

George Harvey Milne *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Canada
Respondent

and

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

INDEXED AS: R. V. MILNE

File No.: 19444.

1987: January 27, 28; 1987: November 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Sentences — Dangerous offender — Status of “dangerous” predicated on conviction for “serious personal injury offence” — Accused’s “dangerousness” based on a crime later removed from definition of “serious personal injury offence” — Whether or not accused’s continuing detention dependant on continuing status of “dangerousness” — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 157, 687(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Dangerous offender — Indeterminate detention — Status of “dangerous” predicated on conviction for “serious personal injury offence” — Accused’s “dangerousness” based on a crime later removed from definition of “serious personal injury offence” — Whether or not breach of Charter guarantees of fundamental justice, of freedom from arbitrary detention, of minimal criminal procedures, and of freedom from cruel and unusual punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 9, 11, 12, 24(1).

Three years before the proclamation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* appellant was convicted of gross indecency under s. 157 of the *Criminal Code*, found to be a dangerous offender and sentenced to indeterminate detention. Appellant’s appeal from this determination and sentence was dismissed. Gross indecency was later deleted from the definition of “serious

George Harvey Milne *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine du chef du Canada

a Intimée

et

**Le procureur général de l’Ontario et le
procureur général de la Colombie-
Britannique** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. C. MILNE

N° du greffe: 19444.

c 1987: 27, 28 janvier; 1987: 19 novembre.

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

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

Droit criminel — Peines — Délinquant dangereux — Statut de délinquant «dangereux» résultant d’une déclaration de culpabilité de «sévices graves à la personne» — «Dangerosité» de l’accusé établie en fonction d’un crime ultérieurement exclu de la définition de «sévices graves à la personne» — La continuation de la détention de l’accusé dépend-elle du statut de délinquant «dangereux»? — Code criminel, S.R.C. 1970; chap. C-34, art. 157, 687b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Délinquant dangereux — Détention pour une période indéterminée — Statut de délinquant «dangereux» résultant d’une déclaration de culpabilité de «sévices graves à la personne» — «Dangerosité» de l’accusé établie en fonction d’un crime ultérieurement exclu de la définition de «sévices graves à la personne» — A-t-on violé les garanties de la Charte relativement à la justice fondamentale, à la protection contre la détention arbitraire, aux droits minimaux en matière de procédure criminelle et à la protection contre les peines cruelles et inusitées? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 9, 11, 12, 24(1).

Trois ans avant la proclamation de la *Charte canadienne des droits et libertés* l’appelant a été déclaré coupable de grossière indécence en vertu de l’art. 157 du *Code criminel*. Il a été déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention pour une période indéterminée. L’appel de l’appelant contre cette détermination et cette peine a été rejeté. L’article 157 a par

personal injury offence” with the result that conviction under that offence no longer permits the making of an application under Part XXI of the *Code*.

Appellant queried the lawfulness of his continued detention and commenced the present proceedings seeking a writ of *habeas corpus ad subjiciendum* with *certiorari* in aid and additionally, or in the alternative, a remedy pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. The application was dismissed and the Ontario Court of Appeal upheld that decision. At issue here, in addition to the ss. 7, 9, 11, and 12 *Charter* issues considered in *R. v. Lyons*, is whether the continued detention of a person, found to be a dangerous offender and sentenced to indeterminate detention, is valid under the *Charter* where the offence of which he was convicted is no longer one in respect of which indeterminate detention may be imposed.

Held (Wilson J. dissenting in part and Estey J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.: The present Part XXI of the *Criminal Code* does not infringe the *Charter*: *R. v. Lyons*.

A change in the law that deletes the offence of which the appellant was convicted from the list of offences in respect of which indeterminate detention may be imposed does not alter the status of a dangerous offender. The detention of a “dangerous offender” is not reviewable by writ of *habeas corpus* or under ss. 9 or 12 of the *Charter*, even if the offender ceases to have the characteristics of dangerousness that formed the basis for his indeterminate detention. The argument that “dangerousness” must be a continuing element does not properly reflect the nature, purpose or effect of the Part XXI sentence, is not supported by the plain words of s. 688 of the *Code*, and misconceives the nature, purpose and effect of the Parole Board’s review procedure. Continuing detention is not premised on the status of “dangerousness” under existing law respecting dangerous offenders. In sum, the appellant has the same protections as those afforded any other person who is convicted of an offence and sentenced to a period of incarceration. He had a right to appeal when the sentence was pronounced and he may apply for parole at prescribed times. But like any other person who is properly convicted

la suite été retranché de la définition de «sévices graves à la personne», si bien qu’une déclaration de culpabilité à l’égard de cette infraction ne permet plus de présenter une demande fondée sur la partie XXI du *Code*.

a L’appelant a contesté la légalité de la continuation de sa détention et a engagé les présentes procédures en vue d’obtenir un bref d’*habeas corpus ad subjiciendum* avec *certiorari* auxiliaire et en outre, ou subsidiairement, une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Cette demande a été rejetée, décision qu’a confirmée la Cour d’appel de l’Ontario. Outre les questions relatives aux art. 7, 9, 11 et 12 de la *Charte* examinées dans l’arrêt *R. c. Lyons*, la question qui se pose en l’espèce est de savoir si la détention continue d’une personne que l’on déclare être un délinquant dangereux et qui a été condamnée à la détention pour une période indéterminée, est valide en vertu de la *Charte* si l’infraction dont cette personne a été déclarée coupable ne peut plus entraîner la détention pour une période indéterminée.

d *Arrêt* (le juge Wilson est dissidente en partie et le juge Estey est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Le Dain et La Forest: La partie XXI du *Code criminel* dans sa rédaction actuelle ne contrevient pas à la *Charte*: *R. c. Lyons*.

Une modification de la loi qui supprime l’infraction dont l’appelant a été condamné de la liste des infractions pour lesquelles une peine de détention pour une période indéterminée peut être imposée ne modifie pas le statut de délinquant dangereux. La détention d’un «délinquant dangereux» ne peut faire l’objet de révision ni par voie d’*habeas corpus* ni en vertu des art. 9 ou 12 de la *Charte*, même si le délinquant cesse de manifester les traits indicatifs de la «dangerosité» qui constituent le fondement de sa détention pour une période indéterminée. L’argument selon lequel la «dangerosité» doit être un élément constant ne tient pas adéquatement compte de la nature, de l’objet ou de l’effet de la peine imposée en vertu de la partie XXI; il n’est pas appuyé par le sens littéral de l’art. 688 du *Code*; il traduit une conception erronée de la nature, de l’objet et de l’effet de la révision à laquelle procède la Commission des libérations conditionnelles. La continuation de la détention ne dépend pas de l’existence du statut de «dangerosité» aux termes de la loi actuellement en vigueur. En bref, l’appelant bénéficie des mêmes protections que celles qui sont accordées à n’importe quelle autre personne reconnue coupable d’une infraction et condamnée à une peine d’incarcération. Il avait le droit d’interjeter appel au moment où la peine a été imposée et il peut demander à des époques prescrites sa libération conditionnelle. Mais, comme toute autre personne qui est dûment déclarée coupable

ed and sentenced, he must otherwise serve his sentence according to its tenor.

The continued detention of the accused under Part XXI imposed following his conviction for gross indecency under the pre-existing law does not amount to cruel and unusual punishment or arbitrary detention.

Article 15 of the United Nations *International Covenant on Civil and Political Rights*, which provides that if the penalty for an offence is reduced after its commission, the offender is to benefit thereby, does not invalidate the appellant's sentence. Assuming it could apply to his situation, it must be read in the light of s. 11(i) of the *Charter*.

Per Wilson J. (dissenting in part): The accused had no knowledge when he pleaded guilty to the offences of which he was convicted that the Crown intended and had been instructed by the Attorney General to make an application under Part XXI of the *Code*. The Crown may have been entitled to function in this way when the Part XXI order was made prior to the coming into force of the *Charter*, but, for the reasons given in *Lyons*, accused's continued incarceration pursuant to an order made in these circumstances cannot be justified subsequent to the coming into force of s. 7 of the *Charter*. The accused accordingly is entitled to relief under s. 24(1) of the *Charter*.

Per Estey J. (dissenting): The continued incarceration of the appellant offends his right under s. 12 of the *Charter*. The prospect of a person's serving an indefinite sentence in a penitentiary for an offence no longer attracting such a term of imprisonment under the *Criminal Code* is "cruel and unusual" as this expression has been defined. Parliament itself found this sentence to be disproportionate when it amended Part XXI and it only remained for the courts to apply the *Charter* as a matter of law to appellant's present situation.

Sections 7 and 9 of the *Charter* might also be offended but the issues arising under ss. 7, 9, and 12 are so interwoven as to render this appeal an unsatisfactory base for any extension of the analysis of these rights.

Since *habeas corpus* with *certiorari* in aid would be an inappropriate remedy if the time already served by appellant were less than the proper sentence, a court must turn to s. 24(1) of the *Charter*. The matter should be remitted to the trial judge, notwithstanding the fact

et condamnée, il doit de toute façon purger intégralement sa peine.

La continuation de la détention de l'accusé en vertu de la partie XXI imposée par suite de sa condamnation pour grossière indécence en vertu de la loi alors en vigueur ne revient pas à une peine cruelle est inusitée ou à une détention arbitraire.

L'article 15 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* des Nations Unies, qui prévoit que si postérieurement à l'infraction, il y a réduction de la peine, le délinquant doit en bénéficier, n'invalide pas la peine de l'appelant. À supposer qu'il puisse s'appliquer à sa situation, on doit l'interpréter à la lumière de l'al. 11(i) de la *Charte*.

Le juge Wilson (dissidente en partie): L'accusé ignorait, au moment où il a plaidé coupable à l'égard des infractions pour lesquelles il a été condamné, que la poursuite avait l'intention, sur les instructions du procureur général, de faire une demande fondée sur la partie XXI du *Code*. La poursuite a pu avoir le droit de suivre cette procédure au moment où l'ordonnance fondée sur la partie XXI a été rendue, avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. Pour les raisons données dans l'arrêt *Lyons*, la continuation de l'incarcération de l'accusé conformément à une ordonnance rendue dans ces circonstances ne peut être justifiée depuis l'entrée en vigueur de l'art. 7 de la *Charte*. En conséquence, l'accusé a droit à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

Le juge Estey (dissident): L'emprisonnement continu de l'appelant porte atteinte à son droit garanti par l'art. 12 de la *Charte*. La perspective qu'une personne puisse purger une peine d'une durée indéterminée dans un pénitencier relativement à une infraction qui n'entraîne désormais plus une telle peine d'emprisonnement aux termes du *Code criminel* est «cruelle et inusitée» selon la définition donnée à cette expression. Le Parlement lui-même a conclu que cette peine était disproportionnée lorsqu'il a modifié la partie XXI et il incombe seulement aux tribunaux d'appliquer en droit la *Charte* à la situation actuelle de l'appelant.

Il se peut également que les art. 7 et 9 de la *Charte* aient été enfreints, mais les questions soulevées en vertu des art. 7, 9 et 12 sont à ce point reliées que le présent pourvoi ne constitue pas une base propice à l'extension de l'analyse de ces droits.

Puisque l'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire ne serait pas un redressement approprié si la peine d'emprisonnement déjà purgée par l'appelant était moindre que la peine appropriée, la cour doit examiner le par. 24(1) de la *Charte*. L'affaire devrait être renvoyée au juge du

that he is now *functus*, for an assessment of the appropriate sentence.

Cases Cited

By La Forest J.

Followed: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; **distinguished:** *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225; **referred to:** *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336; *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246; *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233.

By Wilson J. (dissenting in part)

R. v. Lyons, [1987] 2 S.C.R. 309.

By Estey J. (dissenting)

R. v. Smith (Edward Dewey), [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 11, 12, 24(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI, ss. 157, 617, 687(b) [rep. & sub. 1976-77, c. 53, s. 14; rep. & sub. 1980-81-82-83, c. 125, s. 26], 688, 695.1, 710.
International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), art. 15.
Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 35(d).
Parole Act, R.S.C. 1970, c. P-2, s. 10(1)(a).
Supreme Court Rules, SOR/83-74, s. 32(4).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal dismissing an appeal from a judgment of Montgomery J. dismissing an application for *habeas corpus ad subjiciendum* with *certiorari* in aid or alternatively for a remedy pursuant to s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Appeal dismissed, Wilson J. dissenting in part and Estey J. dissenting.

Ronald R. Price, Q.C., and John Hill, for the appellant.

Ivan Whitehall, Q.C., and Roslyn J. Levine, for the respondent.

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

procès, même s'il est maintenant dessaisi de l'affaire, pour qu'il évalue la peine convenable.

Jurisprudence

a Citée par le juge La Forest

Arrêt suivi: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; **distinction d'avec l'arrêt:** *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225; **arrêts mentionnés:** *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336; *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246; *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233.

Citée par le juge Wilson (dissidente en partie)

R. c. Lyons, [1987] 2 R.C.S. 309.

c Citée par le juge Estey (dissident)

R. c. Smith (Edward Dewey), [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246.

d Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 11, 12, 24(1).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI, art. 157, 617, 687(b) [abr. & rempl. 1976-77, chap. 53, art. 14; abr. & rempl. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 26], 688, 695.1, 710.
Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 35(d).
Loi sur la libération conditionnelle de détenus, S.R.C. 1970, chap. P-2, art. 10(1)a).
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, A.G. Rés. 2200A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 52, Doc. A/6316 N.U. (1966), art. 15.
Règles de la Cour suprême, DORS/83-74, art. 32(4).

g POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a rejeté l'appel interjeté contre un jugement du juge Montgomery qui avait rejeté une demande visant à obtenir un bref d'*habeas corpus ad subjiciendum* avec *certiorari* auxiliaire ou, subsidiairement, une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pourvoi rejeté, le juge Wilson est dissidente en partie et le juge Estey est dissident.

i Ronald R. Price, c.r., et John Hill, pour l'appellant.

Ivan Whitehall, c.r., et Roslyn J. Levine, pour l'intimée.

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

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

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

LA FOREST J.—This appeal raises several general issues identical to those addressed in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, regarding whether the dangerous offenders provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI, ss. 687-695 as amended, are constitutionally valid having regard to the rights guaranteed by ss. 7, 9, 11 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In addition, it raises a number of specific issues regarding whether a person who was convicted before the commencement of the *Charter* of what was then, but is no longer, “a serious personal injury offence” under Part XXI and found to be “a dangerous offender” under that Part, and in consequence sentenced to “detention in a penitentiary for an indeterminate period in lieu of any other sentence”, can now have that detention reviewed either by means of a writ of *habeas corpus* with *certiorari* in aid on the ground that he is no longer a dangerous offender, or under the *Charter* on the ground that such detention constitutes arbitrary detention or imprisonment (s. 9) or cruel and unusual punishment (s. 12). The general issues have already been discussed in *Lyons*. The present judgment is, therefore, largely confined to the specific issues.

Facts and Procedural History

On June 20, 1979, some three years before the *Charter* was proclaimed, the appellant George Harvey Milne pleaded guilty, before His Honour Judge Denroche of the British Columbia Provincial Court, to five counts of gross indecency contrary to s. 157 of the *Criminal Code*. The offences occurred over a period of nine months and involved sexual activity with boys between the ages of thirteen and sixteen. On the same day, the Crown requested and was granted an adjournment to enable it to bring a dangerous offender application

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

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

LE JUGE LA FOREST—Ce pourvoi soulève plusieurs questions générales identiques à celles abordées dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309. Ces questions sont de savoir si les dispositions du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI, art. 687 à 695 et modifications, relatives aux délinquants dangereux sont constitutionnelles compte tenu des droits garantis par les art. 7, 9, 11 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Se posent aussi un certain nombre de questions précises quant à savoir si une personne qui, avant l'entrée en vigueur de la *Charte* a été déclarée coupable de ce qui constituait alors, mais qui n'est plus, «un sévices grave à la personne» au sens de la partie XXI, et qui s'est vu qualifier de «délinquant dangereux» en vertu de ladite partie, de sorte qu'on lui a infligé «au lieu de toute autre peine [...] une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée», peut maintenant obtenir la révision de cette détention soit par voie de bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire pour le motif qu'elle n'est plus un délinquant dangereux, soit en vertu de la *Charte* pour le motif que cette détention constitue une détention ou un emprisonnement arbitraires (art. 9) ou une peine cruelle et inusitée (art. 12). Comme les questions générales ont déjà été étudiées dans l'arrêt *Lyons*, nous nous bornons ici surtout à un examen des questions précises.

Historique des faits et des procédures

Le 20 juin 1979, environ trois ans avant la proclamation de la *Charte*, l'appellant George Harvey Milne a plaidé coupable devant le juge Denroche de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique relativement à cinq chefs d'accusation d'avoir commis des actes de grossière indécence contrairement à l'art. 157 du *Code criminel*. Les infractions se sont échelonnées sur une période de neuf mois et consistaient en des actes sexuels commis avec des garçons âgés de treize à seize ans. Le même jour, le ministère public a sollicité et

under Part XXI of the *Code*. The application was subsequently made before the same judge on May 29, 1980.

At that time, s. 687 of the *Code* defined "serious personal injury offence" to include gross indecency. Section 687(b) then read as follows:

687. ...

(b) an offence mentioned in section 144 (rape) or 145 (attempted rape) or an offence or attempt to commit an offence mentioned in section 146 (sexual intercourse with a female under fourteen or between fourteen and sixteen), 149 (indecent assault on a female), 156 (indecent assault on a male) or 157 (gross indecency). [Emphasis added.]

I should add that, similar to the situation that now exists, for the dangerous offenders provisions to apply to these sexual offences, it was necessary to establish to the satisfaction of the court that "the offender, by his conduct in any sexual matter including that involved in the commission of the offence for which he has been convicted, has shown a failure to control his sexual impulses and a likelihood of his causing injury, pain or other evil to other persons through failure in the future to control his sexual impulses" (s. 688(b)).

The judge noted that the appellant had previously been convicted of six property offences, one bail offence and three indecent assault offences, all against males. He concluded that the appellant had, by his conduct, shown a failure to control his sexual impulses, a pattern that was likely to continue in the future and to cause injury, pain or other evil to other persons. He, therefore, found the appellant to be a dangerous offender. He was also satisfied that a sentence of detention for an indeterminate period in lieu of any other sentence was necessary because of "how little change has been effected in the offender's conduct to date, the lack of motivation [to change] exhibited up until the time of his arrest on the present charges and the only available figures on recidivism". The appellant's appeal from this determination and

s'est vu accorder un ajournement afin de pouvoir présenter, en vertu de la partie XXI du *Code*, une demande visant à faire déclarer que Milne était un délinquant dangereux. Cette demande a été adressée au même juge le 29 mai 1980.

À l'époque, la grossière indécence était comprise dans la définition que l'art. 687 du *Code* donnait à l'expression «séances graves à la personne». L'alinéa 687(b) se lisait alors ainsi:

687. ...

b) les infractions prévues aux articles 144 (viol) ou 145 (tentative de viol), les infractions ou tentatives de perpétration de l'une des infractions prévues aux articles 146 (rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de quatorze ans ou de plus de quatorze ans mais de moins de seize ans), 149 (attentat à la pudeur d'une personne du sexe féminin), 156 (attentat à la pudeur d'une personne du sexe masculin) ou 157 (grossière indécence). [Je souligne.]

J'ajouterais que, à l'instar de la situation qui existe maintenant, pour que les dispositions relatives aux délinquants dangereux s'appliquent à ces infractions sexuelles, il était nécessaire de convaincre la cour que «la conduite antérieure du délinquant dans le domaine sexuel, y compris lors de la perpétration de l'infraction dont il a été déclaré coupable, démontre son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles et laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes» (al. 688b)).

Le juge a fait remarquer que l'appellant avait déjà été reconnu coupable de six infractions contre la propriété, d'une violation des conditions de la liberté sous caution et de trois attentats à la pudeur, tous perpétrés contre des personnes du sexe masculin. Il a conclu que la conduite de l'appellant démontrait son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles, tendance qui, selon toute vraisemblance, se maintiendrait dans l'avenir et causerait des sévices ou autres maux à d'autres personnes. Par conséquent, il a conclu que l'appellant était un délinquant dangereux. Il était aussi convaincu qu'une peine de détention pour une période indéterminée au lieu de toute autre peine s'imposait étant donné [TRADUCTION] «le peu de changement qu'il y a eu jusqu'à présent dans la conduite du délinquant ainsi que le manque de

against sentence to the British Columbia Court of Appeal (Taggart J.A., McFarlane and Carrothers JJ.A. concurring) was dismissed on March 10, 1982.

On January 4, 1983, s. 687(b) of the *Code* was amended by S.C. 1980-81-82-83, c. 125 s. 26. These amendments deleted the offence under s. 157 (gross indecency) from the definition of "serious personal injury offence". This means that a conviction under s. 157 no longer permits the making of an application under Part XXI of the *Code*.

On November 14, 1984 the appellant commenced the present proceedings by way of originating notice of motion in the Supreme Court of Ontario. He sought a writ of *habeas corpus ad subjiciendum* with *certiorari* in aid and additionally, or in the alternative, a remedy pursuant to s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which had been proclaimed into force subsequent to the commencement of his sentence. The proceedings were brought for the purpose of determining the lawfulness of his continuing detention under the indeterminate sentence. They were instituted in Ontario because the appellant was at that time incarcerated in Warkworth Institution, a penitentiary located in that province.

On December 11, 1984, Montgomery J., dismissed the application. He noted, however, that the appellant was not left without a remedy. "He may make application to the National Parole Board and attempt to convince that body that he is no longer a danger to the community. An accused who is sentenced to a term of preventive detention having exhausted his appeal remedies ought in my view to serve his sentence unless the Parole Board on subsequent review after an appropriate amount

motivation [pour changer] qu'il a manifesté jusqu'au moment de son arrestation relativement aux accusations portées contre lui en l'espèce et compte tenu des seuls chiffres dont on dispose sur la question de la récidive». L'appelant a interjeté appel de cette décision et de la peine imposée, mais la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (motifs du juge Taggart auxquels ont souscrit les juges McFarlane et Carrothers) l'a débouté le 10 mars 1982.

Le 4 janvier 1983, l'al. 687b) du *Code* a été modifié par S.C. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 26. Par ces modifications, on a supprimé de la définition de l'expression «sévices graves à la personne» l'infraction à l'art. 157 (grossière indécence). Cela signifie qu'une déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 157 ne permet plus de faire une demande fondée sur la partie XXI du *Code*.

Le 14 novembre 1984, l'appelant, par voie d'avis de requête, a engagé la présente instance devant la Cour suprême de l'Ontario. Il demandait un bref d'*habeas corpus ad subjiciendum* avec *certiorari* auxiliaire et, en outre ou subsidiairement, une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dont l'entrée en vigueur avait été proclamée après qu'il eut commencé à purger sa peine de détention pour une période indéterminée. La procédure ainsi engagée visait à obtenir une décision sur la légalité de la continuation de cette détention. Si ce sont les tribunaux ontariens qui en ont été saisis, cela tient à ce que l'appelant à l'époque en question était incarcéré à l'établissement de Warkworth, un pénitencier qui se trouve en Ontario.

Le 11 décembre 1984, la demande a été rejetée par le juge Montgomery, qui a toutefois souligné que cela ne laissait pas l'appelant sans voie de recours. Comme l'a dit le juge Montgomery: [TRADUCTION] «Il peut s'adresser à la Commission nationale des libérations conditionnelles et tenter de la convaincre qu'il ne représente plus un danger pour la société. Un accusé condamné à une peine de détention préventive qui a épuisé ses possibilités d'appel devrait, selon moi, purger sa peine, à moins que la Commission des libérations conditionnelles ne conclue, à la suite d'une révision subséquente entreprise après qu'une partie convenable de la

of time has been served finds that he is no longer a risk to the public.”

An appeal from Montgomery J.'s decision was dismissed, with brief written reasons, by the Ontario Court of Appeal (Dubin, Morden and Grange J.J.A.) on June 10, 1985. In their opinion “the amendment to the *Criminal Code* did not affect the validity of the detention of the appellant”. On December 10, 1985, leave to appeal to this Court was granted.

On June 23, 1986 constitutional questions were stated by the Chief Justice in the following form:

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

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

It should be noted that these are identical to the questions stated in the *Lyons* appeal.

Pursuant to notice under R. 32(4) of the *Supreme Court Rules*, the Attorneys General of Ontario and British Columbia subsequently intervened in the appeal.

The Issues

As already intimated, the issues involved in the constitutional questions stated by the Chief Justice have already been fully discussed in *Lyons* where I concluded that the present Part XXI does not contravene the *Charter* rights referred to, and I find it unnecessary to add anything to the analysis there made. I shall therefore confine myself to the issues that are specific to this case.

peine a été purgée, qu'il ne constitue plus un risque pour le public.»

Le 10 juin 1985, la Cour d'appel de l'Ontario composée des juges Dubin, Morden et Grange, dans de brefs motifs écrits, a rejeté l'appel de la décision du juge Montgomery. A son avis, [TRA-DUCTION] «la modification du *Code criminel* ne changeait rien à la légitimité de la détention de l'appelant». Le 10 décembre 1985, l'autorisation de pourvoi devant cette Cour a été accordée.

Le 23 juin 1986, le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

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

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

Précisons que ces questions sont identiques à celles posées dans l'affaire *Lyons*.

Par suite d'un avis donné conformément au par. 32(4) des *Règles de la Cour suprême*, les procureurs généraux de l'Ontario et de la Colombie-Britannique sont intervenus dans le pourvoi.

Les questions en litige

Comme je l'ai déjà laissé entendre, les points soulevés par les questions constitutionnelles qu'a formulées le Juge en chef ont déjà fait l'objet d'une étude exhaustive dans l'arrêt *Lyons*, où j'ai conclu que la partie XXI dans son état actuel ne porte nullement atteinte aux droits susmentionnés garantis par la *Charte* et je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'ajouter quoi que ce soit à ce qui y a été dit. Je m'en tiendrai donc aux questions précises qui se posent en l'espèce.

The appellant's principal argument, which I shall for convenience refer to as the "continuing status argument", is deceptively simple and may thus be stated. Part XXI provides a mechanism for determining whether a person convicted of a "serious personal injury offence" is a "dangerous offender". As a consequence of this determination, a person labelled as having the "status" of a dangerous offender may be sentenced to a period of indeterminate detention, but only for as long as the offender continues to evince the characteristics that are comprised in the "status" of dangerousness. If he ceases to do so, the basis for his incarceration vanishes and his detention may be reviewed by means of a writ of *habeas corpus*, or under the *Charter* on the ground that continuing to detain him amounts to arbitrary detention or imprisonment (s. 9), or cruel and unusual treatment or punishment (s. 12).

It follows, so the argument goes, that when a court is called upon to review the continued detention of the offender, what is sought is not a review of the initial determination that the offender was dangerous, but rather a determination of whether he or she continues to be dangerous. The latter determination, the argument continues, must be made in light of the current provisions of Part XXI. In the appellant's case, this means that he can no longer be said to possess the requisite characteristics of dangerousness because the crime for which he was convicted, gross indecency, is no longer included in the definition of "serious personal injury offence" (s. 687). His status has therefore ceased to exist and his continued detention can no longer be justified. In other words, continuing detention is premised on a condition or status of dangerousness under existing law and therefore, it is argued, once that status no longer attaches, the offender must be released. The review by the Parole Board provided by the legislation is, therefore, not an adequate or appropriate remedy because the criteria the Board applies do not, if this argument is accepted, properly address the question whether an applicant should remain in detention, in that they do not oblige the Board

L'argument principal de l'appelant, que, par souci de commodité j'appellerai «l'argument du statut continu», est d'une simplicité trompeuse. Suivant cet argument, la partie XXI crée un mécanisme qui permet de déterminer si une personne reconnue coupable de «sévices graves à la personne» est un «délinquant dangereux». Quiconque, par suite de cette détermination, se voit attribuer le «statut» de délinquant dangereux peut être condamné à la détention pour une période indéterminée, laquelle ne durera qu'aussi longtemps que le délinquant continuera à manifester les caractéristiques rattachées au «statut» de dangerosité. Du moment qu'il cesse de les manifester, son incarcération n'a plus de raison d'être et elle peut alors faire l'objet d'une révision soit par voie de bref d'*habeas corpus*, soit en vertu de la *Charte*, pour le motif que sa continuation constitue une détention ou un emprisonnement arbitraires (art. 9) ou un traitement ou une peine cruels et inusités (art. 12).

Il s'ensuit, selon cet argument, que lorsqu'un tribunal est saisi d'une demande de révision de la détention continue d'un délinquant, ce qu'on cherche à obtenir n'est pas un examen de la détermination initiale que le délinquant était dangereux, mais plutôt une réponse à la question de savoir s'il continue d'être dangereux. Cette dernière détermination, prétend-on, doit se faire en fonction des dispositions actuelles de la partie XXI. Dans le cas de l'appelant, cela veut dire qu'on ne peut plus dire qu'il possède les caractéristiques requises de dangerosité parce que le crime pour lequel il a été condamné, savoir la grossière indécence, n'est plus compris dans la définition de l'expression «sévices graves à la personne» (art. 687). Il a donc cessé d'avoir le statut de délinquant dangereux et la continuation de sa détention ne saurait dès lors se justifier. En d'autres termes, la continuation de la détention est conditionnée par un état ou un statut de dangerosité prévus par la loi existante. Par conséquent, soutient-on, du moment que le délinquant n'a plus ce statut, il doit être mis en liberté. La révision par la Commission des libérations conditionnelles prévue par le texte législatif en question ne constitue donc pas une voie de recours suffisante ou appropriée parce que les critères qu'applique la Commission ne permettent pas, toujours selon cet argument, d'étudier adéquatement

to consider whether he is "dangerous" having regard to the current *Code* provisions.

So far as *Charter* review is concerned, the argument continues, the *Charter* is not being applied retrospectively. The original pre-*Charter* labelling and sentencing are not, it is said, being reviewed. Instead the *Charter* review is aimed at determining whether the appellant continues to have the status of a dangerous offender under existing law.

It is obvious that the main reason the "continuing status" argument is advanced is to forestall a claim that the appellant, in now seeking to have the legality of his detention reviewed, is endeavouring to have the earlier decisions of the British Columbia Courts reviewed in light of the 1983 *Criminal Code* amendments and the *Charter*, both of which came into force long after the original sentence was pronounced and the appeal process exhausted.

In developing this argument, counsel for the appellant referred to several cases. One was *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225 (Ont. H.C.), where the status argument also appears to have been raised. The facts of that case bear a considerable resemblance to the present. There, the applicant, after having been convicted of fourteen property offences, was found in 1970 to be an habitual criminal under the then existing habitual criminal provisions of the *Code* and was sentenced to an indeterminate sentence. In 1977, long after he had unsuccessfully appealed this sentence, the habitual criminal legislation was repealed and the dangerous offender provisions of the *Code* were enacted under which the applicant could not have been declared a dangerous offender. After the enactment of the *Charter*, the applicant applied for a writ of *habeas corpus ad subjiciendum* with *certiorari* in aid, and in the alternative for relief pursuant to s. 24(1) of the *Charter*.

la question de savoir si un requérant doit rester emprisonné; en effet, la Commission n'est pas tenue en vertu de ces critères de se demander si ce requérant est «dangereux» au sens où l'entendent les dispositions actuelles du *Code*.

Pour ce qui est de l'examen fondé sur la *Charte*, selon l'argument, il ne s'agit pas de donner à ce document un effet rétroactif. Ce ne sont pas la qualification attribuée et la peine imposée avant l'entrée en vigueur de la *Charte* qui font, dit-on, l'objet de l'examen. L'examen fondé sur la *Charte* vise plutôt à déterminer si l'appelant a encore le statut de délinquant dangereux aux termes de la loi actuellement en vigueur.

Il est évident que l'argument du «statut continu» est invoqué dans le but principalement de prévenir toute prétention que l'appelant, en cherchant maintenant à faire examiner la légalité de sa détention, tente d'obtenir la révision des décisions antérieures des tribunaux de la Colombie-Britannique en fonction des modifications apportées en 1983 au *Code criminel* et aussi en fonction de la *Charte*, lesquelles sont entrées en vigueur bien après que la condamnation a été prononcée et les possibilités d'appel épuisées.

En exposant cet argument, l'avocat de l'appelant s'est référé à plusieurs causes, dont *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225 (H.C. Ont.), où l'argument relatif au statut paraît également avoir été avancé. Les faits de cette affaire ressemblent beaucoup à ceux de la présente instance. Là, le requérant, après avoir été reconnu coupable de quatorze infractions contre la propriété, a en 1970 été déclaré repris de justice en vertu des dispositions relatives aux repris de justice qui figuraient à l'époque dans le *Code*, ce qui lui a valu une condamnation à une peine d'une durée indéterminée. En 1977, longtemps après qu'il eut été débouté de l'appel qu'il avait interjeté contre cette condamnation, on a abrogé les dispositions concernant les repris de justice et on a adopté les dispositions du *Code* relatives aux délinquants dangereux, sous le régime desquelles le requérant n'aurait pas pu être déclaré délinquant dangereux. Après l'adoption de la *Charte*, il a donc demandé un bref d'*habeas corpus ad subjiciendum* avec *certiorari* auxiliaire et, subsidiairement, une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

The judgment in that case affords support for that portion of the appellant's argument that suggests that it is the present continuing detention, and not the original sentence, that is being subjected to review and that so far as *Charter* review is concerned, this does not amount to giving it a retroactive or retrospective application. Linden J. had this to say at p. 229:

The imposition of the sentence of preventive detention is not being challenged in this application. Rather, the applicant has invited this court to find that his *continued* detention pursuant to that sentence violates his rights to be protected against cruel and unusual treatment or punishment, and not to be arbitrarily detained or imprisoned. The applicant relies upon changes to the provisions of Pt. XXI of the Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, and the enactment of the Charter of Rights in support of these allegations. [Emphasis in original.]

At page 232, he continued:

Before passing on to the merits of the application, it also should be noted that no issue as to the retroactive or retrospective application of the Charter arises on the facts of this case. This application is based upon alleged infringements of the Charter occurring at the present time as a result of the continuing incarceration of the applicant. None of the decisions of the various courts and of the parole board is being challenged. Nor is the legality of the detention of the applicant prior to the coming into force of the Charter under attack.

As I read it, however, the *Mitchell* case gives the appellant no assistance regarding that aspect of his argument that suggests that in order for his detention to be valid, the crime for which he was convicted must still be a serious personal injury offence that could justify an application under Part XXI. Rather, as I read the judgment, Linden J. would not have released him on that ground. His decision rests squarely on his view that if it could be shown on a subsequent application that the applicant was not a menace to society but was instead merely a social nuisance, his continued detention would amount to cruel and unusual punishment and so be invalid as violating s. 12 of the *Charter*. On the subsequent application, again before Linden J., the applicant's continued detention was found to violate s. 12 and his release was ordered even though he had twice earlier, when released, violated the terms of his parole and

Le jugement rendu dans cette affaire appuie l'argument de l'appelant dans la mesure où il prétend que c'est la continuation de la détention au moment présent et non pas la condamnation initiale qui fait l'objet d'une révision et que, pour ce qui est de l'examen fondé sur la *Charte*, cela ne revient pas à donner à celle-ci un effet rétroactif. Le juge Linden fait observer, à la p. 229:

[TRADUCTION] Dans cette demande, on ne conteste pas la condamnation à une peine de détention préventive. Le requérant invite plutôt la cour à conclure que la *continuation* de sa détention par suite de cette condamnation porte atteinte à son droit à la protection contre les traitements ou les peines cruels et inusités et contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires. Il fonde ces allégations sur les modifications apportées aux dispositions de la partie XXI du Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, et sur l'adoption de la Charte des droits. [Italiques dans le texte original.]

Il poursuit, à la p. 232:

[TRADUCTION] Avant d'étudier la demande au fond, il convient de souligner que, d'après les faits de l'espèce, la question de l'application rétroactive de la Charte ne se pose pas. La demande est fondée sur des violations de la Charte qui se produiraient présentement en raison de la continuation de l'incarcération du requérant. Aucune décision des différents tribunaux et de la Commission des libérations conditionnelles n'est contestée. On ne conteste pas non plus la légalité de la détention du requérant avant l'entrée en vigueur de la Charte.

Toutefois, si je la comprends bien, la décision *Mitchell* n'est d'aucun secours à l'appelant en ce qui concerne ce volet de son argument qui laisse entendre que sa détention ne peut être légitime que si le crime dont il a été déclaré coupable constitue encore un sévices grave à la personne pouvant justifier une demande en vertu de la partie XXI. J'estime plutôt que le juge Linden ne l'aurait pas mis en liberté en se fondant sur ce moyen. Sa décision repose carrément sur son opinion que si, dans le cadre d'une demande subséquente, on pouvait démontrer que le requérant représentait pour la société non pas un danger mais un simple fléau social, la continuation de sa détention constituerait une peine cruelle et inusitée, et serait alors contraire à l'art. 12 de la *Charte* et, partant, illégale. Quand la demande subséquente a été présentée encore une fois devant le juge Linden, on a jugé que la continuation de la détention du requérant

despite the fact that the Parole Board had, even after Linden J.'s earlier decision, refused to grant him parole.

To fall within the rationale of this case, therefore, the appellant would have to establish that continued indeterminate detention for gross indecency in circumstances like those in the present case constitutes cruel and unusual punishment. Counsel for the appellant did argue the general proposition that Part XXI was invalid as amounting among other things to cruel and unusual punishment or arbitrary detention, but that argument fails for the reasons given in *Lyons*. He also attempted to underline that the offence committed by the appellant did not appear to be dangerous in the same sense as those now listed in Part XXI. However, he at no time argued that, assuming the general validity of Part XXI, it would amount to cruel and unusual punishment or arbitrary detention to subject the appellant to indeterminate detention because the offence of which he was convicted was not sufficiently dangerous to warrant such detention. It would have been very difficult for him to do so. While there was no violence involved, and so no element of dangerousness in that sense, the evidence revealed that the appellant was a very manipulative person who engaged in a pattern of behaviour in which he befriended young boys and then induced them to participate in sexual activities by first getting them to drink to excess. The evidence also revealed that the boys involved in the series of incidents that led to the charges that resulted in his being declared a dangerous offender had suffered varying degrees of psychological harm from these encounters. The effect on one of them, for example, was described as "very traumatic" and as having "affected the boy's development severely". The appellant is thus far from being merely a social nuisance like the applicant in the *Mitchell* case, but has persisted in behaviour of a kind that could cause injury, pain or other evil similar to the sexual offences still included in s. 687(b). In my view, therefore, his continued detention for an indeterminate period

allait à l'encontre de l'art. 12 et on a ordonné sa mise en liberté même si auparavant il avait, à deux reprises, après avoir été élargi, violé les conditions de sa liberté conditionnelle, et malgré le fait que la Commission des libérations conditionnelles avait, même après la décision antérieure du juge Linden, refusé de lui accorder la libération conditionnelle.

Donc, pour que cette décision puisse s'appliquer au cas de l'appellant, il lui faudrait établir que la continuation de la détention de durée indéterminée pour grossière indécence dans des circonstances comme celles qui se présentent en l'espèce constitue une peine cruelle et inusitée. L'avocat de l'appellant a soutenu de manière générale que la partie XXI n'est pas valide en ce sens qu'elle entraîne notamment l'imposition d'une peine cruelle et inusitée ou la détention arbitraire, mais cet argument échoue pour les motifs énoncés dans l'arrêt *Lyons*. Il a aussi tenté de faire ressortir que l'infraction commise par l'appellant ne paraissait pas dangereuse au sens des infractions énumérées maintenant dans la partie XXI. Toutefois, il n'a aucunement fait valoir que, à supposer que la partie XXI soit généralement valide, détenir l'appellant pour une période indéterminée constituerait une peine cruelle et inusitée ou une détention arbitraire parce que la dangerosité de l'infraction dont il avait été déclaré coupable ne suffisait pas à justifier une telle détention. Il lui aurait été très difficile de le faire. Malgré l'absence d'acte de violence et donc d'élément de dangerosité à cet égard, il est ressorti de la preuve que l'appellant était une personne très manipulatrice dont le mode de comportement consistait à venir à l'aide de jeunes garçons pour ensuite les amener à participer à des activités sexuelles en les faisant boire. Il est également ressorti de la preuve que les garçons impliqués dans la série d'incidents à l'origine des accusations qui ont permis de le faire déclarer délinquant dangereux avaient subi un préjudice psychologique plus ou moins grave par suite de ces rencontres. On a dit que cela avait eu sur l'un d'eux, par exemple, un effet «très traumatisant» et avait «gravement affecté son développement». Loin d'être un simple fléau social comme c'était le cas dans l'affaire *Mitchell*, l'appellant a continué de se comporter d'une manière susceptible de causer des sévices ou autres maux semblables aux infractions sexuel-

does not constitute cruel and unusual punishment or arbitrary detention.

Counsel for the appellant also relied on the Ontario Court of Appeal decision in *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336, as support for his continuing status argument. In that case, the validity of s. 688 of the *Code* was scrutinized by the Court of Appeal in light of the *Charter*, which had been proclaimed since the trial judge's decision had been rendered. In discussing the timing of the appeal, Lacourcière J.A., writing for the court, noted at p. 352:

We agree with Mr. Frost's submission that because the *Charter* came into force after the appellant was found to be a dangerous offender, the sections of the *Charter* invoked by the appellant have no application to the proceedings before Judge Carter and do not reach back and affect them: *R. v. Antoine* (1983), 41 O.R. (2d) 607 at p. 613, 5 C.C.C. (3d) 97 at p. 102, 148 D.L.R. (3d) 149 at p. 155.

However, the time within which an appeal could be taken was extended by the Associate Chief Justice of Ontario and the appeal against the indeterminate sentence pursuant to s. 694 of the *Code* is properly before us. This sentence, in turn, is based on the finding that the appellant is a dangerous offender and this status of dangerous offender is a continuing status necessary for the validity of the sentence and the consequent detention. I conclude therefore that, on the appeal, the Court has jurisdiction to determine, as a question of law, whether the sentence, based on the continuing status, violates any right protected by the Charter. [Emphasis added.]

It is unclear from the judgment, however, whether the reference to a "continuing status" in this passage was intended to have the broad meaning and consequences which the appellant argues it has in this case, or whether it was simply used to indicate that the case was still "in the system" (see *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246) as it had not yet been appealed and therefore could be scrutinized by the Court of Appeal in light of the *Charter*. The factual setting of the case and the court's comments in other parts of the judgment (see for example p. 351) would support the latter

les qui sont encore incluses à l'al. 687b). À mon avis, la continuation de sa détention pour une période indéterminée ne constitue donc pas une peine cruelle et inusitée ou une détention arbitraire.

À l'appui de son argument du statut continu, l'avocat de l'appelant a également invoqué l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336. Il s'agit là d'une affaire où la Cour d'appel a examiné la validité de l'art. 688 du *Code* en fonction de la *Charte*, qui avait été proclamée depuis le moment où le juge du procès avait rendu sa décision. Au sujet du moment où l'appel a été interjeté, le juge Lacourcière, qui a rédigé les motifs de la cour, fait remarquer, à la p. 352:

[TRANSDUCTION] Nous sommes d'accord avec M^e Frost pour dire que, vu que la *Charte* est entrée en vigueur après que l'appelant eut été jugé délinquant dangereux, les dispositions de la *Charte* invoquées par ce dernier ne s'appliquent pas aux procédures devant le juge Carter et n'ont aucun effet rétroactif sur elles: *R. v. Antoine* (1983), 41 O.R. (2d) 607, à la p. 613, 5 C.C.C. (3d) 97, à la p. 102, 148 D.L.R. (3d) 149, à la p. 155.

Le délai pour former un appel a toutefois été prorogé par le juge en chef adjoint de l'Ontario et c'est donc à juste titre que nous sommes saisis de l'appel interjeté en vertu de l'art. 694 du *Code* contre la peine de durée indéterminée. Quant à cette peine, elle repose sur la conclusion que l'appelant est un délinquant dangereux et la continuation de ce statut de délinquant dangereux est une condition nécessaire à la validité de la condamnation et de la détention qui en résulte. Je conclus donc que la cour a compétence pour trancher dans le cadre de l'appel la question de droit de savoir si, compte tenu de l'exigence d'un statut continu, la peine imposée porte atteinte à un droit garanti par la *Charte*. [Je souligne.]

Toutefois, il n'est pas clair à la lecture de l'arrêt si l'expression «statut continu» mentionnée dans ce passage devait avoir le sens large et les conséquences que fait valoir l'appelant en l'espèce, ou si elle a été employée simplement pour indiquer que l'affaire était toujours «en cours» (voir *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246), vu qu'aucun appel n'avait encore été interjeté et que la Cour d'appel pouvait en conséquence l'examiner en fonction de la *Charte*. Les faits de l'espèce ainsi que les observations que fait la cour ailleurs dans son jugement (voir, par exemple, la p. 351) tendent à étayer ce

view. I do not, in any event, read this case as authority for the continuing status argument as that argument was framed by the appellant.

However that may be, I am clearly of the opinion that this argument does not properly reflect the nature, purpose or effect of the sentence imposed under Part XXI of the *Code*. Nor is it supported by the plain wording of s. 688, which does not on any view support the notion that the sentence is contingent on the offender continuing to meet the requisites of any subsequent amendments to Part XXI. The appellant's argument also misconceives the nature, purpose and effect of the review procedure by the Parole Board mandated by s. 695.1. As I stated in *Lyons* at pp. 342-44:

It must be remembered that the offender is being sentenced indeterminately because at the time of sentencing he was found to have a certain propensity. The sentence is imposed "in lieu of any other sentence" that might have been imposed and, like any other such sentence, must be served according to its tenor. The offender is not being sentenced to a term of imprisonment until he is no longer a dangerous offender. Indeed, s. 695.1 provides that the circumstances of the offender be reviewed for the purpose of determining whether parole should be granted and, if so, on what conditions; it does not provide that the label of dangerous offender be removed or altered

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

dernier point de vue. Je ne crois pas en tout état de cause que cet arrêt puisse servir de fondement à l'argument du statut continu tel que l'a formulé l'appellant.

a

Quoi qu'il en soit, je suis nettement d'avis que cet argument ne reflète pas adéquatement la nature, l'objet ou l'effet de la peine imposée en vertu de la partie XXI du *Code*. Il n'est pas appuyé non plus par le texte clair de l'art. 688, lequel ne justifie aucunement la notion selon laquelle la peine est subordonnée à la condition que le délinquant continue à satisfaire aux exigences posées par toute modification ultérieure de la partie XXI. L'argument de l'appellant traduit par ailleurs une conception erronée de la nature, de l'objet et de l'effet de la révision à laquelle la Commission des libérations conditionnelles est tenue de procéder en vertu de l'art. 695.1. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Lyons* aux pp. 342 à 344:

Il faut se rappeler que, si le délinquant se voit condamner à une peine d'une durée indéterminée, c'est parce qu'au moment de la condamnation on a jugé qu'il avait une propension à un certain type de conduite. Cette peine est imposée «au lieu de toute autre peine» qui aurait pu être infligée et, comme toute autre peine, elle doit être purgée intégralement. Le délinquant n'est pas condamné à purger une peine d'emprisonnement jusqu'à ce qu'il ne soit plus dangereux. L'article 695.1 prescrit d'ailleurs l'examen de la situation du délinquant afin d'établir s'il y a lieu d'accorder la libération conditionnelle et, dans l'affirmative, à quelles conditions; cet article n'exige ni la suppression ni la modification du qualificatif de «délinquant dangereux»

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

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

Seen in this light it would be preposterous to require of dangerous offenders only that they demonstrate to the Parole Board that they have ceased to be "dangerous" (in terms identical to those used in Part XXI), for this would require of them a lesser showing than is required of other convicts. It seems to me that had s. 695.1 provided for a "dangerous offender review", rather than a parole review, but borrowed the identical criteria employed in the *Parole Act*, it would perhaps be more readily apparent that the review provided for does, indeed, accomplish the requisite tailoring sufficient to sustain the legislative scheme as a whole. Section 10(1)(a)(iii) requires the Board to consider whether the release of the inmate would constitute an "undue risk" to society; if the accused continues to be dangerous then, by definition, this criterion remains unsatisfied. Section 10(1)(a) also requires that the Board be satisfied that the inmate has derived the maximum benefit from incarceration and that the inmate's reform and rehabilitation would be aided by release.

These criteria seem to me to be no less pertinent reflections of society's concerns in releasing dangerous offenders than they are in releasing other offenders. [Emphasis in original.]

In sum, the appellant has the same protections as those afforded any other person who is convicted of an offence and sentenced to a period of incarceration. He had a right to appeal when the sentence was pronounced and he may apply for parole at prescribed times. But like any other person who is properly convicted and sentenced, he must otherwise serve his sentence according to its tenor. This is not to say that the appellant is left without a remedy. As noted, he has the right to be

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

Dans cette optique, il serait absurde d'exiger des délinquants dangereux qu'ils prouvent simplement à la Commission des libérations conditionnelles qu'ils ne sont plus «dangereux» (pour reprendre le terme employé à la partie XXI), car ce serait là une exigence moins lourde que celle posée dans le cas d'autres détenus. Il me semble que, si l'art. 695.1 avait prévu un «examen portant sur la qualité de délinquant dangereux» plutôt qu'un examen en vue de la libération conditionnelle, mais qu'il eût adopté des critères identiques à ceux énoncés dans la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, il serait peut-être bien plus évident que l'examen prévu réalise en fait le degré d'adaptation requis pour assurer la validité du régime législatif dans son ensemble. Le sous-alinéa 10(1)(a)(iii) oblige la Commission à se demander si la mise en liberté du détenu constituerait un «risque indu» pour la société; si l'accusé continue d'être dangereux, alors, par définition, ce critère n'est pas rempli. De plus, l'al. 10(1)(a) exige que la Commission soit convaincue que le détenu a tiré le plus grand avantage possible de l'incarcération et que son élargissement facilitera son amendement et sa réadaptation.

En tant que manifestations des préoccupations de la société, ces critères ne me semblent pas moins pertinents relativement à la libération de délinquants dangereux qu'ils ne le sont à l'égard de l'élargissement d'autres délinquants. [Souligné dans le texte original.]

Somme toute, l'appellant jouit des mêmes garanties que celles offertes à n'importe quelle autre personne reconnue coupable d'une infraction et condamnée à une peine d'incarcération. Il avait le droit d'interjeter un appel lorsque la peine a été imposée et il peut faire une demande de libération conditionnelle aux moments prescrits. Mais comme toute autre personne qui est régulièrement déclarée coupable et condamnée, il doit par ailleurs purger intégralement sa peine. Cela ne veut

considered for parole every two years. If he can demonstrate that he satisfies the criteria set out in s. 10(1)(a) of the *Parole Act*, he will be paroled. Additionally, he may make an application under s. 617 of the *Criminal Code* for a rehearing or a reference of the matter to a court of appeal. Accordingly, I am of the view that the appellant must fail on the continuing status argument.

Finally, counsel for the appellant brought to our attention Art. 15 of the United Nations *International Covenant on Civil and Political Rights*, G.A. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), to which Canada adheres, under which it is provided that if subsequent to the commission of an offence the penalty is reduced the offender is to benefit thereby. Counsel concedes that it has not been adopted as part of the law, but he submits that the Court should use the provision as an aid in interpreting ss. 9 (arbitrary detention) and 12 (cruel and unusual punishment) of the *Charter* in a way that invalidates at least a penalty of the magnitude of an indeterminate sentence at a time when that penalty could no longer be imposed. But even assuming the present situation can be said to fall within the ambit of the Article in the Covenant (which is by no means clear), it seems to me that Linden J. in *Mitchell*, *supra*, has given a complete answer to this argument. It is difficult to see how such an approach could be taken in light of the fact that specific attention was given to this matter in s. 11(i) of the *Charter*, which limits the rights of an accused in this regard to the benefit of a reduction in sentence made between the time of the commission of the offence and the time of sentencing.

In light of the conclusions I have arrived at, it becomes unnecessary to consider respondent's argument against Linden J.'s view in *Mitchell*, *supra*, that the execution or the carrying out of the sentence, as opposed to its original pronouncement, can be reviewed at any time under the *Charter*

pas dire que l'appellant n'a aucune voie de recours. Comme je l'ai déjà dit, il a droit à ce que son admissibilité à la libération conditionnelle soit examinée tous les deux ans. S'il réussit à démontrer qu'il satisfait aux critères énoncés à l'al. 10(1)a) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, il sera mis en liberté conditionnelle. De plus, il lui est loisible de demander en vertu de l'art. 617 du *Code criminel*, la tenue d'une nouvelle audience ou le renvoi de l'affaire devant une cour d'appel. J'estime donc que l'argument de l'appellant relatif au statut continu ne saurait être retenu.

Finalement, l'avocat de l'appellant a attiré notre attention sur l'art. 15 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, A.G. Rés. 2200A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 52, Doc. A/6316 N.U. (1966), des Nations Unies auquel a adhéré le Canada. Cet article prévoit que si, postérieurement à l'infraction, il y a réduction de la peine, le délinquant doit en bénéficier. Tout en convenant que cette disposition n'a pas été intégrée dans le droit positif canadien, l'avocat soutient que la Cour devrait s'en inspirer et interpréter l'art. 9 (détention arbitraire) et l'art. 12 (peines cruelles et inusitées) de la *Charte* de manière à invalider au moins une peine aussi lourde que la détention pour une période indéterminée lorsque cette peine ne peut plus être imposée. Mais même en supposant qu'on puisse dire que la situation dont il s'agit en l'espèce relève de cet article du Pacte (ce qui n'est pas du tout certain), il me semble que le juge Linden, dans la décision *Mitchell*, précitée, a donné une réponse complète à cet argument. Il est difficile de voir comment on pourrait adopter un tel point de vue compte tenu du fait que cette question est traitée spécifiquement par l'al. 11*i*) de la *Charte*, aux termes duquel l'unique droit d'un accusé à cet égard est celui de bénéficier de toute réduction de peine édictée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence.

Compte tenu des conclusions que j'ai tirées, il n'est pas nécessaire d'examiner l'argument que l'intimé a opposé à l'opinion exprimée par le juge Linden dans la décision *Mitchell*, précitée, portant que l'exécution de la sentence, à la différence de la condamnation, peut être révisée en tout temps en

without retrospectively applying the latter's provisions to the original pronouncement (see also *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233 (B.C.C.A.)) and I refrain from doing so. Nor is it necessary for me to consider the jurisdictional issues raised by the respondent.

Conclusion

I would dismiss this appeal. I would also, as is the case in *Lyons*, answer the first constitutional question in the negative. It is therefore unnecessary to address the second constitutional question.

The following are the reasons delivered by

ESTEY J. (dissenting)—The issue in this appeal is whether the continued detention of the appellant violates a right guaranteed to him under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to be protected against cruel and unusual punishment (s. 12). This appeal does not raise any issue respecting either the validity or the propriety of his initial conviction or the imposition of the indeterminate sentence. Nor does this appeal call into question the process leading up to conviction and sentence. It is clear therefore that whether the appellant was "dangerous" at the time of sentencing under the provisions of the *Code* then in force is not the question this Court is now being asked to address.

In my view there is here a violation of s. 12 of the *Charter*. For the purposes of this appeal it can be said that the key to s. 12 is that there must be a requisite degree of proportionality between the offence for which the accused has been convicted and the sentence imposed by or under the statute. See *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045.

At the time the appellant was found to be a dangerous offender under Part XXI of the *Criminal Code* it was necessary that the offence for which the offender had been convicted be a "seri-

vertu de la *Charte* sans toutefois qu'il y ait application rétroactive des dispositions de cette dernière à la condamnation (voir aussi *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233 (C.A.C.-B.)) et je m'abstiendrai de le faire. Il ne m'est pas non plus nécessaire d'examiner les questions de compétence soulevées par l'intimé.

Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et, comme dans l'affaire *Lyons*, de répondre à la première question constitutionnelle par la négative. Cela étant, il n'est pas nécessaire d'aborder la seconde question constitutionnelle.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ESTEY (dissident)—La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si la détention continue de l'appelant porte atteinte au droit qui lui est garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés* d'être protégé contre une peine cruelle et inusitée (art. 12). Le présent pourvoi ne soulève pas de questions concernant la validité ou le caractère approprié de la déclaration de culpabilité initiale de l'appelant ou l'imposition d'une peine d'une durée indéterminée. Le présent pourvoi n'attaque pas non plus la procédure qui a mené à la déclaration de culpabilité et à l'imposition de la peine. Par conséquent, il est clair qu'on ne demande pas à cette Cour de répondre à la question de savoir si l'appelant était «dangereux» au moment de l'imposition de la peine aux termes des dispositions du *Code* en vigueur à ce moment-là.

À mon avis, il y a en l'espèce une violation de l'art. 12 de la *Charte*. Aux fins du présent pourvoi, on peut dire que la clé de l'art. 12 est qu'il doit y avoir un certain degré de proportionnalité entre l'infraction dont l'accusé a été déclaré coupable et la peine qui lui est infligée aux termes de la loi. Voir *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045.

Au moment où l'appelant a été déclaré délinquant dangereux aux termes de la partie XXI du *Code criminel*, il était nécessaire que l'infraction dont le délinquant avait été déclaré coupable cons-

ous personal injury offence". This was defined in s. 687:

687. ...

"serious personal injury offence" means

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

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

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

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

(b) an offence mentioned in section 144 (rape) or 145 (attempted rape) or an offence or attempt to commit an offence mentioned in section 146 (sexual intercourse with a female under fourteen or between fourteen and sixteen), 149 (indecent assault on a female), 156 (indecent assault on a male) or 157 (gross indecency).

Milne was convicted on five counts of gross indecency.

The definition of "serious personal injury offence" was amended by S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 26, and subs. (b) no longer includes the offence of gross indecency. Thus "gross indecency" has ceased to be punishable by an indeterminate sentence. Put another way, gross indecency has ceased to be grounds for a finding of constructive "dangerousness" under Part XXI of the *Code*. The offence of gross indecency remains an indictable offence which carries a maximum punishment of five years imprisonment (s. 157). It is clear therefore that if Milne were convicted today he would not face the possibility of an indeterminate sentence because he is no longer "dangerous" within the statutory meaning.

The appellant has been imprisoned in a penitentiary since May 29, 1980. Depending upon the

titre «un sévices grave à la personne». Cette expression était définie à l'art. 687:

687. ...

«sévices graves à la personne» désigne

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

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

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

b) les infractions prévues aux articles 144 (viol) ou 145 (tentative de viol), les infractions ou tentatives de perpétration de l'une des infractions prévues aux articles 146 (rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de quatorze ans ou de plus de quatorze ans mais de moins de seize ans), 149 (attentat à la pudeur d'une personne du sexe féminin), 156 (attentat à la pudeur d'une personne du sexe masculin) ou 157 (grossière indécence).

Milne a été déclaré coupable relativement à cinq chefs d'accusation de grossière indécence.

La définition de l'expression «sévices graves à la personne» a été modifiée par S.C. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 26, et l'al. b) ne comprend désormais plus l'infraction de grossière indécence. Par conséquent, la «grossière indécence» a cessé d'être punissable par une peine d'une durée indéterminée. En d'autres termes, la grossière indécence a cessé d'être un motif pour conclure qu'une personne est dangereuse par détermination de la loi en vertu de la partie XXI du *Code*. L'infraction de grossière indécence demeure un acte criminel qui entraîne une peine maximale de cinq ans d'emprisonnement (art. 157). Il est donc clair que si Milne avait été déclaré coupable aujourd'hui, il ne risquerait pas de se voir infliger une peine d'une durée indéterminée parce qu'il n'est désormais plus «dangereux» au sens de la loi.

L'appelant est incarcéré dans un pénitencier depuis le 29 mai 1980. Selon la peine qui aurait été

sentence which would have been imposed for the five counts to which the appellant pleaded guilty of gross indecency, the appellant has either served the appropriate sentence or still has some time to serve.

The question now before the Court is whether in these circumstances the appellant can be kept in prison.

This Court has held in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, that the imposition of an indeterminate sentence does not *per se* violate the *Charter*. The question in this appeal is quite different: Can there be a violation of the *Charter* when the very basis for the indeterminate detention has lost its justificatory force when Parliament decided that the offence of gross indecency is not one for which an indeterminate sentence is any longer appropriate? Under his present sentence the appellant will continue to be incarcerated for an indeterminate length of time although the offence for which he has been imprisoned is one in respect of which Parliament has now ordained a finite sentence. Whatever the law may have been prior to the *Charter* with respect to the treatment of prisoners serving sentences which have been revised by Parliament subsequent to the sentencing, the advent of the *Charter* has introduced new standards. Prisoners in the position of the appellant now have rights including those flowing from ss. 7, 9 and 12 of the *Charter*. Section 7 of the *Charter* protects one's right to "liberty" and to "security of the person" against deprivation "except in accordance with the principles of fundamental justice". It may be open to some debate as to whether there existed any principle of fundamental justice relating to the continued incarceration of a person in the situation of the appellant, under the common law. Section 35(d) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, should be noted in this connection. It provides:

35. Where an enactment is repealed in whole or in part, the repeal does not

(d) affect any offence committed against or a violation of the provisions of the enactment so repealed, or

infligée relativement aux cinq chefs d'accusation de grossière indécence à l'égard desquels l'appelant a plaidé coupable, ou bien il aurait purgé la peine appropriée, ou bien il lui resterait encore une peine a d'emprisonnement à purger.

La question qui est maintenant posée à la Cour est de savoir si, dans ces circonstances, l'appelant peut continuer à être détenu.

b Cette Cour a conclu dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, que l'imposition d'une peine d'une durée indéterminée ne viole pas la *Charte* en soi. La question soulevée en l'espèce est tout à fait c différente: peut-il y avoir violation de la *Charte* lorsque le fondement même de la détention pour une durée indéterminée a perdu sa force justificative quand le Parlement a décidé qu'une peine d'une durée indéterminée n'était désormais plus d adaptée à l'infraction de grossière indécence? En d vertu de sa condamnation actuelle, l'appelant continuera d'être incarcéré pendant une période indéterminée même si le Parlement a maintenant e ordonné l'imposition d'une peine déterminée dans le cas de l'infraction pour laquelle il a été incarcéré. Peu importe quel était, avant l'adoption de la *Charte*, le droit relatif au traitement des détenus qui purgeaient des peines révisées par le Parlement f après le prononcé de la sentence, la *Charte* a introduit de nouvelles normes. Les détenus qui se trouvent dans la situation de l'appelant ont maintenant des droits, y compris ceux qui découlent des art. 7, 9 et 12 de la *Charte*. L'article 7 de la g *Charte* prévoit qu'on ne peut porter atteinte au droit d'une personne «à la liberté et à la sécurité de sa personne . . . qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale». On pourrait débattre de h la question de savoir s'il existait en *common law* un principe de justice fondamentale relativement à l'emprisonnement continu d'une personne dans la situation de l'appelant. Il convient de souligner l'al. 35d) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, i chap. I-23, à cet égard. En voici le texte:

35. Lorsqu'un texte législatif est abrogé en tout ou en partie, l'abrogation

d) n'a d'effet ni sur une infraction au texte législatif ainsi abrogé, ni sur une violation de ses dispositions, ni

any penalty, forfeiture or punishment incurred under the enactment so repealed;

sur une peine, confiscation ou punition encourue aux termes du texte législatif ainsi abrogé;

If this provision does indeed purport to cover the events here unfolded, this provision must be read along with s. 157 and Part XXI of the *Criminal Code* in determining whether this statutory ensemble can support a continued imprisonment of the appellant. All of these statutory provisions must, if they bear on the issue at all, give way to the *Charter*. The decision of this Court in *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246, does not reach this issue.

Si, en fait, cette disposition veut viser les événements survenus en l'espèce, elle doit être interprétée de concert avec l'art. 157 et la partie XXI du *Code criminel* pour déterminer si cet ensemble de dispositions législatives peut appuyer la détention continue de l'appellant. Toutes ces dispositions législatives doivent, si elles portent sur la question, céder devant la *Charte*. L'arrêt de cette Cour, *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246, ne porte pas sur cette question.

It has, however, long been an element of the criminal law of this country that sentences must be proportionate to the offence committed. Parliament has now found that the indeterminate sentence is no longer appropriate in respect of the violation of s. 157 and presumably so because such imprisonment would be disproportionate, in the view of Parliament, to the offence of gross indecency. It might be said therefore that the appellant's continued imprisonment would in these circumstances be a deprivation of liberty otherwise than in accordance with the principles of fundamental justice.

Toutefois, il a depuis longtemps été établi en droit criminel canadien que les peines doivent être proportionnelles à l'infraction perpétrée. Le Parlement a maintenant conclu que la peine d'une durée indéterminée n'est désormais plus adaptée à la violation de l'art. 157, et ce sans doute parce qu'un tel emprisonnement serait, de l'avis du Parlement, disproportionné pour l'infraction de grossière indécence. Par conséquent, on peut dire que la détention continue de l'appelant constituerait, dans ces circonstances, une atteinte à la liberté qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

It might also be that the continued imprisonment of a person in the circumstances of the appellant is "arbitrary" and hence contrary to s. 9 of the *Charter*. Once the indefinite holding of a person convicted of gross indecency is no longer authorized in the criminal law, such incarceration becomes capricious or arbitrary and of course if so imposed after the amendment of Part XXI, would be illegal. Accordingly, the continued incarceration of the appellant may be said to have become capricious or arbitrary in the ordinary sense of that term as employed in s. 9. There can hardly be a rational basis or a justifiable basis (subject to what is said below concerning the otherwise appropriate sentence under s. 157) for the continued indefinite retention of the appellant. Without deciding the appropriateness of ss. 7 and 9 under these circumstances, I turn to the third apparently applicable *Charter* provision.

Il se pourrait également que l'emprisonnement continu d'une personne dans la même situation que l'appellant soit «arbitraire» et donc contraire à l'art. 9 de la *Charte*. Lorsque la détention pour une période indéterminée d'une personne déclarée coupable de grossière indécence n'est plus autorisée en droit criminel, une telle incarcération devient vexatoire ou arbitraire et, évidemment, si elle était infligée après la modification de la partie XXI, elle serait illégale. Par conséquent, on peut dire que la détention continue de l'appellant est devenue vexatoire ou arbitraire selon le sens ordinaire de ce dernier terme à l'art. 9. Il peut difficilement y avoir de fondement rationnel ou justificatif (sous réserve de ce qui est ajouté ci-dessous au sujet de l'autre peine appropriée aux termes de l'art. 157) pour la détention continue de l'appellant pendant une période indéterminée. Sans me prononcer sur la justesse de l'application des art. 7 et 9 dans de telles circonstances, j'examine maintenant la troisième disposition de la *Charte* apparemment applicable.

In all the circumstances I would conclude that the continued imprisonment of the appellant more clearly offends the right of the appellant under s. 12 of the *Charter* which provides:

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

The prospect of a person serving an indefinite sentence in a penitentiary for an offence no longer attracting such a term of imprisonment under the *Criminal Code*, must in our ordinary parlance be "cruel and unusual" as this expression has been defined in *Smith, supra*. The Court is here not dealing with unreasonable or otherwise offending legislation or even legislative policy as invasive of a *Charter* right. The Court is here only concerned with the characterization in law of the servitude of the appellant after the legislative change. It is not necessary to review the historic background of "cruel and unusual punishment" as this has been undertaken by Lamer J. in *Smith, supra*. Nor is there any issue of curial deference to Parliament on issues of policy. Parliament has already enunciated its policy with reference to the offence of gross indecency. Unlike the *Smith* case, *supra*, the "disproportionateness" of the sentence was determined by Parliament itself when it amended Part XXI. It only remains for the courts to apply the *Charter* as a matter of law to the present condition of the appellant.

The interwoven issues arising under the three *Charter* sections mentioned above render this appeal an unsatisfactory base for the extension of the analysis of these rights beyond the discussion already undertaken in the *Smith* appeal, *supra*. I conclude that whatever may be the case in respect to ss. 7 and 9, the continued imprisonment of the appellant under an indeterminate sentence is a violation of the appellant's constitutional right under s. 12 of the *Charter*.

What then is the appropriate disposition of this appeal?

Vu toutes les circonstances, je suis d'avis de conclure que l'emprisonnement continu de l'appellant porte clairement atteinte au droit de l'appellant garanti par l'art. 12 de la *Charte* que voici:

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

La perspective qu'une personne puisse purger une peine d'une durée indéterminée dans un pénitencier relativement à une infraction qui n'entraîne désormais plus une telle peine d'emprisonnement aux termes du *Code criminel*, doit dans notre langage ordinaire être «cruelle et inusitée» selon le sens donné à cette expression dans l'arrêt *Smith*, précité. En l'espèce, la Cour ne traite pas d'une mesure législative déraisonnable ou autrement choquante ni même d'une politique législative qui porte atteinte à un droit garanti par la *Charte*. En l'espèce, la Cour ne se préoccupe que de la caractérisation juridique de l'assujettissement de l'appellant après la modification législative. Il n'est pas nécessaire de passer en revue l'historique de l'expression «peine cruelle et inusitée», car le juge Lamer l'a déjà fait dans l'arrêt *Smith*, précité. Il n'est pas non plus question de déférence judiciaire envers le Parlement sur des questions de principe. Le Parlement a déjà énoncé sa politique en ce qui a trait à l'infraction de grossière indécence. Contrairement à l'arrêt *Smith*, précité, le caractère «disproportionné» de la peine a été déterminé par le Parlement lui-même lorsqu'il a modifié la partie XXI. Il incombe seulement aux tribunaux d'appliquer en droit la *Charte* à la situation actuelle de l'appellant.

Les questions liées qui découlent des trois articles de la *Charte* mentionnés précédemment font en sorte que le présent pourvoi ne constitue pas une base propice à l'extension de l'analyse de ces droits au-delà de la discussion que l'on trouve dans l'arrêt *Smith*, précité. Je conclus que, quels que puissent être les arguments relatifs aux art. 7 et 9, l'emprisonnement continu de l'appellant en vertu d'une peine d'une durée indéterminée constitue une violation du droit constitutionnel de l'appellant que garantit l'art. 12 de la *Charte*.

Alors quelle est l'issue appropriée du présent pourvoi?

The appropriate sentence for the appellant under s. 157 independent of the provisions of Part XXI has never been assessed. The appellant pleaded guilty to five counts of gross indecency. The maximum sentence under s. 157 is five years. What the appropriate sentence would be, giving due attention to the principles of totality and related offences, and other principles of sentencing which may be appropriate in the circumstances revealed in this record, should be determined by the trial judge, Denroche Prov. Ct. J. He is now *functus* having validly disposed of the conviction and sentence of the appellant under the law as it then existed.

The remedies here sought are *habeas corpus* with *certiorari* in aid or a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. *Habeas corpus* with *certiorari* in aid would (even assuming its availability notwithstanding s. 710 of the *Code*) be inappropriate should time already served by the appellant be less than the proper sentence, once determined, under s. 157, Part XXI aside. In this situation a court must turn to s. 24(1) of the *Charter*. In my view, "appropriate and just" remedy in all the unusual circumstances which have arisen in these proceedings, is a direction that this proceeding be remitted to Denroche Prov. Ct. J. for the assessment of the appropriate sentence on the five accounts to which the appellant has pleaded guilty. Should such sentence be determined to exceed the time already served by the appellant, it shall be directed that the appellant be retained in prison until such sentence shall have been served, subject to any rights of the appellant to be released under any applicable legislation. Should the appropriate sentence be for a period less than that which the appellant has already served under the sentence imposed in 1980, it shall be directed that the appellant should be released.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting in part)—For the reasons I gave in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, I would allow the appeal, quash the order made

On n'a jamais déterminé quelle serait la peine appropriée dans le cas de l'appelant aux termes de l'art. 157, indépendamment des dispositions de la partie XXI. L'appelant a plaidé coupable relativement à cinq chefs d'accusation de grossière indécence. La peine maximale prévue à l'art. 157 est cinq ans d'emprisonnement. Si l'on tient compte des principes de la totalité et infractions connexes et d'autres principes de détermination de la peine qui conviendraient dans les circonstances de l'espèce, la peine appropriée devrait être déterminée par le juge du procès, le juge Denroche. Il est maintenant dessaisi de l'affaire, car il a validement statué sur la déclaration de culpabilité et sur la peine à imposer à l'appelant en vertu du droit tel qu'il existait à ce moment-là.

Les redressements demandés en l'espèce sont l'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire ou un redressement en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. L'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire ne conviendra pas (même si l'on présume qu'on puisse y avoir recours nonobstant l'art. 710 du *Code*) si la peine d'emprisonnement déjà purgée par l'appelant est moindre que la peine appropriée déterminée en vertu de l'art. 157, indépendamment de la partie XXI. Dans ce cas, un tribunal doit recourir au par. 24(1) de la *Charte*. À mon avis, la réparation «convenable et juste» vu toutes les circonstances inhabituelles de l'espèce est le renvoi de cette affaire devant le juge Denroche pour qu'il évalue la peine convenable relativement aux cinq chefs d'accusation à l'égard desquels l'appelant a plaidé coupable. Si une telle peine devait être plus sévère que la peine d'emprisonnement déjà purgée par l'appelant, il conviendra d'ordonner que l'appelant soit détenu jusqu'à ce qu'une telle peine ait été purgée, sous réserve du droit de l'appelant d'être mis en liberté en vertu des dispositions législatives applicables. Si la peine convenable est une période d'emprisonnement moindre que celle que l'appelant a déjà purgée en vertu de la peine infligée en 1980, il conviendra d'ordonner que l'appelant soit remis en liberté.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente en partie)—Pour les motifs que j'ai donnés dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, je suis d'avis d'accueillir le

under Part XXI of the *Criminal Code* and the sentence of indeterminate detention, and remit the matter back to the learned trial judge for the imposition of the appropriate determinate sentence.

As in the case of *Lyons* the accused had no knowledge at the time he pleaded guilty to the offences of which he was convicted that the Crown prosecutor intended, and indeed had already received instructions from the Attorney General, to make an application under Part XXI of the *Code*. The Crown was entitled under the provisions of the *Code* to function in this fashion prior to the coming into force of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, i.e., at the time the Part XXI order was made, but I do not believe, for the reasons I gave in *Lyons*, that subsequent to the coming into force of s. 7 of the *Charter* his continued incarceration pursuant to an order made in these circumstances can be justified. Accordingly, I believe that he is entitled to relief under s. 24(1) of the *Charter*.

Appeal dismissed, ESTEY J. dissenting and WILSON J. dissenting in part.

Solicitor for the appellant: Ronald R. Price, Kingston.

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

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

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

pourvoi, d'annuler l'ordonnance fondée sur la partie XXI du *Code criminel* ainsi que la peine de détention pour une durée indéterminée, et de renvoyer l'affaire devant le juge de première instance pour qu'il impose la peine d'une durée déterminée qu'il convient d'imposer.

Tout comme dans l'arrêt *Lyons*, l'accusé ignorait, au moment où il a plaidé coupable à l'égard des infractions pour lesquelles il a été condamné, que la poursuite avait l'intention de faire une demande fondée sur la partie XXI du *Code* et, en fait, qu'elle avait déjà reçu des directives en ce sens du procureur général. La poursuite avait le droit, en vertu des dispositions du *Code*, de suivre cette procédure avant l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, c'est-à-dire, au moment où l'ordonnance fondée sur la partie XXI a été rendue. Cependant, je ne crois pas, pour les raisons que j'ai données dans l'arrêt *Lyons*, qu'à la suite de l'entrée en vigueur de l'art. 7 de la *Charte*, la continuation de l'incarcération de l'appelant conformément à une ordonnance rendue dans ces circonstances puisse être justifiée. En conséquence, j'estime qu'il a droit à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

Pourvoi rejeté, le juge ESTEY est dissident et le juge WILSON est dissidente en partie.

Procureur de l'appellant: Ronald R. Price, Kingston.

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

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

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