

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Terry Steven Owen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. OWEN

Neutral citation: 2003 SCC 33.

File No.: 28700.

2003: January 15; 2003: June 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Mental disorder — Dispositions by Review Board — Standard of review applicable to Board's order — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.78.

Criminal law — Mental disorder — Review Boards — Dispositions by Review Board — Accused found not criminally responsible on account of mental disorder — Accused having ongoing substance abuse problems and continuing to show some propensity towards violence — Review Board ordering continued detention of accused at psychiatric hospital — Whether Board's order unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.54, 672.78.

Criminal law — Mental disorder — Review Boards — Appeal on transcript — Additional evidence — Review Board ordering continued detention of accused at psychiatric hospital — Whether fresh post-review affidavit evidence adduced by Crown properly excluded by Court of Appeal — Meaning of “interests of justice” — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.73(1).

The respondent was found to be not criminally responsible (“NCR”) on account of mental disorder for the offence of second degree murder committed in 1978 in a psychotic state induced by drug abuse. Following a period of detention in various institutions for mental

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Terry Steven Owen *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. OWEN

Référence neutre : 2003 CSC 33.

N° du greffe : 28700.

2003 : 15 janvier; 2003 : 6 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit criminel — Troubles mentaux — Décisions de la Commission d'examen — Norme de contrôle applicable à l'ordonnance de la Commission — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.78.

Droit criminel — Troubles mentaux — Commissions d'examen — Décisions de la Commission d'examen — Accusé déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux — Accusé éprouvant toujours des problèmes d'abus d'alcool et d'autres drogues et démontrant une propension persistante à la violence — Commission d'examen ordonnant la prolongation de la détention de l'accusé dans un hôpital psychiatrique — L'ordonnance de la Commission est-elle déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54, 672.78.

Droit criminel — Troubles mentaux — Commissions d'examen — Appel tranché sur le fondement de la transcription — Preuve additionnelle — Commission d'examen ordonnant la prolongation de la détention de l'accusé dans un hôpital psychiatrique — La nouvelle preuve par affidavit, postérieure à la révision, que le ministère public a offerte a-t-elle été exclue à bon droit par la Cour d'appel? — Sens de l'expression « lorsqu[e]... la justice l'exige » — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.73(1).

L'intimé a été déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux d'une infraction de meurtre au deuxième degré qu'il avait commise en 1978 dans un état de psychose provoqué par la consommation de drogue. Après une période de détention dans

health care, he was gradually released into the community until 1987 when he was convicted of possession of a prohibited weapon, break and enter with intent to commit an indictable offence and possession of property obtained by crime. After the completion of his sentence, the respondent was returned to custodial care, where other incidents involving violence occurred. Efforts were again made to release the respondent gradually into the community, but the problems with substance abuse re-occurred, and he continued to show some propensity towards violence. Review Board dispositions in 1994, 1995 and 1996 provided for conditional discharges but in 1997, when the respondent's urine tested positive for cannabis, the psychiatric hospital told the Board that it could no longer support a conditional discharge order because of the respondent's continued substance abuse and the hospital's need for flexibility "to react quickly to known increases in risk".

Under s. 672.54 of the *Criminal Code*, the Board's disposition must be the least onerous and least restrictive to the accused, having regard to (1) the need to protect the public from dangerous persons, (2) the mental condition of the accused, (3) the reintegration of the accused into society and (4) the other needs of the accused. The Board, after a full hearing, concluded that the respondent constituted a significant danger to the safety of the public and ordered his continued detention at a psychiatric hospital. At the Court of Appeal, the Crown sought to bolster the Board's decision with fresh affidavit evidence which alleged that, since the date of the Board hearing, the respondent had punched another patient, threatened to kill yet another patient, and was found in possession of prohibited drugs. The Court of Appeal declined to admit the fresh evidence, proceeded to review the Board's order based on the evidence available at the original hearing, set aside the Board's order as unreasonable, and directed that the respondent be absolutely discharged.

Held (Arbour J. dissenting): The appeal should be allowed. The Review Board's order was not unreasonable and should be reinstated.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel and Deschamps JJ.: The Review Board's assessments of mental disorders and attendant safety risks call for significant expertise and the appropriate standard of review, reflected in s. 672.78 of

différents établissements de soins de santé mentale, il a été progressivement remis en liberté dans la collectivité jusqu'en 1987, lorsqu'il a été reconnu coupable de possession d'une arme prohibée, d'introduction par effraction avec l'intention de commettre un acte criminel et de possession de biens criminellement obtenus. Après avoir purgé sa peine, l'intimé est retourné en détention à l'hôpital où d'autres incidents de violence sont survenus. De nouveaux efforts ont été faits pour le remettre progressivement en liberté dans la collectivité, mais ses problèmes d'abus d'alcool et d'autres drogues ont refait surface et il a continué à démontrer une certaine propension à la violence. La Commission d'examen a décidé, en 1994, 1995 et 1996, de libérer l'intimé sous conditions, mais en 1997, le test d'urine de l'intimé ayant révélé la présence de cannabis, l'hôpital psychiatrique a fait savoir à la Commission qu'il ne pouvait désormais plus être en faveur d'une ordonnance de libération conditionnelle de l'intimé en raison de son abus persistant d'alcool et d'autres drogues et du fait que l'hôpital avait besoin d'une certaine marge de manœuvre pour « réagir rapidement à l'aggravation connue du risque ».

Par application de l'art. 672.54 du *Code criminel*, la décision de la Commission doit être la moins sévère et la moins privative de liberté, compte tenu (1) de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, (2) de l'état mental de l'accusé et (3) de ses besoins, notamment (4) de la nécessité de sa réinsertion sociale. Au terme d'une audition complète, la Commission a conclu que l'intimé représentait un danger important pour la sécurité du public et ordonné le maintien de sa détention dans un hôpital psychiatrique. Devant la Cour d'appel, le ministère public a voulu renforcer la décision de la Commission en produisant de nouveaux éléments de preuve par affidavit alléguant que, depuis l'audition tenue devant la Commission, l'intimé avait frappé un patient et menacé d'en tuer un autre, en plus d'avoir été trouvé en possession de drogues interdites. Refusant d'admettre cette nouvelle preuve, la Cour d'appel a révisé l'ordonnance de la Commission au regard de la preuve disponible lors de l'audition initiale, annulé l'ordonnance de la Commission jugée déraisonnable et ordonné la libération inconditionnelle de l'intimé.

Arrêt (la juge Arbour est dissidente) : Le pourvoi est accueilli. L'ordonnance de la Commission d'examen n'était pas déraisonnable et doit être rétablie.

La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps : L'évaluation par la Commission d'examen des troubles mentaux et des risques pour la sécurité qui y sont associés fait appel à une grande expertise et la

the *Criminal Code*, corresponds to reasonableness *simpliciter*.

The Court of Appeal reweighed the evidence and found it wanting. That assessment, however, was for the Board to make, and the decision it made was reasonably open to it on the evidence. It was not enough to suggest that other members of other review boards might have taken a different view of the evidence. The Review Board could reasonably conclude that the respondent's demonstrated capacity for violence when taking amphetamines or cocaine, now linked to recent evidence of resumed use of cocaine, rendered him a significant threat to the public's safety. The "logical process" by which it sought to draw its conclusion from the resumed use of cocaine was squarely within its expertise.

The Ontario Court of Appeal pointed out that from 1994 to 1996 the respondent had been granted conditional discharges, but in 2000 the Review Board was required to deal with the respondent's situation as it found it to be in 2000. The various hospital recommendations from 1994 to 1999 were made at a time when the hospital mistakenly believed that the respondent was undertaking successful steps to control the substance abuse that, in its view, had been the catalyst for earlier acts of violence.

Given the continuing use of cocaine and the consequent risk to society posed by the respondent, it was also not unreasonable for the Review Board to have concluded that its disposition was the least onerous and least restrictive alternative. The respondent's own history of drug abuse and concealment persuaded the Review Board that there was little prospect of his drug habit being effectively controlled with the sporadic supervision available after release into the community.

The respondent says that he is entitled to an absolute discharge because if he were to re-offend while on drugs, he would still be subject, like anyone else, to the strictures of the *Criminal Code*. But he is not "like anyone else". He is a NCR detainee whose drug abuse is linked to a propensity for violence, including murder, and Part XX.1 of the *Criminal Code* is designed to take measures to protect the public safety *before* violence occurs, not (as in the ordinary case) to punish the offender afterwards.

norme de contrôle, exprimée dans l'art. 672.78 du *Code criminel*, correspond à celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

La Cour d'appel a apprécié à nouveau la preuve et l'a jugée insuffisante. C'est toutefois à la Commission qu'il revenait de se prononcer à cet égard et celle-ci a rendu une décision que la preuve lui permettait raisonnablement de rendre. Il ne suffisait pas d'avancer que d'autres membres d'autres commissions d'examen auraient pu interpréter la preuve différemment. Il était raisonnable pour la Commission d'examen de conclure qu'en raison de sa capacité démontrée de se livrer à des actes de violence lorsqu'il prend des amphétamines ou de la cocaïne — maintenant liée à la preuve récente qu'il avait recommencé à consommer de la cocaïne —, l'intimé représentait un risque important pour la sécurité du public. Le « raisonnement » par lequel elle a tenté de tirer des conclusions du retour de l'intimé à la consommation de cocaïne relevait tout à fait de son champ d'expertise.

La Cour d'appel de l'Ontario a souligné que l'intimé avait bénéficié de libérations conditionnelles de 1994 à 1996, mais, en 2000, la Commission devait examiner la situation de l'intimé telle qu'elle lui apparaissait en 2000. De 1994 à 1999, les autorités de l'hôpital ont émis diverses recommandations en croyant à tort que l'intimé avait pris des mesures efficaces pour renoncer à l'abus d'alcool et d'autres drogues qui, à leur avis, avait été le catalyseur de ses actes de violence antérieurs.

Il n'était pas déraisonnable pour la Commission de conclure que sa décision était la moins sévère et la moins privative de liberté, étant donné la consommation de cocaïne à laquelle continue de se livrer l'intimé et le risque qu'il représente de ce fait pour la société. Compte tenu des antécédents d'abus d'alcool et d'autres drogues de l'intimé et de la dissimulation de ces abus, la Commission d'examen était convaincue qu'on ne pouvait guère espérer contrôler efficacement les habitudes de consommation de l'intimé avec la surveillance ponctuelle qui pourrait être exercée sur lui après sa libération dans la collectivité.

L'intimé affirme qu'il a droit à une libération inconditionnelle parce que, s'il commet de nouvelles infractions sous l'influence de la drogue, il sera passible, comme n'importe qui d'autre, des sanctions prévues au *Code criminel*. Or, il ne s'agit pas de « n'importe qui d'autre ». Il s'agit d'un détenu non responsable criminellement chez qui il existe un lien entre l'abus de drogues et sa propension à la violence, y compris au meurtre, et la partie XX.1 du *Code criminel* est conçue pour prendre des mesures qui protégeront la sécurité du public *avant* que des actes de violence surviennent, et non (comme c'est le cas habituellement) pour punir le contrevenant après coup.

The Court of Appeal erred in law in rejecting the fresh evidence. An appeal against a disposition order is to be based on a transcript of the evidence and, pursuant to s. 672.73(1) of the *Code*, “any other evidence that the court of appeal finds necessary to admit in the interests of justice”. The term “interests of justice” takes its meaning from the context in which it is sought to be applied and includes not only justice to the NCR detainee, whose liberty is at stake, but also justice to the public, whose protection is sought to be assured. The proffered evidence (including physical assaults in 2000 and a recent death threat) was highly relevant. It went to the core of the Court of Appeal’s concern about the adequacy of evidence of the respondent’s continuing propensity for violence and, if credible, ought to have been admitted as bearing on a decisive issue. An absolute discharge should be granted only upon consideration of all of the reliable evidence available both at the time of the Board hearing and, if appealed, at the time of the appellate review. The fresh evidence was therefore admitted as part of the record on this appeal.

Per Arbour J. (dissenting): The standard of review applicable to the Review Board’s disposition was reasonableness *simpliciter* and, in this case, the Court of Appeal correctly concluded that the Board’s ruling was unreasonable.

First, the Board’s finding regarding the respondent’s dangerousness was unreasonable. In determining whether an accused is a significant threat to the safety of the public, the Board must consider all the factors listed in s. 672.54 of the *Criminal Code*. If the mental condition of the accused is such that he or she no longer suffers from a mental disorder, the accused’s mental condition should not be confused with his or her propensity to commit crimes and, in that respect, the accused should be answerable to criminal sanctions like anyone else. The mental disorder detention regime seeks to guard against the repetition of dangerous conduct that a mentally disordered accused is likely to engage in and for which he or she would not be held responsible. The Court of Appeal thus correctly concluded that the Board improperly punished the respondent for his successful deception regarding his drug habit. Justifying the respondent’s detention within the NCR system by his continuous substance abuse problems is equivalent to imposing such a burden on the respondent so as to deny him the possibility of ever getting out of the system, despite a prolonged absence of any violent behaviour. The Board’s assessment of the risk posed by the

La Cour d’appel a commis une erreur de droit en rejetant la nouvelle preuve. La décision rendue par la Commission d’examen est susceptible d’appel sur le fondement de la transcription des témoignages et, selon le par. 672.73(1) du *Code*, des « autres éléments de preuve dont la cour d’appel accepte la présentation lorsqu’elle estime que la justice l’exige ». L’expression « lorsqu[e] . . . la justice l’exige » tire son sens du contexte dans lequel on cherche à l’appliquer et « la justice » s’entend non seulement de la justice à l’égard du détenu non responsable criminellement, dont la liberté est en jeu, mais également de la justice à l’égard du public, dont on cherche à assurer la protection. La preuve offerte (incluant des actes de violence physique en 2000 et une menace de mort récente) était très pertinente. Elle concernait directement la réserve qu’avait la Cour d’appel quant à l’insuffisance de la preuve de la propension continue de l’intimé à la violence et, si elle était digne de foi, elle aurait dû être admise comme portant sur une question décisive. On ne devrait accorder la libération inconditionnelle qu’après avoir examiné tous les éléments de preuve fiables connus autant au moment de l’audition par la Commission qu’au moment du contrôle en appel, le cas échéant. La nouvelle preuve a donc été admise comme faisant partie du dossier dans le pourvoi.

La juge Arbour (dissidente) : La norme de contrôle applicable à la décision d’une commission d’examen est celle de la décision raisonnable *simpliciter* et, en l’espèce, la Cour d’appel a conclu à juste titre que la décision de la Commission était déraisonnable.

Premièrement, la Commission a tiré une conclusion déraisonnable sur la dangerosité de l’intimé. Pour déterminer si l’accusé représente un risque important pour la sécurité du public, la Commission doit prendre en compte tous les facteurs énumérés à l’art. 672.54 du *Code criminel*. Si l’état mental de l’accusé est tel qu’il ne souffre désormais plus de troubles mentaux, on ne devrait pas confondre son état mental avec sa propension à commettre des crimes et, à cet égard, l’accusé devrait, comme toute autre personne, subir les sanctions imposées en matière pénale. Le régime de détention pour cause de troubles mentaux vise à prévenir la répétition des actes dangereux auxquels la personne atteinte risque de se livrer et dont elle ne serait pas tenue criminellement responsable. La Cour d’appel a donc correctement conclu que la Commission avait puni à tort l’intimé pour avoir réussi à tromper le personnel de l’hôpital quant à sa consommation de drogue. Fonder la détention de l’intimé sous le régime de la non-responsabilité criminelle sur ses problèmes persistants d’abus d’alcool et d’autres drogues équivaut à lui imposer un fardeau tel qu’on le prive à tout jamais de la possibilité d’en sortir, malgré l’absence prolongée de tout comportement violent de sa

respondent was entirely speculative and not supported by a proper appreciation of the record.

Second, on the facts of this case, it was unreasonable for the Board to conclude that the custodial disposition imposed was the least onerous disposition available in the circumstances in that it accorded the respondent as much liberty as is compatible with public safety. Even if the respondent constituted a sufficient threat to the community to preclude his absolute discharge, the Board was required to embark on an evaluation of all four of the factors outlined in s. 672.54 in order to determine whether a conditional discharge or a custodial order was the appropriate disposition.

There was no reason to interfere with the exercise of the Court of Appeal's discretion in its appreciation of the fresh evidence tendered. Section 672.73(1) of the *Code* permits the Court of Appeal to admit any evidence "that [it] finds necessary to admit in the interests of justice". Where a court of appeal is of the opinion that an NCR accused should have been granted an absolute discharge at the Review Board hearing, the new evidence should be virtually conclusive that an absolute discharge is not appropriate before a court of appeal should decide not to order it. Moreover, it is not clear that an absolute discharge of an NCR detainee terminates the state's capacity to supervise and monitor the respondent's mental condition. Indeed, s. 672.82(1) of the *Code* provides for discretionary review of any disposition of the Board.

Cases Cited

By Binnie J.

Distinguished: *Starson v. Swayze*, [2003] 1 S.C.R. 722, 2003 SCC 32; **referred to:** *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *R. v. Yeves*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15; *Peckham v. Ontario (Attorney-General)* (1994), 93 C.C.C. (3d) 443; *Beauchamp v. Penetanguishene Mental Health Centre (Administrator)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 172; *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario*

part. L'évaluation par la Commission du risque posé par l'intimé reposait entièrement sur des hypothèses et n'était pas étayée par un examen adéquat du dossier.

Deuxièmement, au vu des faits du dossier, il était déraisonnable pour la Commission de conclure que la détention s'avérait la décision la moins sévère possible dans les circonstances parce qu'elle permettait à l'intimé de jouir d'autant de liberté que la sécurité du public le permet. Même si l'intimé représentait une menace pour la collectivité suffisamment importante pour que sa libération inconditionnelle soit exclue, la Commission était tenue d'examiner chacun des quatre facteurs énoncés à l'art. 672.54 pour décider si une libération conditionnelle ou une ordonnance de garde était indiquée.

Il n'y avait pas lieu de toucher à l'exercice par la Cour d'appel de son pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation de la nouvelle preuve dont elle a été saisie. Le paragraphe 672.73(1) du *Code* autorise la Cour d'appel à admettre tout élément de preuve « lorsqu'elle estime que la justice l'exige ». Lorsqu'une cour d'appel est d'avis qu'un accusé non responsable criminellement aurait dû se voir accorder une libération inconditionnelle au terme de l'audition de la Commission d'examen, la nouvelle preuve devrait établir de façon quasi incontestable que la libération inconditionnelle serait inopportune pour que la cour d'appel décide de ne pas l'ordonner. De plus, il n'apparaît pas clairement que la libération inconditionnelle d'un détenu non responsable criminellement met un terme à la capacité de l'État de surveiller et de contrôler l'état mental de l'intimé. En fait, le par. 672.82(1) du *Code* prévoit que la Commission peut tenir une audition discrétionnaire en tout temps.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Distinction d'avec l'arrêt : *Starson c. Swayze*, [2003] 1 R.C.S. 722, 2003 CSC 32; **arrêts mentionnés :** *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *R. c. Yeves*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15; *Peckham c. Ontario (Attorney-General)* (1994), 93 C.C.C. (3d) 443; *Beauchamp c. Penetanguishene Mental Health Centre (Administrateur)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 172; *Penetanguishene Mental Health Centre c. Ontario*

(*Attorney General*) (1999), 131 C.C.C. (3d) 473, leave to appeal refused, *sub nom. Clement v. Attorney General for Ontario*, [1999] 1 S.C.R. vi; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480; *Davidson v. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Lévesque*, [2000] 2 S.C.R. 487, 2000 SCC 47; *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26.

By Arbour J. (dissenting)

R. v. Biniaris, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480; *R. v. Morin* (1995), 37 C.R. (4th) 395.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 [am. 1991, c. 43], ss. 16(1), 672.34, 672.38(1), 672.39, 672.4(1), 672.43, 672.51, 672.54, 672.73(1), 672.78, 672.81(1), 672.82, 683(1), 686(1)(a).
Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A, s. 80(9).
Inquiries Act, R.S.C. 1985, c. I-11, ss. 4, 5.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 54 O.R. (3d) 257, 145 O.A.C. 142, 155 C.C.C. (3d) 82, 42 C.R. (5th) 362, [2001] O.J. No. 1710 (QL), setting aside a decision of a Review Board. Appeal allowed, Arbour J. dissenting.

Riun Shandler, for the appellant.

Brian Snell, for the respondent.

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

¹

BINNIE J. — The 1991 amendments to the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”) established a new review system for individuals, like the respondent, who have been found not criminally responsible for a criminal offence on account of mental disorder. In the respondent’s case, the offence was second degree murder committed in 1978 in a psychotic state induced by drug abuse. On May 17, 2000, the Ontario Review Board (“Board”),

(*Attorney General*) (1999), 131 C.C.C. (3d) 473, autorisation de pourvoi refusée, *sub nom. Clement c. Attorney General for Ontario*, [1999] 1 R.C.S. vi; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480; *Davidson c. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Lévesque*, [2000] 2 R.C.S. 487, 2000 CSC 47; *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26.

Citée par la juge Arbour (dissidente)

R. c. Biniaris, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480; *R. c. Morin* (1995), 37 C.R. (4th) 395.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46 [mod. 1991, ch. 43], art. 16(1), 672.34, 672.38(1), 672.39, 672.4(1), 672.43, 672.51, 672.54, 672.73(1), 672.78, 672.81(1), 672.82, 683(1), 686(1)a).
Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, ch. 2, ann. A, art. 80(9).
Loi sur les enquêtes, L.R.C. 1985, ch. I-11, art. 4, 5.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (2001), 54 O.R. (3d) 257, 145 O.A.C. 142, 155 C.C.C. (3d) 82, 42 C.R. (5th) 362, [2001] O.J. No. 1710 (QL), qui a annulé une décision d’une commission d’examen. Pourvoi accueilli, la juge Arbour est dissidente.

Riun Shandler, pour l’appelante.

Brian Snell, pour l’intimé.

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

LE JUGE BINNIE — Les changements apportés en 1991 au *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »), ont instauré un nouveau système de révision des décisions prises à l’égard des personnes accusées d’une infraction criminelle qui, comme l’intimé, ont été déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux. Dans le cas de l’intimé, il s’agissait d’une infraction de meurtre au deuxième degré qu’il a commise en 1978

after a full hearing, concluded that the respondent continued to constitute a significant danger to the safety of the public and ordered his continued detention at the Kingston Psychiatric Hospital (“KPH”). At the Court of Appeal, the Crown sought to bolster the Board’s decision with fresh affidavit evidence which alleged that, since the date of the Board hearing, the respondent had punched another patient, threatened to kill yet another patient, and was found in possession of prohibited drugs. The Court of Appeal declined to admit the fresh evidence, proceeded to review the Board’s order based on the evidence available at the original hearing, allowed the appeal, set aside the Board’s order as unreasonable, and directed that the respondent be absolutely discharged.

In my view, the appeal should be allowed. Giving due deference to the Board’s expertise in these matters, its decision was not unreasonable on the record before it. Moreover, with respect, the Court of Appeal erred in law in rejecting, without reasons, the fresh evidence. Evidence of violent behaviour in the year 2000 by the respondent was relevant to the crux of the court’s decision that the respondent should no longer be detained as a significant threat to the safety of the public. The fresh evidence confirmed in part the factual basis of the Board’s May 17, 2000 order. The statutory procedure for dealing with individuals adjudged not criminally responsible by reason of mental disorder is inquisitorial, not adversarial. A decision to grant an absolute discharge should be based on the best information available including, where appropriate, fresh information before a court of appeal that postdates the original Board hearing.

The disposition of this appeal will have limited effect on the respondent. We are dealing with events

dans un état de psychose provoqué par la consommation de drogue. Le 17 mai 2000, ayant conclu au terme d’une audition complète que l’intimé représentait toujours un danger important pour la sécurité du public, la Commission ontarienne d’examen (la « Commission ») a ordonné le maintien de sa détention au Kingston Psychiatric Hospital (« KPH »). Devant la Cour d’appel, le ministère public a voulu renforcer la décision de la Commission en produisant de nouveaux éléments de preuve par affidavit alléguant que, depuis l’audition tenue devant la Commission, l’intimé avait frappé un patient et menacé d’en tuer un autre, en plus d’avoir été trouvé en possession de drogues interdites. Refusant d’admettre cette nouvelle preuve, la Cour d’appel a révisé l’ordonnance de la Commission au regard de la preuve disponible lors de l’audition initiale, accueilli l’appel, annulé l’ordonnance de la Commission jugée déraisonnable et ordonné la libération inconditionnelle de l’intimé.

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi. En faisant montre de la retenue qui s’impose à l’égard de son expertise sur ces questions, j’estime que la Commission n’a pas rendu une décision déraisonnable compte tenu du dossier dont elle disposait. En outre, et cela dit en toute déférence, la Cour d’appel a commis une erreur de droit en rejetant la nouvelle preuve sans motifs à l’appui. La preuve du comportement violent de l’intimé en 2000 était pertinente, car elle touchait au cœur de la décision de la cour selon laquelle la détention de l’intimé, au motif qu’il représente un risque important pour la sécurité du public, n’était plus nécessaire. La nouvelle preuve confirmait en partie le fondement factuel de l’ordonnance rendue par la Commission le 17 mai 2000. La procédure établie par la loi en ce qui concerne les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux est de nature inquisitoire et non contradictoire. Une ordonnance de libération inconditionnelle devrait s’appuyer sur les meilleures données connues, y compris, dans les cas appropriés, sur la nouvelle preuve offerte à la cour d’appel qui est postérieure à l’audition initiale tenue par la Commission.

L’issue du présent pourvoi aura une incidence limitée sur l’intimé. Nous examinons aujourd’hui

2

3

that are now three years in the past. He is entitled to an expert and independent review of his detention at least every 12 months, and sooner “at any time”, in the Board’s discretion (s. 672.82(1)). These annual reviews, required by the *Criminal Code*, will continue until he receives an absolute discharge. He is thereby assured that any further disposition orders regarding his continued detention or eventual discharge will be made on up-to-date information and assessments. Fairness is thereby assured to both the respondent and to the public.

I. Facts

- 4 On October 10, 1978, the respondent was found not guilty by reason of a mental disorder of a charge of second degree murder. The circumstances of the murder (the “index offence”) were described in the report of the North Bay Psychiatric Hospital dated October 1990, as follows:

[The respondent] had been living with the 22 year old [male] victim, who was from the Chatham area. They had been together about three months. The offence occurred in the morning, but the [respondent] stated he did not remember too much. He remembered having been paranoid for some weeks prior to the offence and that he had this song in his head. He cannot remember what the song said. He had slept at night before the offence and remembered having an apple spiked with MDA. In the morning the [respondent] and another man shared this apple. The [respondent] states that he had been scared and paranoid for some time but he was not quite conscious of it. However, after consuming the apple he was afraid of his friend and believed that his friend had been involved in the killing of his grandfather, although [the respondent’s] grandfather was not killed but died of natural causes. The [respondent] remembered hitting the man with a stick or something. [The respondent] also had a gun. After the offence he stopped and stood there until the police came. The man died shortly afterwards of the wounds that were inflicted. [The respondent] was charged with Murder.

- 5 Prior to the 1978 murder, the respondent had acquired a criminal record for breaking and entering, obstructing a police officer, trafficking in

des événements survenus il y a trois ans. Or, l’intimé a droit à une révision indépendante de son ordonnance de détention par des experts au moins une fois tous les 12 mois et, plus tôt, « en tout temps », à la discrétion de la Commission (par. 672.82(1)). Prescrites par le *Code criminel*, ces révisions annuelles se tiendront jusqu’à ce que l’intimé soit libéré inconditionnellement. Celui-ci a ainsi l’assurance que toute nouvelle ordonnance relative au maintien de sa détention ou à sa libération éventuelle sera fondée sur des renseignements et des évaluations à jour. Cette procédure garantit l’équité du processus tant envers l’intimé qu’envers le public.

I. Les faits

Le 10 octobre 1978, l’intimé qui devait répondre à une accusation de meurtre au deuxième degré a été déclaré non coupable pour cause de troubles mentaux. Les circonstances entourant le meurtre (l’« infraction initiale ») ont été consignées comme suit dans le rapport de l’Hôpital psychiatrique de North Bay, daté d’octobre 1990 :

[TRADUCTION] [L’intimé] vivait avec la victime [un homme], qui était âgée de 22 ans et originaire de la région de Chatham. Ils vivaient ensemble depuis près de trois mois. L’infraction a été perpétrée le matin, mais [l’intimé] a dit ne pas se rappeler grand-chose. Il se souvient qu’il avait des idées paranoïdes au cours des semaines précédant l’infraction et qu’une chanson lui trottait dans la tête. Il ne se souvient pas des paroles de la chanson. La veille de l’infraction, il s’est couché et s’est souvenu qu’il avait une pomme dopée aux MDA. Le lendemain matin, [l’intimé] et un autre homme ont partagé cette pomme. [L’intimé] affirme qu’il avait peur et qu’il avait des idées paranoïdes depuis un certain temps, sans en être tout à fait conscient. Cependant, après avoir mangé la pomme, il a eu peur de son ami et a cru que celui-ci était impliqué dans le meurtre de son grand-père, pourtant décédé de causes naturelles. [L’intimé] se rappelle avoir frappé l’homme avec un bâton ou autre chose du genre. [L’intimé] avait également une arme à feu. Après l’infraction, il s’est arrêté et il est demeuré sur les lieux jusqu’à l’arrivée des policiers. L’homme est décédé peu de temps après des suites de ses blessures. [L’intimé] a été accusé de meurtre.

Avant le meurtre survenu en 1978, l’intimé avait déjà un casier judiciaire pour des infractions d’introduction par effraction, d’entrave au travail d’un

narcotics, possession of narcotics and possession of stolen property.

Following a period of detention in various institutions for mental health care, the respondent was gradually released into the community until 1987 when he was arrested on charges of possession of a prohibited weapon, break and enter with intent to commit an indictable offence and possession of property obtained by crime. On June 15, 1988, he was convicted of all three charges. Following completion of his sentence, the respondent was returned to the North Bay Psychiatric Hospital. In 1989, he got into a disagreement with the staff about hospital privileges, and the hospital report indicates that he lost his self-control and punched a car door so hard that he broke bones in his hand, requiring a cast. The respondent was reported to have stated, “[i]t was either the door or Brad’s jaw, man, I had to hit something”. Subsequently, in January 1990, while living in the community, the respondent severely fractured a man’s jaw with a pool cue during a disagreement while under the influence of alcohol. The respondent was convicted of assault causing bodily harm on June 7, 1990, and sentenced to 14 months in prison.

Thereafter, efforts were again made to release the respondent gradually into the community, but the problems with substance abuse re-occurred, and he continued to show some propensity towards violence. In 1991, for example, the respondent was admitted to the KPH’s secure unit. While there, he engaged in what were called “assaultive behaviours” while under the influence of alcohol. A 1992 risk assessment conducted by the Ontario Ministry of Health placed the respondent in a category of violent offenders for which it was predicted that 44 per cent would re-offend violently within seven years after release. A 1992 KPH report signed by the hospital medical staff noted that the respondent’s risk assessment included abuse of street drugs and/or alcohol, and violence against other persons:

policier, de trafic de stupéfiants, de possession de stupéfiants et de possession de biens volés.

Après une période de détention dans diverses institutions de soins de santé mentale, l’intimé a été progressivement remis en liberté dans la collectivité jusqu’en 1987, lorsqu’il a été arrêté pour possession d’une arme prohibée, introduction par effraction avec l’intention de commettre un acte criminel et possession de biens criminellement obtenus. Le 15 juin 1988, on l’a déclaré coupable de ces trois chefs. Après avoir purgé sa peine, l’intimé est retourné à l’Hôpital psychiatrique de North Bay. En 1989, il s’est disputé avec le personnel de l’hôpital à propos des privilèges qui lui étaient accordés et, selon le rapport de l’hôpital, il a perdu son sang-froid et a frappé une portière de voiture si fort qu’il s’est fracturé la main, ce qui a nécessité qu’on lui fasse un plâtre. L’intimé aurait affirmé : [TRADUCTION] « [c]’était la porte ou la mâchoire de Brad, t’sais, fallait que je frappe quelque chose ». Plus tard, pendant qu’il vivait dans la collectivité en janvier 1990, l’intimé a infligé une grave fracture de la mâchoire à un homme avec une baguette de billard au cours d’une altercation alors qu’il était sous l’influence de l’alcool. Le 7 juin 1990, l’intimé a été déclaré coupable de voies de fait causant des lésions corporelles, infraction pour laquelle il s’est vu imposer une peine d’emprisonnement de 14 mois.

On a ensuite tenté de nouveau de le remettre progressivement en liberté dans la collectivité, mais ses problèmes d’abus d’alcool et d’autres drogues ont refait surface et il a continué à démontrer une certaine propension à la violence. En 1991, par exemple, l’intimé a été admis à l’unité de garde en milieu fermé du KPH. Là, il a eu ce qu’on a appelé des « comportements violents » alors qu’il était sous l’influence de l’alcool. Dans le cadre d’une évaluation du risque menée en 1992, le ministère de la Santé de l’Ontario a placé l’intimé dans la catégorie des délinquants violents dont on estimait le taux de récidive avec violence à 44 pour 100 dans les sept ans suivant leur libération. En 1992, un rapport du KPH établi par le personnel médical signalait, parmi les facteurs de risque présentés par l’intimé, l’abus de drogues illicites ou d’alcool, ainsi que la violence à l’égard des autres :

6

7

[The respondent's] prognosis continued to be extremely guarded given his lack of insight into his situation, his lack of regard for other persons, and his intolerance of the system. It was predicted that a circumstantial situation will likely compromise his liberty at an early stage in community living. [The respondent] has a history of repeated offences, including unprovoked violence, indulgence in drugs and alcohol, and a cavalier attitude, making him a serious risk to the community.

8

Nevertheless, Board dispositions in 1994, 1995 and 1996 provided for conditional discharges. In 1997, the respondent's urine tested positive for cannabis, and KPH told the Board that it could no longer support a Conditional Discharge Order because of the respondent's continued substance abuse and the hospital's need for flexibility "to react quickly to known increases in risk":

[W]hen the hospital is unable to require either hospital admission or significant changes in supervision, the community is placed at risk. The community would fail to appreciate why it is that KPH is unable to react quickly to known increases in risk. This situation is very likely to occur time and time again in the future. The role of the hospital should be to ensure that it is managed in a timely manner, consistent with the long-term rehabilitation needs of [the respondent] and not contrary to the safety of the public. The hospital sees no useful purpose in a several month hospitalization every time this happens while [the respondent] awaits the pleasure of the Board. Indeed the results of the current administrative arrangement — a Conditional Discharge Order — are contrary to the rehabilitation needs of [the respondent] and do nothing to protect the public.

[The respondent] will always remain at risk for drug and alcohol consumption and for related antisocial behaviours. Risk will increase unacceptably when this occurs. The hospital should be equipped to deal with this by way of discretionary authority vested in a custodial order. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Le pronostic [de l'intimé] était encore très réservé, compte tenu de son manque d'introspection, de son peu d'égard envers autrui et de son intolérance face au système. On prédisait qu'une situation circonstancielle compromettrait vraisemblablement sa liberté très tôt dans sa réintégration au sein de la collectivité. [L'intimé] a des antécédents d'infractions répétées, notamment en ce qui a trait à la violence sans provocation et à la consommation d'alcool et d'autres drogues, ainsi qu'une attitude cavalière, ce pourquoi il constitue un risque sérieux pour la collectivité.

La Commission a néanmoins décidé, en 1994, 1995 et 1996, de libérer l'intimé sous conditions. En 1997, le test d'urine de l'intimé a révélé la présence de cannabis, et le KPH a fait savoir à la Commission qu'il ne pouvait désormais plus être en faveur d'une ordonnance de libération conditionnelle pour l'intimé en raison de son abus persistant d'alcool et d'autres drogues et du fait que l'hôpital avait besoin d'une certaine marge de manœuvre pour [TRADUCTION] « réagir rapidement à l'aggravation connue du risque » :

[TRADUCTION] [S]i l'hôpital ne peut demander l'hospitalisation ou d'importants changements dans la surveillance de [l'intimé], la collectivité court un risque. La collectivité ne comprendrait pas pourquoi le KPH n'est pas en mesure de réagir rapidement à l'aggravation connue du risque. Cette situation se répétera fort probablement à maintes reprises. Le rôle de l'hôpital devrait être de gérer la situation sans tarder par des mesures qui soient compatibles avec les besoins de [l'intimé] sur le plan de sa réadaptation à long terme et qui ne compromettent pas la sécurité du public. L'hôpital ne voit pas l'utilité d'hospitaliser chaque fois [l'intimé] pendant plusieurs mois jusqu'à ce que la Commission lui ait fait connaître son bon plaisir. En fait, l'arrangement administratif actuel — l'ordonnance de libération conditionnelle — produit des effets qui vont à l'encontre des besoins de [l'intimé] sur le plan de sa réadaptation et ne protège en rien la sécurité du public.

Il existera toujours un risque que [l'intimé] consomme de l'alcool et d'autres drogues et adopte des comportements antisociaux connexes. Le risque atteindra un niveau inacceptable lorsque cela se produira. L'hôpital doit être en mesure de faire face à cette situation grâce au pouvoir discrétionnaire que lui confère une ordonnance de détention. [Je souligne.]

The Board's dispositions in 1997, 1998 and 1999 provided that the respondent be detained at KPH but live in Kingston, again on the condition that he abstain from non-medical use of alcohol and drugs. In March 1999, the hospital reported that:

The team is of the opinion that [the respondent] continues to represent a risk to the safety of the public.

In 2000, his continued use of cocaine was detected, as described below.

Over this period, the respondent formed a common law relationship. He and his common law wife had a child to whom the respondent is devoted. The respondent and his common law wife eventually separated and for a period of time the respondent looked after the child. It is evident from his testimony that his inability to leave the hospital and thereafter to look after his son is a major concern. The stresses of single parenthood combined with severe financial difficulties took their toll. In 1999, he was convicted of alcohol-induced impaired driving and given a custodial sentence. The child went to live with the mother but, on September 30, 1999, was taken into care by the Children's Aid Society.

Both the common law wife and her daughter by another union advised the hospital authorities that the respondent was "fooling" the drug tests over a period of years by substituting other peoples' urine samples. On being retested under close scrutiny on January 25, 2000, the respondent tested positive for both cocaine and cannabis. He then admitted that apart from a period of about 18 months prior to the birth of his child, he had never abandoned his drug habit, and, it seems, does not intend to do so.

II. Judicial History

A. *Ontario Review Board* (May 17, 2000)

The Board reviewed the facts and circumstances noted above, and noted that, following the positive

Les décisions rendues par la Commission en 1997, 1998 et 1999 prévoyaient que l'intimé serait détenu au KPH mais qu'il vivrait à Kingston, pourvu, encore une fois, qu'il s'abstienne de consommer de l'alcool et d'autres drogues, sauf à des fins médicales. En mars 1999, l'hôpital a affirmé :

[TRADUCTION] L'équipe estime que [l'intimé] continue de représenter un risque pour la sécurité du public.

En 2000, on a constaté qu'il continuait à consommer de la cocaïne, ainsi que je le décris plus loin.

C'est au cours de cette période que l'intimé a commencé à vivre en union de fait. Lui et sa conjointe ont eu un enfant, auquel l'intimé est dévoué. Le couple a fini par se séparer et l'intimé a pris l'enfant en charge pendant un certain temps. Il ressort manifestement de son témoignage que l'impossibilité pour lui de sortir de l'hôpital et de prendre soin de son fils le préoccupe énormément. Le stress lié à la monoparentalité et ses sérieuses difficultés financières ont toutefois eu des conséquences néfastes pour lui. En 1999, l'intimé a été déclaré coupable de conduite avec facultés affaiblies et condamné à une peine d'emprisonnement. L'enfant est allé vivre avec sa mère, mais la Société d'aide à l'enfance l'a pris en charge le 30 septembre 1999.

La conjointe de fait de l'intimé et la fille de celle-ci, issue d'une autre union, ont informé les autorités de l'hôpital que l'intimé « déjouait » les tests de dépistage de drogues depuis des années en substituant les échantillons d'urine d'autres personnes aux siens. Lorsqu'on lui a fait subir un nouveau test sous surveillance étroite le 25 janvier 2000, le test s'est révélé positif quant à la présence de cocaïne et de cannabis. L'intimé a ensuite avoué que, mis à part une période d'environ 18 mois précédant la naissance de son fils, il n'avait jamais renoncé à ses habitudes de consommation de drogue et il n'a apparemment pas l'intention d'y renoncer.

II. Historique des procédures

A. *Commission ontarienne d'examen* (17 mai 2000)

Ayant examiné les circonstances et les faits relatés plus haut, la Commission a noté qu'à la suite du

9

10

11

12

drug test, the respondent now freely admitted a drug habit of many years (though not the use of cocaine). His counsel disputed the hospital's contention that the "combination of drug use, alcohol use and stressors in his [client's] life" was "a fatal combination that" created "a significant risk":

What I say is that those factors have been in his life for a decade and there has been no indication of any acting out, of any violent behaviour, of any abusive behaviour — or of any reoccurrence of the mental illness that was present during the index offence.

13 The Board concluded that the respondent's "drug-induced psychosis is currently in remission. However, he continues to suffer from a very serious antisocial personality disorder which is complicated by alcoholism and substance abuse." The respondent's attending physician at the KPH testified that cocaine induces an effect comparable to the amphetamines that were found to have induced the psychotic state in which the respondent committed murder in 1978. In the Board's view, the evidence showed that the respondent "continues to expose himself to those very elements that produced the drug-induced psychosis and disinhibited him to the point where he lost control of his behaviour" (emphasis added).

14 The Board noted the hospital administrator's opinion that the respondent "represents a significant risk to the safety of the public. He has demonstrated that even with close controls he engages in behaviours that could potentially place members of the public at risk. The presence of cocaine is most troubling given its similar profile to amphetamine, which was implicated in his index offence and drug induced paranoid state."

15 The Board accordingly concluded that "taking into consideration the need to protect the public from dangerous persons[,] the mental condition of the [respondent], the reintegration of the [respondent] into society and the other needs of the

résultat positif de son test de dépistage de drogue, l'intimé reconnaît maintenant volontiers consommer régulièrement de la drogue depuis de nombreuses années (sauf pour ce qui est de la cocaïne). Son avocat a contesté la prétention de l'hôpital que, [TRADUCTION] « pris ensemble, la drogue, l'alcool et les sources de stress dans [la] vie [de son client] » formaient « une combinaison fatale » qui créait « un risque important » :

[TRADUCTION] Je dis simplement que ces facteurs sont présents dans sa vie depuis une décennie et que rien n'indique qu'il soit passé à l'acte, qu'il ait manifesté un comportement violent ou abusif — ou que la maladie mentale dont il souffrait lors de la perpétration de l'infraction initiale soit réapparue.

La Commission a conclu que l'intimé [TRADUCTION] « est actuellement en rémission de sa psychose provoquée par la drogue. Toutefois, il souffre encore d'un très grave trouble de la personnalité antisociale exacerbé par l'abus d'alcool et d'autres drogues. » Selon le témoignage du médecin traitant de l'intimé au KPH, la cocaïne produit un effet comparable à celui des amphétamines qui ont provoqué l'état de psychose dans lequel l'intimé a commis le meurtre en 1978. Selon la Commission, il ressort de la preuve que l'intimé [TRADUCTION] « continue de s'exposer aux éléments mêmes qui l'ont plongé dans sa psychose provoquée par la drogue et désinhibé au point où il a perdu la maîtrise de ses actes » (je souligne).

La Commission a pris note de l'avis de l'administrateur de l'hôpital, selon lequel l'intimé [TRADUCTION] « représente un risque important pour la sécurité du public. Il a démontré que, même sous surveillance étroite, il adopte des comportements qui pourraient exposer le public à un danger. Ce qu'il y a de plus inquiétant, c'est la présence de cocaïne, de par ses effets semblables aux amphétamines [que l'intimé] avait prises lorsqu'il a commis l'infraction initiale et qui l'ont plongé dans un état de paranoïa provoqué par la drogue. »

La Commission a donc conclu que, [TRADUCTION] « compte tenu de la nécessité de protéger le public contre les personnes dangereuses[,] de l'état mental de [l'intimé] et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale, la Commission

[respondent], the Board is of the unanimous view that the least onerous and least restrictive disposition” would be continued detention at the KPH, with discretion to permit the respondent compassionate leave, staff-accompanied hospital and grounds privileges, and staff-accompanied entry into the community. The respondent was required to abstain absolutely from alcohol and non-prescription drugs and to submit a sample of his breath and/or urine for testing purposes.

B. *The Fresh Evidence Application*

The Board hearing was held in March 2000. When the matter came before the Court of Appeal, the Crown sought to introduce as fresh evidence the KPH report prepared for the respondent’s *subsequent* January 2001 Board hearing, which attached various hospital records showing that during the year 2000 the respondent “has threatened to harm co-patients on numerous occasions”. On March 29, 2000, he was placed “in seclusion because his behaviour escalated to aggressive postures and [was] threatening in nature”. On April 10, 2000, he was recorded as “tormenting” a co-patient, eventually asking “Are you going to kill me in the night?” In September 2000, further drug paraphernalia was found and charges laid. During a urine test the same month, the respondent was recorded as telling a nurse, “I feel like I should be cracking somebody on the head like I’ve wanted to do for the last 10 years.” On September 26, 2000, he is recorded as yelling at a co-patient apparently in his room in search of a stolen watch, “You fucking bastard. Come to my room one more time and I will kill you. See those fucking cameras. They mean shit to me. I will kill you. I haven’t killed in 20 years but I’ll do it again.” On December 12, 2000, the respondent got into a fight with a co-patient in which he punched the other patient in the nose. The incident was witnessed by a number of other patients.

estime à l’unanimité que la décision la moins sévère et la moins privative de liberté » serait la détention continue de l’intimé au KPH, qui pourrait l’autoriser à s’absenter pour des raisons humanitaires, lui accorder des privilèges dans les locaux et sur le terrain de l’hôpital et le réinsérer dans la collectivité, le tout sous escorte du personnel hospitalier. En plus de s’abstenir totalement de prendre de l’alcool et des drogues, autres que des médicaments vendus sous ordonnance, l’intimé devait soumettre un échantillon d’haleine ou d’urine, ou les deux, pour fins de dépistage.

B. *La demande de production d’une nouvelle preuve*

L’audience de la Commission s’est déroulée en mars 2000. Lorsque la Cour d’appel a été saisie de l’affaire, le ministère public a voulu faire admettre comme nouvelle preuve le rapport qu’avait préparé le KPH en vue de l’audition *subséquente* de l’intimé devant la Commission, soit en janvier 2001, rapport auquel étaient joints divers dossiers d’hôpital attestant que l’intimé avait [TRADUCTION] « menacé de s’en prendre à plusieurs reprises à d’autres patients » en 2000. Le 29 mars 2000, l’intimé a été placé [TRADUCTION] « en isolement parce que son comportement avait empiré au point de devenir agressif et était menaçant en soi ». Le dossier révèle que, le 10 avril 2000, l’intimé a « tourmenté » un autre patient pour finalement lui demander : [TRADUCTION] « Vas-tu me tuer cette nuit? » En septembre 2000, des accusations ont été portées contre l’intimé après qu’on eut trouvé des accessoires servant à la consommation de drogues. Au cours d’une analyse d’urine administrée le même mois, l’intimé aurait dit à une infirmière : [TRADUCTION] « J’ai le goût de fracasser le crâne de quelqu’un, comme j’en ai envie depuis 10 ans. » Selon le dossier, le 26 septembre 2000, il aurait crié à un autre patient qui, semble-t-il, se trouvait dans sa chambre à la recherche d’une montre volée : [TRADUCTION] « Maudit enfant de chienne. Si tu viens encore une fois dans ma chambre, je te tue. Tu vois ces maudites caméras? Ben, je m’en fous complètement. Je vais te tuer. Ça fait 20 ans que j’ai pas tué quelqu’un, mais je vais recommencer. » Le 12 décembre 2000, l’intimé s’est battu avec un autre patient et lui a asséné un coup au nez. Plusieurs autres patients ont été témoins de cet incident.

C. *Ontario Court of Appeal* (2001), 54 O.R. (3d) 257

17 The Court of Appeal (Catzman, Weiler and Rosenberg J.J.A.) concluded that the decision of the Board was unreasonable and could not be supported by the evidence given at the original hearing.

18 The court did not admit the fresh evidence and gave no reason for its refusal.

19 The court reviewed the relevant provisions of the *Criminal Code* including “the need to protect the public from dangerous persons” (s. 672.54) and expressly noted that the onus was on the Crown to establish that the respondent constitutes “a significant threat to the safety of the public” (s. 672.54(a)). Reference was made to *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625. The court noted that the KPH had not considered the respondent to be a significant risk to public safety between 1994, when it had recommended an absolute discharge, and 1999. In the court’s view, the Board had wrongly shifted the focus from the protection of the public to the prevention of the respondent’s abuse of alcohol and illegal drugs. It concluded that the evidence before the Board fell short of establishing that the respondent was a significant threat to the safety of the public, even when he was using drugs. The court therefore ordered an absolute discharge.

III. Relevant Statutory Provisions

20 The relevant provisions of the *Criminal Code* are attached as Appendix A.

IV. Analysis

21 At what point should an individual who has been found not criminally responsible for murder on account of mental disorder related to substance abuse, and who refuses to control his habit, be given an absolute discharge to return without restriction to the community? The individual in this case says he was entitled to an absolute discharge at least by May

C. *Cour d’appel de l’Ontario* (2001), 54 O.R. (3d) 257

La Cour d’appel (les juges Catzman, Weiler et Rosenberg) a conclu que la décision de la Commission était déraisonnable et qu’elle n’était pas étayée par les éléments de preuve produits à l’audition initiale.

Elle a refusé d’admettre la nouvelle preuve sans toutefois motiver son rejet.

La cour a examiné les dispositions pertinentes du *Code criminel*, y compris « la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses » (art. 672.54), en prenant soin de souligner qu’il incombe au ministère public de démontrer que l’intimé représente « un risque important pour la sécurité du public » (al. 672.54a)). Elle a mentionné l’arrêt *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625. La cour a noté que le KPH ne considérait pas que l’intimé représentait un risque important pour la sécurité du public entre 1994, lorsqu’il a recommandé sa libération inconditionnelle, et 1999. La cour s’est dite d’avis que la Commission avait à tort mis l’accent sur la prévention de la consommation excessive d’alcool et de drogues illicites par l’intimé plutôt que sur la protection du public. Elle est arrivée à la conclusion que la preuve dont disposait la Commission ne permettait pas d’établir que l’intimé représentait un risque important pour la sécurité du public, et ce, même lorsqu’il consommait de la drogue. La cour a donc ordonné la libération inconditionnelle de l’intimé.

III. Dispositions législatives pertinentes

Les dispositions pertinentes du *Code criminel* sont jointes dans l’appendice A.

IV. Analyse

Quand y a-t-il lieu d’ordonner la libération inconditionnelle et la réintégration dans la collectivité sans aucune restriction d’un individu qui est déclaré non responsable criminellement d’un meurtre parce qu’il souffre de troubles mentaux liés à l’abus d’alcool et d’autres drogues et qui refuse de renoncer à ses habitudes de

1998 and, as stated, the Ontario Court of Appeal agreed with him.

An individual who is found to have committed a criminal act or omission under the influence of a mental disorder is not acquitted. Rather, if it is concluded that the mental disorder impaired his or her capacity at the time of the offence to appreciate the nature and quality of what was done or omitted, or of knowing that it was wrong, he or she must be adjudged by the court to be “not criminally responsible [NCR] on account of mental disorder” (*Cr. C.*, ss. 16(1) and 672.34).

There is no presumption that an NCR individual is a danger to the safety of the public: *Winko*, *supra*, at para. 46. On the contrary, the *Criminal Code* requires that persons found NCR be granted an absolute discharge unless the court or a Review Board is able to conclude that the individual poses a significant risk to the safety of the public. Even when this risk is established, the disposition is to be “the least onerous and least restrictive to the accused” consistent with the level of risk posed, i.e., ranging from detention “in custody in a hospital” to discharge “subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate” (*Cr. C.*, s. 672.54).

The disposition of a Review Board is subject to appeal to the appellate courts based on “a transcript of the proceedings and any other evidence that the court of appeal finds necessary to admit in the interests of justice” (*Cr. C.*, s. 672.73(1)).

It is of central importance to the constitutional validity of this statutory arrangement that the individual, who by definition did not at the time of the offence appreciate what he or she was doing, or that it was wrong, be confined only for reasons of public protection, not punishment (*Winko*, *supra*, at paras. 41 and 71, and *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933). In this case, the respondent contends that he is being

consommation? L’individu en question dans le présent pourvoi prétend qu’il avait droit à une libération inconditionnelle au plus tard en mai 1998 et, comme je l’ai souligné, la Cour d’appel de l’Ontario lui a donné raison.

L’individu dont on détermine qu’il a commis une omission ou un acte de nature criminelle alors qu’il était atteint de troubles mentaux n’est pas acquitté. La cour doit plutôt prononcer à son égard un verdict de « non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux » si elle conclut qu’au moment de l’infraction, ses troubles mentaux ont nui à sa capacité de juger de la nature et de la qualité de son acte ou de son omission, ou de savoir que cet acte ou cette omission était mauvais (*C. cr.*, par. 16(1) et art. 672.34).

Il n’existe aucune présomption selon laquelle un individu non responsable criminellement représente un danger pour la sécurité du public : *Winko*, précité, par. 46. Au contraire, le *Code criminel* prescrit la libération inconditionnelle des personnes déclarées non responsables criminellement, sauf si le tribunal ou la commission d’examen peut conclure qu’elles posent un risque important pour la sécurité du public. Même lorsque ce risque est établi, la décision doit être « la moins sévère et la moins privative de liberté » compte tenu du niveau de risque, allant de la « détention de l’accusé dans un hôpital » à sa libération « sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées » (*C. cr.*, art. 672.54).

La décision rendue par la commission d’examen est susceptible d’appel sur le fondement de la « transcription déposée auprès de la cour d’appel et [des] autres éléments de preuve dont la cour d’appel accepte la présentation lorsqu’elle estime que la justice l’exige » (*C. cr.*, par. 672.73(1)).

Pour la validité constitutionnelle de cet arrangement que prévoit la loi, il est de la plus haute importance que l’individu — qui par définition ne pouvait juger de la nature et de la qualité de l’acte ou savoir qu’il était mauvais au moment de l’infraction — ne soit interné que pour protéger le public, et non pour le punir (*Winko*, précité, par. 41 et 71, et *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933). En l’espèce, l’intimé

22

23

24

25

punished not only for the index offence, but also for his drug habit and his failure to cooperate with the hospital authorities in dealing with it over the years 1978 to 2000.

A. *Justification for Continued Confinement*

26 Once a detention order is made, the task of monitoring whether an NCR individual *continues* to constitute a significant threat to the safety of the public is given to the Board which is required to hold a hearing to review the status of each NCR individual no less frequently than every 12 months (*Cr. C.*, s. 672.81(1)).

27 The Board must be satisfied that, at the time of the hearing, the evidence demonstrates that the NCR individual constitutes such a threat. “If, at the end of the day, the court or Review Board cannot so conclude, the legal justification for confinement is absent and the NCR [individual] must be released” (*Winko, supra*, at para. 51).

28 The difficulty, of course, is that the Board is inevitably required to make its expert assessment on limited data. Here, the respondent has been under state supervision of varying degrees of intensity for over 20 years. How the respondent would behave if state supervision were removed by an absolute discharge necessarily involves an element of prediction. The Board is required to focus on his present mental state, but the appropriateness of its assessment in practice will, to some extent, depend on future events. In the present case, the major complicating factors, in the Board’s opinion, were the respondent’s history of violence, his continuing drug problem, the link between his use of hard drugs and the 1978 murder, and his apparent unwillingness to bring his drug habit under control.

prétend qu’on le punit non seulement pour l’infraction initiale, mais également pour ses habitudes de consommation de drogue et pour son refus de collaborer avec les autorités de l’hôpital à cet égard de 1978 à 2000.

A. *La justification du maintien de l’internement*

Après la délivrance d’une ordonnance de détention, la responsabilité de vérifier si l’individu non responsable criminellement représente *toujours* un risque important pour la sécurité du public incombe à la Commission qui doit tenir une nouvelle audition au moins une fois tous les 12 mois afin de revoir le statut des personnes qui se trouvent dans cette situation (*C. cr.*, par. 672.81(1)).

La Commission doit être convaincue qu’au moment de l’audition, la preuve établit que l’individu non responsable criminellement représente un tel risque. « Si, en bout de ligne, le tribunal ou la commission d’examen ne peut tirer une telle conclusion, aucun fondement légal ne justifie la détention de [la personne] non responsable criminellement, et [cette dernière] doit être libéré[e] » (*Winko*, précité, par. 51).

La difficulté, naturellement, tient au fait que la Commission est forcément tenue de procéder à son évaluation à titre d’expert à partir de données limitées. En l’occurrence, l’intimé est sous la surveillance de l’État à divers degrés depuis plus de 20 ans. On fait nécessairement intervenir un élément de prédiction lorsqu’on cherche à savoir quelle serait la réaction de l’intimé si, du fait de sa libération inconditionnelle, il était soustrait à la surveillance de l’État. La Commission doit centrer son attention sur l’état mental actuel de l’intimé, mais la justesse de son évaluation en pratique sera dans une certaine mesure tributaire des événements futurs. Selon la Commission les principaux facteurs qui viennent compliquer les choses en l’espèce sont les antécédents de violence de l’intimé, son problème persistant de toxicomanie, le lien entre sa consommation de drogues dures et le meurtre commis en 1978, ainsi que son apparente réticence à renoncer à ses habitudes de consommation de drogue.

B. *The Review Board's Expertise*

To make these difficult assessments of mental disorders and attendant safety risks, the Board is provided with expert membership and broad inquisitorial powers. While the chairperson is to be a federally appointed judge, or someone qualified for such an appointment, at least one of the minimum of five members must be a qualified psychiatrist. If only one member is so qualified, at least one other member must “have training and experience in the field of mental health”, and be entitled to practise medicine or psychology (*Cr. C.*, ss. 672.39 and 672.4). The chairperson has all the powers conferred under ss. 4 and 5 of the *Inquiries Act*, R.S.C. 1985, c. I-11, and a broad authority to consider “disposition information” that may not in all respects comply with strict rules of evidence (*Cr. C.*, ss. 672.43 and 672.51).

It is evident that the assessment of whether the respondent's mental condition renders him a significant threat to the safety of the public calls for significant expertise.

C. *The Standard of Review*

The appellant submitted an extensive analysis of the Court's administrative law jurisprudence applying the “functional and pragmatic test” to establish the appropriate standard of review from *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1087, to *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11. However, in the case of these review boards, Parliament has spelled out in the *Criminal Code* the precise standard of judicial review, namely that the court may set aside an order of the review board only where it is of the opinion that:

(a) the decision is unreasonable or cannot be supported by the evidence; or,

B. *L'expertise de la Commission d'examen*

Pour s'acquitter de cette difficile évaluation des troubles mentaux et des risques pour la sécurité qui y sont associés, la Commission compte des experts parmi ses membres et dispose de vastes pouvoirs d'enquête. Au moins un des cinq membres dont la Commission est minimalement constituée doit être autorisé à exercer la psychiatrie et son président doit être un juge nommé par le gouvernement fédéral ou une personne qui remplit les conditions de nomination à un tel poste. Si la Commission ne compte qu'un psychiatre, au moins un autre de ses membres doit être une personne autorisée à exercer la médecine ou la profession de psychologue et « dont la formation et l'expérience relèvent de la santé mentale » (*C. cr.*, art. 672.39 et 672.4). Le président de la Commission est investi des pouvoirs prévus aux art. 4 et 5 de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. 1985, ch. I-11, ainsi que d'une large compétence pour examiner les « renseignements décisionnels » qui peuvent ne pas être conformes à tous égards aux strictes règles de preuve (*C. cr.*, art. 672.43 et 672.51).

La question de savoir si, à cause de son état mental, l'intimé représente un risque important pour la sécurité du public fait manifestement appel à une grande expertise.

C. *La norme de contrôle*

L'appelante a soumis une analyse approfondie des décisions de notre Cour en droit administratif, de *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, p. 1087, à *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11, relativement à l'application de la « méthode fonctionnelle et pragmatique » pour déterminer la norme de contrôle applicable. Cependant, le législateur a pris la peine d'énoncer dans le *Code criminel* la norme précise de contrôle judiciaire qui s'applique à ces commissions d'examen, à savoir que la cour ne peut annuler une ordonnance rendue par la commission d'examen que si elle est d'avis que, selon le cas :

a) la décision est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve;

29

30

31

(b) the decision is based on a wrong decision on a question of law (unless no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred); or

(c) there was a miscarriage of justice. (*Cr. C.*, s. 672.78)

32

It must be kept in mind that “[t]o a large extent judicial review of administrative action is a specialized branch of statutory interpretation”: *Bibeault*, at p. 1087 (emphasis deleted). Where Parliament has shown its intent in the sort of express language found in s. 672.78 *Cr. C.* then, absent any constitutional challenge, that is the standard of review that is to be applied.

33

The first branch of the test corresponds with what the courts call the standard of review of reasonableness *simpliciter*, i.e., the Court of Appeal should ask itself whether the Board’s risk assessment and disposition order was unreasonable in the sense of not being supported by reasons that can bear even a somewhat probing examination: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 56, *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, and *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19. If the Board’s decision is such that it could reasonably be the subject of disagreement among Board members properly informed of the facts and instructed on the applicable law, the court should in general decline to intervene.

34

The Crown asks us to apply the test of “unreasonable verdict” in criminal cases, citing *R. v. Yeves*, [1987] 2 S.C.R. 168, and *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15. There are parallels between the language of s. 672.78 *Cr. C.* dealing with appellate review of an NCR disposition order, and s. 686 *Cr. C.* dealing with appellate review of verdicts in criminal cases, and there is authority for that proposition: see *Peckham v. Ontario (Attorney-General)* (1994), 93 C.C.C. (3d) 443 (Ont. C.A.), at p. 454. However, with respect, we should be mindful of the differences in context, regardless of the

b) il s’agit d’une erreur de droit sauf si aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit;

c) il y a eu erreur judiciaire. (*C. cr.*, art. 672.78)

Il ne faut pas perdre de vue que, [TRADUCTION] «[d]ans une large mesure, l’examen judiciaire d’un acte administratif est une division spécialisée de l’interprétation des lois» (soulignement omis) : *Bibeault*, précité, p. 1087. Si le législateur a révélé son intention dans le libellé explicite de l’art. 672.78 *C. cr.*, c’est cette norme de contrôle qu’il convient d’appliquer en l’absence de contestation constitutionnelle.

Le premier volet du critère correspond à ce que les tribunaux appellent la norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter*, c’est-à-dire que la Cour d’appel devrait se demander si l’évaluation du risque et l’ordonnance de la Commission étaient déraisonnables en ce sens qu’elles n’étaient étayées par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 56, *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, et *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19. En règle générale, la cour devrait s’abstenir d’intervenir si la décision de la Commission est telle que les membres de la Commission ayant une bonne connaissance des faits et une perception juste du droit applicable pourraient raisonnablement se trouver en désaccord.

Citant les arrêts *R. c. Yeves*, [1987] 2 R.C.S. 168, et *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15, le ministère public nous demande d’appliquer le critère du « verdict déraisonnable » en matière criminelle. Il y a un parallèle à tracer entre le libellé de l’art. 672.78 *C. cr.*, qui traite de la révision en appel d’une ordonnance de non-responsabilité criminelle, et celui de l’art. 686 *C. cr.* qui concerne la révision en appel des verdicts en matière criminelle. Un arrêt appuie cette proposition : *Peckham c. Ontario (Attorney-General)* (1994), 93 C.C.C. (3d) 443 (C.A. Ont.), p. 454. Cela dit, en toute

similarity in the wording of the statutory provisions. An NCR disposition order is not punitive: *Winko, supra*, at paras. 41 and 71. It arises out of a process that is inquisitorial, not adversarial, that takes place before an administrative board, not a court. To the extent the Crown seeks to raise the bar of judicial review higher than reasonableness *simpliciter*, I think the attempt should be resisted. An NCR disposition order is to be reviewed on the basis of administrative law principles. Resort must therefore be taken to the jurisprudence governing judicial review on a standard of reasonableness *simpliciter*, as most recently discussed in *Dr. Q, supra*, at para. 39, and *Ryan, supra*, at para. 47.

The appellant next contends that, notwithstanding its notional acceptance of the reasonableness *simpliciter* test, the Court of Appeal in reality substituted its own view for that of the Board, thus in fact applying the least deferential standard of review, namely correctness. I do not agree.

The Court of Appeal referred, at para. 17, to its own previous decision in *Beauchamp v. Penetanguishene Mental Health Centre (Administrator)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 172, at p. 180, where Osborne A.C.J.O. stated that the court's review of a disposition "is not a review of the correctness of findings made in the disposition" (emphasis added). See also *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)* (1999), 131 C.C.C. (3d) 473 (Ont. C.A.), at para. 8, leave to appeal refused, *sub nom. Clement v. Attorney General for Ontario*, [1999] 1 S.C.R. vi.

Moreover, the court in this case expressly acknowledged the Board's "medical expertise, its specialized knowledge and its advantage in observing witnesses" (para. 18). These factors, as the court itself explicitly recognized, command deference. The court concluded that it ought nevertheless to

déférence, il importe de garder à l'esprit le contexte différent dans lequel s'inscrivent ces dispositions, malgré leur libellé similaire. Une ordonnance de non-responsabilité criminelle n'a pas un caractère punitif : *Winko*, précité, par. 41 et 71. Elle émane d'un processus de nature inquisitoire, et non contradictoire, qui se tient devant une commission administrative plutôt qu'un tribunal. Dans la mesure où le ministère public tente d'élever le seuil du contrôle judiciaire au-delà de la décision raisonnable *simpliciter*, je crois qu'il faut rejeter ses prétentions. Une ordonnance de non-responsabilité criminelle doit être révisée sur le fondement des principes du droit administratif. Il faut alors recourir à la jurisprudence en matière de contrôle judiciaire au regard de la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, examinée récemment dans les arrêts *Dr Q*, précité, par. 39, et *Ryan*, précité, par. 47.

L'appelante fait ensuite valoir que, malgré son acceptation sur le plan conceptuel du critère de la décision raisonnable *simpliciter*, la Cour d'appel a substitué en réalité son point de vue à celui de la Commission, appliquant de ce fait la norme de contrôle qui appelle la moins grande retenue, soit celle de la décision correcte. Je ne suis pas de cet avis.

Au paragraphe 17 de ses motifs, la Cour d'appel a renvoyé à une décision qu'elle a rendue, *Beauchamp c. Penetanguishene Mental Health Centre (Administrator)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 172, où le juge Osborne (juge en chef adjoint de l'Ontario) a affirmé à la p. 180 que la révision d'une décision par le tribunal [TRADUCTION] « ne consiste pas à vérifier si les conclusions tirées dans la décision sont correctes » (je souligne). Voir aussi *Penetanguishene Mental Health Centre c. Ontario (Attorney General)* (1999), 131 C.C.C. (3d) 473 (C.A. Ont.), par. 8, autorisation de pourvoi refusée, *sub nom. Clement c. Attorney General for Ontario*, [1999] 1 R.C.S. vi.

De plus, la cour a expressément reconnu en l'espèce [TRADUCTION] « l'expertise médicale [de la Commission], ses connaissances spécialisées et l'avantage qu'elle a eu d'observer les témoins » (par. 18). Ces facteurs, et la cour l'a admis volontiers, appellent une certaine déférence. Elle a néanmoins

35

36

37

intervene because, in its view, the decision appealed from was unreasonable and could not be supported by the evidence. Although the court did not use the term “reasonableness *simpliciter*”, I think it is clear from the decision as a whole that this is the standard of review applied by the court and it was correct to do so.

D. *Was the Review Board Decision Unreasonable?*

38 The Court of Appeal accepted the Board’s conclusion that the respondent “continues to suffer from an anti-social personality disorder exacerbated by substance abuse” (para. 20). Such an assessment was within the Board’s expertise and the court saw “no basis on which this court can properly interfere with it” (para. 20).

39 The paranoid psychotic state in which the murder had been committed in 1978, triggered by amphetamine abuse, had apparently subsided. However, while the evidence suggests the respondent was not suffering in 1999 from a “mental disorder” (emphasis added) as required by *Cr. C. ss. 16 and 672.34* to qualify initially for NCR status, the Board in making subsequent dispositions is required by s. 672.54 to have regard to the NCR person’s “mental condition” (emphasis added), which is a term of broader scope, and which in the respondent’s case was certainly a relevant consideration for the Board in the spring of 2000. As McLachlin J., as she then was, pointed out in *Winko, supra*, at para. 40:

Public safety will only be ensured by stabilizing the mental condition of dangerous NCR accused.

40 However, the Court of Appeal concluded that the evidence “fell short of establishing that the appellant is a significant threat to the safety of the public, even when using drugs” (para. 29). I entirely accept that the court should be vigilant in protecting the liberty of persons detained under the NCR provisions of the *Criminal Code*, but this vigilance must be tempered

décidé qu’elle se devait d’intervenir parce que, à son avis, la décision portée en appel était déraisonnable et ne pouvait être étayée par la preuve. Quoique la cour n’ait pas employé l’expression « décision raisonnable *simpliciter* », j’estime qu’il se dégage clairement de l’ensemble de la décision qu’elle a appliqué cette norme de contrôle, et ce, à juste titre.

D. *La décision de la Commission d’examen était-elle déraisonnable?*

La Cour d’appel a retenu la conclusion tirée par la Commission selon laquelle l’intimé [TRADUCTION] « souffre encore d’un trouble de la personnalité antisociale exacerbé par l’abus d’alcool et d’autres drogues » (par. 20). Une telle évaluation relevait de l’expertise de la Commission et la cour n’a décelé [TRADUCTION] « aucun élément sur lequel la cour pourrait s’appuyer à bon droit pour la modifier » (par. 20).

L’état de psychose paranoïde dans lequel le meurtre avait été commis en 1978, déclenché par l’abus d’amphétamines, avait apparemment disparu. Toutefois, bien que la preuve laisse entendre que l’intimé ne souffrait pas en 1999 de « troubles mentaux » (je souligne), condition essentielle au verdict initial de non-responsabilité criminelle selon les art. 16 et 672.34 *C. cr.*, la Commission est tenue par l’art. 672.54 de prendre en compte, pour rendre ses décisions subséquentes, de « l’état mental » (je souligne) de la personne non responsable criminellement, notion qui a une portée plus étendue et qui, dans le cas de l’intimé, était assurément une considération pertinente pour la Commission au printemps 2000. Pour reprendre les termes utilisés par la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *Winko*, précité, par. 40 :

La sécurité du public ne peut être assurée qu’en stabilisant l’état mental de l’accusé non responsable criminellement qui est dangereux.

La Cour d’appel a cependant conclu que la preuve [TRADUCTION] « ne permettait pas d’établir que l’appelant représente un risque important pour la sécurité du public, et ce, même lorsqu’il consomme de la drogue » (par. 29). Je reconnais tout à fait que la cour doit faire preuve de vigilance pour protéger la liberté des personnes détenues en vertu

with recognition of the inherent difficulty of the subject matter and the expertise of the medical reviewers. As stated in *Winko, supra*, at para. 61:

Appellate courts reviewing the dispositions made by a court or Review Board should bear in mind the broad range of these inquiries, the familiarity with the situation of the specific NCR accused that the lower tribunals possess, and the difficulty of assessing whether a given individual poses a “significant threat” to public safety.

The Court of Appeal accepted the respondent’s argument that the Board had wrongly “shifted the focus from the protection of the public to the prevention of the appellant’s abuse of alcohol and illegal drugs. It exercised its power to make a disposition for a punitive purpose . . .” (para. 29). But of course in the hospital’s view, the drugs, the violence and the mental condition were inextricably linked. Thus, in a March 25, 1999 report to the Board, the hospital stated:

The team is of the opinion that [the respondent] continues to represent a risk to the safety of the public. The consensus is that although his desire to raise his son is a motivator for good behaviour, it is also the restrictions imposed by the existence of his Disposition Order that play a key role. If such controls were removed, it is the opinion of the team that [the respondent] may well encounter difficulties, and perhaps a relapse of his mental illness. [Emphasis added.]

The Court of Appeal for Ontario pointed out that from 1994 to 1996 the respondent had been granted conditional discharges. In 2000, of course, the Board was required to deal with the respondent’s situation as it found it to be in 2000. The various hospital recommendations from 1994 to 1999 were made at a time when the hospital mistakenly believed that the respondent was undertaking successful steps to control the substance abuse that, in its view, had been the catalyst for earlier acts of violence. The hospital recommendation changed in 2000 because its understanding of the material facts had changed. In particular, the respondent tested

des dispositions relatives à la non-responsabilité criminelle édictées dans le *Code criminel*, mais cette vigilance doit être tempérée par la reconnaissance de la difficulté inhérente de l’objet de l’examen et de l’expertise des examinateurs médicaux. Voici ce que dit à ce sujet l’arrêt *Winko*, précité, par. 61 :

Les cours d’appel qui examinent les décisions rendues par un tribunal ou une commission d’examen doivent avoir à l’esprit l’étendue de ces enquêtes ainsi que le fait que les tribunaux de juridiction inférieure connaissent bien la situation particulière de l’accusé non responsable criminellement, et la difficulté de déterminer si la personne en cause représente un « risque important » pour la sécurité du public.

La Cour d’appel a retenu l’argument de l’intimé qui veut que la Commission ait, à tort, [TRADUCTION] « mis l’accent sur la prévention de la consommation excessive d’alcool et de drogues illicites par l’appelant plutôt que sur la protection du public. Elle a exercé son pouvoir décisionnel à des fins punitives . . . » (par. 29). Mais, bien sûr, l’hôpital estimait que les drogues, la violence et l’état mental étaient inextricablement liés. Par conséquent, dans un rapport présenté à la Commission le 25 mars 1999, l’hôpital a affirmé :

[TRADUCTION] L’équipe estime que [l’intimé] continue de représenter un risque pour la sécurité du public. Il y a consensus pour dire que, si son désir d’élever son fils le motive à avoir un bon comportement, les restrictions découlant de l’existence de son ordonnance jouent elles aussi un rôle clef. L’équipe est d’avis que, si ces mesures de contrôle disparaissaient, [l’intimé] pourrait fort bien éprouver des difficultés, et peut-être faire une rechute en ce qui concerne sa maladie mentale. [Je souligne.]

La Cour d’appel de l’Ontario a souligné que l’intimé avait bénéficié de libérations conditionnelles de 1994 à 1996. En 2000, la Commission devait évidemment examiner la situation de l’intimé telle qu’elle lui apparaissait en 2000. De 1994 à 1999, les autorités de l’hôpital ont émis diverses recommandations en croyant à tort que l’intimé avait pris des mesures efficaces pour renoncer à l’abus d’alcool et d’autres drogues qui, à leur avis, avait été le catalyseur de ses actes de violence antérieurs. Elles ont modifié leurs recommandations en 2000, parce que leur appréciation des faits importants avait changé. En particulier, le test de

41

42

positive for cocaine. Dr. Michael Chan, the respondent's attending physician at the KPH, reminded the Board members that before the murder in 1978 the respondent had eaten an apple spiked with methamphetamine (an amphetamine). Amphetamines and cocaine are pharmacologically similar. Thus, in Dr. Chan's view, the respondent's refusal or inability to control his drug habit, which had led to violence in the past, created a significant *present* risk to the safety of the public:

Q. What is it about the cocaine test which came back positive on January 25 [2000] that causes the report to describe it as "most troubling?"

A. Cocaine is pharmacologically very similar to amphetamine and, indeed, they're classified — both, as stimulants. And the pharmacological effects in the short term and the long term are very similar. And both substances can produce, with long usage, a paranoid psychotic state.

. . . .

MR. L. STEACY [Review Board Member]: And is it your concern today that because this gentleman is using drugs that that potential is still there for a similar type of action, or recidivism?

DR. M. CHAN: Yes.

MR. L. STEACY: And is that why you are telling the Board he constitutes a significant risk to the safety of the public today?

DR. M. CHAN: Yes.

Dr. Chan further testified that the respondent would not acknowledge the effect of drugs on his state of mind at the time of the index murder, thus making the condition harder to treat:

Q. . . . does [the respondent] acknowledge that there was any complicity of substance in the index murder?

A. A'hm — on a good day he might acknowledge he was taking amphetamines around the time of the offence.

dépistage de cocaïne qu'a subi l'intimé s'est révélé positif. Le médecin traitant de l'intimé au KPH, le Dr Michael Chan, a rappelé aux membres de la Commission que l'intimé avait mangé une pomme dopée aux méthamphétamines (une amphetamine) avant de commettre le meurtre en 1978. Les amphétamines et la cocaïne sont similaires sur le plan pharmacologique. Selon le Dr Chan, le refus ou l'incapacité de l'intimé de renoncer à sa consommation de drogue — qui l'a amené à commettre des actes de violence dans le passé — posait donc un risque *actuel* important pour la sécurité du public :

[TRADUCTION]

Q. Qu'y a-t-il à propos du test de dépistage de cocaïne qui s'est avéré positif le 25 janvier [2000] qui justifie la mention « plus inquiétant » dans le rapport?

R. Sur le plan pharmacologique, la cocaïne ressemble beaucoup aux amphétamines et, en fait, les deux substances sont classées — toutes deux comme des stimulants. Et on note une grande similarité entre les deux substances dans leurs effets pharmacologiques à court et à long terme. De plus, si elles sont prises sur une longue période, elles peuvent toutes deux créer un état psychotique paranoïde.

. . . .

M. L. STEACY [membre de la Commission d'examen] : Et vous vous inquiétez aujourd'hui de la possibilité que cet homme commette un geste similaire ou qu'il récidive parce qu'il consomme de la drogue?

Dr M. CHAN : Oui.

M. L. STEACY : Et c'est pourquoi vous affirmez devant la Commission qu'il représente aujourd'hui un risque important pour la sécurité du public?

Dr M. CHAN : Oui.

Toujours selon le témoignage du Dr Chan, l'intimé ne voulait pas reconnaître l'effet des drogues sur son état mental au moment de la perpétration du meurtre initial, ce qui ne facilitait pas son traitement :

[TRADUCTION]

Q. . . . [l'intimé] reconnaît-il que les drogues avaient quelque chose à voir avec le meurtre initial?

R. E-uhm — s'il est bien disposé, il peut admettre qu'il prenait des amphétamines au moment de l'infraction.

But on a bad day he would say amphetamines have nothing to do with it.

. . . abuse of amphetamines — drugs — were ongoing and were a large part in producing a paranoid psychotic state.

The Board had before it considerable evidence of violent behaviour, or the serious threat thereof, related to substance abuse. First and foremost, there was the 1978 murder. In 1988, he was convicted of possession of a prohibited weapon. In 1989, he hit a car door in such rage that he broke his hand: “It was either the door or Brad’s jaw, man, I had to hit something.” A year later, he did in fact fracture a man’s jaw with a pool cue. In 1991, he again exhibited “assaultive behaviours” and thereafter the KPH reports continued to note a propensity for violence. Reference has already been made to the hospital summary reports for the years 1991 to 1999. Most significantly, because most recently, we have the year 2000 nursing records (which are the subject of the fresh evidence application), which include his threat on September 26, 2000 to another patient, “You fucking bastard. Come to my room one more time and I will kill you. See those fucking cameras. They mean shit to me. I will kill you. I haven’t killed in 20 years but I’ll do it again.” This is not the language of someone who has his propensity for violence under control.

In its reasons, however, the Board did not attach so much importance to incidents of threats or violence which may have occurred in the years 1991 to 1999 as it did to the fact that in 2000 the respondent “has resumed the use of cocaine, drugs similar to that psychosis which preceded the events described at the time of the index offence”, i.e., the 1978 murder, and the “very serious assault . . . in 1990”. Accordingly, the respondent’s

recent conduct in graduating from marijuana use to cocaine, combined with his failure to assume any

Mais, à un autre moment, il dirait que les amphétamines n’ont rien à voir avec cela.

. . . l’abus d’amphétamines — drogues — était continu et a grandement contribué à le plonger dans un état psychotique paranoïde.

La Commission disposait de nombreux éléments de preuve du comportement violent de l’intimé lié à son abus d’alcool et d’autres drogues, ou de la menace sérieuse d’un recours à la violence. D’abord, il y avait le meurtre commis en 1978. En 1988, l’intimé a été déclaré coupable de possession d’une arme prohibée. En 1989, il s’est fracturé la main en frappant une portière de voiture dans un accès de rage : [TRADUCTION] « [c]’était la porte ou la mâchoire de Brad, t’sais, fallait que je frappe quelque chose. » Un an plus tard, il a effectivement fracturé la mâchoire d’un homme avec une baguette de billard. En 1991, il a de nouveau manifesté des « comportements violents » et, par la suite, les rapports émanant du KPH ont continué à faire état d’une propension à la violence. Mention a déjà été faite des rapports sommaires de l’hôpital pour les années 1991 à 1999. Mais ce qui est plus important, parce que ces données sont plus récentes, nous disposons des dossiers de soins infirmiers pour l’année 2000 (faisant l’objet de la demande de production d’une nouvelle preuve), qui font état de la menace qu’il a faite à un autre patient le 26 septembre 2000 : [TRADUCTION] « Maudit enfant de chienne. Si tu viens encore une fois dans ma chambre, je te tue. Tu vois ces maudites caméras? Ben, je m’en fous complètement. Je vais te tuer. Ça fait 20 ans que j’ai pas tué quelqu’un, mais je vais recommencer. » Ce n’est pas là le langage que tient une personne qui maîtrise sa propension à la violence.

Dans ses motifs, la Commission n’a toutefois pas attaché autant d’importance aux incidents de menaces ou de violence qui ont pu survenir entre 1991 et 1999 qu’au fait qu’en 2000, l’intimé [TRADUCTION] « a recommencé à consommer de la cocaïne, des drogues semblables à la psychose qui a précédé les événements décrits au moment de l’infraction initiale », c’est-à-dire le meurtre de 1978, et la « très grave agression [. . .] en 1990 ». Par conséquent,

[TRADUCTION] le comportement récent [de l’intimé], qui est passé de la marijuana à la cocaïne, auquel s’ajoute

43

44

responsibility for his actions, demonstrates a total disregard of the nature and extent of the risk that he poses to the public. [The respondent] has no understanding of his illness nor appreciation of its likely consequences and, as a result, remains a significant threat to the safety of the public. [Emphasis added.]

- 45 As stated, the Court of Appeal accepted the Board's diagnosis that the respondent "continues to suffer from an anti-social personality disorder exacerbated by substance abuse" (para. 20). In these circumstances, with respect, it was not unreasonable for the Board to conclude that the respondent's demonstrated capacity for violence when taking amphetamines or cocaine, now linked to recent evidence of resumed use of cocaine, rendered him a significant threat to the safety of the public. It is possible, as my colleague Justice Arbour shows, to take a different view of the facts but, with respect, the Board's decision was within a reasonable range of outcomes: *Ryan, supra*, at para. 56.

- 46 The Review Board's mandate was to focus on the overall "mental condition" of the respondent as of the date of the hearing as well as "the need to protect the public from dangerous persons, . . . the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused" (*Cr. C.*, s. 672.54). In my view, with respect, the decision of the Board meets the standard of reasonableness discussed in *Southam, supra, per* Iacobucci J., at para. 56:

. . . a court reviewing a conclusion on the reasonableness standard must look to see whether any reasons support it. The defect, if there is one, could presumably be in the evidentiary foundation itself or in the logical process by which conclusions are sought to be drawn from it. An example of the former kind of defect would be an assumption that had no basis in the evidence, or that was contrary to the overwhelming weight of the evidence. An example of the latter kind of defect would be a contradiction in the premises or an invalid inference.

son refus d'assumer la responsabilité de ses actes, démontre qu'il ne se soucie nullement de la nature et de l'étendue du risque qu'il représente pour le public. [L'intimé] ne comprend pas sa maladie, n'en saisit pas les conséquences probables et, de ce fait, représente toujours un risque important pour la sécurité du public. [Je souligne.]

Comme je l'ai mentionné, la Cour d'appel a retenu la conclusion de la Commission d'examen que l'intimé [TRADUCTION] « souffre encore d'un trouble de la personnalité antisociale exacerbé par l'abus d'alcool et d'autres drogues » (par. 20). Dans ces circonstances, j'estime en toute déférence qu'il n'était pas déraisonnable pour la Commission de conclure qu'en raison de sa capacité démontrée de se livrer à des actes de violence lorsqu'il prend des amphétamines ou de la cocaïne — maintenant liée à la preuve récente qu'il a recommencé à consommer de la cocaïne —, l'intimé représente un risque important pour la sécurité du public. Il est possible, comme le démontre ma collègue la juge Arbour, de voir les faits sous un jour différent mais, à mon humble avis, la décision de la Commission se situait dans la gamme des décisions raisonnablement possibles : *Ryan*, précité, par. 56.

La Commission d'examen avait pour mandat de centrer son analyse sur l'« état mental » général de l'intimé à la date de l'audition, ainsi que sur « la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, [les] besoins [de l'accusé et] la nécessité de sa réinsertion sociale » (*C. cr.*, art. 672.54). À mon humble avis, la décision de la Commission satisfait au critère du caractère raisonnable décrit dans l'arrêt *Southam*, précité, sous la plume du juge Iacobucci, au par. 56 :

. . . la cour qui contrôle une conclusion en regard de la norme de la décision raisonnable doit se demander s'il existe quelque motif étayant cette conclusion. Le défaut, s'il en est, pourrait découler de la preuve elle-même ou du raisonnement qui a été appliqué pour tirer les conclusions de cette preuve. Un exemple du premier type de défaut serait une hypothèse qui n'avait aucune assise dans la preuve ou qui allait à l'encontre de l'essentiel de la preuve. Un exemple du deuxième type de défaut serait une contradiction dans les prémisses ou encore une inférence non valable.

Here, the “logical process” by which the Board sought to draw its conclusion from the resumed use of cocaine was squarely within its expertise. The Court of Appeal, as stated, was of the view that the evidence “fell short” in this regard but, with respect, that was a matter of expertise and weight for the Board, not the reviewing court.

E. Admission of Fresh Evidence

An appeal against a disposition order shall be “based on a transcript of the proceedings and any other evidence that the court of appeal finds necessary to admit in the interests of justice” (emphasis added) (*Cr. C.*, s. 672.73(1)). The term “the interests of justice” also appears in the catalogue of powers of a court of appeal to admit fresh evidence in criminal appeals (*Cr. C.*, s. 683(1)).

The respondent says it is not clear whether the Court of Appeal accepted or rejected the fresh evidence because it made no order either way. However, it seems clear that the fresh evidence application was rejected because (i) there is no order allowing it, (ii) there is no reference in the court’s reasons to any of the information contained in the fresh evidence, and (iii) at para. 37 of its reasons, the Court of Appeal concludes that on the basis of the “evidence before it, the Board could not properly conclude that the appellant posed a significant threat to public safety” (emphasis added), and immediately thereafter in para. 38 it allowed the appeal without further discussion.

The Court of Appeal gave no reason for its rejection of the fresh evidence in this case and we are therefore left to speculate about why it was considered “in the interests of justice” not to admit it. The respondent seeks to rationalize the *sub silentio* rejection by reference to the test in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775, which sets out the following conditions:

En l’espèce, le « raisonnement » par lequel la Commission a tenté de tirer des conclusions du retour de l’intimé à la consommation de cocaïne relevait tout à fait de son champ d’expertise. Tel qu’il a été mentionné, la Cour d’appel a estimé que la preuve ne [TRADUCTION] « permettait pas » pareilles conclusions mais, à mon humble avis, cette question relevait de l’expertise de la Commission et c’est à elle et non au tribunal de révision qu’il appartenait de se prononcer sur la valeur probante de cette preuve.

E. Admission de la nouvelle preuve

L’appel d’une ordonnance est « fondé sur la transcription déposée auprès de la cour d’appel et sur les autres éléments de preuve dont la cour d’appel accepte la présentation lorsqu’elle estime que la justice l’exige » (je souligne) (*C. cr.*, par. 672.73(1)). Une expression semblable apparaît également dans l’éventail des pouvoirs dont jouit une cour d’appel pour admettre une nouvelle preuve dans le cadre d’un appel en matière criminelle (*C. cr.*, par. 683(1) : « dans l’intérêt de la justice »).

L’intimé soutient que la Cour d’appel n’a pas clairement accepté ou rejeté la nouvelle preuve, car elle n’a rendu aucune ordonnance dans un sens ou dans l’autre. Il semble toutefois clair que la demande de production d’une nouvelle preuve a été rejetée parce que : (i) aucune ordonnance l’accueillant n’a été rendue; (ii) nulle part dans les motifs de la cour n’a-t-on fait allusion aux renseignements révélés par la nouvelle preuve; (iii) au par. 37 de ses motifs, la Cour d’appel conclut qu’au vu de [TRADUCTION] « la preuve dont elle disposait, la Commission ne pouvait conclure à juste titre que l’appelant représentait un risque important pour la sécurité du public » (je souligne), et elle accueille l’appel immédiatement après, au par. 38, sans plus d’explication.

La Cour d’appel n’ayant pas motivé son refus d’admettre la nouvelle preuve en l’espèce, nous en sommes réduits à émettre des hypothèses sur la raison pour laquelle elle l’a rejetée parce que « la justice l’exige ». L’intimé tente de dégager le fondement de ce rejet *sub silentio* en renvoyant au critère établi dans l’arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, p. 775, selon lequel les conditions suivantes doivent être réunies :

47

48

49

50

- | | |
|---|--|
| <p>(1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases. . . .</p> <p>(2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.</p> <p>(3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and</p> <p>(4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.</p> | <p>(1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles . . .</p> <p>(2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.</p> <p>(3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et</p> <p>(4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.</p> |
|---|--|

51

Counsel for the respondent concedes that the “fresh evidence” could not with due diligence have been adduced at the original hearing (as the events it describes postdate the hearing) and was relevant to the issue of the respondent’s alleged propensity for violence, but he argues that it was nevertheless rightly rejected because it largely consisted of “unreliable” nursing notes and hospital records. Such evidence, he says, could not be expected to have affected the result before the Board (which had already concluded that the respondent was a significant risk to public safety) or the result in the Court of Appeal, which was leaning in favour of allowing the appeal, because what little probative value the fresh evidence possessed was outweighed by its obvious prejudice.

L’avocat de l’intimé admet que la « nouvelle preuve » ne pouvait pas, avec diligence raisonnable, être produite à l’audition initiale (les événements qui y sont relatés étant postérieurs à l’audition) et qu’elle était pertinente quant à la propension alléguée de l’intimé à la violence, mais il soutient que c’est néanmoins à juste titre qu’elle a été rejetée puisqu’elle était composée en grande partie de notes des soins infirmiers et de dossiers d’hôpital qui n’étaient « pas dignes de foi ». Selon lui, on n’aurait pas pu s’attendre à ce que cette preuve ait une incidence quelconque sur la décision de la Commission (qui avait déjà conclu que l’intimé représentait un risque important pour la sécurité du public) ou sur celle de la Cour d’appel, qui était encline à accueillir l’appel, car le préjudice manifeste causé par cette nouvelle preuve l’emportait sur sa faible valeur probante.

52

I do not accept this analysis. In the first place, the term “interests of justice” used in s. 672.73(1) and s. 683(1) *Cr. C.* takes its meaning from the context in which it is sought to be applied. While there are some generally applicable considerations, such as the public interest in bringing finality to litigation, and avoiding the relitigation of issues in the Court of Appeal on a different record than was before the trial court, there are also differences. The appeal of an NCR disposition order under Part XX.1 of the *Criminal Code* is not an appeal in an adversarial criminal prosecution (as in *Palmer, supra*, and *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480) but an inquisitorial administrative procedure designed to arrive at the

Je n’accepte pas cette analyse. Tout d’abord, les expressions « lorsqu[e] . . . la justice l’exige » et « dans l’intérêt de la justice » employées aux par. 672.73(1) et 683(1) *C. cr.* tirent leur sens du contexte dans lequel on cherche à les appliquer. Bien que certaines considérations s’appliquent de manière générale, soit par exemple l’intérêt du public à assurer le règlement définitif des litiges et à éviter la réouverture du débat devant la Cour d’appel à partir d’un dossier différent de celui dont le tribunal de première instance disposait, il existe aussi des différences. L’appel d’une ordonnance de non-responsabilité criminelle sous le régime de la partie XX.1 du *Code criminel* ne constitue pas une procédure

least restrictive regime for an NCR detainee consistent with public safety. As Goldie J.A. wrote in *Davidson v. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269 (B.C.C.A.), at p. 277, “[u]nder s. 672.54 of the *Code*, the treatment of one unable to judge right from wrong is intended to cure the defect. It is not penal in purpose or effect. Where custody is imposed on such a person, the purpose is prevention of antisocial acts, not retribution.”

Even in the adversarial context of a criminal appeal, the test is not a mechanical application of the *Palmer* criteria but the statutory test of “the interests of justice”. Thus in *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, the Court held that “failure to meet the due diligence requirement should not ‘override accomplishing a just result’” (para. 56).

In this context, the “interests of justice” includes not only justice to the NCR detainee, whose liberty is at stake, but also justice to the public, whose protection is sought to be assured. In light of the Court of Appeal’s criticism that the Board had unduly concerned itself with the respondent’s failure to control his drug habit without sufficient evidence of a continuing disposition to violent behaviour, the proffered evidence (including physical assaults and a recent death threat) was highly relevant.

If I had agreed with the Court of Appeal about the thinness of the record on the propensity for violence issue, I would think it all the more “in the interests of justice” to look at the latest reliable information on that issue.

Yet a different context (and a different statute) for the admission of fresh evidence is illustrated by

contradictoire d’appel d’une poursuite criminelle (comme dans les arrêts *Palmer*, précité, et *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480), mais bien une procédure administrative de nature inquisitoire visant à établir le régime le moins contraignant pour un détenu non responsable criminellement tout en préservant la sécurité du public. Comme le juge Goldie l’a dit dans *Davidson c. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269 (C.A.C.-B.), p. 277, [TRADUCTION] « [e]n vertu de l’art. 672.54 du *Code*, le traitement d’une personne qui ne peut distinguer le bien du mal vise à remédier à cette incapacité. Ni son objet ni son effet ne revêtent un caractère pénal. Lorsque la détention d’une telle personne est ordonnée, elle vise à prévenir l’accomplissement d’actes antisociaux, et non à châtier. »

Même dans le contexte contradictoire d’un appel en matière criminelle, le critère ne consiste pas en l’application mécanique du critère énoncé dans l’arrêt *Palmer*, mais bien en celui que prévoit la loi, soit « l’intérêt de la justice ». La Cour a ainsi statué dans l’arrêt *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, que « le défaut de satisfaire à l’obligation de diligence raisonnable ne doit pas [TRADUCTION] “l’emporter sur l’obtention d’un résultat juste” » (par. 56).

Dans ce contexte, « la justice » s’entend non seulement de la justice à l’égard du détenu non responsable criminellement, dont la liberté est en jeu, mais également de la justice à l’égard du public, dont on cherche à assurer la protection. Comme la Cour d’appel a critiqué la Commission pour s’être indûment attardée sur le défaut de l’intimé de renoncer à sa consommation de drogue en l’absence d’une preuve suffisante d’une prédisposition persistante à la violence, la preuve dont la production était demandée (incluant celle des actes de violence physique et de la récente menace de mort) était extrêmement pertinente.

Si je m’étais rangé à l’avis de la Cour d’appel sur la minceur du dossier quant à la propension à la violence, j’estimerais à plus forte raison que « la justice exigeait » la prise en compte des renseignements fiables les plus récents à ce sujet.

L’arrêt *Starson c. Swayze*, [2003] 1 R.C.S. 722, 2003 CSC 32, rendu simultanément, illustre encore

53

54

55

56

Starson v. Swayze, [2003] 1 S.C.R. 722, 2003 SCC 32, released concurrently. In that case, the appellant, an attending physician, sought to introduce fresh evidence of his patient's mental condition in order to obtain consent of a substitute decision-maker to unwanted medical treatment under the *Health Care Consent Act, 1996*, S.O. 1996, c. 2, Sch. A, which permits the court to "receive new or additional evidence as it considers just" (s. 80(9)). We concluded in that case that reception of the proffered evidence would not be "just". Unlike here, no issue of public safety was raised. Here, an absolute discharge of the NCR detainee would, for all practical purposes, terminate the state's capacity to supervise and monitor the respondent's mental condition under Part XX.1 of the *Criminal Code*. Under the substituted consent provisions of the *Health Care Consent Act, 1996*, on the other hand, the attending physician can always reapply to the Capacity and Consent Board based on up-to-date information. In short, the consequences of a misjudged denial of state intervention are much more serious in the case of an NCR detainee than in the case of a patient resisting unwanted medical treatment. The interests of justice in the circumstances of this case require a different result.

57 The proffered evidence went to the core of the Court of Appeal's concern about the insufficiency of evidence of the respondent's continuing propensity for violence and, if credible, ought to have been admitted as "bear[ing] on a decisive issue" (*Palmer*, at p. 776).

58 The evidence was credible. Nursing notes and hospital records have routinely been admitted for more than 30 years as *prima facie* proof of the truth of their contents under the hearsay exception for business records: *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608, per Hall J., at p. 626:

Hospital records, including nurses' notes, made contemporaneously by someone having a personal

un autre contexte (et l'application d'une autre loi) d'admission de la nouvelle preuve. Dans cette affaire, l'appelant, un médecin traitant, cherchait à faire admettre une nouvelle preuve de l'état mental de son patient qui refusait de se soumettre à un traitement médical, afin d'obtenir le consentement de son mandataire spécial en vertu de la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, L.O. 1996, ch. 2, ann. A, laquelle permet au tribunal de « recevoir de nouvelles preuves ou des preuves additionnelles, selon ce qu'il juge équitable » (par. 80(9)). Nous avons conclu dans cette affaire qu'il ne serait pas « équitable » de recevoir la preuve offerte. Contrairement au présent pourvoi, cette affaire ne soulevait pas la question de la sécurité du public. En l'espèce, la libération inconditionnelle du détenu non responsable criminellement mettrait en pratique un terme à la capacité de l'État de surveiller et de contrôler son état mental sous le régime de la partie XX.1 du *Code criminel*. En revanche, les dispositions de la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé* relatives au consentement du mandataire spécial n'empêchent pas le médecin traitant de soumettre une nouvelle demande à la Commission du consentement et de la capacité en s'appuyant sur des données à jour. Bref, les conséquences du rejet erroné de l'intervention de l'État sont beaucoup plus graves dans le cas d'un détenu non responsable criminellement que dans le cas d'un patient qui refuse de se soumettre à un traitement médical. La justice exige en l'espèce un autre résultat.

La preuve offerte concernait directement la réserve qu'avait la Cour d'appel quant à l'insuffisance de la preuve de la propension continue de l'intimé à la violence et, si elle était digne de foi, elle aurait dû être admise comme « port[ant] sur une question décisive » (*Palmer*, p. 776).

La preuve était digne de foi. Depuis plus de 30 ans, les notes des soins infirmiers et les dossiers d'hôpital sont couramment admis comme preuve *prima facie* de la véracité de leur contenu, en application de l'exception à l'exclusion du oui-dire pour les dossiers d'entreprise : *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608, le juge Hall, p. 626 :

Les dossiers d'hôpitaux, y compris les notes des infirmières, rédigés au jour le jour par quelqu'un qui a une

knowledge of the matters then being recorded and under a duty to make the entry or record should be received in evidence as *prima facie* proof of the facts stated therein.

Under more recent jurisprudence, such business records would be admissible on a principled basis under the hearsay analysis adopted in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531. If the respondent wished to contest the accuracy of the hospital records, it was open to him to do so, but he chose not to: *R. v. Lévesque*, [2000] 2 S.C.R. 487, 2000 SCC 47, at paras. 26-28. An absolute discharge, in my view, should be granted only upon consideration of all of the reliable evidence available both at the time of the Board hearing and, if appealed, at the time of the appellate review.

I should add that the absence of any reasons from the Court of Appeal for its rejection of the fresh evidence motion has complicated the conduct of this appeal. Both the respondent and the Crown were obliged to speculate about what the Court of Appeal decided and the possible reasons for it. Acceptance or rejection of a fresh evidence motion may have a dispositive impact on the outcome of an appeal. To paraphrase *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26, at para. 28, if the deficiencies in the reasons of an intermediate appellate court prevent meaningful appellate review of the correctness of its decision in this Court, then an error of law has been committed. Reviewing courts should provide reasons for their decision to admit or reject fresh evidence pursuant to their mandate under s. 672.54 and s. 672.73(1) *Cr. C.* if justice is to be done to both the NCR detainee and the public.

In any event, it is my view that the fresh evidence ought to be admitted as part of the record on this appeal.

F. *The “Least Onerous and Least Restrictive” Disposition*

Having thus affirmed as reasonable the Board’s conclusion that the respondent continues to be a

connaissance personnelle des faits et dont le travail consiste à faire les écritures ou rédiger les dossiers, doivent être reçus en preuve, comme preuve *prima facie* des faits qu’ils relatent.

Selon la jurisprudence plus récente, ces dossiers d’entreprise seraient admissibles suivant les principes applicables à l’analyse relative au oui-dire qui a été consacrée dans l’arrêt *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531. Si l’intimé voulait contester l’exactitude des dossiers d’hôpital, il pouvait le faire, mais il a choisi de ne pas se prévaloir de cette possibilité : *R. c. Lévesque*, [2000] 2 R.C.S. 487, 2000 CSC 47, par. 26-28. On ne devrait, à mon avis, accorder la libération inconditionnelle qu’après avoir examiné tous les éléments de preuve fiables connus autant au moment de l’audition par la Commission qu’au moment du contrôle en appel, le cas échéant.

Je dois ajouter que le déroulement du présent pourvoi a été compliqué par l’absence de motifs à l’appui du rejet par la Cour d’appel de la requête en production d’une nouvelle preuve. L’intimé et le ministère public se sont tous deux vus contraints d’émettre des hypothèses sur la décision de la Cour d’appel et les motifs qui peuvent la sous-tendre. L’acceptation ou le rejet d’une requête en production d’une nouvelle preuve peut avoir une incidence déterminante sur l’issue d’un appel. Pour paraphraser l’arrêt *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, par. 28, lorsque les lacunes des motifs d’une cour d’appel intermédiaire font obstacle à un examen valable en appel de la justesse de la décision devant notre Cour, une erreur de droit a été commise. Pour être juste envers le détenu non responsable criminellement et envers le public, le tribunal siégeant en révision devrait motiver sa décision d’admettre ou de rejeter la nouvelle preuve dans l’exécution du mandat que lui confèrent l’art. 672.54 et le par. 672.73(1) *C. cr.*

Quoi qu’il en soit, je suis d’avis que la nouvelle preuve aurait dû être admise comme faisant partie du dossier dans le présent pourvoi.

F. *La décision « la moins sévère et la moins privative de liberté »*

Ayant donc confirmé le caractère raisonnable de la conclusion de la Commission selon laquelle

59

60

61

62

significant threat to the safety of the public, I turn to the issue, under s. 672.54, whether the Board's disposition order is the least onerous and least restrictive for the respondent consistent with the assurance of public safety. In considering its order, the Board must again have regard to

the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the [NCR] accused, the reintegration of the [NCR] accused into society and the other needs of the [NCR] accused. . . .

(*Cr. C.*, s. 672.54; *Winko*, *supra*, at para. 62)

63

As mentioned, from 1994 to 1996, the respondent was granted conditional discharge orders. This was changed in 1997 because of drug use. A detention order with leave conditions was substituted. That detention order was continued in 1998 and 1999. In 2000, the "leave conditions" were made more restrictive because of the discovery, on January 25, 2000, that the respondent was on cocaine. At that point, in making its recommendation, the hospital staff told the Board that:

In the presence of close supervision [the respondent] consumed illicit substances. In the absence of direct supervision at all times, the hospital is not confident in its ability to prevent [the respondent] from engaging in these risky behaviours. [Emphasis added.]

Accordingly, in KPH's view, given the link it had made between the respondent's propensity for violence and the use of cocaine, the hospital detention order with restricted leave conditions represented "the least onerous and restrictive, in keeping with the need to protect the safety of the public".

64

The success or failure of an NCR detainee to follow a treatment program was noted as a relevant factor in *Winko*, *supra*, at para. 61.

l'intimé représente toujours un risque important pour la sécurité du public, je passe à présent à la question de savoir si, sous le régime de l'art. 672.54, l'ordonnance de la Commission est la décision la moins sévère et la moins privative de liberté à l'égard de l'intimé qui permette néanmoins d'assurer la sécurité du public. Pour rendre son ordonnance, la Commission doit, une fois de plus, tenir compte

de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé [non responsable criminellement] et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale. . . .

(art. 672.54 *C. cr.*; *Winko*, précité, par. 62)

Comme je l'ai mentionné, l'intimé a bénéficié de libérations conditionnelles de 1994 à 1996. Cette situation a changé en 1997, en raison de sa consommation de drogue. On a substitué à l'ordonnance de libération conditionnelle une ordonnance de détention assortie de conditions applicables aux absences. Cette dernière ordonnance a été maintenue en 1998 et en 1999. En 2000, les « conditions applicables aux absences » ont été rendues plus contraignantes lorsqu'on a découvert, le 25 janvier 2000, que l'intimé prenait de la cocaïne. À ce moment, le personnel de l'hôpital chargé de formuler ses recommandations a déclaré à la Commission :

[TRADUCTION] Sous surveillance étroite, [l'intimé] a consommé des drogues illicites. Sans une surveillance directe et constante, l'hôpital n'est pas convaincu de pouvoir empêcher [l'intimé] de se livrer à des actes hautement risqués. [Je souligne.]

De l'avis du personnel du KPH, vu le lien qu'il avait établi entre la propension de l'intimé à la violence et sa consommation de cocaïne, l'ordonnance de détention à l'hôpital assortie de conditions applicables aux absences s'avérait donc la décision [TRADUCTION] « la moins sévère et la moins privative de liberté en tenant compte de la nécessité de protéger la sécurité du public ».

Le paragraphe 61 de l'arrêt *Winko*, précité, mentionne le succès ou l'échec d'un programme de traitement suivi par un détenu non responsable criminellement comme un facteur pertinent.

The respondent says that if he were to re-offend while on drugs, he would be subject, like anyone else, to the strictures of the *Criminal Code*. But he is not like anyone else. He is an NCR detainee whose drug abuse is linked to a demonstrated propensity for violence, including murder, and Part XX.1 of the *Criminal Code* is designed to take measures to protect the public safety *before* violence occurs, not (as in the ordinary case) to punish the offender afterwards.

In making its disposition order, the Board noted that it was required to consider “the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused . . .” (*Cr. C.*, s. 672.54).

Reference has already been made to the Board’s discussion of the respondent’s mental condition and the repeated efforts of the hospital authorities to help reintegrate the respondent into society. The Board was clearly sympathetic to the respondent’s desire to be reunited with his son and his evident level of frustration at his continued detention. The critical factor that tilted the Board against a less restrictive order was the respondent’s renewed (or rediscovered) taking of cocaine, and its pharmacological link to the amphetamines that triggered the 1978 murder. This discovery led the hospital authorities to recommend against a conditional release:

In the absence of direct supervision at all times, the team is not confident in its ability to prevent [the respondent] from engaging in high risk behaviour which may significantly increase the likelihood of recidivism.

The Board agreed with the hospital that there was little prospect of the respondent’s drug habit being effectively controlled with the sort of sporadic supervision available in the community. The Board recognized the ease with which the respondent had

L’intimé affirme que, s’il commet de nouvelles infractions sous l’influence de la drogue, il sera passible, comme n’importe qui d’autre, des sanctions prévues au *Code criminel*. Or, il ne s’agit pas de « n’importe qui d’autre ». Il s’agit d’un détenu non responsable criminellement chez qui il existe un lien entre l’abus de drogues et sa propension à la violence, y compris au meurtre, et la partie XX.1 du *Code criminel* est conçue pour prendre des mesures qui protégeront la sécurité du public *avant* que des actes de violence surviennent, et non (comme c’est le cas habituellement) pour punir le contrevenant après coup.

Dans son ordonnance, la Commission a noté qu’elle avait l’obligation de tenir compte « de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l’état mental de l’accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale » (*C. cr.*, art. 672.54).

J’ai déjà fait mention de l’examen par la Commission de l’état mental de l’intimé ainsi que des efforts déployés maintes fois par les autorités de l’hôpital pour aider l’intimé à réintégrer la société. La Commission a de toute évidence compris le désir de l’intimé de vivre avec son fils et sa frustration évidente du fait d’être maintenu en détention. Le facteur déterminant qui a fait pencher la balance à l’encontre d’une ordonnance moins contraignante a été le fait que l’intimé a recommencé à consommer de la cocaïne (ou la nouvelle révélation à cet effet) et son lien pharmacologique avec les amphétamines qui ont provoqué le meurtre en 1978. Ce fait nouveau a incité les autorités de l’hôpital à se prononcer à l’encontre d’une ordonnance de libération conditionnelle :

[TRADUCTION] Sans une surveillance directe et constante, notre équipe n’est pas convaincue de pouvoir empêcher [l’intimé] de se livrer à des actes hautement risqués qui sont susceptibles d’accroître sensiblement la probabilité d’une récidive.

La Commission a convenu avec l’hôpital qu’on ne pouvait guère espérer contrôler efficacement les habitudes de consommation de l’intimé avec le type de surveillance ponctuelle qui pourrait être exercée sur lui dans la collectivité. La Commission

65

66

67

68

deceived its drug monitoring program in the past. In light of the connection between the respondent's violence and the newly discovered cocaine abuse, the Board concluded:

It is unfortunate that [the respondent] has chosen to retard his progress toward rehabilitation and thwart the efforts of his caregivers to return him to society. We note that as recent as August of 1999 the treatment team were prepared to support his transfer to the Chatham area, which remains [the respondent's] desired relocation. [The respondent] by his conduct is the agent of his own misfortune, albeit he is unlikely to recognize or appreciate his role in what he will undoubtedly determine to be punishment by the Review Board and the hospital.

69

I do not think it unreasonable for the Board to conclude, in light of the difficulty in monitoring the cocaine problem in the community, that the "least onerous and least restrictive" order for the time being was a detention order in KPH. The respondent's case is not an easy one, but once we affirm as reasonable the Board's finding that the respondent represents a "significant threat to the safety of the public" (*Cr. C.*, s. 672.54), we should not be too quick to overturn the Board's expert opinion about how that risk is to be managed. In this respect, as well, the fresh evidence of violent behaviour must be taken into account "in the interests of justice". Once the cocaine use by the respondent is under control, no doubt, a less restrictive order will be considered. Modified leave conditions might include a more closely monitored testing procedure in the community than was in place prior to 2000. However, it is not for the Court to micromanage the leave conditions and, as matters stand, I do not consider it unreasonable for the Board to have concluded that its disposition was the least onerous and least restrictive alternative, given the continuing use of cocaine and the consequent risk to society posed by the respondent.

a reconnu la facilité avec laquelle l'intimé avait déjoué son programme de dépistage de drogue dans le passé. Compte tenu du lien qui existe entre la violence de l'intimé et sa consommation de cocaïne découverte depuis peu, la Commission a conclu :

[TRADUCTION] Malheureusement, [l'intimé] a choisi de ralentir sa progression vers la réadaptation et d'entraver les efforts déployés par ses aidants pour le réintégrer dans la société. Nous notons que dès août 1999, l'équipe de traitement était disposée à appuyer son transfert dans la région de Chatham, qui demeure encore aujourd'hui l'endroit où [l'intimé] désire être relocalisé. Par son comportement, [l'intimé] a été l'artisan de son propre malheur, bien qu'il soit improbable qu'il reconnaisse ou qu'il apprécie son rôle dans ce qu'il considérera sans aucun doute comme une punition que lui infligent la Commission d'examen et l'hôpital.

Je ne crois pas qu'il soit déraisonnable pour la Commission de conclure, compte tenu qu'il est difficile de surveiller le problème de cocaïne dans la collectivité, qu'une ordonnance de détention au KPH est la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » à l'heure actuelle. Il n'est pas facile de trancher le cas de l'intimé mais, une fois confirmé le caractère raisonnable de la conclusion de la Commission que l'intimé représente « un risque important pour la sécurité du public » (art. 672.54 *C. cr.*), nous devrions nous garder d'infirmer à la légère la décision d'expert rendue par la Commission quant à la gestion de ce risque. La nouvelle preuve du comportement violent doit être prise en compte aussi parce que « la justice l'exige ». Dès que l'intimé aura renoncé à sa consommation de cocaïne, on envisagera assurément de rendre une ordonnance moins contraignante. Parmi les conditions applicables aux absences de l'intimé susceptibles d'être modifiées, on pourrait prévoir une procédure de dépistage au sein de la collectivité qui ferait l'objet d'une surveillance plus étroite que celle qui existait avant 2000. Il n'appartient cependant pas à la Cour de se lancer dans la microgestion de ces conditions et, dans l'état actuel des choses, j'estime qu'il n'était pas déraisonnable pour la Commission de conclure que sa décision était la moins sévère et la moins privative de liberté, étant donné la consommation de cocaïne à laquelle continue de se livrer l'intimé et le risque qu'il représente de ce fait pour la société.

V. Conclusion

In my view, the order of the Board dated May 17, 2000 was not unreasonable on the evidence before it. It is not enough for the respondent to suggest that other members of other review boards might have taken a different view of Dr. Chan's evidence, or its medical underpinning, or the significance of the respondent's freshly disclosed continuing drug habit, including cocaine. The Court of Appeal reweighed the evidence and found it wanting, but that assessment was for the Board to make, and the decision they made was reasonably open to them on the evidence.

Even if I were persuaded, as was the Court of Appeal, that the "evidence before the Board fell short of establishing that the appellant is a significant threat to the safety of the public, even when using drugs" (para. 29), I would nevertheless allow the appeal on the basis of the record as enlarged by the fresh evidence. In my view, it will generally be desirable for an appellate court to admit fresh evidence that is trustworthy and touches on the issue of risk to public safety as being "necessary . . . in the interests of justice" (*Cr. C.*, s. 672.73(1)). The NCR detainee should, of course, be given the opportunity of countering the fresh evidence of risk by cross-examination or filing additional evidence in response. In the end, however, the Crown has the onus of establishing a significant risk to public safety and, in the interest of public safety, it should be given every reasonable opportunity to do so.

The confinement of the respondent will, of course, be subject to ongoing review by the Board no less than once every 12 months. The disposition of this appeal does not therefore purport to address, let alone decide, whether at the present time the respondent still poses a significant threat to the safety of the public. We decide only that the Court

V. Conclusion

À mon sens, l'ordonnance de la Commission datée du 17 mai 2000 n'était pas déraisonnable au vu de la preuve dont elle disposait. Il ne suffit pas pour l'intimé d'avancer que d'autres membres d'autres commissions d'examen auraient pu interpréter différemment le témoignage du Dr Chan, les fondements médicaux qui le sous-tendent ou l'importance de la révélation récente du fait que l'intimé continue de consommer de la drogue, notamment de la cocaïne. La Cour d'appel a apprécié à nouveau la preuve et l'a jugée insuffisante, mais c'est à la Commission qu'il revenait de se prononcer à cet égard et celle-ci a rendu une décision que la preuve lui permettait raisonnablement de rendre.

Même si j'étais convaincu, à l'instar de la Cour d'appel, que [TRADUCTION] « la preuve présentée à la Commission ne permettait pas d'établir que l'appelant représente un risque important pour la sécurité du public, et ce, même lorsqu'il consomme de la drogue » (par. 29), je serais néanmoins d'avis d'accueillir le pourvoi sur le fondement du dossier tel qu'il a été enrichi par la nouvelle preuve. J'estime qu'il est généralement souhaitable pour une cour d'appel d'admettre une nouvelle preuve qui est digne de foi et qui concerne la question du risque pour la sécurité du public, parce que « la justice l'exige » (*C. cr.*, par. 672.73(1)). Il va de soi qu'on doit donner l'occasion au détenu non responsable criminellement de contredire la nouvelle preuve selon laquelle il présente un risque en permettant la tenue d'un contre-interrogatoire ou la production d'éléments de preuve supplémentaires en réponse. Toutefois, il incombe en définitive au ministère public de démontrer que l'intimé représente un risque important pour la sécurité du public et, à cet égard, on devrait lui offrir toutes les possibilités raisonnables de le faire.

L'internement de l'intimé sera, bien sûr, soumis à un processus continu de révision par la Commission au moins une fois tous les 12 mois. Le présent pourvoi n'aborde donc pas, et il vise encore moins à la trancher, la question de savoir si à l'heure actuelle l'intimé représente encore un risque important pour la sécurité du public. Nous

70

71

72

of Appeal was wrong to set aside the Board's disposition order of May 17, 2000.

VI. Disposition

73 The fresh evidence is admitted. The appeal is allowed. The decision of the Court of Appeal is set aside, and the order of the Review Board dated May 17, 2000 is reinstated.

The following are the reasons delivered by

74 ARBOUR J. (dissenting) — The Court of Appeal overturned a detention order made by the Ontario Review Board ("Board") under the provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, dealing with persons not criminally responsible ("NCR") by reason of mental disorder. I agree with the Court of Appeal that the ruling of the Board was unreasonable for two reasons. First, the Board made an unreasonable finding regarding the dangerousness of the respondent, and second, the Board imposed the most onerous and restrictive disposition without any consideration of whether less restrictive ones would be adequate. The latter represents also an error of law since s. 672.54 specifically requires the Board to impose the least onerous and the least restrictive disposition that would achieve the desired result.

I. The Facts

75 My colleague Justice Binnie has referred to the salient facts. I will highlight what I consider significant.

76 The respondent was found not guilty of murder in 1978 by reason of mental disorder. The diagnosis at the time was of a drug-induced psychosis, which has now been in remission for many years. At the time of the hearing, the respondent did not suffer from any major mental illness, nor had he been suffering from such for a long time. However he had been a regular consumer of alcohol and drugs, although he tried to hide his consumption by cheating on his required urine tests. The respondent suffers from an antisocial

décidons simplement que la Cour d'appel a eu tort d'annuler l'ordonnance rendue par la Commission le 17 mai 2000.

VI. Dispositif

La nouvelle preuve est admise. Le pourvoi est accueilli. La décision de la Cour d'appel est annulée et l'ordonnance de la Commission d'examen, datée du 17 mai 2000, est rétablie.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE ARBOUR (dissidente) — La Cour d'appel a infirmé une ordonnance de détention rendue par la Commission ontarienne d'examen (la « Commission ») sous le régime des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, traitant des personnes non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux. Je partage l'avis de la Cour d'appel que la décision de la Commission était déraisonnable à deux égards. Premièrement, la Commission a tiré une conclusion déraisonnable sur la dangerosité de l'intimé et, deuxièmement, elle lui a imposé la décision la plus sévère et la plus privative de liberté, sans se demander si d'autres décisions moins privatives de liberté conviendraient. Ce dernier motif constitue également une erreur de droit, car l'art. 672.54 oblige expressément la Commission à rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté qui puisse produire le résultat escompté.

I. Les faits

Mon collègue le juge Binnie a déjà exposé les faits saillants de l'affaire. Je soulignerai ce qui me paraît important.

L'intimé a été déclaré non coupable de meurtre en 1978 pour cause de troubles mentaux. Selon le diagnostic posé à l'époque, l'intimé souffrait d'une psychose provoquée par la drogue, dont il est maintenant en rémission depuis de nombreuses années. Au moment de l'audition, l'intimé n'était atteint d'aucune maladie mentale grave et n'en avait pas souffert depuis longtemps. Il consommait cependant de l'alcool et des drogues sur une base régulière, bien qu'il ait tenté de le dissimuler en déjouant les tests d'urine auxquels il était astreint. L'intimé

personality disorder which is exacerbated by substance abuse.

Immediately after his trial in 1978, the respondent was detained at the Penetanguishene Mental Health Centre where he remained more or less continuously until 1986. From then on, he was granted increased access to community living until 1990, when he was convicted of assault causing bodily harm for hitting a man with a pool cue, fracturing his jaw. The respondent was sentenced to 14 months' imprisonment for this offence, with two years' probation. The respondent had been drinking heavily at the time of the commission of this offence and according to one of the hospital records, when Mr. Owen was interviewed in jail shortly after his arrest "he stated that he had been using marijuana and a bunch of stuff for two or three weeks before his arrest". There is however no evidence that he was under the influence of amphetamines or other similar drugs or that he was not criminally responsible for that assault by reason of a mental disorder. When he was released from jail, the respondent was examined by a psychiatrist who concluded that Mr. Owen was not depressed, showed no evidence of anxiety, had no disorder of thought or speech and demonstrated no evidence of hallucinations or delusional thinking. Although he remained under the NCR *Criminal Code* regime since he had not been absolutely discharged from the original detention order of 1978, the respondent served his sentence in jail. He was subsequently transferred to Kingston Psychiatric Hospital ("KPH") and the subject of further reviews by the Board.

The hospital reports throughout the 1990s consistently note Mr. Owen's history of substance abuse as well as his inability or unwillingness to admit that he has a substance abuse problem.

In 1994, the Board ordered Mr. Owen's conditional discharge, and did so again in 1995 and 1996. In 1997, after a positive test for cannabis, at

souffre d'un trouble de la personnalité antisociale exacerbé par son abus d'alcool et d'autres drogues.

Immédiatement après son procès en 1978, l'intimé a été détenu au Centre de santé mentale de Penetanguishene, où il est demeuré de façon plus ou moins permanente jusqu'en 1986. À partir de ce moment, il a bénéficié d'un accès élargi à la vie dans la collectivité jusqu'en 1990, année où il a été déclaré coupable de voies de fait causant des lésions corporelles pour avoir fracturé la mâchoire d'un homme avec une baguette de billard. Cette infraction lui a valu une peine d'emprisonnement de 14 mois assortie de deux ans de probation. L'intimé avait beaucoup bu avant de perpétrer cette infraction et, interrogé en prison peu de temps après son arrestation, [TRADUCTION] « il a déclaré avoir consommé de la marijuana et un tas d'autres choses au cours des deux ou trois semaines précédant l'arrestation », selon ce que révèle un dossier d'hôpital. Rien n'indiquait toutefois qu'il était sous l'influence d'amphétamines ou d'autres drogues similaires, ou encore qu'il n'était pas criminellement responsable pour cause de troubles mentaux quant à ces voies de fait. À la fin de son incarcération, l'intimé a été examiné par un psychiatre qui a conclu que M. Owen n'était pas déprimé, qu'il ne montrait aucun signe d'anxiété, qu'il ne souffrait d'aucun trouble de l'esprit ou de la parole et qu'il ne semblait pas être en proie à des hallucinations ou à des délires. Bien qu'il soit demeuré assujéti au régime de non-responsabilité criminelle prévu au *Code criminel* — n'ayant pas bénéficié d'une libération inconditionnelle depuis l'ordonnance initiale de détention rendue en 1978 —, l'intimé a purgé sa peine en prison. Il a par la suite été transféré au Kingston Psychiatric Hospital (« KPH ») et son cas a été examiné plusieurs fois par la Commission.

Tout au long des années 90, les rapports d'hôpitaux ont constamment fait état des antécédents d'abus d'alcool et d'autres drogues de M. Owen, ainsi que de son incapacité ou de son refus de reconnaître son problème d'abus.

En 1994, puis à nouveau en 1995 et en 1996, la Commission a ordonné que M. Owen soit libéré conditionnellement. En 1997, après qu'un test eut

77

78

79

the hospital recommendation the Board imposed a custodial order with terms allowing the respondent to live in the community at the hospital's discretion. The Review Board made similar orders in 1998 and 1999. It is interesting to note what triggered the change in the hospital's recommendation to the Board from conditional discharge to a detention order with discretion to release. There appears to be little difference between the two. In both cases the respondent is allowed to live in the community and has to report to KPH periodically. However, the hospital considered that as a matter of administrative convenience, it had more flexibility if a detention order was in place. This is explained in the KPH report to the Board of April 1997 as follows:

Mr. Owen has, once again, demonstrated that he is unlikely to refrain from petty criminal behaviour, or legal behaviour yet prohibited to him, over the longer-term. He has acknowledged this to the Board in previous hearings and history would appear to confirm it. However, in the hospital's opinion, Mr. Owen has, otherwise, managed reasonably well in the face of major medical, social, financial and domestic difficulties. Throughout these past several years, there has been no evidence of criminal behaviour which has resulted in the victimization of anyone. Indeed, Mr. Owen, with his c/l wife (herself suffering from a major mental illness), has made a reasonable job of raising a small son and living peacefully in the community with extremely limited resources. Despite occasional opposition, the hospital sees itself as playing an ongoing and important role in this exercise.

The hospital considers it unfortunate that it has not, on this occasion and others, had available a custodial disposition which would have provided the hospital with authority to act pro-actively in the face of obviously mounting difficulties in the Owen household. The occasion of such mounting difficulties culminating in consumption of prohibited substances is entirely predictable in this case. It has happened now on several occasions in the past and will happen in the future. On each such occasion, when the hospital is unable to require either hospital admission or significant changes in supervision, the community is placed at risk. The community would fail to appreciate why it is that KPH is unable to react quickly to known increases in risk. This situation is very likely to occur time and time again in the future. The role

révélé la présence de cannabis, la Commission a, sur la recommandation de l'hôpital, rendu à l'égard de l'intimé une ordonnance de garde dont les modalités lui permettaient de vivre dans la collectivité à la discrétion de l'hôpital. La Commission d'examen a rendu des ordonnances similaires en 1998 et en 1999. Il est intéressant de constater ce qui a poussé l'hôpital à changer sa position et à recommander à la Commission la détention avec possibilité de libération plutôt que la libération conditionnelle. Il semble y avoir peu de différence entre ces deux ordonnances. Dans les deux cas, l'intimé peut vivre au sein de la collectivité et doit se présenter régulièrement au KPH. Toutefois, du point de vue de la commodité administrative, l'hôpital estimait qu'une ordonnance de détention lui accordait une plus grande marge de manœuvre. Il l'explique en ces termes dans son rapport daté d'avril 1997 destiné à la Commission :

[TRADUCTION] Une fois de plus, M. Owen a démontré qu'il ne cessera vraisemblablement pas à plus long terme de commettre des infractions mineures ou des actes par ailleurs légaux qui lui sont interdits. Il l'a reconnu devant la Commission au cours d'auditions antérieures, et les faits semblent le confirmer. Cependant, de l'avis de l'hôpital, M. Owen s'en est par ailleurs relativement bien sorti face à de graves difficultés médicales, sociales, financières et familiales. Au cours des dernières années, rien n'indique qu'il se soit livré à des actes criminels dont quelqu'un aurait été victime. En fait, M. Owen, aidé de sa conjointe de fait (qui souffre elle-même d'une maladie mentale grave), s'est bien débrouillé pour s'occuper de son jeune fils et vivre en paix au sein de la collectivité malgré ses très maigres ressources. En dépit de conflits occasionnels, l'hôpital se voit jouer un rôle continu et important dans cet exercice.

L'hôpital déplore que, notamment à cette occasion, aucune ordonnance de garde n'ait été rendue qui lui aurait permis de prendre des mesures proactives face aux difficultés manifestement croissantes chez les Owen. En l'espèce, il est tout à fait prévisible que ces difficultés croissantes vont culminer dans la consommation de substances interdites. Cette situation est déjà survenue à plusieurs reprises et se reproduira. Dans ces cas-là, si l'hôpital ne peut demander l'hospitalisation ou d'importants changements dans la surveillance de M. Owen, la collectivité court un risque. La collectivité ne comprendrait pas pourquoi le KPH n'est pas en mesure de réagir rapidement à l'aggravation connue du risque. Cette situation se répétera fort probablement à maintes reprises. Le rôle de l'hôpital devrait être de

of the hospital should be to ensure that it is managed in a timely manner, consistent with the long-term rehabilitation needs of Mr. Owen and not contrary to the safety of the public. The hospital sees no useful purpose in a several month hospitalization every time this happens while Mr. Owen awaits the pleasure of the Board. Indeed, the results of the current administrative arrangement — a Conditional Discharge Order — are contrary to the rehabilitation needs of Mr. Owen and do nothing to protect the public.

It is clear from the above that the hospital considered, and the Board agreed, that an apparently more onerous and more restrictive disposition (a detention order rather than conditional discharge) was nevertheless appropriate but not because the respondent was a higher threat to the public. In fact, quite the opposite appears to have been the case. The hospital detention order was put in place in order to facilitate an earlier release of the respondent into the community by the hospital after a breach of condition than was possible under a conditional release order, where the respondent could only be released again by the Board and would have to await a hearing.

In August 1999, while under a hospital detention order, the respondent was charged with impaired driving and readmitted shortly thereafter to the hospital as an inpatient. Two months later, he resumed community living.

In January 2000, he tested positive for cannabis and cocaine. He admitted to ongoing use of alcohol and marijuana (although he denied using cocaine), and to substituting urine in earlier tests to avoid detection. He stated that he had no intention to abstain from the use of alcohol and drugs.

As the above demonstrates, the respondent has not exhibited psychotic symptoms nor the symptoms of any other major mental illness since the period of time immediately surrounding the commission in 1978 of the offence for which he was found not guilty by reason of a mental disorder

gérer la situation sans tarder par des mesures qui soient compatibles avec les besoins de M. Owen sur le plan de sa réadaptation à long terme et qui ne compromettent pas la sécurité du public. L'hôpital ne voit pas l'utilité d'hospitaliser chaque fois M. Owen pendant plusieurs mois jusqu'à ce que la Commission ait fait connaître son bon plaisir. En fait, l'arrangement administratif actuel — l'ordonnance de libération conditionnelle — produit des effets qui vont à l'encontre des besoins de M. Owen sur le plan de sa réadaptation et ne protège en rien la sécurité du public.

Cet extrait fait clairement ressortir que, de l'avis de l'hôpital — auquel la Commission a souscrit —, il convenait malgré tout de rendre une décision en apparence plus sévère et plus privative de liberté (soit une ordonnance de détention plutôt qu'une libération conditionnelle), mais non parce que l'intimé représentait un risque plus important pour le public. En fait, il semble que ce soit tout le contraire. On a ordonné que l'intimé soit détenu à l'hôpital pour que l'hôpital puisse, en cas de manquement à une condition, le réinsérer dans la collectivité plus rapidement que s'il était soumis à une ordonnance de libération conditionnelle, en exécution de laquelle seule la Commission aurait pu le libérer de nouveau après le délai d'attente requis pour la tenue d'une audition.

En août 1999, pendant qu'il était soumis à une ordonnance de détention à l'hôpital, l'intimé a été accusé de conduite avec facultés affaiblies et réadmis à l'hôpital peu de temps après. Deux mois plus tard, il est retourné vivre dans la collectivité.

En janvier 2000, son test de dépistage de cannabis et de cocaïne s'est révélé positif. Il a admis qu'il prenait toujours de l'alcool et de la marijuana (niant toutefois consommer de la cocaïne) et qu'il avait substitué des échantillons d'urine au cours de tests antérieurs pour éviter de se faire prendre. Il a affirmé n'avoir nullement l'intention de s'abstenir de consommer de l'alcool et des drogues.

Comme en fait foi ce qui précède, l'intimé n'a présenté aucun symptôme d'une psychose ou d'une autre maladie mentale grave depuis les événements se rapportant directement à la perpétration, en 1978, de l'infraction pour laquelle il a été déclaré non coupable pour cause de troubles mentaux

80

81

82

83

(“index offence”). During that period of time, the respondent has been in conflict with the law on several occasions. The respondent has also shown, and has expressed, frustration for being detained within the NCR system. A KPH document referring to the period July 1991 to January 1992 contains the following entry:

Mr. Owen suffers from serious coronary heart disease and has been investigated extensively for this. He has a past history of heart attacks and had been taking a beta-blocker and Isordil. However, in December 1991 he began to refuse these medications as a way of expressing his feelings of frustration at being in the system.

Mr. Owen has, on the whole, found his time in our service frustrating because of the severe restrictions on his freedom. Essentially, his Warrant confines him to Medium Security with no off-ward privileges. This has been in response to his recent history of re-offending. Mr. Owen has a very clear philosophy of facing consequences for his actions and prefers that this be time-limited as would be the case in the criminal justice system. He finds the uncertainty of the WLG system quite stressful. He could not reassure us that whenever he is released in the community, there would be no incident. He did say that he would expect to face any consequences that went along with unlawful acts. Thus he appears very frustrated and angry with the way that his life has shaped up in a Medium Secure Unit and wishes to pursue accelerating the movement towards the community so that he could establish closer links and live with his girlfriend and her young child. [Emphasis added.]

84 In anticipation of a July 1993 Board hearing, the hospital wrote again:

Mr. Owen feels that much of his problematic behaviour over the past several years in the “W.L.G.” system have been as a result of his difficulties in dealing with the frustrations of being detained for so long in a system which is designed to deal with major mental health problems, when he has none. He observes that whenever he has broken the law, for example by absconding, he has been dealt with in the criminal justice system and that none of his behaviour over the past several years has been seen as arising out of mental disorder. He observes that whereas the existence of a mental illness is necessary to enter into this system, the absence of a mental illness appears to carry little or no weight in being removed from

(« l’infraction initiale »). Depuis, l’intimé a eu plusieurs démêlés avec la justice. Il a également manifesté de la frustration face à sa détention sous le régime de non-responsabilité criminelle. On a consigné les renseignements suivants dans un document du KPH touchant la période écoulée entre juillet 1991 et janvier 1992 :

[TRADUCTION] M. Owen souffre d’une coronaropathie grave, affection pour laquelle il est suivi de près. Il a déjà été victime de crises cardiaques et il prend un bêtabloquant et de l’Isordil. Cependant, en décembre 1991, il a commencé à refuser de prendre ces médicaments pour exprimer sa frustration d’être pris dans le système.

Tout compte fait, M. Owen est frustré de son séjour dans notre service en raison des restrictions importantes à sa liberté. Son mandat le confine essentiellement à une aile à sécurité moyenne, sans qu’il puisse jouir de privilèges à l’extérieur. Cette mesure lui a été imposée par suite de ses récentes récidives. M. Owen adhère à une philosophie très claire, soit d’assumer les conséquences de ses actes, et il préfère que sa sanction soit limitée dans le temps comme si elle relevait du système de justice pénale. Pour lui, l’incertitude que comporte le système de mandats du lieutenant-gouverneur est une importante source de stress. Il n’a pu nous assurer que sa réinsertion dans la collectivité se passerait sans incident. Il a tenu à dire qu’il s’attendait à subir les conséquences de tout acte illégal qu’il commettrait. Le sort qui l’attendait au sein de l’unité à sécurité moyenne a donc, semble-t-il, provoqué chez lui une grande colère et une grande frustration et il souhaite accélérer sa réinsertion dans la collectivité afin de pouvoir nouer des liens plus étroits avec son amie et son jeune enfant et vivre avec eux. [Je souligne.]

Le personnel de l’hôpital a aussi écrit ce qui suit en vue de l’audition devant la Commission prévue en juillet 1993 :

[TRADUCTION] M. Owen estime que son comportement problématique des dernières années dans le système de mandats du lieutenant-gouverneur est largement attribuable à la difficulté qu’il a eue à surmonter sa frustration d’être détenu aussi longtemps dans un système conçu pour traiter les problèmes de santé mentale graves, alors qu’il n’en éprouve aucun. Il fait remarquer que chaque fois qu’il a contrevenu à la loi, par exemple en s’esquivant, son cas a été soumis au système de justice pénale et que ses comportements des dernières années n’ont jamais été considérés comme imputables à des troubles mentaux. Il souligne que si l’existence d’une maladie mentale est nécessaire pour être admis dans le système, l’absence

it. He denies that he represents a significant danger to the public.

de maladie mentale semble n'importer que très peu, sinon pas du tout, lorsqu'il s'agit d'en sortir. Il nie représenter un danger important pour le public.

The hospital does not see Mr. Owen as suffering from a major mental illness and is of the view that he is fully in control of his behaviour. The need for secure placement arises solely as a result of Mr. Owen's high risk for elopement and the need to manage this type of risk in the context of Disposition Orders requiring custody. The hospital does not see this patient as representing a significant risk for violence in the community, if by "significant" is meant a higher probability of violent behaviour than expected of those persons living in the community to which Mr. Owen would return. Whereas it is acknowledged that Mr. Owen is at risk for future involvement with the criminal justice system in one way or another, it is proposed that the risk of this involvement arising out of violent behaviour is not significantly above the population average, particularly if abstention from drugs/alcohol is maintained. Mr. Owen would not currently be certifiable under the Mental Health Act as a danger to others, nor would he be a candidate for Mentally Disordered Dangerous Offender status in the event this section of the Criminal Code was implemented. Aside from addressing the possibility of ongoing drug/alcohol problems, there would appear to be little indication for currently available psychosocial treatments. [First emphasis added; second emphasis in original.]

Selon le personnel de l'hôpital, M. Owen n'est pas atteint d'une maladie mentale grave et il maîtrise parfaitement ses gestes. La nécessité de placer M. Owen dans un milieu de garde fermé tient uniquement au risque élevé qu'il s'enfuie et à la nécessité de gérer ce risque dans le cadre d'une ordonnance de garde. Ce patient ne représente pas aux yeux de l'hôpital un risque important de violence pour la collectivité si on entend par « important » une plus grande probabilité de comportement violent que celle à laquelle on s'attendrait des personnes vivant dans la collectivité dans laquelle M. Owen retournerait. Bien qu'on reconnaisse que M. Owen risque d'avoir, d'une façon ou d'une autre, des démêlés avec la justice pénale dans le futur, on estime que le risque que cela se produise par suite d'un comportement violent n'est pas sensiblement plus élevé que pour la moyenne de la population, tout particulièrement s'il continue à s'abstenir de consommer des drogues et de l'alcool. À l'heure actuelle, on ne pourrait certifier en vertu de la Loi sur la santé mentale que M. Owen constitue un danger pour autrui, et il ne pourrait pas non plus être considéré comme un délinquant dangereux atteint de troubles mentaux si la partie pertinente du Code criminel était mise en œuvre. Outre le traitement des problèmes persistants de drogue et d'alcool qu'il pourrait éprouver, il semblerait que les traitements psychosociaux disponibles présentement ne soient guère indiqués. [Premier soulignement ajouté; deuxième soulignement dans l'original.]

As to the absence of mental illness, the hospital again noted in October 1994:

En ce qui concerne l'absence de troubles mentaux, le personnel de l'hôpital a de nouveau noté, en octobre 1994 :

Mr. Owen does not suffer from a major mental illness. He is not certifiable under the Mental Health Act and were it not for his status under the O.C.C.R.B. he would be free to leave this hospital unencumbered. It is highly likely that he would be found culpable for any criminal activity that he may be subsequently found to engage in. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] M. Owen n'est pas atteint d'une maladie mentale grave. Il ne pourrait pas faire l'objet d'un certificat en vertu de la Loi sur la santé mentale et, n'eût été le statut que lui a décerné la Commission d'examen de l'Ontario constituée en vertu du Code criminel, il aurait obtenu son congé de l'hôpital sans autre formalité. Il est très probable qu'il serait déclaré coupable s'il était établi dans le futur qu'il s'est livré à une activité criminelle. [Je souligne.]

II. Statutory Provisions

I will not reproduce here all the relevant statutory provisions which are contained in Binnie J.'s reasons. I will simply reproduce, for my own

II. Dispositions législatives

Je ne reproduirai pas intégralement les dispositions législatives pertinentes que le juge Binnie a citées dans ses motifs. Il suffira, pour les besoins

85

86

purposes, ss. 672.78(1) and (3) and s. 686(1)(a) of the *Criminal Code*, to which I now turn in my analysis. I also add, for convenience's sake, ss. 672.81(1) and 672.82, which I will refer to below.

672.78 (1) The court of appeal may allow an appeal against a disposition or placement decision and set aside an order made by the court or Review Board, where the court of appeal is of the opinion that

- (a) it is unreasonable or cannot be supported by the evidence;
- (b) it is based on a wrong decision on a question of law; or
- (c) there was a miscarriage of justice.

. . .

(3) Where the court of appeal allows an appeal against a disposition or placement decision, it may

- (a) make any disposition under section 672.54 or any placement decision that the Review Board could have made;
- (b) refer the matter back to the court or Review Board for rehearing, in whole or in part, in accordance with any directions that the court of appeal considers appropriate; or
- (c) make any other order that justice requires.

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

672.82 (1) A Review Board may hold a hearing to review any of its dispositions at any time, at the request of the accused or any other party.

(2) Where a party requests a review of a disposition under this section, the party is deemed to abandon any appeal against the disposition taken under section 672.72.

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

de mon analyse, de reproduire les par. 672.78(1) et (3) ainsi que l'al. 686(1)a) du *Code criminel*, que j'examinerai maintenant. Par souci de commodité, je reproduis également le par. 672.81(1) et l'art. 672.82, auxquels je renverrai plus loin.

672.78 (1) La cour d'appel peut accueillir l'appel interjeté à l'égard d'une décision ou d'une ordonnance de placement et annuler toute ordonnance rendue par le tribunal ou la commission d'examen si elle est d'avis que, selon le cas :

- a) la décision ou l'ordonnance est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve;
- b) il s'agit d'une erreur de droit;
- c) il y a eu erreur judiciaire.

. . .

(3) La cour d'appel, si elle accueille l'appel, peut :

- a) rendre la décision en vertu de l'article 672.54 ou l'ordonnance de placement que la commission d'examen aurait pu rendre;
- b) renvoyer l'affaire au tribunal ou à la commission d'examen pour une nouvelle audition, complète ou partielle, en conformité avec les instructions qu'elle lui donne;
- c) rendre toute autre ordonnance que la justice exige.

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

672.82 (1) La commission d'examen peut, en tout temps, tenir une audition à la demande de l'accusé ou de toute autre partie.

(2) Lorsqu'une révision d'une décision visée par un appel interjeté par une partie en vertu de l'article 672.72 commence à la demande de cette partie, l'appel est réputé avoir été abandonné.

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel :

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

III. Analysis

A. *Standard of Review*

I agree that the applicable standard of review of the disposition by the Board is that of reasonableness *simpliciter*, largely for the reasons expressed by Binnie J. I would however point out that the use by Parliament of virtually identical language in ss. 672.78 and 686(1)(a)(i) creates the obvious anomaly that the same words in different sections of the same statute — the *Criminal Code* — mean something entirely different. While, as expressed by Binnie J., “unreasonable” in s. 672.78 means “unreasonable in the sense of not being supported by reasons that can bear even a somewhat probing examination” (para. 33), the same expression in s. 686 means that no reasonable trier of fact, properly instructed and acting judicially could have convicted (see *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15, at para. 36; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, at p. 185). This, in my view, is akin to the standard of patent unreasonableness, rather than reasonableness *simpliciter*, as these standards are understood in administrative law.

In the end, despite this anomaly in Parliament’s having used identical wording in different sections of the same statute to express different concepts, I am satisfied that the standard of review under s. 672.78 is that of reasonableness *simpliciter*. The similarity of language is deceptive in that there are

a) peut admettre l’appel, si elle est d’avis, selon le cas :

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu’il est déraisonnable ou ne peut pas s’appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu’il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

III. Analyse

A. *La norme de contrôle*

Je conviens, essentiellement pour les motifs exposés par le juge Binnie, que la norme de contrôle applicable à la décision de la Commission est celle de la décision raisonnable *simpliciter*. Je voudrais toutefois signaler que l’emploi par le législateur d’un libellé presque identique à l’art. 672.78 et au sous-al. 686(1)(a)(i) donne lieu à une anomalie manifeste, car les mêmes mots figurant dans différents articles de la même loi — le *Code criminel* — revêtent des sens tout à fait différents. Comme l’a souligné le juge Binnie, le terme « déraisonnable » employé à l’art. 672.78 signifie « déraisonnables en ce sens qu’elles n’étaient étayées par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé » (par. 33), alors que la même expression employée à l’art. 686 renvoie à une décision qu’aucun juge des faits raisonnable ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière judiciaire n’aurait pu rendre (voir *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15, par. 36; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, p. 185). À mon avis, c’est là une norme qui s’apparente à celle de la décision manifestement déraisonnable plutôt qu’à celle de la décision raisonnable *simpliciter*, telles qu’on les interprète en droit administratif.

En définitive, malgré l’anomalie créée par le législateur du fait qu’il a employé un libellé identique dans différents articles d’une même loi pour exprimer des concepts différents, j’estime que la norme de contrôle applicable sous le régime de l’art. 672.78 est celle de la décision raisonnable

87

88

important substantive differences between the two sections. In s. 686, an appellate court is reviewing the verdict of a court (composed of a judge alone or of a judge and jury) while under s. 672.78, the appellate review is that of a disposition by an administrative body. The difference is also well illustrated by the fact that the unreasonableness of a verdict is a question of law (*Biniaris, supra*) and when an appellate court concludes that a verdict of guilty is unreasonable, its only remedial power is to enter an acquittal. In contrast, in the case of appellate review under s. 672.78, in the face of an “unreasonable disposition”, the Court of Appeal may allow the appeal and substitute its own disposition to that of the Board, or refer the matter back to it (s. 672.78(3)). For the reasons expressed by Binnie J., I agree that the functional and pragmatic approach must be applied to ascertain the applicable standard of review. Here, that approach indicates that a standard of patent unreasonableness would be unduly deferential to the Board and that reasonableness *simpliciter* is the proper one.

89 Having said that, I disagree with Binnie J. that the conclusion of the Board here was reasonable.

B. *Whether the Disposition by the Board Was Reasonable*

(1) The Finding of Dangerousness

90 We should keep in mind at the outset the purpose of Part XX.1 of the *Criminal Code*, as outlined by this Court in *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, at para. 21:

Part XX.1 rejects the notion that the only alternatives for mentally ill people charged with an offence are conviction or acquittal; it proposes a third alternative. Under the new scheme, once an accused person is found to have committed a crime while suffering from a mental disorder that deprived him or her of the ability to understand the nature of the act or that it was wrong, that individual

simpliciter. La similarité du libellé est trompeuse, car il existe d'importantes différences quant au fond entre les deux articles. L'article 686 s'applique à une cour d'appel qui examine le verdict rendu par une cour (composée d'un juge seul ou d'un juge et d'un jury) alors que, sous le régime de l'art. 672.78, l'examen en appel vise la décision d'un organisme administratif. La différence est également bien illustrée par le fait que le caractère déraisonnable d'un verdict constitue une question de droit (*Biniaris, précité*) et que le pouvoir de redressement de la cour d'appel qui conclut au caractère déraisonnable d'un verdict de culpabilité se limite à celui d'inscrire un verdict d'acquittal. En revanche, dans le cadre d'un appel prévu à l'art. 672.78, la cour d'appel peut, en présence d'une « décision déraisonnable », accueillir l'appel et substituer sa propre décision à celle de la Commission, ou lui renvoyer l'affaire (par. 672.78(3)). Pour les motifs exposés par le juge Binnie, je suis d'avis qu'il y a lieu de recourir à la méthode fonctionnelle et pragmatique pour déterminer la norme de contrôle qui s'applique. Suivant cette méthode, il convient en l'espèce d'appliquer la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, la norme de la décision manifestement déraisonnable commandant une trop grande retenue à l'égard de la Commission.

Cela dit, je ne partage pas l'opinion du juge Binnie selon laquelle la conclusion de la Commission était raisonnable en l'espèce.

B. *La décision de la Commission était-elle raisonnable?*

(1) La conclusion de dangerosité

D'entrée de jeu, nous devons garder à l'esprit l'objet de la partie XX.1 du *Code criminel*, que notre Cour a énoncé dans l'arrêt *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, par. 21 :

La partie XX.1 se dissocie de la notion voulant que le malade mental accusé d'une infraction puisse seulement être déclaré coupable ou acquitté; elle propose une troisième voie. Désormais, une fois établi que, lorsqu'il a commis le crime, il souffrait d'une maladie mentale qui l'empêchait de juger de la nature de l'acte ou de savoir que celui-ci était mauvais, l'accusé fait l'objet

is diverted into a special stream. Thereafter, the court or a Review Board conducts a hearing to decide whether the person should be kept in a secure institution, released on conditions, or unconditionally discharged. The emphasis is on achieving the twin goals of protecting the public and treating the mentally ill offender fairly and appropriately. [Emphasis added.]

The present case raises the issue of the extent and limits of the “special stream” designed for mentally ill people. It is not a special stream that permits the perpetual detention of regular delinquents who have once committed a crime while suffering from a mental disorder. The commission of an “index offence” does place an individual within the NCR system, but there is no indication in the statutory scheme that the differential treatment of NCR accused and members of the general population is meant to be indefinite — in fact, the opposite is clearly the case. *Winko, supra*, establishes that the threshold determination for taking an individual out of the NCR system is the determination of significant threat to the community. That threat has to be assessed in light of several factors, including the mental condition of the accused.

The respondent has been, and may continue to be, in conflict with the law. He has been and most likely would continue to be answerable to the criminal justice system for such behaviour. He has committed a most serious offence for which he was held not criminally responsible as a result of his mental condition at the time. The question now is whether his mental condition and the threat he may pose to the public are such as to require his continued handling by the special stream created by Part XX.1 of the *Criminal Code*, which places emphasis on “achieving the twin goals of protecting the public and treating the mentally ill offender fairly and appropriately” (*Winko, supra*, at para. 21 (emphasis added)).

The Board did find that Mr. Owen suffers from a “serious antisocial personality disorder”. On

d’une procédure spéciale. Le tribunal ou une commission d’examen tient alors une audition pour déterminer si la personne devrait être détenue dans un établissement sécuritaire, libérée sous condition ou libérée inconditionnellement. L’accent est mis sur la réalisation des deux objectifs que sont la protection du public et le traitement juste et approprié du contrevenant atteint de troubles mentaux. [Je souligne.]

Le présent pourvoi soulève la question de l’étendue et des limites de la « procédure spéciale » visant les malades mentaux. Ce n’est pas une procédure spéciale qui permet la détention perpétuelle d’un délinquant d’habitude qui, une seule fois, a commis un crime à un moment où il était atteint de troubles mentaux. La perpétration d’une « infraction initiale » assujettit son auteur au régime de non-responsabilité criminelle, mais rien dans ce régime légal n’indique que la différence de traitement entre l’accusé non responsable criminellement et les membres de la population générale est censée durer indéfiniment — en fait, c’est tout le contraire. L’arrêt *Winko*, précité, établit que c’est l’existence d’un risque important pour la collectivité qui détermine s’il y a lieu de retirer ou non un individu du régime de non-responsabilité criminelle. Ce risque doit être apprécié à la lumière de plusieurs facteurs, y compris l’état mental de l’accusé.

L’intimé a déjà enfreint la loi, et il est possible qu’il l’enfreigne à nouveau. C’est dans le cadre du système de justice pénale qu’il a eu et qu’il aura vraisemblablement encore à répondre de ces comportements. Il a commis une infraction très grave de laquelle il a été déclaré non responsable criminellement en raison de son état mental à l’époque. Il s’agit à présent de savoir si l’état mental de l’intimé et le risque qu’il peut présenter pour le public sont tels qu’ils commandent encore sa prise en charge selon la procédure spéciale instaurée par la partie XX.1 du *Code criminel*, qui met l’accent sur « la réalisation des deux objectifs que sont la protection du public et le traitement juste et approprié du contrevenant atteint de troubles mentaux » (*Winko*, précité, par. 21 (je souligne)).

La Commission a effectivement conclu que M. Owen souffrait d’un [TRADUCTION] « grave trouble

91

92

93

questioning, Dr. Chan explained this syndrome as follows:

A. Okay – that’s a personality syndrome characterized by a lifelong pattern of features such as: difficulty in sustaining long-term relationships; evading responsibility; indulging in behaviours for which they could be charged criminally; having problems with impulsivities; having difficulties with – sometimes it can overlap substance and alcohol abuse – I think – those would be the main features that come to mind.

94

While each of these personality attributes is clearly undesirable, the syndrome is not itself a mental illness but rather an assortment of symptoms which reflect poor adjustment to society. Dr. Chan confirmed this in cross-examination:

Q. Okay – now originally the index offence is a drug-induced, paranoid psychotic state?

A. That’s correct, yes.

Q. Is that a temporary and passing condition, or is that indicative of an underlying psychological problem, a mental illness, that is just exacerbated by drugs or alcohol?

A. Okay – I don’t think he has a predisposition to a schizophrenic illness. I don’t think he has a schizophrenic illness. I think that if anyone uses stimulants long enough we will all become paranoid.

So I think it will happen to anyone, regardless of our predisposition to a psychotic illness . . . so that’s the way I would view his paranoid problem . . . [Emphasis added.]

And later, on the respondent’s consumption of alcohol:

Q. . . . Is he more predisposed to that kind of violent behaviour [when using alcohol] because of an underlying mental illness?

de la personnalité antisociale ». Interrogé à ce sujet, le Dr Chan a expliqué ce syndrome en ces termes :

[TRADUCTION]

R. D’accord – c’est un trouble de la personnalité caractérisé par un ensemble de traits qu’une personne manifeste sa vie durant : elle a de la difficulté à maintenir des relations à long terme; elle fuit ses responsabilités; elle se livre à des actes pouvant donner lieu à des accusations criminelles; elle est impulsive; elle a des problèmes de – parfois cela peut s’ajouter à l’abus d’alcool et d’autres drogues – je crois – ce sont les principales caractéristiques qui me viennent à l’esprit.

Il est certes clair que chacune de ces caractéristiques de la personnalité est indésirable, mais ce trouble ne constitue pas en soi une maladie mentale; il s’agit plutôt de symptômes qui témoignent d’une mésadaptation sociale. Le Dr Chan l’a confirmé en contre-interrogatoire :

[TRADUCTION]

Q. D’accord – alors, au départ, l’infraction initiale est un état psychotique paranoïaque provoqué par la drogue?

R. Oui, c’est exact.

Q. S’agit-il d’un état temporaire, passager, ou cet état est-il révélateur d’un problème psychologique sous-jacent, une maladie mentale, que les drogues ou l’alcool ne font qu’exacerber?

R. Bon – Je ne crois pas qu’il ait une prédisposition à la schizophrénie. Je ne crois pas qu’il soit schizophrène. Je crois que n’importe qui peut devenir paranoïaque en consommant des stimulants pendant une période assez longue.

Je pense donc que cela peut nous arriver à tous, peu importe notre prédisposition à une maladie psychotique [. . .] donc, c’est de cette manière que j’envisage son problème de paranoïa . . . [Je souligne.]

Plus tard, le Dr Chan a dit ceci au sujet de la consommation d’alcool de l’intimé :

[TRADUCTION]

Q. . . . Est-il plus prédisposé à ce genre de comportement violent [lorsqu’il boit] en raison d’une maladie mentale sous-jacente?

A. No, I don't think so – I wouldn't say "illness." I think it's a characteristic of the personality functioning, as well as the drug and alcohol abuse.

The key issue therefore in this case is whether after more than 20 years of increased community living while in the NCR system the circumstances of the respondent — his mental condition, his needs — had changed sufficiently in March 2000 to reasonably justify his detention with virtually no freedom. The hospital records indicate that the hospital was always aware that Mr. Owen had not abandoned, and more likely would not abandon, his alcohol and substance abuse habit.

Two things changed at the March 2000 hearing. The hospital uncovered traces of cocaine in Mr. Owen's urine. He also admitted that he had cheated in his urine testing in the past. Regarding the use of cocaine the Board said this: "Mr. Owen continues to suffer from a very serious antisocial personality disorder which in the past was complicated by a drug-induced psychosis and alcohol abuse resulting in the death of one person in 1978 and the very serious assault of another in 1990. . . [He] has resumed the use of cocaine, drugs similar to that psychosis which preceded the events described at the time of the index offence" (emphasis added). As I indicated earlier, while there is evidence that the respondent had been drinking heavily at the time of the 1990 assault, there is no evidence that the respondent was in a drug-induced psychosis at that time. Had he been, he probably would have been found not criminally responsible by reason of a mental disorder as he had been at the time of the 1978 index offence.

What significance should then reasonably be placed on the discovery of traces of cocaine in the respondent's urine? A proper interpretation of the evidence as a whole does not in my view support the conclusion that there has been a recent resumption of cocaine intake on the part of the respondent, such as to make it likely that the conditions which were present when he committed the 1978 murder could

R. Non, je ne pense pas – je ne parlerais pas d'une « maladie ». À mon avis, c'est une caractéristique du fonctionnement de la personnalité, tout comme l'abus d'alcool et d'autres drogues.

La question fondamentale en l'espèce est donc celle de savoir si, après plus de 20 ans d'accès élargi à la vie au sein de la collectivité dans le cadre du régime de non-responsabilité criminelle, la situation de l'intimé — son état mental, ses besoins — avait suffisamment changé en mars 2000 pour justifier raisonnablement qu'il soit détenu et privé de presque toute liberté. Les dossiers d'hôpitaux révèlent qu'on a toujours su que M. Owen n'avait pas cessé et ne cesserait vraisemblablement pas de consommer régulièrement de la drogue et de l'alcool.

Deux changements sont survenus au moment de l'audition de mars 2000. L'hôpital a décelé la présence de cocaïne dans l'urine de M. Owen. Celui-ci a également admis avoir déjà déjoué les tests d'urine. Au sujet de la consommation de cocaïne, la Commission a déclaré : [TRADUCTION] « M. Owen continue de souffrir d'un très grave trouble de la personnalité antisociale compliqué dans le passé par une psychose provoquée par la drogue et l'abus d'alcool, lesquels ont mené à la mort d'une personne en 1978 et à la très grave agression commise contre une autre en 1990. [. . .] [II] a recommencé à consommer de la cocaïne, des drogues semblables à la psychose qui a précédé les événements décrits au moment de l'infraction initiale » (je souligne). Comme je l'ai dit précédemment, bien que certaines preuves indiquent que l'intimé avait beaucoup bu au moment de l'agression en 1990, rien n'indique qu'il était alors plongé dans un état de psychose provoqué par la drogue. Si cela avait été le cas, il aurait probablement été déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux comme pour l'infraction initiale commise en 1978.

Quelle importance devrait-on alors raisonnablement accorder à la découverte de traces de cocaïne dans l'urine de l'intimé? Interprétée comme il se doit, la preuve dans son ensemble n'étaye pas à mon avis la conclusion selon laquelle l'intimé a recommencé depuis peu à consommer de la cocaïne, de sorte que les conditions du meurtre commis en 1978 pourraient vraisemblablement se reproduire pour la

95

96

repeat themselves for the first time some 20 years later. It is true that the respondent always denied cocaine use. On the other hand he admitted virtually uninterrupted drug use since his detention, except for the 18-month period preceding the birth of his son, and he was caught with traces of cocaine in his urine when he could not cheat on the test. It is not reasonable on this record to conclude that amphetamines were present in the 1978 murder (and also, clearly erroneously, in the 1990 assault), then absent, such that it justified the respondent's release from 1994 to 1999, then "resumed", such as to create this new dangerousness because of the similarities between the effects of cocaine and amphetamines.

97

In reality, it is more likely that the respondent was a constant abuser of drugs and alcohol throughout his detention under the supervision of the Board, and that he escaped some detection by deceit during much of that time. In the 22 years since the commission of the index offence, the respondent has never exhibited the kind of psychotic episode which led to the 1978 murder, despite his continuous drug use, and despite his periodic delinquency. The only proper inference to draw from that evidence was that the respondent had been relatively harmless for many years, not because he was drug free, but in spite of the fact that he continued throughout to abuse alcohol and drugs. To assume that he had not used cocaine or similar drugs since his consumption of methamphetamines in 1978, simply because he so asserts, is simply not plausible. In fact, it is hard to reconcile the fact that the Board used the test of January 25, 2000, which showed traces of cocaine, as a basis of its new assessment of dangerousness, thereby rejecting the respondent's denial that he used cocaine prior to the test, with the fact that the Board assumed, on the other hand, that the respondent suddenly resumed cocaine use, even despite the respondent's admission that he has deceived the hospital on previous urine tests.

première fois près de 20 ans plus tard. Certes, l'intimé a toujours nié consommer de la cocaïne. Il a cependant admis qu'il n'avait pour ainsi dire jamais arrêté de consommer de la drogue depuis qu'il est détenu, mise à part une période de 18 mois précédant la naissance de son fils, et on a décelé des traces de cocaïne dans son urine lorsqu'il n'a pas réussi à déjouer le test. Il n'est pas raisonnable au vu du dossier de conclure à la présence d'amphétamines lors du meurtre commis en 1978 (et aussi, ce qui est clairement faux, lors de l'agression commise en 1990), puis à leur absence — ce qui justifiait la libération de l'intimé entre 1994 et 1999 — et enfin à leur réapparition, qui créerait cette nouvelle situation de dangerosité en raison des similitudes entre les effets de la cocaïne et ceux des amphétamines.

En réalité, il est plus probable que l'intimé ait consommé régulièrement de la drogue et de l'alcool tout au long de sa détention sous la surveillance de la Commission et qu'il ait pu, la plupart du temps, éviter de se faire prendre en déjouant les tests de dépistage. Au cours des 22 années écoulées depuis la perpétration de l'infraction initiale, l'intimé n'a jamais montré de signes d'une psychose semblable à celle qui l'a amené à commettre le meurtre en 1978, bien qu'il ait commis des infractions à l'occasion et qu'il n'ait jamais cessé de consommer de la drogue. La seule inférence qu'il convient de tirer de cette preuve est que l'intimé est relativement inoffensif depuis bon nombre d'années, non pas parce qu'il est demeuré sobre, mais plutôt malgré l'alcool et les drogues qu'il a continué à consommer tout au long de cette période. Il n'est pas plausible de tenir pour acquis simplement parce qu'il le prétend, que l'intimé n'a pas pris de cocaïne ni de drogues semblables depuis qu'il a consommé des méthamphétamines en 1978. En fait, je m'explique difficilement que la Commission se soit servie du test du 25 janvier 2000 qui a révélé la présence de cocaïne pour appuyer sa nouvelle évaluation de la dangerosité de l'intimé — rejetant par le fait même l'affirmation de l'intimé qui disait ne pas en avoir pris avant le test — tout en tenant par ailleurs pour acquis que l'intimé avait soudainement recommencé à consommer de la cocaïne, même s'il a admis avoir trompé le personnel de l'hôpital quant aux tests d'urine antérieurs.

The psychosis that led to the respondent's index offence was a temporary result of the ingestion of amphetamines, and Mr. Owen's dependence upon drugs (marijuana and, as he put it, "a bunch of stuff") and his alcoholism have not led to any violent behaviour in the preceding decade, and have not interfered with Mr. Owen doing "a reasonable job of raising a small son and living peacefully in the community with extremely limited resources".

In determining whether the accused is a significant threat to the safety of the public, the Board must consider all the factors listed in s. 672.54 which include not only the need to protect the public from dangerous persons, but also the mental condition of the accused, his reintegration into society and his other needs. If the mental condition of the accused is such that he no longer suffers from a mental disorder, his mental condition should not be confused with his propensity to commit crimes. In that respect, he should be treated no differently than anyone else: he should be answerable to criminal sanctions.

What the mental disorder detention regime seeks to guard against is the repetition of dangerous conduct that a mentally disordered accused is likely to engage in and for which he would not be held responsible. As this Court outlined in *Winko*, at para. 57:

To engage these provisions of the *Criminal Code*, the threat posed must be more than speculative in nature; it must be supported by evidence: *D.H. v. British Columbia (Attorney General)*, [1994] B.C.J. No. 2011 (QL) (C.A.), at para 21. The threat must also be "significant", both in the sense that there must be a real risk of physical or psychological harm occurring to individuals in the community and in the sense that this potential harm must be serious. A minuscule risk of a grave harm will not suffice. Similarly, a high risk of trivial harm will not meet the threshold. Finally, the conduct or activity creating the harm must be criminal in nature. . . .

In my view the Court of Appeal was correct in concluding that the Board improperly punished the respondent for his successful deception regarding his drug habit. The Board seems to have accepted

La psychose qui a amené l'intimé à perpétrer l'infraction initiale était le résultat momentané de son ingestion d'amphétamines et la dépendance de M. Owen aux drogues (marijuana et, pour reprendre ses termes, [TRADUCTION] « un tas d'autres choses ») et son alcoolisme ne l'ont pas amené à commettre des actes de violence au cours des dix dernières années, ni empêché de [TRADUCTION] « bien [se débrouiller] pour s'occuper de son jeune fils et vivre en paix au sein de la collectivité malgré ses très maigres ressources ».

Pour déterminer si l'accusé représente un risque important pour la sécurité du public, la Commission doit prendre en compte tous les facteurs énumérés à l'art. 672.54, soit non seulement la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, mais également l'état mental de l'accusé, ses besoins et la nécessité de sa réinsertion sociale. Si l'état mental de l'accusé est tel qu'il ne souffre désormais plus de troubles mentaux, on ne devrait pas confondre son état mental avec sa propension à commettre des crimes. À cet égard, il ne devrait pas être traité différemment d'une autre personne : il doit subir les sanctions imposées en matière pénale.

Le régime de détention pour cause de troubles mentaux vise à prévenir la répétition des actes dangereux auxquels la personne atteinte risque de se livrer et dont elle ne serait pas tenue criminellement responsable. Ainsi que l'a énoncé notre Cour dans l'arrêt *Winko*, au par. 57 :

Pour que ces dispositions du *Code criminel* s'appliquent, le risque ne doit pas être purement hypothétique; il doit être étayé par la preuve : *D.H. c. British Columbia (Attorney General)*, [1994] B.C.J. No. 2011 (QL) (C.A.), au par. 21. Le risque doit par ailleurs être « important ». Non seulement le risque qu'un préjudice physique ou psychologique soit infligé aux membres de la collectivité doit être véritable, mais ce préjudice appréhendé doit être grave. Un risque minime de préjudice grave ne suffit pas, non plus qu'un risque élevé de préjudice insignifiant. Enfin, la conduite ou l'activité préjudiciable doit être de nature criminelle. . . .

À mon sens, la Cour d'appel a correctement conclu que la Commission avait puni à tort l'intimé pour avoir réussi à tromper le personnel de l'hôpital quant à sa consommation de drogue. La

98

99

100

101

the risk assessment contained in the hospital administrator's report which it quotes as follows:

Risk Assessment:

Mr. Owen represents a significant risk to the safety of public. He has demonstrated that even with close controls he engages in behaviours that could potentially place members of the public at risk. The presence of cocaine is most troubling given its similar profile to amphetamine, which was implicated in his index offence and drug induced paranoid state.

In the absence of direct supervision at all times, the team is not confident in its ability to prevent Mr. Owen from engaging in high risk behaviour which may significantly increase the likelihood of recidivism.

102 The Board then added its own appreciation of the changes in Mr. Owen's circumstances as follows:

It is unfortunate that Mr. Owen has chosen to retard his progress toward rehabilitation and thwart the efforts of his caregivers to return him to society. We note that as recent as August of 1999 the treatment team were prepared to support his transfer to the Chatham area, which remains Mr. Owen's desired relocation. Mr. Owen by his conduct is the agent of his own misfortune, albeit he is unlikely to recognize or appreciate his role in what he will undoubtedly determine to be punishment by the Review Board and the hospital.

103 The problem with the reasoning of the hospital and of the Board is that if Mr. Owen is unable to conquer his addiction to drugs and alcohol — which seems likely — he will spend the remainder of his life in detention in a mental hospital, despite the fact that he does not suffer from a mental illness, has lived peacefully for ten years in the community raising his son, and would almost certainly be found criminally responsible if he ever committed another offence. A 1996 hospital report illustrates the problem created by using violations of conditions prohibiting substance use to justify detention within the NCR system. In that report, the hospital had invited

Commission semble avoir accepté l'évaluation du risque qui figurait dans le rapport soumis par l'administrateur de l'hôpital et dont elle cite les extraits suivants :

[TRADUCTION]

Évaluation du risque :

M. Owen représente un risque important pour la sécurité du public. Il a démontré que, même sous surveillance étroite, il adopte des comportements qui pourraient exposer le public à un danger. Ce qu'il y a de plus inquiétant, c'est la présence de cocaïne, de par ses effets semblables aux amphétamines qu'il avait prises lorsqu'il a commis l'infraction initiale et qui l'ont plongé dans un état de paranoïa provoqué par la drogue.

Sans une surveillance directe et constante, notre équipe n'est pas convaincue de pouvoir empêcher M. Owen de se livrer à des actes hautement risqués qui sont susceptibles d'accroître sensiblement la probabilité d'une récidive.

La Commission a ensuite commenté en ces termes les changements survenus dans la situation de M. Owen :

[TRADUCTION] Malheureusement, M. Owen a choisi de ralentir sa progression vers la réadaptation et d'entraver les efforts déployés par ses aidants pour le réintégrer dans la société. Nous notons que dès août 1999, l'équipe de traitement était disposée à appuyer son transfert dans la région de Chatham, qui demeure encore aujourd'hui l'endroit où M. Owen désire être relocalisé. Par son comportement, M. Owen a été l'artisan de son propre malheur, bien qu'il soit improbable qu'il reconnaisse ou qu'il apprécie son rôle dans ce qu'il considérera sans aucun doute comme une punition que lui infligent la Commission d'examen et l'hôpital.

Le raisonnement de l'hôpital et de la Commission pose problème en ce que, si M. Owen est incapable de vaincre sa toxicomanie et son alcoolisme — ce qui semble probable —, il sera détenu pour le reste de sa vie dans un hôpital psychiatrique en dépit du fait qu'il ne souffre d'aucune maladie mentale, qu'il a vécu sans incident pendant dix ans au sein de la collectivité en s'occupant de son fils et qu'il sera presque assurément tenu criminellement responsable des nouvelles infractions qu'il pourrait commettre. Un rapport d'hôpital daté de 1996 illustre le problème que crée la justification de la détention de l'intimé sous le régime de la non-responsabilité

“the Board to consider whether or not the order to abstain serves any useful purpose with regard to either the protection of the public, or the reintegration of Mr. Owen to society”:

It continues to be the opinion of the clinical team that Mr. Owen’s history of alcohol and substance abuse, and his problem behaviours, have generally been linked in the past and will likely be linked in the future. For this reason, drug and alcohol consumption has been specifically identified as a risk factor and consumption has been prohibited under the Order. . . . Mr. Owen has consumed alcohol. He now indicates that he does not think it likely that he will ever manage total and unremitting abstinence and will, therefore, never be able to ‘get out from under’ the Board’s jurisdiction. . . .

. . . .

With regard to the present case, this hospital is concerned that, during a period of conditional discharge, Mr. Owen is ordered to refrain from engaging in an activity which is legal for the general public. If, by complying with that Order, Mr. Owen remains of good behaviour, what is learned that could lead a Board to subsequently find that Mr. Owen is no longer a significant risk to the safety of the public, and discharge him absolutely? The hospital is concerned that the Board, under these circumstances, will never have before it evidence which would support a conclusion that Mr. Owen, in the absence of extraordinary controls, is not a significant threat to the safety of the public, unless he is given a conditional period of living subject only to the laws of the land, while ordered to be of good behaviour. Compliance with such an Order would, presumably, argue in favour of an absolute discharge. Failure would result in criminal sanctions and, possibly, a return to a custodial Disposition Order with, or without, discretionary authority to place the accused in the community with hospital controls. [Emphasis added.]

Justifying the respondent’s detention within the NCR system by his continuous substance abuse problems is equivalent to imposing such a burden on the respondent so as to deny him the possibility of ever getting out of the system, despite a prolonged absence of any violent behaviour.

criminelle par son manquement aux conditions qui lui interdisent la consommation de drogues. L’hôpital y avait invité [TRADUCTION] « la Commission à s’interroger sur l’utilité réelle de rendre une ordonnance d’interdiction à l’égard de M. Owen pour assurer la protection du public ou sa réinsertion sociale » :

[TRADUCTION] L’équipe des soins cliniques continue de croire que les antécédents d’abus d’alcool et d’autres drogues de M. Owen et ses problèmes de comportement étaient généralement liés dans le passé et le seront probablement dans le futur. La consommation de drogue et d’alcool a donc été relevée expressément comme un facteur de risque et lui a, de ce fait, été interdite dans l’ordonnance. [. . .] M. Owen consomme de l’alcool. Il affirme aujourd’hui qu’il ne sera probablement jamais en mesure de s’abstenir entièrement pour toujours d’en consommer et qu’il ne pourra donc jamais « se soustraire » à la compétence de la Commission . . .

. . . .

Dans le présent dossier, la préoccupation de l’hôpital tient à ce qu’on enjoint à M. Owen de s’abstenir de se livrer à une activité légale pour le public en général pendant qu’il se trouve en libération conditionnelle. Si, en obtempérant à cette ordonnance, M. Owen a une bonne conduite, qu’est-ce que la Commission aura appris qui lui permettrait subséquemment de conclure que M. Owen ne représente désormais plus un risque pour la sécurité du public et de le libérer inconditionnellement? L’hôpital s’inquiète du fait que, dans ces circonstances, la Commission ne disposera jamais d’éléments de preuve susceptibles d’étayer la conclusion selon laquelle, en l’absence de mesures de contrôle exceptionnelles, M. Owen ne représente pas un risque important pour la sécurité du public, à moins qu’on consente à le libérer conditionnellement pour ne l’assujettir qu’aux lois du pays tout en exigeant qu’il ait une bonne conduite. Le respect d’une telle ordonnance militerait probablement en faveur d’une libération inconditionnelle. En cas de non-respect, M. Owen se verrait imposer des sanctions pénales et pourrait être soumis à nouveau à une ordonnance de garde, avec ou sans pouvoir discrétionnaire de l’hôpital de le placer dans la collectivité, sous sa surveillance. [Je souligne.]

Fonder la détention de l’intimé sous le régime de la non-responsabilité criminelle sur ses problèmes persistants d’abus d’alcool et d’autres drogues équivaut à lui imposer un fardeau tel qu’on le prive à tout jamais de la possibilité d’en sortir, malgré l’absence prolongée de tout comportement violent de sa part.

104

In my view, both the hospital officials and the members of the Board were unduly influenced by the recent discovery that Mr. Owen had regularly cheated on his drug and alcohol tests in the past. It had always been known that the respondent was likely to be engaging in substance abuse. To restrict the respondent's freedom severely after finding that he had deceived the hospital indicates that at its root the disposition was punitive in purpose. I agree with the Court of Appeal that the Board's assessment of the risk posed by the respondent was entirely speculative and not supported by a proper appreciation of the record.

(2) The Imposition of the Most Onerous Disposition

105

Section 672.54 requires the Board to consider several factors and, ultimately, to make the disposition that is "the least onerous and the least restrictive to the accused". The first option is to discharge the accused absolutely, provided that the Board finds that he is not a significant threat to the public. Should that not be appropriate, the Board may discharge the accused with conditions, or direct that the accused be detained in custody in hospital, subject to conditions that the Board judges appropriate.

106

The respondent had been in the NCR system for 22 years and had been the subject of 24 disposition or warrant orders when the Board rendered the decision under appeal. He did live in the community under different forms of supervision for extended periods of time commencing in 1986, and he resided full-time in the community from 1994 until this disposition was taken. Under this March 2000 disposition the respondent was ordered detained in hospital without entry into the community except under escort. This was the most restrictive disposition imposed upon him since 1990, after his conviction for assault and, apart from that one, the most restrictive since 1982. The Board ordered detention in hospital with only compassionate leave and staff-accompanied entry into the community. It gave no reason for its conclusion that this most restrictive

À mon avis, les autorités de l'hôpital et les membres de la Commission ont été indûment influencés par la découverte récente du fait que M. Owen déjouait régulièrement les tests de dépistage de drogue et d'alcool. On a toujours su que l'intimé avait de fortes chances de consommer de la drogue. Le fait pour la Commission de restreindre considérablement la liberté de l'intimé après avoir appris qu'il avait trompé le personnel de l'hôpital atteste que sa décision avait fondamentalement un caractère punitif. Je fais mien l'avis de la Cour d'appel selon lequel l'évaluation par la Commission du risque posé par l'intimé reposait entièrement sur des hypothèses et n'était pas étayée par un examen adéquat du dossier.

(2) L'imposition de la décision la plus sévère

L'article 672.54 oblige la Commission à tenir compte de plusieurs facteurs et à rendre en définitive la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté ». La première option consiste à libérer inconditionnellement l'accusé dans la mesure où la Commission estime qu'il ne représente pas un risque important pour le public. Si cette option s'avère contre-indiquée, la Commission peut libérer l'accusé sous conditions ou ordonner sa détention dans un hôpital sous réserve des modalités qu'elle juge indiquées.

Placé sous le régime de non-responsabilité criminelle pendant 22 ans, l'intimé avait déjà fait l'objet de 24 décisions ou mandats lorsque la Commission a rendu la décision portée en appel. Il a vécu dans la collectivité sous diverses formes de surveillance pendant de longues périodes à partir de 1986, et y a vécu en permanence de 1994 jusqu'au prononcé de cette décision. Conformément à la décision rendue en mars 2000, l'intimé a été détenu dans un hôpital sans pouvoir sortir dans la collectivité, sauf sous escorte. C'est là la décision la plus privative de liberté rendue à l'égard de l'intimé depuis celle prononcée en 1990 à la suite de sa déclaration de culpabilité pour voies de fait et, mise à part cette dernière, la plus privative de liberté depuis 1982. La Commission a ordonné la détention de l'intimé dans un hôpital, ne l'autorisant à s'absenter que pour des

disposition was “the least onerous and least restrictive” one. In my view this disposition constituted an error of law and was not reasonable.

Even on the assumption that the respondent constituted a sufficient threat to the community to preclude his absolute discharge, the Board was required to embark on an evaluation of all four of the factors outlined in s. 672.54 — the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused — in order to determine whether a conditional discharge or a custodial order was the appropriate disposition. This could not adequately be done without considering that the respondent had lived in the community since 1994, that no violent incident occurred in a period of close to 10 years, the respondent’s desire to be reunited with his son, and the fact that despite his failure to abstain from substance abuse he had nonetheless made some successful efforts in recent years to manage various stressors in his life. In my view, on the facts of this case it was unreasonable for the Board to conclude that the custodial disposition imposed was the least onerous disposition available in the circumstances in that it accorded the respondent “as much liberty as is compatible with public safety”: *Winko, supra*, at para. 9.

C. *The Fresh Evidence Issue*

Section 672.73(1) of the *Code* permits the Court of Appeal to admit any evidence “that [it] finds necessary to admit in the interests of justice”. The Court of Appeal did not deal with the application for admission of fresh evidence in its reasons. It leaves us to speculate to some extent as to the view that the Court of Appeal took of the matter. There is no question that the court looked at the proffered evidence. We do not know however, whether the court thought that the evidence was weak and inconclusive and therefore gave no effect to it, or whether it simply

raisons humanitaires et à ne sortir dans la collectivité qu’accompagné par du personnel de l’hôpital. Elle n’a pas motivé sa conclusion selon laquelle cette décision, extrêmement privative de liberté, était « la moins sévère et la moins privative de liberté ». Cette décision constitue à mon avis une erreur de droit et n’était pas raisonnable.

Même en supposant que l’intimé représentait une menace pour la collectivité suffisamment importante pour que sa libération inconditionnelle soit exclue, la Commission était tenue d’examiner chacun des quatre facteurs énoncés à l’art. 672.54 — la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, l’état mental de l’accusé, ses besoins, ainsi que la nécessité de sa réinsertion sociale — pour décider si une libération conditionnelle ou une ordonnance de garde était indiquée. La Commission ne pouvait pas s’acquitter correctement de cette tâche sans prendre en considération le fait que l’intimé vivait dans la collectivité depuis 1994, qu’il n’avait été impliqué dans aucun incident violent depuis près de 10 ans, qu’il désirait être avec son fils et que, s’il n’avait pas réussi à s’abstenir de consommer de la drogue, il avait néanmoins assez bien réussi, au cours des dernières années, à gérer diverses sources de stress dans sa vie. Je suis d’avis qu’au vu des faits du dossier, il était déraisonnable pour la Commission de conclure que la détention s’avérait la décision la moins sévère possible dans les circonstances parce qu’elle permettait à l’intimé de jouir « d’autant de liberté que la sécurité du public le permet » : *Winko*, précité, par. 9.

C. *La question de la nouvelle preuve*

Le paragraphe 672.73(1) du *Code* autorise la Cour d’appel à admettre tout élément de preuve « lorsqu’elle estime que la justice l’exige ». La Cour d’appel n’a pas traité dans ses motifs de la demande de présentation de nouveaux éléments de preuve. Nous en sommes donc réduits, dans une certaine mesure, à émettre des hypothèses sur ce que la cour a décidé à ce sujet. Il ne fait aucun doute que la cour a pris connaissance de la preuve offerte. Nous ignorons cependant si elle a estimé que la preuve était mince et non concluante, n’y

107

108

decided not to admit it, in which case we are asked to rule that this was an error.

donnant donc aucune suite, ou si elle a tout simplement décidé de ne pas l'admettre, auquel cas on nous demande de statuer qu'il s'agissait d'une erreur.

109 This is not “fresh evidence” as contemplated in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759 (i.e., pre-existing evidence that was not brought before the trial court (here the Board)). Under *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480, for such evidence, the test of admissibility on appeal is high, but if received, the fresh evidence leads inevitably to a new trial (or a new hearing), save for the rare cases where the fresh evidence will be in itself so conclusive that the appeal court will be able to act on it and dispose of the case accordingly (this will often be done on consent: see, for instance, fresh DNA evidence that exonerates a convicted accused: *R. v. Morin* (1995), 37 C.R. (4th) 395 (Ont. C.A.)).

Il ne s'agit pas d'une « nouvelle preuve » comme celle dont il était question dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759 (c'est-à-dire une preuve préexistante qui n'a pas été produite devant le tribunal de première instance (en l'occurrence la Commission)). Selon l'arrêt *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480, le critère d'admissibilité d'une telle preuve en appel est élevé mais, une fois admise, la nouvelle preuve mène inévitablement à la tenue d'un nouveau procès (ou à une nouvelle audition), sauf dans les rares cas où, en soi, elle s'avérera à ce point concluante que la cour d'appel pourra agir sur la foi de cette preuve et disposer de l'affaire en conséquence (cela se fera souvent sur consentement : voir par exemple la nouvelle preuve d'ADN qui exonère un accusé déclaré coupable : *R. c. Morin* (1995) 37 C.R. (4th) 395 (C.A. Ont.)).

110 The evidence here was tendered under the *Code* “in the interests of justice”. It obviously could not have affected the decision of the Board as it was post-disposition evidence. Evidence of post-sentence conduct is often tendered in sentence appeals as “update”, to ensure that the decision of the Court of Appeal is not made in a vacuum. Here, the Court of Appeal had discretion as to whether to admit the evidence. It is clear from its disposition of the case that it gave no effect to it.

En l'espèce, la preuve a été soumise en vertu du *Code* afin que la cour l'admette parce que « la justice l'exige ». Elle n'aurait de toute évidence pas pu influencer la décision de la Commission puisqu'il s'agissait d'une preuve postérieure à la décision. Il arrive souvent que la preuve d'une conduite postérieure à l'infliction d'une peine soit soumise dans le cadre d'un appel de la peine pour valoir comme « mise à jour » et faire en sorte que la cour d'appel ne rende pas sa décision dans l'abstrait. En l'occurrence, la Cour d'appel possédait le pouvoir discrétionnaire d'admettre ou non la preuve. Il ressort clairement de l'issue de l'affaire qu'elle n'y a pas donné suite.

111 Under s. 672.78(3) if it allows an appeal against disposition, the Court of Appeal may make any disposition under s. 672.54 that the Board could have made. It may also refer the matter back to the Board which, in any event, must hold annual reviews of the NCR dispositions. In the normal course of events, the “fresh evidence” such as tendered here should simply be placed before the next Board's review. The only issue therefore is whether the “fresh evidence” tendered before the Court of Appeal was

En application du par. 672.78(3), si elle accueille l'appel d'une décision, la cour d'appel peut rendre la décision en vertu de l'art. 672.54 que la Commission aurait pu rendre. Elle peut également renvoyer l'affaire à la Commission qui, de toute manière, doit réviser annuellement les décisions relatives à la non-responsabilité criminelle. Dans le cours normal des choses, la « nouvelle preuve » comme celle produite en l'espèce devrait tout simplement être présentée dans le cadre de la prochaine audition tenue par

such as to preclude the court from ordering the absolute discharge of the respondent.

Based on the rationale of *Stolar*, where a court of appeal is of the opinion that an NCR accused should have been granted an absolute discharge at the Board hearing, the new evidence should be virtually conclusive that an absolute discharge is not appropriate before a court of appeal should decide not to order it. Moreover, I wish to point out that contrary to the assumption expressed by my colleague Binnie J. at para. 56, it is not clear that an absolute discharge of an NCR detainee terminates the state's capacity to supervise and monitor the respondent's mental condition. Indeed, s. 672.82(1) of the *Criminal Code* provides for discretionary review of *any* disposition of the Board. When read in comparison to s. 672.81, which specifically excludes absolute discharges from mandatory annual reviews, s. 672.82(1) arguably opens the door to discretionary review even of an absolute discharge by the Board based on fresh evidence of dangerousness.

In any event, in my opinion, there is no reason to interfere with the exercise of the Court of Appeal's discretion in its appreciation of the fresh evidence tendered. The Court of Appeal was of the view, correctly I think, that the respondent should have been absolutely discharged by the Board in March of 2000. Rather, he was detained under very onerous and restrictive conditions. It was entirely open to the Court of Appeal, in the face of the reports as to his conduct while in detention, to maintain its conclusion that the respondent was not a significant threat to the safety of the public.

IV. Disposition

For these reasons, I would dismiss the appeal.

la Commission. La seule question qui demeure est donc celle de savoir si la « nouvelle preuve » soumise à la Cour d'appel était telle qu'elle pouvait l'empêcher de prononcer la libération inconditionnelle de l'intimé.

Sur le fondement de l'arrêt *Stolar*, lorsqu'une cour d'appel est d'avis qu'un accusé non responsable criminellement aurait dû se voir accorder une libération inconditionnelle au terme de l'audition de la Commission, la nouvelle preuve devrait établir de façon quasi incontestable que la libération inconditionnelle serait inopportune pour que la cour d'appel décide de ne pas l'ordonner. En outre, je me dois de souligner que, contrairement au postulat énoncé par mon collègue le juge Binnie, au par. 56, il n'apparaît pas clairement que la libération inconditionnelle d'un détenu non responsable criminellement met un terme à la capacité de l'État de surveiller et de contrôler l'état mental de l'intimé. En fait, le par. 672.82(1) du *Code criminel* pourvoit à la révision facultative de toute décision de la Commission « *any of [the Board's] dispositions* ». Lorsqu'on le compare à l'art. 672.81, qui exclut expressément les libérations inconditionnelles du processus obligatoire de révision annuelle, le par. 672.82(1) ouvre la porte, pourrait-on soutenir, à un processus discrétionnaire de révision par la Commission sur le fondement d'une nouvelle preuve de dangerosité, même dans le cas d'une libération inconditionnelle.

Quoi qu'il en soit, je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu de toucher à l'exercice par la Cour d'appel de son pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation de la nouvelle preuve dont elle a été saisie. La Cour d'appel a estimé, à juste titre selon moi, que l'intimé aurait dû être libéré inconditionnellement par la Commission en mars 2000. Celle-ci a plutôt ordonné sa détention assortie de conditions très sévères et très privatives de liberté. La Cour d'appel pouvait tout à fait, au vu des rapports sur la conduite de l'intimé au cours de sa détention, maintenir sa conclusion que l'intimé ne représentait pas un risque important pour la sécurité du public.

IV. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

112

113

114

APPENDIX A*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

16. (1) No person is criminally responsible for an act committed or an omission made while suffering from a mental disorder that rendered the person incapable of appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong.

672.34 Where the jury, or the judge or provincial court judge where there is no jury, finds that an accused committed the act or made the omission that formed the basis of the offence charged, but was at the time suffering from mental disorder so as to be exempt from criminal responsibility by virtue of subsection 16(1), the jury or the judge shall render a verdict that the accused committed the act or made the omission but is not criminally responsible on account of mental disorder.

672.38 (1) A Review Board shall be established or designated for each province to make or review dispositions concerning any accused in respect of whom a verdict of not criminally responsible by reason of mental disorder or unfit to stand trial is rendered, and shall consist of not fewer than five members appointed by the lieutenant governor in council of the province.

672.39 A Review Board must have at least one member who is entitled under the laws of a province to practise psychiatry and, where only one member is so entitled, at least one other member must have training and experience in the field of mental health, and be entitled under the laws of a province to practise medicine or psychology.

672.4 (1) Subject to subsection (2), the chairperson of a Review Board shall be a judge of the Federal Court or of a superior, district or county court of a province, or a person who is qualified for appointment to, or has retired from, such a judicial office.

672.43 At a hearing held by a Review Board to make a disposition or review a disposition in respect of an accused, the chairperson has all the powers that are conferred by sections 4 and 5 of the *Inquiries Act* on persons appointed as commissioners under Part I of that Act.

672.51 (1) In this section, “disposition information” means all or part of an assessment report submitted to the court or Review Board and any other written information before the court or Review Board about the accused that is relevant to making a disposition.

APPENDICE A*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46

16. (1) La responsabilité criminelle d’une personne n’est pas engagée à l’égard d’un acte ou d’une omission de sa part survenu alors qu’elle était atteinte de troubles mentaux qui la rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de l’acte ou de l’omission, ou de savoir que l’acte ou l’omission était mauvais.

672.34 Le jury ou, en l’absence de jury, le juge ou le juge de la cour provinciale, qui détermine que l’accusé a commis l’acte ou l’omission qui a donné lieu à l’accusation mais était atteint, à ce moment, de troubles mentaux dégageant sa responsabilité criminelle par application du paragraphe 16(1) est tenu de rendre un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux.

672.38 (1) Une commission d’examen est constituée ou désignée pour chaque province; elle est constituée d’un minimum de cinq membres nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil de la province et est chargée de rendre ou de réviser des décisions concernant les accusés qui font l’objet d’un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux ou qui ont été déclarés inaptes à subir leur procès.

672.39 Doivent faire partie d’une commission d’examen au moins une personne autorisée par le droit d’une province à exercer la psychiatrie et, s’il n’y a qu’un seul psychiatre, au moins une personne dont la formation et l’expérience relèvent de la santé mentale et qui est autorisée par le droit d’une province à exercer la médecine ou la profession de psychologue.

672.4 (1) Sous réserve du paragraphe (2), le président de la commission d’examen d’une province est un juge — ou un juge à la retraite — de la cour fédérale, d’une cour supérieure d’une province ou d’une cour de district ou de comté ou une personne qui remplit les conditions de nomination à un tel poste.

672.43 Lors d’une audition de la commission d’examen, le président de la commission est investi des pouvoirs que les articles 4 et 5 de la *Loi sur les enquêtes* accordent aux commissaires nommés en vertu de la partie I de cette loi.

672.51 (1) Au présent article, « renseignements décisionnels » s’entend de la totalité ou d’une partie du rapport d’évaluation remis au tribunal ou à la commission d’examen et de tout autre document écrit dont ils sont saisis, qui concerne l’accusé et qui est pertinent dans le cadre de la décision à rendre.

(2) Subject to this section, all disposition information shall be made available for inspection by, and the court or Review Board shall provide a copy of it to, each party and any counsel representing the accused.

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

(a) where a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder has been rendered in respect of the accused and, in the opinion of the court or Review Board, the accused is not a significant threat to the safety of the public, by order, direct that the accused be discharged absolutely;

(b) by order, direct that the accused be discharged subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate; or

(c) by order, direct that the accused be detained in custody in a hospital, subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate.

672.73 (1) An appeal against a disposition by a court or Review Board or placement decision by a Review Board shall be based on a transcript of the proceedings and any other evidence that the court of appeal finds necessary to admit in the interests of justice.

672.78 (1) The court of appeal may allow an appeal against a disposition or placement decision and set aside an order made by the court or Review Board, where the court of appeal is of the opinion that

(a) it is unreasonable or cannot be supported by the evidence;

(b) it is based on a wrong decision on a question of law; or

(c) there was a miscarriage of justice.

(2) The court of appeal may dismiss an appeal against a disposition or placement decision where the court is of the opinion

(a) that paragraphs (1)(a), (b) and (c) do not apply; or

(b) that paragraph (1)(b) may apply, but the court finds that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

(2) Sous réserve des autres dispositions du présent article, les renseignements décisionnels sont à la disposition des autres parties et de l'avocat qui, le cas échéant, représente l'accusé; le tribunal ou la commission leur en fait parvenir une copie.

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

a) lorsqu'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux a été rendu à l'égard de l'accusé, une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci si le tribunal ou la commission est d'avis qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public;

b) une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées;

c) une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées.

672.73 (1) L'appel est fondé sur la transcription déposée auprès de la cour d'appel et sur les autres éléments de preuve dont la cour d'appel accepte la présentation lorsqu'elle estime que la justice l'exige.

672.78 (1) La cour d'appel peut accueillir l'appel interjeté à l'égard d'une décision ou d'une ordonnance de placement et annuler toute ordonnance rendue par le tribunal ou la commission d'examen si elle est d'avis que, selon le cas :

a) la décision ou l'ordonnance est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve;

b) il s'agit d'une erreur de droit;

c) il y a eu erreur judiciaire.

(2) La cour d'appel peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) les alinéas (1)a), b) et c) ne s'appliquent pas;

b) l'alinéa (1)b) peut s'appliquer, mais elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire ne s'est produit.

(3) Where the court of appeal allows an appeal against a disposition or placement decision, it may

(a) make any disposition under section 672.54 or any placement decision that the Review Board could have made;

(b) refer the matter back to the court or Review Board for rehearing, in whole or in part, in accordance with any directions that the court of appeal considers appropriate; or

(c) make any other order that justice requires.

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

672.82 (1) A Review Board may hold a hearing to review any of its dispositions at any time, at the request of the accused or any other party.

(2) Where a party requests a review of a disposition under this section, the party is deemed to abandon any appeal against the disposition taken under section 672.72.

Appeal allowed, ARBOUR J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Pinkofskys, Toronto.

(3) La cour d'appel, si elle accueille l'appel, peut :

a) rendre la décision en vertu de l'article 672.54 ou l'ordonnance de placement que la commission d'examen aurait pu rendre;

b) renvoyer l'affaire au tribunal ou à la commission d'examen pour une nouvelle audition, complète ou partielle, en conformité avec les instructions qu'elle lui donne;

c) rendre toute autre ordonnance que la justice exige.

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

672.82 (1) La commission d'examen peut, en tout temps, tenir une audition à la demande de l'accusé ou de toute autre partie.

(2) Lorsqu'une révision d'une décision visée par un appel interjeté par une partie en vertu de l'article 672.72 commence à la demande de cette partie, l'appel est réputé avoir été abandonné.

Pourvoi accueilli, la juge ARBOUR est dissidente.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Pinkofskys, Toronto.