

Robert Cunningham *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in right of Canada
and the Warden of Kingston
Penitentiary** *Respondents*

INDEXED AS: CUNNINGHAM v. CANADA

File No.: 22451.

1993: January 29; 1993: April 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Liberty of
the person — Fundamental justice — Parole —
Mandatory supervision — Parole Act amended to
change conditions for release on mandatory supervision
— Whether amendment amounts to denial of prisoner's
liberty contrary to principles of fundamental justice —
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 —
Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2, s. 21.3(3)(a)(ii).*

*Prisons — Parole — Mandatory supervision —
Parole Act amended to change conditions for release on
mandatory supervision — Whether amendment amounts
to denial of prisoner's liberty contrary to principles of
fundamental justice — Canadian Charter of Rights and
Freedoms, s. 7 — Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2,
s. 21.3(3)(a)(ii).*

In 1981 the appellant was sentenced to 12 years' imprisonment for manslaughter. Under the *Parole Act* in force at the time, he was entitled to be released on mandatory supervision after serving approximately two-thirds of his sentence, provided that he was of good behaviour. In 1986 the Act was amended to allow the Commissioner of Corrections, within six months of the "presumptive release date", to refer a case to the National Parole Board where he has reason to believe, on the basis of information obtained within those six months, that the inmate is likely, prior to the expiration of his sentence, to commit an offence causing death or serious harm. The Parole Board may, if it sees fit, deny

Robert Cunningham *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine du chef du Canada et le
directeur du pénitencier de
Kingston** *Intimés*

^b RÉPERTORIÉ: CUNNINGHAM c. CANADA

N° du greffe: 22451.

1993: 29 janvier; 1993: 22 avril.

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

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

^d

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté
de la personne — Justice fondamentale — Libération
conditionnelle — Liberté surveillée — Loi sur la libération
conditionnelle modifiée de façon à changer les condi-
tions de mise en liberté surveillée — La modification
équivalait-elle à une atteinte à la liberté du détenu en
contravention des principes de justice fondamentale? —
Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi
sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2,
art. 21.3(3)a)(ii).*

^e *Prisons — Libération conditionnelle — Liberté sur-
veillée — Loi sur la libération conditionnelle modifiée
de façon à changer les conditions de mise en liberté sur-
veillée — La modification équivalait-elle à une atteinte à
la liberté du détenu en contravention des principes de
justice fondamentale? — Charte canadienne des droits
et libertés, art. 7 — Loi sur la libération conditionnelle,
L.R.C. (1985), ch. P-2, art. 21.3(3)a)(ii).*

^f En 1981, l'appelant a été condamné à une peine
d'emprisonnement de 12 ans pour homicide involontaire
coupable. Aux termes de la *Loi sur la libération condi-
tionnelle* en vigueur à l'époque, il avait droit d'être mis
en liberté surveillée après avoir purgé environ les deux
tiers de sa peine, à la condition d'avoir fait preuve de
bonne conduite. En 1986, la Loi a été modifiée de façon
à permettre au commissaire aux services correctionnels,
dans les six mois de la «date prévue pour la libération»,
de renvoyer un cas à la Commission nationale des libé-
rations conditionnelles lorsqu'il a des motifs de croire,
sur le fondement de renseignements obtenus dans ces
six mois, que le détenu commettra vraisemblablement,

release of the inmate. Shortly before his release date, the appellant received a notice that the Commissioner had decided to seek his continued detention. Following a hearing, he was ordered to be detained until his sentence expired, subject to annual reviews. The Ontario Supreme Court refused his application for a writ of *habeas corpus*. The Court of Appeal upheld the judgment. This appeal is to determine whether the 1986 amendment to the *Parole Act* amounts to a denial of the appellant's liberty contrary to the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; if so, whether the violation is justifiable under s. 1 of the *Charter*; and whether the Commissioner acted lawfully in referring the appellant to the Board for a hearing within six months of his release date.

Held: The appeal should be dismissed.

The appellant has suffered deprivation of liberty. While the duration of the restriction of his liberty interest has not been affected, the manner in which he may serve part of that sentence has. The deprivation is sufficiently serious to warrant *Charter* protection. There is a significant difference between life inside a prison and the greater liberty enjoyed on the outside under mandatory supervision. The 1986 amendment to the *Parole Act* did not, however, violate the principles of fundamental justice, which are concerned not only with the interest of the person who claims his liberty has been limited, but with the protection of society. From a substantive point of view, the change in the law strikes the right balance between those interests. The prisoner's liberty interest is limited only to the extent that this is shown to be necessary for the protection of the public. Nor does the procedure established under the Act and Regulations violate the principles of fundamental justice. The new procedure provides for a hearing, and the prisoner is entitled to representation throughout. The material on which the matter may be referred for hearing is limited, and there are provisions for new hearings to review the detention in the future. These requirements provide safeguards against arbitrary, capricious orders and ensure that curtailment of release on mandatory supervision occurs only when it is required to protect the public and then only after the interests of the pris-

avant l'expiration de sa peine, une infraction causant la mort ou un tort considérable. La Commission des libérations conditionnelles peut, si elle le juge à propos, refuser de libérer le détenu. Peu de temps avant la date de sa libération, l'appellant a reçu un avis selon lequel le commissaire avait décidé de demander sa détention continue. Par suite d'une audience, il a été ordonné qu'il soit détenu jusqu'à l'expiration de sa peine, sous réserve de révisions annuelles. La Cour suprême de l'Ontario a refusé sa demande en vue d'obtenir un bref d'*habeas corpus*. La Cour d'appel a confirmé le jugement. Le présent pourvoi vise à déterminer si la modification de 1986 à la *Loi sur la libération conditionnelle* équivaut à une atteinte à la liberté de l'appellant allant à l'encontre des principes de justice fondamentale aux termes de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*; le cas échéant, si elle est justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte* et si le commissaire a agi de façon légitime lorsqu'il a renvoyé l'appellant devant la Commission dans les six mois précédant la date de sa libération.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'appellant a été privé de liberté. Bien qu'il n'y ait pas eu d'effet sur la durée de la restriction de son droit à la liberté, il y a eu un effet sur la manière dont il peut purger une partie de cette peine. La privation est suffisamment grave pour justifier la protection de la *Charte*. Il y a une immense différence entre la vie en prison et la liberté plus grande qui existe à l'extérieur en liberté surveillée. La modification de 1986 à la *Loi sur la libération conditionnelle* n'a toutefois pas porté atteinte aux principes de justice fondamentale qui touchent, non seulement au droit de la personne qui soutient que sa liberté a été limitée, mais également à la protection de la société. Du point de vue du fond, la modification de la loi établit un juste équilibre entre ces intérêts. Le droit à la liberté du détenu n'est restreint que dans la mesure où l'on démontre que cela est nécessaire pour la protection du public. La procédure établie aux termes de la Loi et du Règlement ne porte pas atteinte non plus aux principes de justice fondamentale. La nouvelle procédure prévoit une audience et le détenu a le droit de se faire entendre à toutes les étapes. Les documents à l'égard desquels l'affaire peut être renvoyée pour examen sont limités et il y a aussi des dispositions prévoyant de nouvelles audiences pour examiner la détention dans l'avenir. Ces exigences fournissent des garanties contre les ordonnances arbitraires et vexatoires et font en sorte que la restriction de la mise en liberté surveillée ne se matérialise que lorsque cela est nécessaire pour protéger le public et alors, seulement après que l'on a entièrement

oner in obtaining the release have been fully and fairly canvassed.

The Commissioner did not violate the *Parole Act* by referring the appellant's case to the Parole Board. While some of the information relied on was in the files prior to the six-month period before the prospective release date, that should not prevent the Commissioner from relying on new and revised reports to the same effect when they come to his attention within the six-month period.

et équitablement pris en compte les intérêts du détenu à l'égard de la mise en liberté.

Le commissaire n'a pas violé la *Loi sur la libération conditionnelle* lorsqu'il a renvoyé le cas de l'appelant à la Commission des libérations conditionnelles. Bien que certains renseignements sur lesquels il s'est fondé se trouvaient dans les dossiers établis avant la période de six mois précédant la date prévue pour la libération du détenu, cela ne devrait pas empêcher le commissaire de se fonder sur des rapports récents et révisés qui arrivent aux mêmes conclusions lorsqu'ils lui sont présentés dans la période de six mois.

Cases Cited

Referred to: *Dumas v. Leclerc Institute*, [1986] 2 S.C.R. 459; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *Greenholtz v. Inmates of Nebraska Penal and Correctional Complex*, 442 U.S. 1 (1979); *Board of Pardons v. Allen*, 482 U.S. 369 (1987); *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Re Ross and Warden of Kent Institution* (1987), 34 C.C.C. (3d) 452; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Re Evans and The Queen* (1986), 30 C.C.C. (3d) 313.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.
Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2, s. 21.3(3) [ad. c. 34 (2nd Supp.), s. 5].

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, No. 113/89, October 18, 1990, affirming a judgment of Smith J., No. 241/89, August 2, 1989, dismissing the appellant's application for *habeas corpus*. Appeal dismissed.

R. Peter Napier, for the appellant.

Terrence Joyce, Q.C., and John B. Edmond, for the respondents.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Dumas c. Centre de détention Leclerc*, [1986] 2 R.C.S. 459; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *Greenholtz c. Inmates of Nebraska Penal and Correctional Complex*, 442 U.S. 1 (1979); *Board of Pardons c. Allen*, 482 U.S. 369 (1987); *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Re Ross and Warden of Kent Institution* (1987), 34 C.C.C. (3d) 452; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Re Evans and The Queen* (1986), 30 C.C.C. (3d) 313.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.
Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2, art. 21.3(3) [aj. ch. 34 (2^o suppl.), art. 5].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, N^o 113/89, 18 octobre 1990, qui a confirmé le jugement du juge Smith, N^o 241/89, 2 août 1989, qui avait rejeté la demande de l'appelant en vue d'obtenir un bref d'*habeas corpus*. Pourvoi rejeté.

R. Peter Napier, pour l'appelant.

Terrence Joyce, c.r., et John B. Edmond, pour les intimés.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J.—On February 14, 1981, the appellant was sentenced to 12 years' imprisonment for manslaughter following a brutal slaying in Chatham Head, New Brunswick. Under the *Parole Act* in force at the time of his sentencing, he was entitled to be released on mandatory supervision after serving approximately two-thirds of his sentence, on April 8, 1989, provided that he was of good behaviour.

In 1986 the *Parole Act* was amended to allow the Commissioner of Corrections, within six months of the "presumptive release date", to refer a case to the National Parole Board where he has reason to believe, on the basis of information obtained within those six months, that the inmate is likely, prior to the expiration of his sentence, to commit an offence causing death or serious harm: *Parole Act*, R.S.C., 1985, c. P-2, s. 21.3(3)(a)(ii) (ad. c. 34 (2nd Supp.), s. 5). The Parole Board may, if it sees fit, deny release of the inmate.

The appellant had maintained a good behaviour record in prison. In 1988, his parole officer recommended him for parole and requested a community assessment, since the appellant had indicated he would be returning to his home community, not far from the scene of the crime. The appellant expected to be released on April 8, 1989.

This, however, was not to be. Shortly before his release date, the appellant received a notice that the Commissioner had decided to seek the continued detention of the appellant under the 1986 amendments to the *Parole Act*. His community, alerted to his release by the community assessment, evinced concern at his early release given the violence of the crime. Further assessments made in the six months preceding the early release

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—Le 14 février 1981, l'appelant a été condamné à une peine d'emprisonnement de 12 ans pour homicide involontaire coupable par suite d'un meurtre brutal commis à Chatham Head (Nouveau-Brunswick). Aux termes de la *Loi sur la libération conditionnelle* en vigueur à l'époque de la détermination de sa peine, il avait droit d'être mis en liberté surveillée après avoir purgé environ les deux tiers de sa peine, le 8 avril 1989, à la condition d'avoir fait preuve de bonne conduite.

En 1986, la *Loi sur la libération conditionnelle* a été modifiée de façon à permettre au commissaire aux services correctionnels, dans les six mois de la «date prévue pour la libération», de renvoyer un cas à la Commission nationale des libérations conditionnelles lorsqu'il a des motifs de croire, sur le fondement de renseignements obtenus dans ces six mois, que le détenu commettra vraisemblablement, avant l'expiration de sa peine, une infraction causant la mort ou un tort considérable: *Loi sur la libération conditionnelle*, L.R.C. (1985), ch. P-2, sous-al. 21.3(3)a)(ii) (aj. ch. 34 (2^e suppl.), art. 5). La Commission des libérations conditionnelles peut, si elle le juge à propos, refuser de libérer le détenu.

L'appelant a eu une bonne conduite en prison. En 1988, son agent des libérations conditionnelles a recommandé sa mise en liberté conditionnelle et a demandé la tenue d'une enquête communautaire, étant donné que l'appelant avait indiqué qu'il retournerait à l'endroit d'où il est originaire, près du lieu du crime. L'appelant s'attendait à être libéré le 8 avril 1989.

Toutefois, il ne l'a pas été. Peu de temps avant la date de sa libération, l'appelant a reçu un avis selon lequel le commissaire avait décidé de demander sa détention continue aux termes des modifications de 1986 de la *Loi sur la libération conditionnelle*. La collectivité d'où il était originaire, avertie de la libération par l'enquête communautaire, a manifesté de l'inquiétude à l'égard de sa libération anticipée en raison de la violence du

date suggested that he remained homicidal when drunk. There was said to be a 50 percent chance of his returning to alcohol, and a 50 percent chance that if drunk he would commit an act of violence. There was also evidence that he was somewhat unstable and had not accepted his responsibility for the crime. While this evidence was brought forward in the six months preceding the anticipated release date, similar observations may be found in the prison records for preceding years.

Following a detention hearing, the appellant was ordered to be detained until his sentence expired on February 13, 1993, subject to annual reviews. The appellant brought an action to the Supreme Court of Ontario for a writ of *habeas corpus*. The application was refused. The appellant appealed to the Court of Appeal for Ontario, but his appeal was dismissed. The appellant now appeals to this Court.

Three issues arise before us:

1. Does the 1986 amendment to the *Parole Act* changing the conditions for release on mandatory supervision amount to a denial of the appellant's liberty contrary to the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the appellant's s. 7 rights were violated, is the violation justifiable under s. 1 of the *Charter*?

3. Did the Commissioner act lawfully in accordance with the legislation in referring the appellant to the National Parole Board for a hearing within six months of his release date?

crime. Il ressort d'autres enquêtes effectuées au cours des six mois qui ont précédé la date prévue pour la libération anticipée qu'il avait encore des tendances meurtrières en état d'ébriété. Il y aurait 50 pour 100 de risques qu'il se remette à boire et 50 pour 100 de risques que, en état d'ébriété, il commette un acte de violence. On a également démontré qu'il était assez instable et qu'il n'avait pas accepté sa responsabilité à l'égard du crime. Bien que ces éléments de preuve aient été présentés dans les six mois qui ont précédé la date prévue de sa libération, on peut trouver des observations semblables dans les dossiers de la prison au cours des années précédentes.

Par suite d'une audience relative à la détention, il a été ordonné que l'appellant soit détenu jusqu'à l'expiration de sa peine le 13 février 1993, sous réserve de révisions annuelles. L'appellant a intenté une action devant la Cour suprême de l'Ontario en vue d'obtenir un bref d'*habeas corpus*. La demande a été refusée. Il a interjeté appel à la Cour d'appel de l'Ontario, mais son appel a été rejeté. Il se pourvoit maintenant devant notre Cour.

Trois questions sont soulevées devant nous:

1. La modification de 1986 apportée à la *Loi sur la libération conditionnelle* qui change les conditions de mise en liberté surveillée équivaut-elle à une atteinte à la liberté de l'appelant allant à l'encontre des principes de justice fondamentale aux termes de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. S'il y a eu violation des droits que l'art. 7 reconnaît à l'appelant, celle-ci peut-elle être justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte*?

3. Le commissaire a-t-il agi de façon légitime conformément à la loi lorsqu'il a renvoyé l'appelant devant la Commission nationale des libérations conditionnelles dans les six mois précédant la date de sa libération?

1. Were the Appellant's Rights Under Section 7 of the Charter Violated?

In order for the appellant to succeed in this argument, he must establish two things:

(1) that he was deprived of his liberty by the amendment to the *Parole Act* which resulted in denial of his release on mandatory supervision; and

(2) that the deprivation of his liberty was contrary to the fundamental interests of justice.

My conclusion is that while the appellant's liberty may be said to have been adversely affected by the changes to the *Parole Act*, the deprivation was not contrary to the principles of fundamental justice.

The first question is whether the appellant has suffered a deprivation of liberty which attracts the protection of s. 7 of the *Charter*. This raises two subsidiary questions: (1) Has the appellant shown that he has been deprived of liberty? (2) If so, is the deprivation sufficiently serious to attract *Charter* protection?

In my view, the appellant has shown that he has been deprived of liberty. The argument that because the appellant was sentenced to 12 years' imprisonment there can be no further impeachment of his liberty interest within the 12-year period runs counter to previous pronouncements, and oversimplifies the concept of liberty. This and other courts have recognized that there are different types of liberty interests in the context of correctional law. In *Dumas v. Leclerc Institute*, [1986] 2 S.C.R. 459, at p. 464, Lamer J. (as he then was) identified three different deprivations of liberty: (1) the initial deprivation of liberty; (2) a substantial change in conditions amounting to a further deprivation of liberty; and (3) a continuation of the deprivation of liberty. In *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, at p. 645, this Court held by a majority, *per* Wilson J. (Lamer and L'Heureux-Dubé JJ. concurring) that the liberty interest involved in not

1. Y a-t-il eu violation des droits que l'art. 7 de la Charte reconnaît à l'appelant?

Pour que l'appelant ait gain de cause sur cet argument, il doit établir deux choses:

(1) qu'il a été privé de sa liberté par la modification de la *Loi sur la libération conditionnelle* qui a amené le refus de sa mise en liberté surveillée;

(2) que sa privation de liberté était contraire aux intérêts fondamentaux de la justice.

Selon moi, bien qu'on puisse dire que les modifications apportées à la *Loi sur la libération conditionnelle* aient pu avoir des conséquences défavorables à l'égard de la liberté de l'appelant, la privation n'était pas contraire aux principes de justice fondamentale.

La première question est de savoir si l'appelant a subi une privation de liberté contre laquelle le protège l'art. 7 de la *Charte*. Il en découle deux questions subsidiaires: (1) L'appelant a-t-il démontré qu'il avait été privé de liberté? (2) Dans l'affirmative, la privation est-elle suffisamment grave pour que la protection conférée par la *Charte* s'applique?

À mon avis, l'appelant a démontré qu'il a été privé de liberté. L'argument voulant que, puisque l'appelant a été condamné à purger une peine d'emprisonnement de 12 ans, il ne peut y avoir d'autre atteinte à sa liberté pendant cette période est contraire à la jurisprudence et simplifie à l'extrême le concept de liberté. Notre Cour ainsi que d'autres tribunaux ont reconnu qu'il existe différents types de droits à la liberté dans le contexte du droit correctionnel. Dans l'arrêt *Dumas c. Centre de détention Leclerc*, [1986] 2 R.C.S. 459, à la p. 464, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a mentionné trois sortes de privation de liberté: (1) la privation initiale de liberté; (2) une modification importante des conditions d'incarcération qui équivaut à une nouvelle privation de liberté; et (3) la continuation de la privation de liberté. Dans l'arrêt *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, à la p. 645, notre Cour a conclu, à la majorité, par la voix du

continuing the period of parole ineligibility may be protected by s. 7 of the *Charter*:

... the continuation of the 25-year period of parole ineligibility deprives the appellant of an important residual liberty interest which is cognizable under s. 7 and which may be appropriately remedied by way of *habeas corpus* if found to be unlawful.

American authority is to the same effect. In *Greenholtz v. Inmates of Nebraska Penal and Correctional Complex*, 442 U.S. 1 (1979), at pp. 9-10, the Supreme Court of the United States *per* Burger C.J. held that an expectation of liberty created by a parole statute created a liberty interest in parole release that is protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. This finding was affirmed in *Board of Pardons v. Allen*, 482 U.S. 369 (1987). Notwithstanding a vigorous dissent by O'Connor J. (Rehnquist C.J. and Scalia J. concurring) in that case, relying on *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), this remains the law in the United States.

I do not find it useful to ask whether the liberty interest was "vested" or "not vested". The only questions which arise under the *Charter* are whether a protected liberty interest is limited, and if so, whether that limitation accords with the principles of fundamental justice. To qualify an interest as "vested" or "not vested" does not really advance the debate, except in the sense that a vested interest might be seen as being more important or worthy of protection than one which is not vested. In that event, I think it better to speak directly of the importance of the interest, rather than introducing the property law concept of vesting. At the same time, it is important to recognize that liberty interests may cover a spectrum from the less important to the fundamental. A restriction affecting the form in which a sentence is served, the issue here, may

juge Wilson (avec l'appui des juges Lamer et L'Heureux-Dubé) que le droit à la liberté visé par la suppression de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle peut être protégé par l'art. 7 de la *Charte*:

... le maintien de l'inadmissibilité à la libération conditionnelle pendant une période de 25 ans prive l'appelant d'un droit résiduel important à la liberté qui relève de l'art. 7 et auquel il peut être remédié à bon droit par voie d'*habeas corpus* si elle est jugée illégale.

La jurisprudence américaine va dans le même sens. Dans l'arrêt *Greenholtz c. Inmates of Nebraska Penal and Correctional Complex*, 442 U.S. 1 (1979), aux pp. 9 et 10, la Cour suprême des États-Unis a conclu, par la voix du juge en chef Burger, qu'une expectative de liberté qui découle d'une loi sur la libération conditionnelle créait un droit à la liberté sous forme de libération conditionnelle, protégé par la clause d'application régulière de la loi du Quatorzième amendement. Cette conclusion a été confirmée dans l'arrêt *Board of Pardons c. Allen*, 482 U.S. 369 (1987). Nonobstant une dissidence vigoureuse du juge O'Connor (avec l'appui du juge en chef Rehnquist et du juge Scalia) dans cette affaire, se fondant sur l'arrêt *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), cela est l'état du droit aux États-Unis.

À mon avis, il est inutile de se demander si le droit à la liberté était «dévolu» ou non. Les seules questions qui se posent aux termes de la *Charte* sont de savoir si un droit à la liberté garanti est restreint et, le cas échéant, si cette restriction est conforme aux principes de justice fondamentale. La caractérisation d'un droit comme «dévolu» ou non ne fait pas réellement avancer le débat, sauf dans le sens qu'un droit dévolu pourrait être considéré comme plus important ou digne d'être protégé que celui qui ne l'est pas. Dans un tel cas, je crois qu'il est préférable de parler directement de l'importance du droit, plutôt que d'introduire le concept de droit dévolu qui provient du droit des biens. Par ailleurs, il est important de reconnaître que le droit à la liberté peut viser tout un éventail allant du moins important au fondamental. Une restriction

be less serious than would be an *ex post facto* increase in the sentence.

In the case at bar, the appellant was sentenced to 12 years and was required under his warrant of committal, both before and after the amendment of the *Parole Act*, to serve that sentence in its entirety. Thus the duration of the restriction of his liberty interest has not been affected. As Lamer J. held for the Court in *Dumas, supra*, at p. 464: "In the context of parole, the continued detention of an inmate will only become unlawful if he has acquired the status of a parolee." The appellant had never acquired parolee status, and his sentence, contrary to his counsel's submissions, has not been increased.

However the manner in which he may serve a part of that sentence, the second liberty interest identified by Lamer J. in *Dumas, supra*, has been affected. One has "more" liberty, or a better quality of liberty, when one is serving time on mandatory supervision than when one is serving time in prison. The appellant had a high expectation, contingent on his good behaviour, that he would be released on mandatory supervision on April 8, 1989, had the *Parole Act* not been amended; indeed, he would automatically have been released on mandatory supervision given his good behaviour. The effect of the 1986 amendment of the *Parole Act* was to reduce that expectation of liberty, in the sense that it curtailed the probability of his release on mandatory supervision. This resulted from the new power of the Commissioner to refer exceptional cases to the Parole Board based on events and information in the six months immediately preceding the presumptive release date. As the British Columbia Court of Appeal put it in *Re Ross and Warden of Kent Institution* (1987), 34 C.C.C. (3d) 452, at p. 454: "The effect of the 1986 amendments . . . is to alter the right of an inmate to serve a portion of his sentence on

qui touche la manière dont une peine est purgée, la question en litige ici, peut être moins grave que ne le serait une augmentation de la peine après le fait.

En l'espèce, l'appellant a été condamné à une peine d'emprisonnement de 12 ans et était tenu aux termes de son mandat d'incarcération, avant et après la modification de la *Loi sur la libération conditionnelle*, de purger cette peine au complet. Par conséquent, il n'y a pas eu d'effet sur la durée de la restriction de son droit à la liberté. Comme le juge Lamer l'a conclu au nom de la Cour dans l'arrêt *Dumas*, précité, à la p. 464: «Dans le contexte de la libération conditionnelle, la détention continue d'un détenu ne deviendra illégale que s'il a acquis le statut de libéré conditionnel.» L'appellant n'a pas acquis ce statut et sa peine, contrairement aux arguments de son avocat, n'a pas été augmentée.

Toutefois, il y a eu un effet sur la manière dont il peut purger une partie de cette peine, qui constitue le deuxième droit à la liberté identifié par le juge Lamer dans l'arrêt *Dumas*, précité. Une personne jouit de «plus» de liberté ou d'une meilleure qualité de liberté, lorsqu'elle purge sa peine en liberté surveillée plutôt qu'en prison. L'appellant nourrissait de grands espoirs, sous réserve de sa bonne conduite, qu'il serait mis en liberté surveillée le 8 avril 1989, si la *Loi sur la libération conditionnelle* n'avait pas été modifiée; en fait, il aurait automatiquement été mis en liberté surveillée à cause de sa bonne conduite. La modification de 1986 de la *Loi sur la libération conditionnelle* a eu pour effet de réduire cette attente de liberté, dans le sens qu'elle réduisait la probabilité de sa mise en liberté surveillée. Cette situation résultait du nouveau pouvoir du commissaire de renvoyer certains cas à la Commission des libérations conditionnelles en se fondant sur des événements survenus et sur les renseignements obtenus dans les six mois précédents immédiatement la date prévue de la libération. Comme la Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a dit dans l'arrêt *Re Ross and Warden of Kent Institution* (1987), 34 C.C.C. (3d) 452, à la p. 454: [TRADUCTION] «Les modifications de 1986 ont eu pour effet [...] de modifier le droit d'un détenu de purger une partie de sa peine en

mandatory supervision by qualifying that right." (Emphasis added.)

I conclude that the appellant has suffered deprivation of liberty. The next question is whether the deprivation is sufficiently serious to warrant *Charter* protection. The *Charter* does not protect against insignificant or "trivial" limitations of rights: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 759 (per Dickson C.J.); *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 314; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 259; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 168-69. It follows that qualification of a prisoner's expectation of liberty does not necessarily bring the matter within the purview of s. 7 of the *Charter*. The qualification must be significant enough to warrant constitutional protection. To require that all changes to the manner in which a sentence is served be in accordance with the principles of fundamental justice would trivialize the protections under the *Charter*. To quote Lamer J. in *Dumas*, *supra*, at p. 464, there must be a "substantial change in conditions amounting to a further deprivation of liberty".

The change in the manner in which the sentence was served in this case meets this test. There is a significant difference between life inside a prison versus the greater liberty enjoyed on the outside under mandatory supervision. Such a change was recognized as worthy of s. 7 protection in *Gamble*, *supra*.

Having concluded that the appellant has been deprived of a liberty interest protected by s. 7 of the *Charter*, we must determine whether this is contrary to the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. In my view, while the amendment of the *Parole Act* to eliminate automatic release on mandatory supervision restricted the appellant's liberty interest, it did not violate the principles of fundamental justice. The principles of fundamental justice are concerned not only with the interest of the person who claims his liberty

liberté surveillée en restreignant ce droit.» (Je souligne.)

Je conclus que l'appelant a été privé de liberté. La question suivante est de savoir si la privation est suffisamment grave pour justifier la protection de la *Charte*. La *Charte* n'assure pas une protection contre les restrictions insignifiantes ou «négligeables» à l'égard des droits: *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 759 (le juge en chef Dickson); *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, à la p. 314; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, à la p. 259; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, aux pp. 168 et 169. Il en découle que la restriction de l'attente d'un détenu en matière de liberté ne fait pas nécessairement intervenir l'application de l'art. 7 de la *Charte*. La restriction doit être suffisamment importante pour justifier une protection constitutionnelle. Exiger que toutes les modifications apportées à la manière dont une peine est purgée soient conformes aux principes de justice fondamentale aurait pour effet de banaliser les protections conférées par la *Charte*. Selon le juge Lamer dans l'arrêt *Dumas*, précité, à la p. 464, il doit y avoir une «modification importante des conditions d'incarcération qui équivaut à une nouvelle privation de liberté».

La modification dans la manière dont la peine a été purgée en l'espèce satisfait à ce critère. Il y a une immense différence entre la vie en prison et la liberté plus grande qui existe à l'extérieur en liberté surveillée. Dans l'arrêt *Gamble*, précité, une telle modification a été jugée digne de jouir de la protection conférée par l'art. 7.

Ayant conclu que l'appelant a été privé d'un droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte*, nous devons déterminer si cela est contraire aux principes de justice fondamentale aux termes de l'art. 7 de la *Charte*. À mon avis, bien que la modification de la *Loi sur la libération conditionnelle* visant à éliminer la mise en liberté surveillée automatique ait restreint le droit à la liberté de l'appelant, elle n'a pas porté atteinte aux principes de justice fondamentale. Ces principes touchent non seulement au droit de la personne qui soutient que

has been limited, but with the protection of society. Fundamental justice requires that a fair balance be struck between these interests, both substantively and procedurally (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 502-3, *per Lamer J.*; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 212, *per Wilson J.*; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, at p. 882, *per Iacobucci J.*). In my view the balance struck in this case conforms to this requirement.

The first question is whether, from a substantive point of view, the change in the law strikes the right balance between the accused's interests and the interests of society. The interest of society in being protected against the violence that may be perpetrated as a consequence of the early release of inmates whose sentence has not been fully served needs no elaboration. On the other side of the balance lies the prisoner's interest in an early conditional release.

The balance is struck by qualifying the prisoner's expectation regarding the form in which the sentence would be served. The expectation of mandatory release is modified by the amendment permitting a discretion to prevent early release where society's interests are endangered. A change in the form in which a sentence is served, whether it be favourable or unfavourable to the prisoner, is not, in itself, contrary to any principle of fundamental justice. Indeed, our system of justice has always permitted correctional authorities to make appropriate changes in how a sentence is served, whether the changes relate to place, conditions, training facilities, or treatment. Many changes in the conditions under which sentences are served occur on an administrative basis in response to the prisoner's immediate needs or behaviour. Other changes are more general. From time to time, for example, new approaches in correctional law are introduced by legislation or regulation. These ini-

sa liberté a été limitée, mais également à la protection de la société. La justice fondamentale exige un juste équilibre entre ces droits, tant du point de vue du fond et que de celui de la forme (voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 502 et 503, le juge Lamer; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 212, le juge Wilson; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869 à la p. 882, le juge Iacobucci). À mon avis, l'équilibre obtenu en l'es-pèce satisfait à cette exigence.

La première question est de savoir si, du point de vue du fond, la modification de la loi établit un juste équilibre entre les droits de l'accusé et les intérêts de la société. Il n'est pas nécessaire de souligner l'intérêt qu'a la société d'être protégée contre les actes de violence qui pourraient survenir par suite de la mise en liberté anticipée de détenus dont la peine n'a pas été purgée au complet. Par ailleurs, il faut également tenir compte du droit du détenu à une mise en liberté anticipée sous condition.

L'équilibre est atteint par la restriction de l'attente qu'a le détenu par rapport à la façon dont la peine doit être purgée. L'attente relative à la mise en liberté surveillée est changée par la modification accordant le pouvoir discrétionnaire d'interdire une mise en liberté anticipée lorsque les intérêts de la société sont menacés. Une modification de la façon dont une peine est purgée, qu'elle soit favorable ou défavorable à l'endroit du détenu, n'est, en soi, contraire à aucun principe de justice fondamentale. En fait, notre système de justice a toujours permis aux autorités correctionnelles d'apporter des modifications appropriées à la manière dont une peine doit être purgée, en ce qui a trait au lieu, aux conditions, aux installations de formation ou au traitement. Un grand nombre de modifications des conditions dans lesquelles les peines sont purgées sont apportées de façon administrative pour répondre aux besoins immédiats ou au comportement du détenu. D'autres modifications sont d'ordre plus général. Par exemple, à l'occasion, une loi ou un règlement introduit de nouvelles méthodes en droit correctionnel. Ces ini-

tiatives change the manner in which some of the prisoners in the system serve their sentences.

The next question is whether the nature of this particular change in the rules as to the form in which the sentence would be served violates the *Charte*. In my view, it does not. The change is directly related to the public interest in protecting society from persons who may commit serious harm if released on mandatory supervision. Only if the Commissioner is satisfied on the facts before him that this may be the case can he refer the matter to the Parole Board for a hearing. And only if the Board is satisfied that there is a significant danger of recidivism can it order the prisoner's continued incarceration. Thus the prisoner's liberty interest is limited only to the extent that this is shown to be necessary for the protection of the public. It is difficult to dispute that it is just to afford a limited discretion for the review of parole applicants who may commit an offence causing serious harm or death. Substantively, the balance is fairly struck.

Nor does the procedure established under the Act and Regulations violate the principles of fundamental justice. The change was made by law. The new procedure provides for a hearing to consider whether the expectation of release on mandatory supervision was warranted. The prisoner is entitled to representation throughout. The material on which the matter may be referred for hearing is limited. Under s. 21.3(3) of the *Parole Act*, the reference together with the relevant information is to be submitted no later than six months before the presumptive release date. The only exception to this general rule is provided where either the behaviour of the inmate or information obtained within the six months warrants a review. There are also provisions for new hearings to review the detention in the future. These requirements provide safeguards against arbitrary, capricious orders and ensure that curtailment of release on mandatory supervision occurs only when it is

tiatives modifient la manière dont certains détenus dans le système purgent leurs peines.

La question suivante est de savoir si la nature de cette modification particulière des règles relatives à la manière de purger la peine, viole la *Charte*. À mon avis, la réponse est négative. La modification découle directement de l'intérêt public dans la protection de la société contre les personnes susceptibles de causer un tort considérable si elles sont mises en liberté surveillée. Le commissaire ne peut renvoyer l'affaire devant la Commission des libérations conditionnelles pour qu'elle l'examine que s'il est convaincu d'après les faits qui lui sont présentés que ce pourrait être le cas. De plus, la Commission ne peut ordonner le maintien de l'incarcération du détenu que si elle est convaincue qu'il y a un risque important de récidive. Par conséquent, le droit à la liberté du détenu n'est restreint que dans la mesure où l'on démontre que cela est nécessaire pour la protection du public. Il est difficile de contester la justesse de l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire limité pour l'examen de demandes de libération conditionnelle de personnes susceptibles de commettre une infraction qui cause un tort considérable ou la mort. Essentiellement, l'équilibre est suffisamment atteint.

La procédure établie aux termes de la Loi et du Règlement ne porte pas atteinte non plus aux principes de justice fondamentale. La modification a été apportée par la législation. La nouvelle procédure prévoit une audience afin d'examiner si l'attente de mise en liberté surveillée était justifiée. Le détenu a le droit de se faire entendre à toutes les étapes. Les documents à l'égard desquels l'affaire peut être renvoyée pour examen sont limités. En vertu du par. 21.3(3) de la *Loi sur la libération conditionnelle*, le renvoi doit être effectué, avec les renseignements utiles, au plus tard six mois avant le date prévue pour la libération. La seule exception à cette règle générale survient quand le comportement du détenu ou des renseignements obtenus pendant ces six mois justifie un examen. Il y a aussi des dispositions prévoyant de nouvelles audiences pour examiner la détention dans l'avenir. Ces exigences fournissent des garanties contre les ordonnances arbitraires et vexatoires et font en

required to protect the public and then only after the interests of the prisoner in obtaining the release have been fully and fairly canvassed.

Appellate courts have come to the same conclusion in previous decisions that considered the 1986 amendments to the *Parole Act* and *Parole Regulations*. In reference to the numerous sections in the Act and Regulations outlining procedural safeguards, Robins J.A. in *Re Evans and The Queen* (1986), 30 C.C.C. (3d) 313 (Ont. C.A.), at p. 316, states:

These safeguards ensure a fair procedure and serve to protect those inmates who would otherwise be eligible for release on mandatory supervision against any arbitrary determination of their rights.

Hinkson J.A. makes a similar finding in *Re Ross and Warden of Kent Institution*, *supra*, at p. 460.

I conclude that the appellant has not established that the changes to the *Parole Act* deprived him of his liberty contrary to the principles of fundamental justice. No violation of s. 7 having been made out, it is unnecessary to consider the arguments under s. 1 of the *Charter*.

2. Did the Commissioner Act Lawfully?

I turn to the final issue: whether the Commissioner's referral of the appellant's case to the Parole Board was illegal and contrary to the law. Under s. 21.3(3), the Commissioner may refer an inmate's case to the Board no later than six months preceding his "presumptive release" on mandatory supervision. An exception to this general rule is permitted where, due to the inmate's behaviour or information received within the six-month period, the Commissioner has reason to believe that the inmate is likely, prior to the expiration of his sentence, to commit an offence causing death or serious harm. The Commissioner must have

sorte que la restriction de la mise en liberté surveillée ne se matérialise que lorsque cela est nécessaire pour protéger le public et alors, seulement après que l'on a entièrement et équitablement pris en compte les intérêts du détenu à l'égard de la mise en liberté.

Les cours d'appel sont arrivées à la même conclusion dans des arrêts antérieurs qui ont examiné les modifications de 1986 apportées à la *Loi sur la libération conditionnelle* et au *Règlement sur la libération conditionnelle*. Relativement aux nombreux articles de la Loi et du Règlement qui prévoient des garanties procédurales, le juge Robins a dit dans l'arrêt *Re Evans and The Queen* (1986), 30 C.C.C. (3d) 313 (C.A. Ont.), à la p. 316:

[TRADUCTION] Ces garanties assurent l'application d'une procédure équitable et servent à protéger les détenus qui normalement seraient admissibles à la mise en liberté surveillée contre toute décision arbitraire à l'égard de leurs droits.

Le juge Hinkson est arrivé à une conclusion semblable dans l'arrêt *Re Ross and Warden of Kent Institution*, précité, à la p. 460.

Je conclus que l'appelant n'a pas démontré que les modifications apportées à la *Loi sur la libération conditionnelle* l'ont privé de sa liberté en contravention des principes de justice fondamentale. Comme aucune violation de l'art. 7 n'a été démontrée, il n'est pas nécessaire d'examiner les arguments fondés sur l'article premier de la *Charte*.

2. Le commissaire a-t-il agi de façon légitime?

J'examine la dernière question, qui est de savoir si le renvoi par le commissaire du cas de l'appelant à la Commission des libérations conditionnelles était illégale et contraire à la loi. Aux termes du par. 21.3(3), le commissaire peut renvoyer le cas d'un détenu à la Commission au plus tard six mois avant la «date prévue pour la libération» surveillée. Une exception à cette règle générale est permise lorsque, en raison du comportement du détenu ou de renseignements reçus dans les six mois, le commissaire a des motifs de croire que le détenu commettra vraisemblablement, avant l'expiration de sa peine, une infraction causant la mort ou un tort

formed the belief on the basis of "information obtained within those six months" (s. 21.3(3)(a)(ii)).

The Commissioner referred the appellant's case as a "Commissioner's Referral based upon new information", offering the opinion that "without treatment intervention there are reasonable grounds to believe that this inmate is likely to commit an offence causing death or serious harm prior to warrant expiry date". The Commissioner's memorandum included two psychiatric reports, a letter from the Crown prosecutor and an updated RCMP report. All this information was received within the six months before the presumptive release date. It is argued that the information relied on by the Commissioner, while nominally arising within the six-month period before the appellant's prospective date for release on mandatory supervision, in fact is no more than an update of information which was on the appellant's file before that period. It is true that references to the appellant's volatility, drinking problems, lack of acceptance of guilt and tendency to violence when drunk may be found in the files prior to the six-month period. But that should not, in my view, prevent the Commissioner from relying on new and revised reports to the same effect when they come to his attention within the six-month period before the prospective release date. Indeed, it would be an unusual case where information coming forward in the six-month pre-release period did not find its echoes and antecedents in the previous prison record, given the long-standing nature of the problems typically involved in these cases.

I would agree with the motions judge that an objective test is appropriate. The issue put before this Court was whether the information could be said to be "new" in the substantive sense, rather than merely the temporal sense. The motions judge, having considered all the material, concluded on an objective test that it had not been

considérable. Le commissaire doit fonder sa conclusion sur «des renseignements obtenus pendant ces six mois» (sous-al. 21.3(3)a)(ii)).

^a Le commissaire a renvoyé le cas de l'appelant en tant que «renvoi du commissaire fondé sur des renseignements nouveaux» et a émis l'opinion que [TRADUCTION] «sans traitement, il y a des motifs raisonnables de croire que ce détenu commettra vraisemblablement une infraction causant la mort ou un tort considérable avant la date d'expiration du mandat». La note de service du commissaire comprenait deux rapports de psychiatres, une lettre du substitut du procureur général et un rapport à jour de la GRC. Tous ces renseignements ont été obtenus dans les six mois avant la date prévue pour sa libération. On soutient que, bien qu'ils aient matériellement vu le jour dans les six mois avant la date prévue pour la mise en liberté surveillée de l'appelant, les renseignements sur lesquels s'est fondé le commissaire ne constituent, en fait, rien de plus qu'une mise à jour des renseignements contenus au dossier de l'appelant avant cette période. Il est vrai que les références à l'instabilité de l'appelant, à son problème d'alcool, à son refus d'accepter la culpabilité et à sa tendance à être violent en état d'ébriété se trouvent dans les dossiers établis avant la période de six mois. Toutefois, à mon avis, cela ne devrait pas empêcher le commissaire de se fonder sur des rapports récents et révisés qui arrivent aux mêmes conclusions lorsqu'ils lui sont présentés dans la période de six mois avant la date prévue pour la libération du détenu. En fait, il serait inhabituel que des renseignements obtenus pendant la période de six mois avant la libération ne se retrouvent pas dans le dossier carcéral antérieur, étant donné que les problèmes qui caractérisent habituellement ces cas existent depuis longtemps.

ⁱ Je suis d'accord avec le juge des requêtes qu'il y a lieu d'appliquer un critère objectif. La question dont notre Cour est saisie est de savoir si l'on peut dire que les renseignements sont «nouveaux» quant au fond, plutôt que simplement dans le temps. Après avoir examiné tous les documents, le juge des requêtes a conclu en vertu d'un critère

established that the Commissioner had acted illegally in the sense of not forming his opinion on the basis of information obtained within six months. My review of the record does not persuade me that he was wrong.

In my view, the Commissioner did not violate the Act by referring the appellant's case to the National Parole Board for reconsideration of his eligibility for release on mandatory supervision.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: O'Connor, Bailey & Napier, Kingston.

Solicitor for the respondents: John C. Tait, Ottawa.

objectif qu'il n'avait pas été démontré que le commissaire avait agi illégalement dans le sens qu'il n'avait pas formé son opinion sur le fondement de renseignements obtenus dans les six mois. D'après mon examen du dossier, je ne suis pas convaincue qu'il avait tort.

À mon avis, le commissaire n'a pas violé la Loi lorsqu'il a renvoyé le cas de l'appelant à la Commission nationale des libérations conditionnelles pour qu'elle examine de nouveau son admissibilité à la mise en liberté surveillée.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: O'Connor, Bailey & Napier, Kingston.

Procureur des intimés: John C. Tait, Ottawa.