Mais ces arrêts établissent justement le contraire. Dans l'arrêt *Oyler*, il a été jugé qu'un accusé doit recevoir un avis adéquat ainsi que se voir offrir la possibilité d'être entendu relativement à une accusation de récidive, mais qu'il n'était pas nécessaire pour satisfaire aux exigences de l'équité en matière de procédure que cet avis soit donné avant le procès relatif à l'infraction matérielle précise.

De plus, dans l'arrêt *Vandale*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'argument selon lequel l'art. 7 de la *Charte* oblige à donner un avis du type revendiqué en l'espèce. Le juge Macdonald affirme, au nom de la cour, à la p. 4:

[TRADUCTION] Un plaidoyer de culpabilité implique que l'accusé connaît le droit touchant la peine à laquelle son plaidoyer l'expose; de plus, une personne qui fait l'objet d'une demande en vertu de la disposition relative aux délinquants dangereux serait au courant de son casier judiciaire et connaîtrait le type de renseignements que possèdent les autorités à son sujet, et cela ferait partie de ses connaissances relatives à la peine que risque d'entraîner un plaidoyer de culpabilité.

Le juge Macdonald a cependant fait remarquer qu'il est possible d'envisager une situation où un plaidoyer de culpabilité pourrait être écarté. C'est ce qui arriverait si la cour était convaincue que l'accusé ne comprenait pas entièrement la nature de l'accusation ni les conséquences possibles d'un plaidoyer de culpabilité. Il n'y avait toutefois rien dans les faits qui permettait de conclure que l'accusé n'avait pas cette connaissance. Je souligne d'ailleurs que si de tels faits avaient existé, l'accusé aurait eu des voies de recours indépendantes de celles prévues par l'art. 24 de la *Charte*.

Il me semble difficile de préciser en quoi le fait de ne pas avoir reçu un avis avant le moment légalement prévu a pu nuire aux intérêts de l'appellant en matière de liberté. On n'a jamais allégué, ni en cette Cour ni devant les tribunaux d'instance

(where this issue was not even addressed), that the appellant did not appreciate the potential consequences of his plea; indeed, Part XXI itself can be seen to provide notification that the dangerous offender provisions are invocable if "serious personal injury offences" are committed by an accused. Nor is it alleged, for example, that the accused was unfairly taken by surprise by the application, that he was not represented by competent counsel, or that counsel pressured him to plead guilty against his will, etc. (see, e.g., *Lamoureux v. R.* (1984), 40 C.R. (3d) 369 (Que. C.A.)) Rather, the complaint appears simply to be that the appellant did not know that the Crown was actually contemplating making a Part XXI application.

Subsequent dissatisfaction with the "way things turned out" or with the sentence received is not, in my view, a sufficient reason to move this Court to inquire into the reasons behind the election or plea of an offender, particularly where there is nothing to suggest that these were anything other than informed and voluntary acts; see, e.g., *Antoine v. R.* (1984), 40 C.R. (3d) 375 (Que. C.A.)

Conclusion

I would dismiss the appeal and answer the first constitutional question in the negative. It is, therefore, unnecessary to consider the second constitutional question.

The following are the reasons delivered by

LAMER J. (dissenting in part)—I have read the reasons for judgment prepared by my colleague, Justice La Forest, and I am in substantial agreement with most of what he has written. In particular, I agree with him that, in principle, the imposition of a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period on an offender found to be a "dangerous offender" under Part XXI of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, does not violate the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or the specific guarantees of s. 11 and that such a sentence does not constitute arbitrary imprisonment under s. 9 or cruel and unusual punishment under s. 12.

inférieure (où cette question n'a même pas été débattue), que l'appellant ne s'est pas rendu compte des conséquences possibles de son plaider; en fait, la partie XXI elle-même indique que les dispositions relatives aux délinquants dangereux peuvent être invoquées si l'accusé a commis des «sévices graves à la personne». On n'allègue pas non plus, par exemple, que l'accusé a été injustement pris au dépourvu par la demande, ni qu'il n'a pas été représenté par un avocat compétent, ni que l'avocat l'a incité à plaider coupable contre son gré, etc. (voir, par exemple, *Lamoureux v. R.* (1984), 40 C.R. (3d) 369 (C.A. Qué.)) L'appellant paraît plutôt se plaindre simplement de ce qu'il ne savait pas que le ministère public envisageait de présenter une demande fondée sur la partie XXI.

L'insatisfaction subséquente devant la «manière dont les choses ont tourné» ou devant la peine infligée ne suffit pas, selon moi, pour amener cette Cour à faire enquête sur les motifs du choix ou du plaider d'un délinquant, surtout lorsqu'il n'y a rien qui indique que ce choix et ce plaider ne traduisaient pas un geste éclairé et volontaire de sa part; voir, par exemple, *Antoine v. R.* (1984), 40 C.R. (3d) 375 (C.A. Qué.)

Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre par la négative à la première question constitutionnelle. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner la seconde question constitutionnelle.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER (dissident en partie)—J'ai lu les motifs de jugement rédigés par mon collègue le juge La Forest et je suis essentiellement d'accord avec la plupart de ses observations. Plus particulièrement, je conviens avec lui qu'en principe l'imposition d'une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée, à un délinquant jugé «dangereux» en vertu de la partie XXI du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, ne viole ni les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ni les garanties précises énoncées à l'art. 11, et qu'une telle peine ne constitue pas un emprisonnement arbitraire au sens de l'art. 9 ni une peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12.

The appellant has also challenged the procedure whereby an offender is found to be a dangerous offender. While I agree with my colleague La Forest J. that most of the arguments raised by the appellant fail, I find two of these arguments to be very strong. The appellant argued that the procedure in Part XXI infringed his rights under ss. 7 and 11 of the *Charter* in that he was not given notice of the Part XXI application until after he had pleaded guilty to the serious personal injury offences and that s. 689(2) of the *Code* excludes the jury from the determination of dangerousness.

The first question that must be decided is whether the offender against whom a Part XXI application is brought is entitled only to the general protection of s. 7 or whether he also benefits from the particular guarantees in s. 11. Section 7 guarantees the general right not to be deprived of one's life, liberty or security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. Section 11 enumerates some of the principles of fundamental justice that apply in a particular context: where the person is "charged with an offence", the principles of fundamental justice include the particular guarantees set out in paras. (a) to (i) of s. 11. If the person is not "charged with an offence", it is necessary to determine the principles of fundamental justice applicable in that context.

In my view, a person against whom an application under Part XXI is brought is a "person charged with an offence" under s. 11 of the *Charter* and is entitled to the particular guarantees set out in s. 11. Generally speaking, a person is "charged with an offence" under s. 11 if and as of the moment that a formal allegation is made against him which, if found to be true, will give a judge jurisdiction to impose a criminal or penal sanction against him. Under Part XXI, if the court finds that the offender is a dangerous offender then, rather than imposing a determinate sentence within the limits provided for the offence for which the offender was convicted, the court may impose a sentence of detention in a penitentiary for an

L'appelant attaque en outre la procédure par laquelle un délinquant est jugé dangereux. Bien que je sois d'accord avec mon collègue le juge La Forest pour dire que la plupart des arguments soulevés par l'appelant doivent être écartés, il y en a deux que je trouve fort convaincants. L'appelant a soutenu que la procédure prévue à la partie XXI porte atteinte aux droits que lui garantissent les art. 7 et 11 de la *Charte*, en ce sens qu'on ne l'a avisé de la demande fondée sur la partie XXI qu'après son plaidoyer de culpabilité de l'infraction d'avoir commis des sévices graves à la personne et en ce sens que le par. 689(2) du *Code* ne permet pas que la dangerosité soit déterminée par un jury.

La première question à trancher est de savoir si le délinquant qui fait l'objet d'une demande fondée sur la partie XXI a droit seulement à la protection générale de l'art. 7 ou s'il bénéficie également des garanties particulières de l'art. 11. L'article 7 garantit le droit général à ce qu'il ne soit porté atteinte au droit à la vie, à la liberté et la sécurité de la personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Quant à l'article 11, il énumère certains principes de justice fondamentale qui s'appliquent dans un contexte particulier: dans le cas d'un «inculpé», les principes de justice fondamentale comprennent les garanties particulières énoncées aux al. a) à i) de l'art. 11. Si toutefois il ne s'agit pas d'un «inculpé», il devient nécessaire de déterminer les principes de justice fondamentale applicables dans ce cas.

À mon avis, une personne visée par une demande fondée sur la partie XXI est un «inculpé» au sens de l'art. 11 de la *Charte* et a le droit de bénéficier des garanties particulières de l'art. 11. En général, une personne est un «inculpé» au sens de l'art. 11 dès lors qu'elle fait l'objet d'une allégation formelle qui, si elle est jugée véridique, donnera à un juge compétence pour imposer à cette personne une sanction criminelle ou pénale. Suivant la partie XXI, si la cour estime que le délinquant est dangereux, alors, plutôt que de lui imposer une peine d'une durée déterminée dans les limites prévues pour l'infraction dont il a été déclaré coupable, elle peut lui infliger une peine de détention dans un pénitencier pour une période

indeterminate period. The conclusion that the offender is a dangerous offender gives the court jurisdiction to impose a greater sentence. The status of being a dangerous offender is thus in my view an offence for the purposes of s. 11 and the offender is charged with an offence when an application is brought under Part XXI. Furthermore, the purpose of s. 11(f) of the *Charter* is to guarantee that anyone in jeopardy of being sentenced to imprisonment for five years or more as a result of a determination of guilt has the right to have that determination made by a jury. To say that an application under Part XXI is not a charge of an offence violates in my respectful view the spirit of the *Charter* and leaves without that protection offered most persons in jeopardy when charged with an indictable offence those put in one of the most serious jeopardies our law has created.

Two reasons have been advanced for concluding that s. 11 does not apply. First, it is said that the accepted view in Canada is that the Part XXI procedure is not a separate offence but is simply part of the sentencing process with respect to the serious personal injury offence for which the offender was convicted. Two decisions of this Court, *Brusch v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 373 and *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14, support this proposition. In addition, the post-*Charter* cases of *R. v. Simon (No. 2)* (1982), 69 C.C.C. (2d) 478 (N.W.T.S.C.), and *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336 (Ont. C.A.), held that s. 11 is not applicable to proceedings under Part XXI. The wording of Part XXI and the fact that it follows immediately the part of the *Code* entitled "Punishments, Fines, Forfeitures, Costs and Restitution of Property" are also indications that Part XXI relates to sentencing. None of this, however, is conclusive. The pre-*Charter* decisions of this Court are not, of course, determinative of the scope of *Charter* rights, but they do carry some weight (see *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at pp. 637-40). The same is true of the post-*Charter* decisions of lower courts. Finally, it is not the form of the challenged provisions but rather their substance which must be considered. It is clear that Parliament, when enacting Part XXI, wanted this issue to be treated as part of the sentencing pro-

indéterminée. Du moment qu'elle décide qu'il s'agit d'un délinquant dangereux, la cour est autorisée à imposer une peine plus lourde. Le statut de délinquant dangereux constitue donc, selon moi, une infraction aux fins de l'art. 11 et le délinquant est inculqué dès qu'une demande est présentée en vertu de la partie XXI. Qui plus est, l'al. 11f) de la *Charte* a pour objet de garantir à quiconque risque de se voir imposer une peine d'emprisonnement d'au moins cinq ans par suite d'un verdict de culpabilité, le droit à ce que ce verdict soit rendu par un jury. Affirmer alors qu'une demande fondée sur la partie XXI ne constitue pas une inculpation va, selon moi, à l'encontre de l'esprit de la *Charte* et prive de la protection offerte à la plupart des gens inculpés d'un acte criminel les personnes qui sont exposées à l'un des plus graves périls qu'ait créé notre droit.

Deux raisons ont été avancées pour conclure que l'art. 11 ne s'applique pas. On prétend d'abord que le point de vue accepté au Canada porte que la procédure prévue par la partie XXI ne constitue pas une infraction distincte, mais fait simplement partie du processus de détermination de la sentence relativement aux sévices graves à la personne dont le délinquant a été déclaré coupable. Deux arrêts de cette Cour, *Brusch v. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 373, et *Wilband v. The Queen*, [1967] R.C.S. 14, appuient cette proposition. De plus, les décisions *R. v. Simon (No. 2)* (1982), 69 C.C.C. (2d) 478 (C.S.T.N.-O.), et *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336 (C.A. Ont.), rendues après l'entrée en vigueur de la *Charte*, établissent que l'art. 11 ne s'applique pas aux procédures engagées en vertu de la partie XXI. Le texte même de la partie XXI et le fait qu'elle suit immédiatement la partie du *Code* intitulée «Peines, amendes, confiscations, frais et restitution de biens» sont aussi des indices que ladite partie XXI se rapporte à la détermination de la peine. Tout cela n'a cependant rien de concluant. Il va sans dire que même si les arrêts rendus par cette Cour, avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, ne sont nullement déterminants en ce qui concerne la portée des droits garantis par la *Charte*, ils ont cependant un certain poids (voir *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, aux pp. 637 à 640). Il en va de même des décisions

cess, but the question is not what was intended but whether it falls within the letter and spirit of the *Charter*. In my view, Part XXI is very different from sentencing provisions. A conviction gives the judge jurisdiction to impose a determinate sentence between the minimum and the maximum (if any) set out in the provision creating the offence. The judge will make further findings of fact to help him decide which sentence within that permitted range should be imposed. The permitted range of sentences is not affected by these findings of fact. Thus, a conviction for a serious personal injury offence gives the judge jurisdiction to impose a determinate sentence. Under Part XXI, however, the further finding of fact that the offender is a dangerous offender gives the judge jurisdiction to impose a different and more severe sentence. It is not simply a finding made in the exercise of his jurisdiction to impose a sentence but it is a finding that gives him new jurisdiction to impose a more severe sentence, indeed a drastically more severe sentence. It is the finding of dangerousness and not the conviction for the personal injury offence that gives the judge jurisdiction to impose an indeterminate sentence. The conviction for the serious personal injury offence is the basis for commencing the proceedings under Part XXI but, in my respectful view, Part XXI cannot be characterized as simply part of the sentencing process with respect to the serious personal injury offence. Part XXI involves the imposition of a punishment greater than that provided for the serious personal injury offence after a new finding of fact, and is thus a separate offence.

rendues par des tribunaux d'instance inférieure après l'entrée en vigueur de la *Charte*. En dernier lieu, ce dont on doit tenir compte est non pas la forme des dispositions contestées mais leur substance. Il est évident que le Parlement, en adoptant la partie XXI, a voulu que cela soit considéré comme faisant partie du processus de détermination de la peine, mais la question est non pas de savoir ce qu'on a voulu faire, mais plutôt de savoir si la lettre et l'esprit de la *Charte* ont été respectés. À mon avis, la partie XXI est fort différente des dispositions en matière de sentence. Une déclaration de culpabilité autorise le juge à imposer une peine d'une durée déterminée qui se situe entre le minimum et le maximum (s'il en est) prévus par la disposition créant l'infraction. Ce juge tirera d'autres conclusions de fait qui l'aideront à décider quelle peine il convient d'imposer dans les limites permises. Ces conclusions de fait n'ont aucune incidence sur les peines minimales et maximales qui peuvent être infligées. Ainsi, une déclaration de culpabilité de sévices graves à la personne donne au juge la compétence pour imposer une peine d'une durée déterminée. Sous le régime de la partie XXI, cependant, le fait de conclure en outre que le délinquant est un délinquant dangereux donne au juge la compétence pour infliger une peine différente et plus sévère. Ce n'est pas simplement une conclusion tirée dans l'exercice de la compétence qu'il a pour imposer une sentence, mais il s'agit plutôt d'une conclusion qui lui confère une nouvelle compétence pour imposer une peine plus sévère, une peine qui est vraiment beaucoup plus lourde. C'est de la conclusion à la dangerosité et non pas de la déclaration de culpabilité de sévices à la personne que découle la compétence du juge pour imposer une peine d'une durée indéterminée. La déclaration de culpabilité de sévices graves à la personne constitue le fondement des procédures engagées en vertu de la partie XXI mais, à mon avis, on ne saurait affirmer que la partie XXI fait simplement partie intégrante du processus de détermination de la peine relative aux sévices graves à la personne. À la partie XXI, il est question d'une nouvelle conclusion de fait qui entraîne une peine plus lourde que celle prévue pour les sévices graves à la personne; il est donc question d'une infraction distincte.

The second reason advanced for concluding that s. 11 does not apply to an application under Part XXI is the "all-or-nothing" approach to s. 11 set out by the majority in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500. In that case, it is stated that s. 11 must be restricted to circumstances in which all of the rights set out in s. 11 are applicable. It is suggested here that the presumption of innocence (s. 11(d)) and the right to reasonable bail (s. 11(e)) cannot have any application in the context of a Part XXI proceeding and that, as a result, s. 11 does not apply. With respect, I disagree. In my view, the offender against whom an application under Part XXI is brought has the right to be presumed not dangerous until the Crown proves beyond a reasonable doubt that he is dangerous. The pre-*Charter* case law imposed such a burden on the Crown: *R. v. Jackson* (1981), 61 C.C.C. (2d) 540 (N.S.C.A.) The mere fact that the terminology of guilt and innocence is awkward in the context of Part XXI must not interfere with this fundamental right. The right to bail in s. 11(e) is not absolute but is rather the right "not to be denied reasonable bail without just cause". In the context of Part XXI, the offender will just have been convicted of a serious personal injury offence such that there will always exist a just cause for denying bail. This does not mean, however, that s. 11(e) has no application to Part XXI proceedings. All it means is that the norm set out in s. 11(e) will seldom enure to the benefit of the offender, as is the case with respect to many other offences set out in the *Code*, such as premeditated murder. I would thus conclude that an offender against whom an application under Part XXI is brought is entitled to the guarantees set out in s. 11.

This brings us back to the two arguments set forth by the appellant: that the notice was inadequate and that he was denied the benefit of trial by

La seconde raison avancée pour conclure que l'art. 11 ne s'applique pas à une demande fondée sur la partie XXI est que cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, a rejeté toute «demi-mesure» en ce qui concerne l'art. 11. Cet arrêt établit que l'application de l'art. 11 doit se limiter aux cas où tous les droits énoncés à l'art. 11 sont applicables. On soutient en l'espèce que la présomption d'innocence (al. 11d)) et le droit à une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable (al. 11e)), ne s'appliquent pas dans le cas d'une procédure fondée sur la partie XXI et que, par conséquent, l'art. 11 est inapplicable. Avec égards, je ne partage pas cette opinion. À mon sens, le délinquant visé par une demande fondée sur la partie XXI jouit du droit d'être présumé non dangereux jusqu'à ce que le ministère public ait prouvé hors de tout doute raisonnable qu'il est dangereux. La jurisprudence antérieure à la *Charte* imposait au ministère public une telle obligation: *R. v. Jackson* (1981), 61 C.C.C. (2d) 540 (C.A.N.-É.) Le simple fait que les termes de culpabilité et d'innocence se révèlent d'un emploi difficile dans le contexte de la partie XXI ne doit venir entraver l'exercice de ce droit fondamental. Le droit à la mise en liberté assortie d'un cautionnement que garantit l'al. 11e) n'est pas absolu; il s'agit plutôt du droit «de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable». Dans le contexte de la partie XXI, le délinquant viendra tout juste d'être déclaré coupable de sévices graves à la personne, de sorte qu'il existera toujours une juste cause pour lui refuser une mise en liberté assortie d'un cautionnement. Cela ne signifie pas toutefois que l'al. 11e) ne s'applique pas à des procédures fondées sur la partie XXI. Cela veut simplement dire que la norme établie par l'al. 11e) jouera rarement en faveur du délinquant, tout comme c'est le cas en ce qui concerne un grand nombre d'autres infractions énoncées dans le *Code*, telles que le meurtre prémédité. Je conclus donc qu'un délinquant qui fait l'objet d'une demande fondée sur la partie XXI a le droit de bénéficier de toutes les garanties de l'art. 11.

Voilà qui nous ramène aux deux arguments de l'appelant, savoir qu'il n'a pas reçu un avis suffisant et qu'on ne lui a pas permis de bénéficier d'un

jury. The right to the benefit of trial by jury is guaranteed by s. 11(f) which provides:

11. Any person charged with an offence has the right

(f) ... to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

The offence of being a dangerous offender is clearly one where "the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment". As a result, the offender is entitled to the benefit of a jury's determination of dangerousness. Section 689(2) of the *Code*, which provides that an application under Part XXI shall be heard and determined by the court without a jury, clearly restricts this right and must be declared inoperative unless it can be saved under s. 1 of the *Charter*.

The Crown and the Attorneys General have not attempted to justify under s. 1 the failure to provide a jury under Part XXI and, in my view, it would be very difficult to do so. The determination which the jury would be called upon to make under Part XXI is not unlike other determinations which juries make regularly and cannot be said to be beyond the competence of a jury. There is no evidence of any serious administrative problems which would be created by the presence of a jury at that stage of the proceedings. In effect, there is no suggestion that the failure to provide a jury is meant to serve any objective "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 at p. 352) or relates to "concerns which are pressing and substantial" (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 138-39). In these circumstances, I must conclude that s. 689(2) of the *Code* is not saved by s. 1.

The notice given by the Crown complied with s. 689(1)(b) which requires at least seven days notice

procès avec jury. Le droit de bénéficier d'un procès avec jury est garanti par l'al. 11f) dont voici le texte:

11. Tout inculpé a le droit:

f) ... de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

De toute évidence, le fait d'être un délinquant dangereux est une infraction à l'égard de laquelle «la peine maximale prévue [...] est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave». Par conséquent, le délinquant a droit à ce que ce soit un jury qui détermine s'il est dangereux. Le paragraphe 689(2) du *Code*, aux termes duquel une demande faite en vertu de la partie XXI doit être entendue et décidée par la cour en l'absence du jury, apporte manifestement une restriction à ce droit et doit être déclaré inopérant, à moins de pouvoir être sauvegardé en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Ni le ministère public ni les procureurs généraux n'ont tenté de justifier, en vertu de l'article premier, l'omission à la partie XXI de prescrire la présence d'un jury et, selon moi, il serait très difficile de le faire. En effet, la décision que le jury serait appelé à prendre sous le régime de la partie XXI n'est pas différente des autres décisions que des jurys prennent régulièrement et on ne saurait affirmer qu'elle outrepasserait la compétence d'un jury. Il n'a pas été établi que de graves problèmes administratifs résulteraient de la présence d'un jury à ce stade des procédures. En fait, personne ne laisse entendre que l'omission de prescrire la présence d'un jury vise à répondre à un objectif «suffisamment important [...] pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution» (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 352), ni qu'elle se rapporte à des «préoccupations urgentes et réelles» (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 139). Dans ces circonstances, force m'est de conclure que le par. 689(2) du *Code* n'est pas sauvegardé par l'article premier.

L'avis donné par le ministère public était conforme à l'al. 689(1)(b), qui exige un préavis d'au

outlining the basis on which it is intended to found the application. The appellant does not allege that he was prejudiced in his defence to the Part XXI application because of any insufficiency of the notice and the notice appears to me to be sufficient for the Part XXI proceedings. Rather, he argues that he should have been given notice of the Crown's intention to proceed under Part XXI before his election and plea on the serious personal injury offence. It might well be that lack of notice violates an accused's rights under the *Charter* in regard of his trial for the serious personal injury offence. However, if the appellant is alleging that he was prejudiced in making his election and plea, then his remedy under s. 24(1) would be to challenge the proceedings leading to that conviction and to have it struck so that he could elect and plead accordingly. He has not, however, made any such allegation, challenged that conviction or sought any such remedy, so it is unnecessary to consider whether we would have granted any remedy.

I would thus answer the constitutional questions in the following manner:

Question 1:

Whether the provisions of Part XXI of the *Criminal Code* of Canada, dealing with an application for finding, and sentencing, an individual as a dangerous offender, in whole or in part, infringe or deny the rights guaranteed by ss. 7, 9, 11 and/or 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer:

The procedure set out in Part XXI restricts the right guaranteed by s. 11(f). The substance of Part XXI does not infringe s. 7, s. 11 or s. 12 and the procedure does not otherwise infringe s. 7 or s. 11. The appellant's arguments under s. 9 fail.

Question 2:

If so, then are the provisions of Part XXI of the *Criminal Code*, in whole or in part, justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

moins sept jours francs indiquant ce sur quoi la demande se fonde. L'appelant n'allègue pas que l'avis comportait une insuffisance qui a nui à la défense qu'il pouvait opposer à la demande fondée sur la partie XXI et cet avis me paraît suffisant aux fins des procédures fondées sur cette partie. Il soutient plutôt qu'il aurait dû être avisé de l'intention de la poursuite de procéder en vertu de la partie XXI avant de faire son choix et d'inscrire son plaidoyer relativement à l'accusation d'avoir commis des sévices graves à la personne. Il se pourrait bien que l'absence d'avis porte atteinte aux droits garantis à un accusé par la *Charte* en ce qui a trait à son procès pour sévices graves à la personne. Toutefois, dans la mesure où l'appelant allègue avoir subi un préjudice en faisant son choix et son plaidoyer, alors le recours que lui offre le par. 24(1) consiste à attaquer les procédures qui ont abouti au verdict de culpabilité et à obtenir que celui-ci soit annulé de manière à pouvoir faire son choix et son plaidoyer en conséquence. Cependant, il n'a fait aucune allégation de cette nature et il n'a pas contesté le verdict de culpabilité ni essayé d'obtenir la réparation susmentionnée. Point n'est donc besoin d'examiner si nous aurions accordé une réparation.

Je suis donc d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

Première question:

Les dispositions de la partie XXI du *Code criminel* du Canada portant sur une demande visant à faire déclarer qu'une personne est un délinquant dangereux et sur l'imposition d'une peine à la personne ayant fait l'objet d'une telle déclaration, portent-elles atteinte en totalité ou en partie aux droits garantis par les art. 7, 9, 11 et 12, ou l'un ou l'autre de ces articles, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse:

La procédure énoncée à la partie XXI apporte une restriction au droit garanti par l'al. 11(f). Sur le plan du fond, la partie XXI ne porte atteinte ni à l'art. 7, ni à l'art. 11, ni à l'art. 12 et, sur le plan de la procédure, elle ne viole par ailleurs ni l'art. 7 ni l'art. 11. Les arguments de l'appelant fondés sur l'art. 9 sont rejetés.

Deuxième question:

Dans l'affirmative, les dispositions de la partie XXI du *Code criminel* sont-elles alors justifiées, en totalité ou en partie, compte tenu de l'article premier de la *Charte*

and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer:

Section 689(2), the provision in Part XXI which restricts s. 11(f), is not justified on the basis of s. 1 of the *Charter*.

As a result, I would declare s. 689(2) of the *Code* to be inoperative, and I would allow the appeal and quash the order declaring the appellant to be a dangerous offender and the sentence of a term of detention in a penitentiary for an indeterminate period. I would remit the matter to the County Court so that the appellant can elect whether he wants the determination of dangerousness made by a judge alone or by a judge and jury. I should note in passing that there is no difficulty in this case because the trial court for the serious personal injury offence can sit with a jury. However, legislation may be necessary in cases where the trial court cannot sit with a jury.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting in part)—I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues, Justices La Forest and Lamer, but find it necessary to write brief reasons of my own because I am persuaded of the merit of the appellant's submission under s. 7 of the *Charter*. With respect to the appellant's submissions under ss. 9 and 12 of the *Charter*, I would respectfully adopt the reasons and conclusions of La Forest J. I leave open the question whether a person against whom a Part XXI application is brought is a "person charged with an offence" within the meaning of s. 11. It is not necessary for me to decide this since I find that the appellant is protected by the more general provision of s. 7.

It is, in my view, a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* that an accused know the full extent of his jeopardy before he pleads guilty to a criminal offence for which a term of imprisonment may be imposed. Common sense impels me to the conclusion that the thought

canadienne des droits et libertés et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse:

Le paragraphe 689(2), qui est la disposition de la partie XXI qui limite la portée de l'al. 11f), n'est pas justifié compte tenu de l'article premier de la *Charte*.

Par conséquent, je suis d'avis de déclarer inopérant le par. 689(2) du *Code*, d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'ordonnance portant que l'appellant est un délinquant dangereux, ainsi que la condamnation à une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée. Je suis en outre d'avis de renvoyer l'affaire devant la Cour de comté pour que l'appellant puisse décider s'il veut que la détermination de sa dangerosité, soit faite par un juge seul ou encore par un juge et un jury. Il convient de souligner en passant que la présente affaire ne pose aucune difficulté du fait que le tribunal chargé d'instruire le procès relatif aux sévices graves à la personne peut tenir ses séances avec un jury. Il se peut toutefois qu'il soit nécessaire de légiférer dans les cas où la juridiction de jugement ne peut siéger avec un jury.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente en partie)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges La Forest et Lamer mais, étant convaincue du bien-fondé de l'argument avancé par l'appellant en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, je crois devoir rédiger moi-même de brefs motifs. Quant aux autres arguments de l'appellant, savoir ceux fondés sur les art. 9 et 12 de la *Charte*, je suis d'avis d'adopter les raisons et les conclusions du juge La Forest. Je m'abstiens de répondre à la question de savoir si la personne visée par une demande fondée sur la partie XXI est un «inculpé» au sens de l'art. 11. Il ne m'est pas nécessaire de me prononcer sur cette question étant donné que l'appellant est protégé par la disposition plus générale de l'art. 7.

À mon avis, un des principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte* exige qu'un accusé connaisse toute l'ampleur du péril auquel il est exposé avant de plaider coupable à une accusation d'infraction criminelle pouvant entraîner une peine d'emprisonnement. Le bon sens m'oblige à

uppermost in an accused's mind in deciding whether to plead guilty or stand upon his right to be presumed innocent until proved otherwise beyond a reasonable doubt by the Crown is: what is the worst that can happen to me if I am convicted of this offence? I think we have to ask ourselves the following question: had this accused known at the time he pleaded guilty that the Crown would be seeking an order of preventive detention against him for an indeterminate period, would he have pleaded guilty? If the answer to that question is probably not, then I think the accused is entitled to the protection of s. 7 unless knowledge of his exposure to such an order under Part XXI of the *Code* can properly be attributed to him simply by virtue of its presence in the *Code*.

I have concluded that such knowledge cannot be attributed to the accused. The *Code* expressly contemplates that notice will be given to the accused of the Crown's intention to make a Part XXI application. True, it is only required to be given seven days following the making of the application (s. 689(1)(b)) which is itself to be made "following the conviction of a person for an offence but before the offender is sentenced therefor" (s. 688). But I find this helpful rather than harmful in considering whether the appellant should have envisaged such an application at the time he made his plea. I would think also that the fact that such applications are rare and probably even rarer in the case of 16-year-olds would make it unrealistic to attribute such knowledge to appellant's counsel and, through him, to the appellant.

Having said that, I turn to the point raised by Lamer J. towards the end of his reasons. He states at p. 378:

It might well be that lack of notice violates an accused's rights under the *Charter* in regard of his trial for the serious personal injury offence. However, if the appellant is alleging that he was prejudiced in making his election and plea, then his remedy under s. 24(1) would be to challenge the proceedings leading to that conviction

conclure que ce à quoi songe avant toute chose un accusé en décidant de l'opportunité de plaider coupable ou de se prévaloir de son droit d'être présumé innocent tant que le contraire n'aura pas été établi hors de tout doute raisonnable, est ceci: Que peut-il m'arriver de pire si on me déclare coupable de cette infraction? Je crois qu'il faut se poser la question suivante: Si cet accusé avait au moment de son plaidoyer de culpabilité que le ministère public allait demander que soit rendue contre lui une ordonnance de détention préventive pour une durée indéterminée, aurait-il tout de même plaidé coupable? Dans la mesure où la réponse à cette question est «probablement que non», j'estime que l'accusé a droit à la protection offerte par l'art. 7, à moins que la simple présence de la partie XXI dans le *Code* ne nous autorise à imputer à l'accusé la connaissance qu'il courait le risque d'être l'objet d'une ordonnance rendue en vertu de ladite partie.

Je suis arrivée à la conclusion que cette connaissance ne peut pas être imputée à l'accusé. Le *Code* prévoit expressément que l'accusé doit recevoir un avis de l'intention du ministère public de présenter une demande en vertu de la partie XXI. Certes, on n'est tenu de donner cet avis que sept jours après la présentation de la demande (al. 689(1)(b)) qui doit être faite «postérieurement à la déclaration de culpabilité mais avant le prononcé de la sentence» (art. 688). Toutefois, selon moi, cela joue en faveur de l'appellant plutôt que contre lui lorsqu'il s'agit d'examiner s'il aurait dû envisager au moment de son plaidoyer la possibilité d'une telle demande. J'estime en outre que la rareté de ces demandes et la probabilité qu'elles sont encore plus rares dans le cas d'adolescents âgés de seize ans font qu'il est irréaliste d'attribuer cette connaissance à l'avocat de l'appellant et, partant, à l'appellant lui-même.

Cela dit, j'en viens au point soulevé par le juge Lamer qui, vers la fin de ses motifs, affirme, à la p. 378:

Il se pourrait bien que l'absence d'avis porte atteinte aux droits garantis à un accusé par la *Charte* en ce qui a trait à son procès pour sévices graves à la personne. Toutefois, dans la mesure où l'appellant allègue avoir subi un préjudice en faisant son choix et son plaidoyer, alors le recours que lui offre le par. 24(1) consiste à

tion and to have it struck so that he could elect and plead accordingly. He has not, however, made any such allegation, challenged that conviction or sought any such remedy, so it is unnecessary to consider whether we would have granted any remedy.

In my respectful view, it was open to the appellant to challenge his conviction or to make no attack on his conviction but challenge the order under Part XXI. He has gone the latter route. The accused may well have concluded that he was not prejudiced so far as the finding of guilt was concerned by the fact that his guilty plea was made in the absence of notice or knowledge that the Crown intended to seek such an order, but that he was prejudiced with respect to the making of the order. La Forest J. points out in his reasons that the order of preventive detention was additional punishment for the offence. I see no reason, therefore, why the accused should not take the position that he could properly be sentenced to the maximum determinate sentence if this was thought appropriate because this he could and ought to have envisaged, but that in pleading guilty he did not and could not have envisaged the making of the Part XXI order. This does not, however, mean that he must attack his conviction and that, if he does not do so, the Court cannot grant him a s. 24(1) remedy in relation to the order of preventive detention. This would be a very restrictive approach to *Charter* remedies. The appellant might well have felt that he would not succeed in a claim under s. 24(1) to set his conviction aside, that the Court would not view this as the appropriate and just remedy in the circumstances, but that it might consider it appropriate and just to set aside the order for additional punishment. I would resist any suggestion that an accused alleging a violation of his *Charter* rights must claim all or nothing.

attaquer les procédures qui ont abouti au verdict de culpabilité et à obtenir que celui-ci soit annulé de manière à pouvoir faire son choix et son plaidoyer en conséquence. Cependant, il n'a fait aucune allégation de cette nature et il n'a pas contesté le verdict de culpabilité ni essayé d'obtenir la réparation susmentionnée. Point n'est donc besoin d'examiner si nous aurions accordé une réparation.

À mon avis, l'appelant pouvait soit contester la déclaration de culpabilité, soit s'en abstenir et attaquer plutôt l'ordonnance rendue en vertu de la partie XXI. C'est de cette dernière façon qu'il a décidé de procéder. Il se peut bien que l'accusé ait conclu qu'en ce qui concerne le verdict de culpabilité, il n'a pas subi de préjudice du fait d'avoir plaidé coupable sans avoir été avisé ou sans avoir su que le ministère public comptait demander une telle ordonnance, mais qu'il ait estimé avoir subi un préjudice du fait que l'ordonnance a été rendue. Le juge La Forest souligne dans ses motifs que l'ordonnance de détention préventive constituait une peine supplémentaire pour l'infraction. Je ne vois donc rien qui s'oppose à ce que l'accusé adopte comme position qu'il pouvait légitimement être condamné à la peine maximale de durée déterminée si cela était jugé approprié, puisque c'était quelque chose qu'il pouvait et qu'il aurait dû envisager, tout en soutenant qu'en plaidant coupable il n'a pas envisagé ni ne pouvait envisager qu'une ordonnance serait rendue en vertu de la partie XXI. Cela ne veut toutefois pas dire qu'il est tenu de contester sa déclaration de culpabilité, sans quoi la Cour ne saurait lui accorder relativement à l'ordonnance de détention préventive une réparation en vertu du par. 24(1). Ce serait là une façon très restrictive d'aborder les réparations prévues par la *Charte*. Il se pourrait bien que l'appelant ait cru qu'une demande fondée sur le par. 24(1) visant à obtenir l'annulation de la déclaration de culpabilité ne réussirait pas, que la cour ne considérerait pas cela comme une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances, mais qu'elle pourrait juger convenable et juste d'annuler l'ordonnance imposant une peine supplémentaire. Je repousse toute idée selon laquelle un accusé qui allègue une violation des droits que lui garantit la *Charte* doit tout réclamer ou rien du tout.

For the reasons given, I would allow the appeal, quash the order made under Part XXI of the *Code* and the sentence of indeterminate detention and remit the matter back to the learned trial judge for the imposition of the appropriate determinate sentence.

Appeal dismissed, LAMER and WILSON JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Burke, Beveridge & Jordan, Halifax.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance rendue en vertu de la partie XXI du *Code* ainsi que la condamnation à une peine de détention pour une période indéterminée et de renvoyer l'affaire au juge du procès pour qu'il puisse imposer la peine de durée déterminée qui convient dans les circonstances.

Pourvoi rejeté, les juges LAMER et WILSON sont dissidents en partie.

Procureurs de l'appelant: Burke, Beveridge & Jordan, Halifax.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.