

Michael Roger Pinet *Appellant*

v.

**Attorney General of Ontario and
Administrator of St. Thomas
Psychiatric Hospital** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada, Ontario
Review Board and Nunavut Review
Board, Mental Health Legal Committee
and Mental Health Legal Advocacy
Coalition** *Intervenors*

**INDEXED AS: PINET v. ST. THOMAS PSYCHIATRIC
HOSPITAL**

Neutral citation: 2004 SCC 21.

File No.: 29254.

2003: November 5; 2003: November 7.

Reasons delivered: March 26, 2004.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Mental disorder — Dispositions by review board — Terms of dispositions — Criminal Code providing that disposition made by review board must be “the least onerous and least restrictive to the accused” — Whether “least onerous and least restrictive” requirement applies to particular conditions forming part of disposition — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.54.

In 1976 the appellant was found not guilty of murder by reason of insanity and was placed under a warrant of the Commissioner of the Northwest Territories. He was then transferred to a maximum security hospital. In 1995, the appellant was transferred to a medium security facility at his request by Review Board order. In June 2000, on the recommendation of the facility, a differently constituted panel of the Review Board ordered that he be sent back to the maximum security unit. Under s. 672.54 of

Michael Roger Pinet *Appellant*

c.

**Procureur général de l’Ontario et
Directeur général du St. Thomas
Psychiatric Hospital** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada, Commission
ontarienne d’examen et Commission
d’examen du Nunavut, Mental Health
Legal Committee et Mental Health Legal
Advocacy Coalition** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : PINET c. ST. THOMAS PSYCHIATRIC
HOSPITAL**

Référence neutre : 2004 CSC 21.

N° du greffe : 29254.

2003 : 5 novembre; 2003 : 7 novembre.

Motifs déposés : 26 mars 2004.

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

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

Droit criminel — Troubles mentaux — Décisions des commissions d’examen — Modalités des décisions — Disposition du Code criminel précisant que la décision rendue par la commission doit être « la moins sévère et la moins privative de liberté » pour l’accusé — Ce critère s’applique-t-il aux modalités particulières faisant partie de la décision? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54.

En 1976, l’appelant a été déclaré non responsable criminellement d’une accusation de meurtre pour cause de troubles mentaux et placé en détention en vertu d’un mandat du Commissaire des Territoires du Nord-Ouest. Il a alors été transféré dans un hôpital à sécurité maximum. En 1995, l’appelant a, à sa demande, été transféré dans un établissement à sécurité moyenne en vertu d’une ordonnance de la Commission d’examen. En juin 2000, sur recommandation de l’établissement, une formation

the *Criminal Code*, the disposition made by the Review Board must be “the least onerous and least restrictive to the accused”. The Court of Appeal concluded that the “least onerous and least restrictive” test did not apply to conditions imposed under paras. (b) and (c) of s. 672.54 and dismissed the appellant’s appeal.

Held: The appeal should be allowed.

In this appeal, as in the companion case, *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 498, 2004 SCC 20, the Court is required to consider whether the Ontario Review Board struck an appropriate balance between the twin goals of public safety and the fair treatment of an accused who has been found not criminally responsible (“NCR”) by reason of mental disorder. The principles of fundamental justice require that the liberty interest of such individuals be taken into account at all stages of a Review Board’s consideration. In this process of reconciliation, public safety is paramount. Within the outer boundaries defined by public safety, however, the liberty interest of an NCR accused should be a major preoccupation of the Review Board when it makes its disposition order.

Even where a risk to the public safety is established, the conditions of the disposition order are to be “the least onerous and least restrictive to the accused” consistent with the level of risk posed considering the mental condition of the NCR accused, his or her other needs, and the objective of eventual reintegration into the community. The proposition accepted by the Review Board that NCR detainees who are not at present candidates for community access may, by reason of that fact alone, be detained under conditions of maximum security, even though they do not present a risk to the safety of the public, is clearly not compatible with the “least onerous and least restrictive” requirement of s. 672.54.

In terms of judicial review, the Review Board committed an error of law when it held that the conditions of the appellant’s continued detention were not required by s. 672.54 to be “the least onerous and least restrictive” of the appellant’s liberty after taking into consideration the other factors set out in that section. The Review Board order must therefore be set aside unless the Crown were

différente de la Commission d’examen a ordonné le renvoi de l’appelant à l’établissement à sécurité maximum. Aux termes de l’art. 672.54 du *Code criminel*, la décision rendue par la commission doit être « la moins sévère et la moins privative de liberté » pour l’accusé. La Cour d’appel a conclu que le critère de la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » ne s’appliquait pas aux modalités imposées en vertu des al. 672.54b) et c) et elle a rejeté l’appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Dans le présent pourvoi, ainsi que dans l’affaire connexe *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 498, 2004 CSC 20, notre Cour est appelée à décider si la Commission ontarienne d’examen a établi un juste équilibre entre le double objectif consistant à protéger la sécurité du public, d’une part, et à répondre aux besoins des accusés déclarés non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux, d’autre part. Suivant les principes de justice fondamentale, les commissions d’examen doivent, à chacune des étapes de leur examen, tenir compte du droit à la liberté de ces personnes. Dans ce processus de conciliation des deux objectifs, la sécurité du public est l’objectif dominant. Toutefois, aux confins de cette considération, le droit à la liberté d’une personne jugée non responsable criminellement doit constituer une préoccupation fondamentale de la commission d’examen lorsqu’elle prend sa décision.

Même lorsque l’existence d’un risque pour la sécurité du public a été établie, les modalités de l’ordonnance doivent être « l[es] moins sévère[s] et l[es] moins privative[s] de liberté » pour l’accusé eu égard à l’importance de ce risque, compte tenu de l’état mental de l’accusé non responsable criminellement et de ses besoins, notamment son éventuelle réinsertion sociale. La prétention, qu’a acceptée la Commission d’examen, selon laquelle les accusés déclarés non responsables criminellement qui sont jugés inaptes à se rendre dans la collectivité peuvent, pour ce seul motif, être détenus suivant des modalités propres au niveau de sécurité maximum, et ce même s’ils ne représentent pas un risque pour la sécurité du public, est clairement incompatible avec l’obligation prévue à l’art. 672.54, qui requiert que la décision soit « la moins sévère et la moins privative de liberté ».

Du point de vue du contrôle judiciaire, la Commission d’examen a commis une erreur de droit en concluant que l’art. 672.54 n’exigeait pas que les modalités du maintien en détention de l’appelant soient « l[es] moins sévère[s] et l[es] moins privative[s] de liberté », une fois pris en compte les autres facteurs énumérés dans cet article. L’ordonnance de la Commission d’examen

able to discharge its onus of showing that no “substantial wrong” was done (s. 672.78). This would require satisfying the appellate court that a Review Board, acting reasonably, and properly informed of the law, would necessarily have reached the same conclusion absent the legal error. Since this onus has not been satisfied in this case, the appellant is entitled to a re-hearing.

Cases Cited

Applied: *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 498, 2004 SCC 20, rev’g (2001), 158 C.C.C. (3d) 325; **referred to:** *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *R. v. Owen*, [2003] 1 S.C.R. 779, 2003 SCC 33.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.54 [ad. 1991, c. 43, s. 4], 672.78 [*idem*], 672.78(3)(a) [*idem*; am. 1997, c. 18, s. 89].

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, [2002] O.J. No. 958 (QL), affirming a decision of the Ontario Review Board. Appeal allowed.

Suzan E. Fraser and Richard Macklin, for the appellant.

Riun Shandler, Christine Bartlett-Hughes and Melissa Ragsdale, for the respondent the Attorney General of Ontario.

Janice E. Blackburn, for the respondent the Administrator of St. Thomas Psychiatric Hospital.

James W. Leising and Michael H. Morris, for the interveners the Attorney General of Canada.

Maureen D. Forestell and Sharan K. Basran, for the interveners the Ontario Review Board and the Nunavut Review Board.

Daniel J. Brodsky, Anita Szigeti and Michael Davies, for the interveners the Mental Health Legal Committee and the Mental Health Legal Advocacy Coalition.

doit par conséquent être annulée, à moins que le ministère public ne soit en mesure de démontrer, comme il lui incombe de le faire, qu’aucun « tort important » n’a été causé (art. 672.78). Pour ce faire, il lui faut convaincre la cour d’appel que, n’eût été l’erreur de droit, une commission d’examen bien au fait du droit applicable et agissant raisonnablement serait nécessairement arrivée à la même conclusion. Comme le ministère public ne s’est pas acquitté de ce fardeau en l’espèce, l’appelant a droit à une nouvelle audience.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 498, 2004 CSC 20, inf. (2001), 158 C.C.C. (3d) 325; **arrêts mentionnés :** *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *R. c. Owen*, [2003] 1 R.C.S. 779, 2003 CSC 33.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54 [aj. 1991, ch. 43, art. 4], 672.78 [*idem*], 672.78(3a) [*idem*; mod. 1997, ch. 18, art. 89].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario, [2002] O.J. No. 958 (QL), qui a confirmé une décision de la Commission ontarienne d’examen. Pourvoi accueilli.

Suzan E. Fraser et Richard Macklin, pour l’appellant.

Riun Shandler, Christine Bartlett-Hughes et Melissa Ragsdale, pour l’intimé le procureur général de l’Ontario.

Janice E. Blackburn, pour l’intimé le Directeur général du St. Thomas Psychiatric Hospital.

James W. Leising et Michael H. Morris, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Maureen D. Forestell et Sharan K. Basran, pour les intervenantes la Commission ontarienne d’examen et la Commission d’examen du Nunavut.

Daniel J. Brodsky, Anita Szigeti et Michael Davies, pour les intervenants Mental Health Legal Committee et Mental Health Legal Advocacy Coalition.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — In this appeal, as in the companion case, *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 498, 2004 SCC 20 (“*Tulikorpi*”), the Court is required to consider whether the Ontario Review Board struck an appropriate balance between the twin goals of public safety and the needs of an accused who has been found not criminally responsible (“NCR”) by reason of mental disorder.

At the hearing of the appeal, the focus of the argument was on whether the requirement in s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, that the disposition order be the “least onerous and least restrictive” of the liberty of the NCR accused, having regard to the factors enumerated in s. 672.54, applied not only to the general disposition of the case (absolute discharge, conditional discharge or detention on conditions), but also to the conditions that form part of that disposition order. The issue of statutory interpretation was not clearly addressed in its reasons, but the Review Board seems to have proceeded on the basis that the conditions merely had to be shown to be “appropriate”. In taking that approach, the Review Board followed the earlier jurisprudence of the Ontario Court of Appeal.

For reasons given in *Tulikorpi*, released concurrently, we hold that the “least onerous and least restrictive” requirement does apply to the disposition order as a whole, including the conditions. There is no need to repeat that analysis here.

In the result, the Review Board applied the wrong legal test to the appellant’s case. However, s. 672.78 of the *Criminal Code* provides that its order may still stand if it can be shown that no “substantial wrong” was committed. Here, however, we cannot

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Dans le présent pourvoi, ainsi que dans l’affaire connexe *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 498, 2004 CSC 20 (« *Tulikorpi* »), notre Cour est appelée à décider si la Commission ontarienne d’examen a établi un juste équilibre entre le double objectif consistant à protéger la sécurité du public, d’une part, et à répondre aux besoins des accusés déclarés non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux, d’autre part.

À l’audition du pourvoi, l’argumentation a porté principalement sur la question de savoir si l’obligation faite au tribunal et aux commissions d’examen par l’art. 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, à savoir rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » pour l’accusé jugé non responsable criminellement, compte tenu des facteurs énumérés à l’art. 672.54, s’applique non seulement au dispositif général de l’instance (libération inconditionnelle, libération assortie de conditions ou détention sous réserve de certaines modalités), mais aussi aux modalités fixées dans la décision. La Commission d’examen n’a pas clairement abordé cette question d’interprétation législative dans ses motifs, mais paraît plutôt avoir considéré qu’il suffisait simplement d’établir que les modalités sont « indiquées ». En adoptant ce point de vue, la Commission d’examen a suivi la jurisprudence de la Cour d’appel de l’Ontario.

Pour les motifs exposés dans l’arrêt *Tulikorpi*, rendu simultanément, nous estimons que l’obligation de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » s’applique effectivement à l’ensemble de la décision, y compris les modalités dont elle est assortie. Il n’est pas nécessaire de reprendre cette analyse en l’espèce.

La Commission d’examen n’a donc pas appliqué le bon critère juridique pour décider du sort de l’appelant. Toutefois, l’art. 672.78 du *Code criminel* dispose que sa décision peut néanmoins être maintenue s’il est établi qu’aucun « tort important » n’a été

1

2

3

4

say that, if the Review Board had acted reasonably on the correct legal test, the result would necessarily have been the same.

5 Accordingly, by order dated November 7, 2003, we directed a rehearing. The reasons for that decision are as follows.

I. Facts

6 The appellant was tried for murdering four members of his wife's family in Yellowknife, N.W.T. On December 9, 1976, he was found not guilty by reason of insanity and was placed under a warrant of the Commissioner of the Northwest Territories. He was then transferred to the maximum security Oak Ridge Division of the Mental Health Centre in Penetanguishene, Ontario. He has been detained in mental hospitals for the past 27 years.

7 The appellant, who is now 50 years old, has been diagnosed as having a mixed personality disorder with characteristics of anti-social, borderline and narcissistic traits, possibly sadistic paraphilia, and a history of drug and alcohol abuse.

8 On January 30, 1984, he was transferred to a medium security facility at the St. Thomas Psychiatric Hospital in St. Thomas, Ontario. While there, he had a sexual relationship with a member of the staff. When the relationship ended, the appellant's mental stability deteriorated. He was depressed, and suicidal. There was evidence that he contemplated taking hostages. On October 2, 1985, the appellant was returned to the maximum security facility at Oak Ridge.

9 In 1995, the appellant requested to be transferred to a medium security facility. Over the objections of St. Thomas Psychiatric Hospital, he was returned to that facility by Review Board order dated June 23, 1995. The hospital believes that the appellant's

causé. En l'espèce, cependant, il nous est impossible d'affirmer que le résultat aurait nécessairement été le même si la Commission d'examen avait appliqué le bon critère et agi raisonnablement.

En conséquence, dans une ordonnance datée du 7 novembre 2003, nous avons ordonné la tenue d'une nouvelle audience. Voici les motifs justifiant cette ordonnance.

I. Les faits

L'appelant a été jugé à Yellowknife, dans les Territoires du Nord-Ouest, pour le meurtre de quatre membres de la famille de son épouse. Le 9 décembre 1976, il a été déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux et placé en détention en vertu d'un mandat du Commissaire des Territoires du Nord-Ouest. Il a ensuite été transféré au Centre de santé mentale de Penetanguishene en Ontario, à la division à sécurité maximum de Oak Ridge. Au cours des 27 dernières années, il a été détenu dans différents hôpitaux psychiatriques.

On a diagnostiqué chez l'appelant, qui est aujourd'hui âgé de 50 ans, un trouble mixte de la personnalité comportant des traits antisociaux, limites (« *borderline* ») et narcissiques, ainsi qu'une possible paraphilie sadique. L'appelant possède également des antécédents de consommation abusive de drogues et d'alcool.

Le 30 janvier 1984, il a été transféré à un établissement à sécurité moyenne situé à St. Thomas en Ontario, le St. Thomas Psychiatric Hospital. Pendant son séjour à cet endroit, il a eu une liaison amoureuse avec un membre du personnel. Lorsque cette liaison a pris fin, son état mental s'est détérioré. Il était déprimé et suicidaire. Selon certains éléments de preuve, il a envisagé de prendre des personnes en otages. Le 2 octobre 1985, l'appelant a été renvoyé à l'établissement à sécurité maximum de Oak Ridge.

En 1995, l'appelant a demandé son transfert à un établissement à sécurité moyenne. Malgré l'opposition de l'hôpital, l'appelant a réintégré le St. Thomas Psychiatric Hospital en vertu d'une ordonnance de la Commission d'examen datée du 23 juin

subsequent conduct justified its opposition to his 1995 transfer. On June 30, 2000, on the recommendation of St. Thomas Psychiatric Hospital, a differently constituted panel of the Review Board ordered that the appellant be sent back to the maximum security unit of the Oak Ridge Division of the Penetanguishene Mental Health Centre. The appropriateness of that disposition is at issue in this appeal.

II. Relevant Statutory Provisions

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

672.54 [Dispositions that may be made] 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.

672.78 (1) [Powers of court of appeal] 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

1995. Compte tenu du comportement subséquent de l'appelant, l'hôpital estime avoir été justifié de s'opposer au transfert de ce dernier en 1995. Le 30 juin 2000, sur la recommandation de l'hôpital, une formation différente de la Commission d'examen a ordonné le renvoi de l'appelant au Centre de santé mentale de Penetanguishene à la division à sécurité maximum de Oak Ridge. Le caractère indiqué de cette décision est en litige dans le présent pourvoi.

II. Les dispositions législatives applicables

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

672.54 [Décisions] 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 privative 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.

672.78 (1) [Pouvoirs de la cour d'appel] 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) 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.

(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. [Emphasis added.]

III. History of the Proceedings

A. *Ontario Review Board*

11

The Review Board ordered the appellant returned to the maximum security hospital at Oak Ridge on the basis of factors that it felt required the appellant to be in a more structured environment. The Review Board stated:

The Board finds that a medium secure milieu is no longer appropriate for [the appellant]. The live issues are those of risk and trust. Secondly, but also important is the availability of programming, which by the nature of maximum security will be more accessible to [the appellant] in Oak Ridge. Ms. Fraser, on behalf of her client, submitted that the submissions of the other parties amount to “writing off” [the appellant]. The Board is of the view, that this is not the case, given [the appellant’s] proven ability in the past, to progress in areas of education, behaviour and participate appropriately in programming and activities, that he could again form a more positive therapeutic alliance with those charged with the responsibility of caring for him. The Board has found that this can be best accomplished in a maximum secure facility, with a maximum amount of structure and attention paid to the challenges which he presents.

12

The Board found that although the appellant could be managed within a medium secure environment,

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) 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. [Je souligne.]

III. L’historique des procédures

A. *Commission ontarienne d’examen*

La Commission d’examen a ordonné le renvoi de l’appelant à la division à sécurité maximum de Oak Ridge sur la base de facteurs qui, selon elle, exigeaient que l’appelant reste dans un environnement plus structuré. La Commission a dit ceci :

[TRADUCTION] La Commission est d’avis qu’un milieu à sécurité moyenne n’est plus indiqué pour [l’appelant]. Les principales considérations sont le risque et la confiance. Sans être une considération dominante, l’existence de programmes est également une considération importante et, de par la nature même des établissements à sécurité maximum, [l’appelant] profitera d’un meilleur accès à des programmes à Oak Ridge. Au nom de son client, M^{me} Fraser a soutenu que les observations des autres parties équivalaient à considérer [l’appelant] « irrécupérable ». La Commission estime que ce n’est pas le cas et que, vu la capacité qu’a démontrée [l’appelant] par le passé à progresser sur les plans de l’éducation et du comportement et à participer convenablement à des programmes et à des activités, il pourrait à nouveau conclure une alliance thérapeutique plus positive avec les personnes appelées à prendre soin de lui. La Commission estime qu’un établissement à sécurité maximum où tout est très structuré et où on accorde une attention considérable aux difficultés que présente l’appelant est l’endroit permettant le mieux d’atteindre ce résultat.

La Commission a conclu que, bien que l’appelant puisse être pris en charge dans un environnement à

this was not the most suitable setting for him because of better programming opportunities at Oak Ridge, given that the appellant's off-ward activities at St. Thomas have been terminated.

The Review Board further ordered that St. Thomas permit the appellant to be transferred for a psychosexual assessment.

B. *Court of Appeal*, [2002] O.J. No. 958 (QL)

A unanimous Court of Appeal for Ontario dismissed the appellant's appeal from the bench. The court stated, at para. 7:

In *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)* (2001), 158 C.C.C. (3d) 325 at 333-337 this court held that the judgment of the Supreme Court of Canada in *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)* [[1999] 2 S.C.R. 625] did not alter this court's decision in *Pinet v. Ontario* (1995), 100 C.C.C. (3d) 343 to the effect that "the least onerous, least restrictive" test does not apply to conditions imposed under clauses (b) and (c) of s. 672.54. [Emphasis added.]

The court concluded that the Board's decision could reasonably be supported by the evidence and that the Board took the proper considerations into account when reaching its decision.

The Court of Appeal declined to accept the fresh evidence offered by the appellant regarding changes in his condition. In the court's view, the proposed evidence did not meet the applicable admissibility conditions and was more properly admissible in the appellant's next review by the Review Board. No appeal is taken from that aspect of the Court of Appeal's decision.

IV. Constitutional Questions

By order dated March 18, 2003, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

sécurité moyenne, ce n'est pas l'endroit idéal pour lui étant donné qu'il profite d'un meilleur accès à des programmes à Oak Ridge et qu'il ne peut plus participer, à St. Thomas, à des activités à l'extérieur du service où il était gardé.

La Commission d'examen a également ordonné que St. Thomas autorise le transfert de l'appelant pour qu'il fasse l'objet d'une évaluation psychosexuelle.

B. *Cour d'appel*, [2002] O.J. No. 958 (QL)

Les juges de la Cour d'appel de l'Ontario ont, dans une décision rendue séance tenante, unanimement rejeté le pourvoi de l'appelant. La Cour a dit ceci, au par. 7 :

[TRADUCTION] Dans *Penetanguishene Mental Health Centre c. Ontario (Attorney General)* (2001), 158 C.C.C. (3d) 325, aux p. 333 à 337, notre cour a conclu que l'arrêt *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)* [[1999] 2 R.C.S. 625] de la Cour suprême du Canada ne changeait rien à sa conclusion, dans *Pinet c. Ontario* (1995), 100 C.C.C. (3d) 343, selon laquelle le critère de la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » ne s'applique pas aux modalités imposées en vertu des alinéas b) et c) de l'art. 672.54. [Je souligne.]

La Cour d'appel a jugé que la décision de la Commission était raisonnablement étayée par la preuve et que la Commission avait tenu compte des facteurs pertinents en rendant sa décision.

La Cour d'appel a refusé d'entendre la preuve nouvelle que proposait de présenter l'appelant au sujet de la modification de son état. Selon elle, cette preuve ne satisfaisait pas aux conditions de recevabilité applicables et devait plutôt être présentée à la Commission, à l'occasion du prochain examen par celle-ci du dossier de l'appelant. Ce dernier ne se pourvoit pas contre cet aspect de la décision de la Cour d'appel.

IV. Les questions constitutionnelles

Dans une ordonnance datée du 18 mars 2003, la Juge en chef a énoncé les questions constitutionnelles suivantes :

13

14

15

16

17

1. Does s. 672.54(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

18

The parties were subsequently granted leave to file additional evidence of legislative fact in relation to the constitutional questions. This was done.

V. Analysis

19

The principles of fundamental justice require that the liberty interest of individuals, like the appellant, who have been found not criminally responsible (“NCR”) for a criminal offence on account of mental disorder be taken into account at all stages of a Review Board’s consideration. The objective is to reconcile the twin goals of public safety and treatment. In this process of reconciliation, public safety is paramount. However, within the outer boundaries defined by public safety, the liberty interest of an NCR accused should be a major preoccupation of the Review Board when, taking into consideration public safety, the mental condition and other needs of the individual concerned, and his or her potential reintegration into society, it makes its disposition order.

20

Thus, the Court, in *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, interpreted s. 672.54 of the *Criminal Code* to require 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. Having thus construed the intention of Parliament, the Court rejected the challenge to the constitutional validity of Part XX.1 of the *Criminal Code* brought under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is because the appellant claims that his liberty interests were given short shrift by the

1. L’alinéa 672.54c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits garantis par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l’affirmative, s’agit-il d’une atteinte constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et justifiée dans le cadre d’une société libre et démocratique au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Les parties ont par la suite obtenu l’autorisation de déposer, relativement aux questions constitutionnelles, des éléments de preuve additionnels sur des faits législatifs. Ces éléments ont été produits.

V. L’analyse

Suivant les principes de justice fondamentale, les commissions d’examen doivent, à chacune des étapes de leur examen, tenir compte du droit à la liberté des personnes qui, comme l’appelant, ont été reconnues non responsables criminellement d’une infraction criminelle pour cause de troubles mentaux. Cette démarche vise à concilier les deux objectifs que sont la sécurité du public et le traitement de l’intéressé. Dans ce processus de conciliation, la sécurité du public est l’objectif dominant. Toutefois, aux confins de cette considération, le droit à la liberté d’une personne jugée non responsable criminellement doit constituer une préoccupation fondamentale de la commission d’examen lorsqu’elle prend sa décision au regard de la sécurité du public, de l’état mental de l’individu en cause et de ses besoins, notamment sa réinsertion sociale éventuelle.

Dans l’arrêt *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, notre Cour a considéré que l’art. 672.54 du *Code criminel* requérait que les personnes jugées non responsables criminellement se voient accorder une libération inconditionnelle, à moins que le tribunal ou la commission d’examen ne soit en mesure de conclure que l’intéressé représente un risque important pour la sécurité du public. Après avoir déterminé que telle était l’intention du législateur, la Cour a rejeté l’argument d’inconstitutionnalité de la partie XX.1 du *Code criminel* présenté sur le fondement de l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits*

conditions of detention considered appropriate by the Review Board in this case that the s. 7 Charter challenge has been revived.

As stated in *Tulikorpi, supra*, released concurrently, the Court holds that, even where a risk to the public safety is established, the conditions of the disposition order are to be “the least onerous and least restrictive to the accused” consistent with the level of risk posed considering the mental condition of the NCR accused, the objective of eventual reintegration into the community and his or her other needs.

In *R. v. Owen*, [2003] 1 S.C.R. 779, 2003 SCC 33, the Court acknowledged the expertise of the members appointed to Review Boards, and established that their views of how best to manage the risks posed by a particular NCR accused should not be interfered with so long as the conditions of detention lie within a range of reasonable judgment.

The present appeal requires the application of the general principles affirmed in these cases, but with a new twist. Unlike *Owen*, the Review Board’s decision here proceeded on the basis of an error of law. Unlike *Tulikorpi*, the Review Board here did not accept that the conditions of the appellant’s continued detention were required by s. 672.54 of the *Criminal Code* to be “the least onerous and least restrictive” of the appellant’s liberty after taking into consideration the other factors set out in that section. The Review Board used its expertise, therefore, to structure a disposition order that rested on a faulty legal foundation.

A. *Standard of Review*

Parliament has spelled out in s. 672.78 of the *Criminal Code* the precise standard of appellate review, namely that the court may set aside an order

et libertés. En l’espèce, c’est l’argument de l’appelant voulant que la Commission d’examen n’ait tenu aucun compte de son droit à la liberté en arrêtant les modalités de sa détention qui relance le débat concernant la constitutionnalité du régime au regard de l’art. 7 de la *Charte*.

Tout comme elle l’affirme dans l’arrêt *Tulikorpi*, précité, rendu simultanément, notre Cour estime que, même lorsque l’existence d’un risque pour la sécurité du public a été établi, les modalités de l’ordonnance doivent être « l[es] moins sévère[s] et l[es] moins privative[s] de liberté » pour l’accusé eu égard à l’importance de ce risque, compte tenu de l’état mental de l’accusé non responsable criminellement et de ses besoins, notamment son éventuelle réinsertion sociale.

Dans *R. c. Owen*, [2003] 1 R.C.S. 779, 2003 CSC 33, la Cour a reconnu l’expertise des membres des commissions d’examen et a jugé qu’il n’y avait pas lieu de modifier leurs conclusions sur le choix des mesures les plus appropriées de gestion du risque que constitue un accusé non responsable criminellement, à condition que les modalités de la détention puissent être tenues pour raisonnables.

Dans le présent pourvoi, notre Cour est appelée à appliquer les principes généraux énoncés dans ces affaires, mais à la lumière d’une nouvelle variante. À la différence de l’affaire *Owen*, la décision rendue par la Commission d’examen en l’espèce est entachée d’une erreur de droit. Et, contrairement à l’affaire *Tulikorpi*, la Commission d’examen n’a pas reconnu que les modalités du maintien en détention de l’appelant devaient, conformément à l’art. 672.54 du *Code criminel*, être « l[es] moins sévère[s] et l[es] moins privative[s] de liberté », une fois pris en compte les autres facteurs énumérés dans cet article. La Commission d’examen a en conséquence fait appel à son expertise et conçu une ordonnance reposant sur des assises juridiques défectueuses.

A. *La norme de contrôle*

Le législateur a expressément énoncé, à l’art. 672.78 du *Code criminel*, la norme de contrôle applicable en appel, précisant que la cour ne peut

21

22

23

24

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) 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.

25

Owen, supra, was decided under the first branch of this power of appellate review. The present case engages the second branch. Given that the Review Board disposition order was based on a wrong decision on a question of law, as decided in *Tulikorpi*, can it be said that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred? A miscarriage of justice is itself a “substantial wrong” of course, but not all “substantial wrongs” rise to the level of a miscarriage of justice. Effectively, therefore, an error of law having been established by the appellant, the onus shifts to the respondent Crown to attempt to salvage the Review Board order on the basis that no “substantial wrong” was done.

26

In my view, for the reasons that follow, the Crown did not discharge this onus. Indeed, the reasons of the Review Board in this case afford an example of the difficulties encountered if the “appropriateness” of the disposition order is not anchored in the liberty interest of the NCR accused when applying the four factors specified in s. 672.54, namely the safety of the public, the mental condition of the NCR accused, his “other needs”, and his potential reintegration into society.

27

The job of the appellate court is not to reweigh the evidence, nor to substitute our views for those of the Review Board. We accept the findings of the Review Board with regard to the appellant and other relevant circumstances, which are supported by the

annuler une ordonnance de 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;
- b) il s’agit d’une erreur de droit (sauf si aucun tort important ou aucune erreur judiciaire ne s’est produit);
- c) il y a eu erreur judiciaire.

L’arrêt *Owen*, précité, a été décidé sur le fondement du premier volet de ce pouvoir de révision. Dans la présente affaire, c’est le deuxième volet qui est en jeu. Compte tenu de la conclusion tirée dans l’arrêt *Tulikorpi*, comme la décision de la Commission d’examen découlait d’une erreur de celle-ci sur une question de droit, est-il possible d’affirmer qu’aucun tort important ou aucune erreur judiciaire ne s’est produit? Une erreur judiciaire constitue évidemment en soi un « tort important », mais la réciproque n’est pas toujours vraie. Par conséquent, comme l’appelant a effectivement établi l’existence d’une erreur de droit, il appartient alors au ministère public intimé de tenter de sauvegarder la validité de l’ordonnance de la Commission d’examen en prouvant qu’aucun « tort important » n’a été causé.

Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que le ministère public ne s’est pas acquitté de cette charge. De fait, les motifs exposés par la Commission d’examen en l’espèce constituent un bon exemple des difficultés qui surgissent si le « caractère indiqué » de son ordonnance n’est pas solidement ancré dans le droit à la liberté de l’accusé non responsable criminellement lorsque le décideur applique les quatre facteurs précisés à l’art. 672.54, soit la sécurité du public, l’état mental de l’accusé et ses « besoins », notamment la nécessité de sa réinsertion sociale.

La cour d’appel n’a pas pour tâche de réévaluer la preuve ni de substituer son opinion à celle de la Commission d’examen. Nous faisons nôtres les conclusions de la Commission concernant l’appelant et certains autres faits pertinents, lorsque ces

evidence. The problem is that the result was skewed by the Review Board's error of law.

In my view, the reference to no "substantial wrong" in s. 672.78 requires the party seeking to uphold the order (here it is the Crown) to satisfy the appellate court that a Review Board, acting reasonably, and properly informed of the law, would necessarily have reached the same conclusion absent the legal error.

Neither the respondent Crown nor the respondent Administrator of St. Thomas Psychiatric Hospital has satisfied this onus. That being the case, we cannot say that no substantial wrong was done. The appellant is therefore entitled to a re-hearing.

B. *Significant Threat to the Safety of the Public*

Much of the Review Board's decision is not controversial. After considering the evidence, the Review Board quickly concluded that the appellant was a continuing and significant threat to the safety of the public. His reintegration into the community could not be contemplated in the near term. He was therefore not a suitable candidate for an absolute discharge or a conditional release. Accordingly, his continued detention in hospital is required, and the task remaining for the Review Board was to craft "appropriate" conditions of that detention.

C. *The Review Board Found That Detention in a Maximum Security Hospital Was Not Required for Public Safety*

The appellant has been incarcerated in various mental hospitals in Ontario for more than 27 years. The Review Board noted at the outset that he has exhibited no signs of violence since 1987, is not an escape risk, and presents a danger neither to himself nor others. He is not psychotic. Further, the Review Board at the outset acknowledged that

conclusions sont étayées par la preuve. Le problème en l'espèce est que le résultat a été faussé par l'erreur de droit de la Commission d'examen.

À mon sens, la condition requérant qu'aucun « tort important » ne se soit produit — condition prévue à l'art. 672.78 — oblige la partie sollicitant la confirmation de l'ordonnance (en l'occurrence le ministère public) à convaincre la cour d'appel que, n'eût été l'erreur de droit, une commission d'examen bien au fait du droit applicable et agissant raisonnablement serait nécessairement arrivée à la même conclusion.

Ni le ministère public intimé ni le directeur général du St. Thomas Psychiatric Hospital intimé n'ont satisfait à cette exigence. Il nous est donc impossible d'affirmer qu'aucun tort important ne s'est produit. L'appelant a en conséquence droit à une nouvelle audience.

B. *Risque important pour la sécurité du public*

Une large part de la décision de la Commission d'examen ne suscite aucune controverse. Après analyse de la preuve, la Commission a rapidement conclu que l'appelant représentait un risque permanent et important pour la sécurité du public. Sa réinsertion sociale ne pouvait être envisagée à court terme. Il était donc exclu de le libérer inconditionnellement ou à certaines conditions. Son maintien en détention dans un hôpital étant par conséquent requis, la Commission d'examen n'avait plus qu'à arrêter les modalités « indiquées » à cet égard.

C. *Conclusion de la Commission d'examen selon laquelle la sécurité du public n'exigeait pas la détention de l'appelant dans un hôpital à sécurité maximum*

L'appelant est détenu dans des hôpitaux psychiatriques de l'Ontario depuis plus de 27 années. La Commission d'examen a dès le départ souligné que l'appelant ne s'est pas montré violent depuis 1987, qu'il n'y a pas de risque qu'il prenne le large et qu'il ne constitue un danger ni pour lui-même ni pour autrui. Il n'est pas psychotique. En outre, la

28

29

30

31

maximum security is not “the only level of security capable of containing” the appellant. Nevertheless, this result is, in their view, dictated by “other factors”:

Although [the appellant] has not been overtly violent, by way of being assaultive and he has not shown that he is an elopement risk, such that maximum security is the only level of security capable of containing him, there are other factors which the Board feels are equally important in his case which necessitate his return to the structure offered within maximum security. [Emphasis added.]

32 These “other factors” ought to have been put into the balance against the liberty interest of the appellant to determine whether the package of conditions, taken in their entirety, could reasonably be regarded as the “least onerous and least restrictive” conditions of detention appropriate in the circumstances.

33 The Review Board took a different approach. In its view, the purpose of a medium or minimum security hospital is to assist the reintegration of an NCR accused into the community. Reintegration requires a certain level of confidence and trust between the hospital and the NCR accused. In the case of the appellant, trust was not present. Therefore the appellant was not a candidate for reintegration. As such, it was “appropriate” to accept the recommendation of the Administrator of the St. Thomas medium security hospital to return the appellant to the Oak Ridge maximum security hospital.

34 The premise of this argument is that the unique role of a medium security hospital is to function as a sort of extended halfway house in the “cascade” between maximum security and reintegration of an NCR accused into the community. Such an approach excludes from consideration any lesser liberty interest of the NCR accused. As Dr. John Bradford, currently Clinical Director of the Integrated Forensic Program at the Royal Ottawa Health Care Group, testified in the supplementary evidence on the constitutional question, “[e]ven

Commission a d’entrée de jeu reconnu que la sécurité maximum n’est pas [TRADUCTION] « le seul niveau de sécurité permettant de contenir » l’appelant. Néanmoins, elle a estimé que le recours à ce niveau de sécurité est dicté par [TRADUCTION] « d’autres facteurs » :

[TRADUCTION] Bien que [l’appelant] ne soit pas montré carrément violent, en agressant autrui, et n’ait pas donné lieu de craindre qu’il s’esquive, comportements qui auraient fait de la sécurité maximum le seul niveau de sécurité susceptible de le contenir, d’autres facteurs que la Commission juge tout aussi importants commandent son retour dans l’environnement structuré d’une unité à sécurité maximale. [Je souligne.]

Ces « autres facteurs » auraient dû être mis en balance avec le droit à la liberté de l’appelant pour décider si, prises globalement, les diverses modalités assortissant la détention pouvaient raisonnablement être considérées comme les modalités indiquées « [es] moins sévère[s] et [es] moins privative[s] de liberté » dans les circonstances.

La Commission d’examen a abordé la question sous un autre angle. Selon elle, la détention dans un établissement à sécurité moyenne ou minimum vise à favoriser la réinsertion sociale de l’accusé déclaré non responsable criminellement. La réinsertion sociale requiert l’existence d’un certain degré de confiance entre l’hôpital et le détenu. Dans le cas de l’appelant, cette confiance n’existait pas et il n’était donc pas un candidat à la réinsertion sociale. Par conséquent, il était « indiqué » d’accepter la recommandation du directeur général du St. Thomas Psychiatric Hospital, établissement à sécurité moyenne, de renvoyer l’appelant à l’établissement à sécurité maximum de Oak Ridge.

La prémisse de cet argument est qu’un hôpital psychiatrique à sécurité moyenne joue un rôle particulier et se veut une sorte de grande maison de transition au sein de la « cascade » d’étapes allant de la détention d’un accusé déclaré non responsable criminellement dans un établissement à sécurité maximum jusqu’à sa réinsertion dans la société. Une telle approche ne tient pas compte du moindre droit à la liberté dont peut jouir l’accusé. Comme l’a dit le D^r John Bradford, directeur clinique du programme intégré de médecine légale des Services de santé

if an NCR accused's progress appears slow, and requires a long term of detention in a medium security facility, that fact alone is not a basis to transfer the patient to a maximum security facility, where incremental increases in liberty are not possible."

D. Factors Found by the Review Board to Favour the Appellant's Return to Maximum Security

In the order of priority listed by the Review Board, the "other factors . . . equally important" in justifying the return of the appellant to maximum security were:

(i) The Appellant's Credibility Problem

- "[He] was seen handling another patient's pants and was believed to have taken [\$20.00] from the patient. He admitted taking the money at first, but later retracted his admission."
- "In April of 1998, [he] brought a screwdriver on the ward from the workshop at the Vocational Centre. When he produced the screwdriver, he said that he had forgotten to remove it before coming back to the ward."
- "A lighter belonging to a staff member went missing after it was left in the smoke room. [The appellant] claimed to have found the missing lighter in a toilet paper dispenser."
- He acknowledged that he "manufactured or overdramatized" some of the allegations he had made about a sexual relationship with one of his nurses.
- The appellant purchased a computer and, when told it would have to be inspected, became angry and ordered it returned. Later he said he had returned it because he thought it was unsatisfactory.

Royal Ottawa, dans un témoignage faisant partie de la preuve additionnelle produite à l'égard de la question constitutionnelle, [TRADUCTION] « [m]ême lorsque l'amélioration d'un accusé déclaré non responsable criminellement paraît lente et requiert une longue période de détention dans un établissement à sécurité moyenne, ce fait ne justifie pas à lui seul le transfert du patient dans un établissement à sécurité maximum, où il est impossible d'accroître progressivement le degré de liberté accordé. »

D. Facteurs considérés par la Commission d'examen comme favorables au transfert de l'appelant dans un établissement à sécurité maximum

Suivant l'ordre de priorité établi par la Commission d'examen, voici les [TRADUCTION] « autres facteurs [. . .] tout aussi importants » invoqués pour justifier le renvoi de l'appelant dans un hôpital psychiatrique à sécurité maximum :

(i) Le problème de crédibilité de l'appelant

- [TRADUCTION] « [Il] a été vu en train de manipuler le pantalon d'un autre patient et il se serait emparé de [20 \$] appartenant à ce patient. Il a d'abord avoué avoir subtilisé cette somme, puis il a retiré cet aveu. »
- « En avril 1998, [il] a rapporté dans le service où il était détenu un tournevis de l'atelier du centre de formation professionnelle. Lorsqu'il a exhibé l'outil, il a dit avoir oublié de s'en départir avant de revenir dans le service. »
- « Un briquet appartenant à un membre du personnel a disparu après avoir été laissé dans le fumoir. [L'appelant] a prétendu l'avoir trouvé dans un distributeur de papier hygiénique. »
- Il a reconnu avoir [TRADUCTION] « inventé ou exagéré » certaines allégations concernant sa liaison amoureuse avec une de ses infirmières.
- L'appelant a acheté un ordinateur et, lorsqu'on lui a dit que celui-ci devrait être inspecté, il s'est mis en colère et a exigé qu'on le retourne. Par la suite, il a affirmé qu'il l'avait retourné parce qu'il n'en était pas satisfait.

36 The Review Board noted that the screwdriver and the lighter (together with a small knife thrown by the appellant onto the hospital roof and some pills “found” by the appellant on other occasions) were objects that “could be dangerous or unsafe”. The Review Board does not actually make a finding that the appellant lied about any of these incidents (except a few matters admitted by the appellant himself, discussed below) which the Review Board acknowledged “may seem petty and minor” when viewed in isolation. It was the series of incidents taken collectively that concerned the Review Board.

37 The Review Board had the advantage of hearing the witnesses, including the appellant, and we accept its finding that the appellant is not a credible person.

(ii) The Appellant’s History of Involvement with Female Staff

38 The appellant seems to have had complex romantic involvements (or fantasies) involving female staff members for the past 20 years, listed by the Review Board as including:

- receiving visits and correspondence from the female employee of the St. Thomas Psychiatric Hospital from 1985-1989;
- becoming emotionally involved with a female recreationist, with [the appellant] reporting sexual fantasies and sharing of sexual thoughts (1989);
- becoming “sexually infatuated” with a female senior clinician, and relenting after clear limits were set on their relationship;
- from 1992-1993 starting an “intense and covertly sexual relationship with a female employee”;
- in 1992, declaring his love for a nurse assigned to him, and subsequently, befriending the husband of the nurse, who “has remained supportive to him until this time”.

39 It is common ground that this sexual misconduct, if it occurred, was consensual.

La Commission d’examen a fait observer que le tournevis et le briquet (de même qu’un petit couteau lancé par l’appelant sur le toit de l’hôpital et certains comprimés que l’appelant avait « trouvés » à d’autres occasions) étaient des objets [TRADUCTION] « susceptibles d’être dangereux ou de présenter un risque ». La Commission d’examen n’a pas expressément conclu que l’appelant avait menti au sujet de ces incidents (si ce n’est sur certains points que l’appelant a lui même admis et dont il est question plus loin) qui, le reconnaît la Commission, [TRADUCTION] « peuvent sembler insignifiants et mineurs » considérés isolément. C’est l’ensemble de ces incidents, considérés globalement, qui préoccupait la Commission.

La Commission d’examen a eu l’avantage d’entendre les témoins, y compris l’appelant, et nous acceptons sa conclusion que l’appelant n’est pas une personne digne de foi.

(ii) Les relations de l’appelant avec le personnel féminin

Au cours des 20 dernières années, l’appelant semble avoir entretenu avec certaines employées des relations amoureuses complexes (réelles ou imaginaires), dont la Commission a dressé la liste suivante :

[TRADUCTION]

- a reçu des visites et des lettres de l’employée du St. Thomas Psychiatric Hospital, de 1985 à 1989;
- s’est lié émotivement avec une animatrice en loisirs, [l’appelant] faisant état de fantasmes sexuelles et partageant des pensées sexuelles (1989);
- s’est « entiché sexuellement » d’une chef clinicienne, puis s’est fait une raison après que les limites de la relation eurent été clairement définies;
- a eu, en 1992 et 1993, une « liaison intense et clandestine sexuelle avec une employée »;
- en 1992, a déclaré son amour à une infirmière chargée de s’occuper de lui, puis s’est lié d’amitié avec l’époux de cette dernière, qui « a continué de l’appuyer jusqu’à ce jour ».

Les parties reconnaissent que cette inconduite sexuelle, si elle a eu lieu, était consensuelle.

The principal witness for St. Thomas Psychiatric Hospital in these matters was Dr. William Komer, who acknowledged that any intimate relationships, if established, would be contrary to the professional duties of the female caregivers. It is the appellant, after all, who is the person suffering from the mental disorder.

(iii) The Appellant's Manipulative Behaviour Towards Mr. and Mrs. Blackwell

Between 1992 and 1997, the appellant was befriended by one of his primary caregivers, a nurse, and subsequently by her husband. The nurse developed what the College of Nurses described as a “‘mothering’ relationship” towards the appellant which the hospital wished to discourage. In its view, professional relationships had been blurred. Her husband, recently retired, stepped into the gap and spent hundreds of hours with the appellant, at times visiting him on several occasions a week and taking him on outings, sometimes accompanied by his wife. These included such activities as a trip to Port Stanley, where the appellant went swimming; a steak dinner at a restaurant in St. Thomas; a trip to see some animals on a hiking trail; a visit to a park, where the appellant fished; a visit to a winery and a drive to look at old houses.

The couple, who discussed the possibility of adopting the appellant, voluntarily set aside about \$7,000 for his education. Eventually, the friendship soured in part because the Blackwells concluded that the appellant's “‘progress had stopped, [evidenced by] his withdrawal from patient council, in resuming smoking, in becoming involved with a copatient and . . . [in] not holding up his end of the bargain”.

The appellant subsequently alleged in a letter to the Blackwells that he and Mrs. Blackwell had conducted an inappropriate sexual relationship which he threatened to report to the College of Nurses (or a journalist) unless the Blackwells

Le témoin principal du St. Thomas Psychiatric Hospital sur ces questions a été le D^r William Komer, qui a reconnu que si ces relations intimes avec des employées étaient avérées, ces relations seraient contraires aux obligations professionnelles des soignantes. Après tout, c'est l'appelant qui souffre de troubles mentaux.

(iii) Le comportement manipulateur de l'appelant à l'endroit de M. et M^{me} Blackwell

De 1992 à 1997, un membre de son personnel soignant de première ligne, une infirmière, puis l'époux de celle-ci se sont liés d'amitié avec l'appelant. L'infirmière a développé, à l'égard de l'appelant, ce que l'Ordre des infirmières et infirmiers appelle une [TRADUCTION] « relation de “maternage” » que l'hôpital a cherché à décourager. Selon l'hôpital, le caractère professionnel de la relation s'était estompé. Depuis peu à la retraite, le mari de l'infirmière s'est introduit dans la relation et a passé des centaines d'heures avec l'appelant, le visitant à l'occasion plusieurs fois par semaine et faisant des sorties avec lui, parfois en compagnie de son épouse. Au nombre de ces activités, mentionnons un voyage à Port Stanley, où l'appelant s'est baigné; un repas de steak dégusté dans un restaurant de St. Thomas; une excursion pour observer des animaux dans un sentier de randonnée pédestre; la visite d'un parc, où l'appelant a pêché; la visite d'un établissement vinicole; et une ballade en voiture pour voir de vieilles demeures.

Le couple, qui a envisagé la possibilité d'adopter l'appelant, avait de son propre chef mis de côté environ 7 000 \$ pour les études de celui-ci. En fin de compte, la relation s'est détériorée en partie parce que les Blackwell estimaient que l'appelant [TRADUCTION] « ne faisait plus de progrès, [comme en témoignaient les faits suivants :] il avait démissionné du comité des patients, recommencé à fumer, eu une liaison avec une autre patiente et [. . .] il ne respectait pas sa part du marché ».

Dans une lettre adressée ultérieurement aux Blackwell, l'appelant a prétendu que M^{me} Blackwell et lui avaient eu une relation sexuelle inappropriée qu'il menaçait de révéler à l'Ordre des infirmières et infirmiers (ou à un journaliste),

40

41

42

43

handed over the \$7,000. He subsequently admitted that some of the allegations in the letter were exaggerated or manufactured. The Blackwells viewed the appellant's conduct as an attempt at extortion, and reported it to the hospital authorities. The Review Board declined to find whether or not there had been a sexual relationship, but stated that "[e]ither way, [the appellant] has attempted to use a relationship with another person as a blunt instrument to get what he wants embellished by falsehood when it suits him."

44 The Review Board viewed this distasteful episode as an example of the trust and reliability concerns that made it unlikely the appellant could be reintegrated into the community in the foreseeable future.

(iv) The Appellant Is Not a Candidate for Community Access

45 The Review Board held that "[p]atients who are housed in medium security who enjoy indirectly supervised hospital and grounds privileges and community access, must be capable of a degree of trust before these privileges can be used. In [the appellant's] case, for reasons which are well-documented and were fully supported by the evidence heard, [the appellant] has been unable to maintain the level of trust which he enjoyed for a period of time at this facility."

46 In my view, with respect, the proposition that NCR detainees who are not at present candidates for community access should, by reason of that fact alone, be detained under conditions of maximum security, even though they do not present a risk to the safety of the public themselves, is clearly not compatible with the "least onerous and least restrictive" requirement of s. 672.54.

à moins que le couple ne lui verse les 7 000 \$. Il a subséquemment reconnu que certaines de ces allégations étaient soit exagérées, soit le fruit de son imagination. Les Blackwell ont vu dans le comportement de l'appelant une tentative d'extorsion qu'ils ont signalée à la direction de l'hôpital. La Commission d'examen a refusé de se prononcer sur la question de savoir s'il y avait eu ou non relation sexuelle, mais elle a dit que [TRADUCTION] « [d']une manière ou d'une autre, [l'appelant] a tenté de se servir d'une relation avec autrui comme moyen peu subtil d'obtenir ce qu'il veut, en ajoutant des faussetés quand cela sert ses besoins. »

Pour la Commission d'examen, ce pénible épisode était un exemple des problèmes de confiance et de fiabilité faisant qu'il y avait peu de chances que l'appelant puisse réintégrer la société dans un avenir prévisible.

(iv) Inaptitude de l'appelant à se rendre dans la collectivité

La Commission d'examen a conclu que [TRADUCTION] « [l]es patients résidant dans un établissement à sécurité moyenne qui bénéficient, sans surveillance directe, de privilèges de déplacement dans l'hôpital et sur ses terrains, ainsi que de privilèges d'accès à la collectivité, doivent d'abord montrer qu'on peut leur faire confiance avant de pouvoir jouir de ces privilèges. En ce qui concerne [l'appelant], pour des raisons bien documentées et parfaitement étayées par la preuve entendue, il n'a pas su se montrer à la hauteur de la confiance qu'on lui a accordée pendant un certain temps dans l'établissement. »

En toute déférence, j'estime que la prétention selon laquelle les accusés déclarés non responsables criminellement qui sont jugés inaptes à se rendre dans la collectivité doivent, pour ce seul motif, être détenus suivant des modalités propres au niveau de sécurité maximum, et ce même s'ils ne représentent pas un risque pour la sécurité du public, est clairement incompatible avec l'obligation prévue à l'art. 672.54, qui requiert que la décision soit « la moins sévère et la moins privative de liberté ».

(v) Lack of Programs

The Review Board concluded that while the “live issues” were those of risk and trust, secondarily, “but also important” was the availability of programming, which, by virtue of the cancellation of his off-ward privileges, was no longer available to the appellant at St. Thomas.

E. *Factors Not Considered by the Review Board in Its Decision to Return the Appellant to Maximum Security*

In my view, with respect, the error of law committed by the Review Board caused it to overlook at least three important factors:

(i) Whether the Return to Maximum Security Was the “Least Onerous and Least Restrictive” Disposition of the Appellant’s Case

While Dr. Komer in his testimony referred at times to “the least onerous, least restrictive” conditions of detention, nowhere in the Review Board’s reasons is there any reference to the “least onerous and least restrictive” requirement in relation to the conditions of its disposition; nor is there any consideration of the appellant’s liberty interests. The Review Board seems to have concluded that such considerations had no bearing on the “appropriateness” of the conditions they set. In taking this position, it no doubt relied on the previous jurisprudence of the Ontario Court of Appeal, discussed in *Tulikorpi, supra*, but in doing so, it erred in law.

(ii) The Cancellation of the Appellant’s Off-ward Privileges Were the Result — Not the Cause — of the Hospital’s Recommendation

As stated, the Review Board placed weight on its view that, as the appellant no longer had access to off-ward programs at St. Thomas, he would

(v) L’absence de programmes

La Commission d’examen a conclu que, bien que les [TRADUCTION] « points litigieux » fussent la question du risque et celle de la confiance, un autre aspect — secondaire « mais lui aussi important » — était la disponibilité de programmes, programmes dont l’appellant ne bénéficiait plus du fait de la révocation de ses privilèges de déplacement en dehors du service où il était détenu.

E. *Facteurs négligés par la Commission d’examen dans sa décision renvoyant l’appellant dans un établissement à sécurité maximum*

En toute déférence, j’estime que l’erreur de droit qu’a commise la Commission l’a amenée à négliger au moins trois facteurs importants.

(i) Le renvoi dans un établissement à sécurité maximum était-il, dans le cas de l’appellant, la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté »?

Alors que dans le témoignage du D^r Komer on retrouve certaines mentions des modalités [TRADUCTION] « les moins sévères, les moins privatives de liberté », les motifs de la Commission d’examen ne renferment aucune mention de ce critère en ce qui a trait aux modalités de la décision qu’elle a rendue, ni aucune indication de la prise en compte du droit à la liberté de l’appellant. La Commission d’examen semble avoir conclu que ces considérations n’influaient pas sur le « caractère indiqué » des modalités qu’elle fixait, s’appuyant sans doute à cet égard sur la jurisprudence de la Cour d’appel de l’Ontario, qui est analysée dans l’arrêt *Tulikorpi*, précité. Toutefois, en agissant ainsi elle a commis une erreur de droit.

(ii) La révocation des privilèges de déplacement de l’appellant hors du service où il était détenu était le résultat, et non la cause, de la recommandation de l’hôpital

Comme il a été mentionné précédemment, l’opinion de la Commission d’examen selon laquelle l’appellant serait mieux à Oak Ridge étant donné

47

48

49

50

be better off at Oak Ridge. The Ontario Court of Appeal, in upholding the Review Board's decision, also laid stress on this factor.

51 In fact, however, as Dr. Komer made clear in his testimony (and as the Review Board acknowledged in passing), the appellant's off-ward privileges were terminated "given the hospital's recommendation that [the appellant] be returned to maximum security". As Dr. Komer testified:

Around the time we decided that we were going to send him to Penetang [Oak Ridge Division], and even before that because I can't remember exactly when we had the pre-board conference, but we had cancelled his privileges thinking that if we are looking at maximum security, we're looking at [the appellant] is not progressing, we should be looking at maximum security and keeping him in medium secure without any privileges until the Board can convene and that's why he has not had any off-ward privileges.

52 In my view, with respect, the hospital administrator could not buttress his case to put the appellant in maximum security by reducing his liberty at the medium security institution to the point where even the maximum security hospital could be portrayed as less restrictive than the medium security hospital.

(iii) There Was Evidence of Other Medium Security Institutions That Met the Criteria Formulated by the Review Board

53 The appellant indicated a willingness to be transferred to either of two other medium security institutions rather than be returned to Oak Ridge, namely the medium security hospitals in Brockville or Whitby.

qu'il n'avait plus accès, à St. Thomas, aux programmes offerts à l'extérieur de cet établissement a joué un rôle important dans la décision rendue par celle-ci. En confirmant la décision de la Commission d'examen, la Cour d'appel de l'Ontario a elle aussi insisté sur ce facteur.

En réalité toutefois, comme l'a clairement souligné le D^r Komer dans son témoignage (et comme l'a aussi reconnu de manière incidente la Commission d'examen), les privilèges de déplacement de l'appellant hors du service où il était détenu ont été révoqués [TRADUCTION] « par suite de la recommandation de l'hôpital que [l'appellant] soit renvoyé dans un établissement à sécurité maximum ». Voici un extrait de son témoignage :

[TRADUCTION] À peu près au moment où nous avons décidé de l'envoyer à Penetang [division Oak Ridge], et même avant, puisque je ne peux me rappeler exactement quand nous avons tenu la conférence préalable à l'audience de la Commission, mais nous avions révoqué ses privilèges en nous disant que si nous envisageons la sécurité maximum, c'est que nous estimons que [l'appellant] ne fait pas de progrès, il nous faut envisager la sécurité maximum et le détenir dans un milieu à sécurité moyenne sans aucun privilège jusqu'à ce que la Commission puisse se réunir, et c'est pourquoi il n'a plus bénéficié de privilèges de déplacement hors du service où il était détenu.

En toute déférence, je suis d'avis que le directeur général de l'hôpital ne pouvait étayer sa décision d'imposer à l'appellant la sécurité maximum en réduisant la liberté de mouvement de celui-ci dans l'établissement à sécurité moyenne au point où même l'hôpital à sécurité maximum pourrait être considéré comme moins privatif de liberté que l'hôpital à sécurité moyenne.

(iii) Éléments de preuve indiquant que d'autres établissements à sécurité moyenne respectaient les critères énoncés par la Commission d'examen

L'appellant a manifesté le désir d'être transféré à l'hôpital de Brockville ou à celui de Whitby, deux établissements à sécurité moyenne, plutôt que d'être renvoyé à Oak Ridge.

Dr. Komer testified that the transfer to Oak Ridge will likely have a negative impact on the appellant.

Dr. Komer acknowledged that Whitby offered a range of programs and facilities more extensive than St. Thomas could offer within a medium security perimeter. The Review Board found there had been a breakdown in the trust relationship between St. Thomas and the appellant, but in its search for a more structured environment, it did not address in its reasons other potential medium security facilities for which the appellant had requested consideration.

F. *Conclusion*

I accept the Review Board's view that the appellant is untruthful and manipulative, that he has a history of hostility and/or inappropriate behaviour towards female staff, that he behaved abominably towards the Blackwells who had befriended him, that he is not a candidate for early access to the community and that he would benefit from some of the programs at Oak Ridge. Nevertheless, none of these considerations was weighed in the balance against the appellant's liberty interest. At no point did the Review Board consider (no doubt because it did not think itself obliged to consider) whether the package of conditions that included returning the appellant to Oak Ridge was the "least onerous and least restrictive" order appropriate under the circumstances. To the extent the Review Board took into account the fact the appellant's off-ward privileges at St. Thomas had been cancelled, the risk of a substantial wrong to the appellant is increased, because cancellation was made by the hospital on the assumption the appellant would be sent back to Oak Ridge, which of course was the essential point in issue for the Review Board to determine. For these reasons, it cannot be said that the Review Board, if properly informed of the law and acting reasonably, would necessarily have reached the same conclusion. Therefore it cannot be said that the error of law resulted in "no substantial wrong". Applying

Le D^r Komer a témoigné que le transfert à Oak Ridge aura vraisemblablement un effet négatif sur l'appellant.

Le D^r Komer a reconnu que l'établissement de Whitby offrait une gamme de programmes et de services plus étendue que celle que pouvait offrir St. Thomas à l'intérieur d'une unité à sécurité moyenne. La Commission d'examen a estimé que le lien de confiance entre l'appellant et la direction de St. Thomas s'était rompu. Mais dans sa recherche d'un environnement plus structuré, la Commission n'a pas traité, dans ses motifs, des autres établissements à sécurité moyenne que l'appellant lui avait demandé de prendre en considération.

F. *Conclusion*

J'accepte l'opinion de la Commission d'examen selon laquelle l'appellant n'est pas digne de foi et manipule les gens, qu'il a eu des comportements hostiles et inappropriés envers le personnel féminin, qu'il s'est conduit de manière odieuse à l'endroit des Blackwell, qui lui avaient offert leur amitié, qu'il n'est pas apte à se voir accorder accès à la collectivité et que certains des programmes offerts à Oak Ridge lui seraient profitables. Néanmoins, aucune de ces considérations n'a été mise en balance avec son droit à la liberté. À aucun moment la Commission d'examen ne s'est demandé (sans aucun doute parce qu'elle n'estimait pas y être tenue) si l'ensemble des modalités arrêtées, y compris le renvoi de l'appellant à Oak Ridge, constituait la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » qui soit indiquée dans les circonstances. Dans la mesure où la Commission d'examen a tenu compte de la révocation à St. Thomas des privilèges de déplacement de l'appellant à l'extérieur du service où il était détenu, le risque que ce dernier ait subi un tort important est plus grand, puisque l'hôpital a décidé de la révocation en tenant pour acquis que l'appellant serait renvoyé à Oak Ridge, alors que l'opportunité d'un tel renvoi était évidemment la question essentielle que devait trancher la Commission d'examen. Pour ces motifs, il est impossible d'affirmer que la Commission d'examen serait nécessairement arrivée à la même conclusion si elle avait été bien au

54

55

56

s. 672.78(1)(b) of the *Criminal Code*, the appeal is accordingly allowed.

VI. Disposition

57 The resolution of the “least onerous and least restrictive” issue in favour of the appellant knocks the basis out from under his *Charter* challenge, which is rejected for the reasons previously set out by the Court in *Winko*, *supra*.

58 As to the merits of the appeal, as noted at the outset, the parties were advised by order dated November 7, 2003 that the appeal was allowed with reasons to follow. The judgment of the Court of Appeal was set aside. An expedited hearing before the Ontario Review Board was ordered in accordance with the reasons to follow. The order setting aside the judgment of the Court of Appeal was stayed pending the Board’s decision on the expedited hearing. These reasons make no change in that disposition.

59 I would answer the constitutional questions as follows.

1. Does s. 672.54(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If so, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to decide this question.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Suzan E. Fraser; Falconer Charney Macklin, Toronto.

fait du droit applicable et si elle avait agi raisonnablement. Par conséquent, on ne saurait dire que l’erreur de droit n’a entraîné « aucun tort important ». Le pourvoi est en conséquence accueilli par application de l’al. 672.78(1)(b) du *Code criminel*.

VI. Dispositif

Le fait que l’appelant ait gain de cause quant au critère de décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » bat en brèche son argument fondé sur la *Charte*, qui est rejeté pour les motifs exposés par notre Cour dans l’arrêt *Winko*, précité.

Quant au fond du pourvoi, comme nous l’avons mentionné au début des présents motifs, les parties ont été informées, dans une ordonnance datée du 7 novembre 2003, que le pourvoi était accueilli avec motifs à suivre. L’arrêt de la Cour d’appel a été annulé. Il a été ordonné à la Commission ontarienne d’examen de tenir, dans les plus brefs délais après le dépôt des motifs de notre Cour, une audience conformément à ces motifs. La prise d’effet de l’ordonnance annulant l’arrêt de la Cour d’appel a été suspendue jusqu’à ce que la Commission ait rendu sa décision au terme de l’audience susmentionnée. Les présents motifs ne modifient pas notre ordonnance.

Je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante.

1. L’alinéa 672.54c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits garantis par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

2. Dans l’affirmative, s’agit-il d’une atteinte constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et justifiée dans le cadre d’une société libre et démocratique au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n’est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l’appelant : Suzan E. Fraser; Falconer Charney Macklin, Toronto.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Ontario: Ministry of the Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent the Administrator of St. Thomas Psychiatric Hospital: Paterson, MacDougall, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice Canada, Toronto.

Solicitors for the interveners the Ontario Review Board and the Nunavut Review Board: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Solicitors for the interveners the Mental Health Legal Committee and the Mental Health Legal Advocacy Coalition: Hiltz Szigeti, Toronto.

Procureur de l'intimé le procureur général de l'Ontario : Ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé le Directeur général du St. Thomas Psychiatric Hospital : Paterson, MacDougall, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice Canada, Toronto.

Procureurs des intervenantes la Commission ontarienne d'examen et la Commission d'examen du Nunavut : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Procureurs des intervenants Mental Health Legal Committee et Mental Health Legal Advocacy Coalition : Hiltz Szigeti, Toronto.