

Janise Marie Gamble *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for Alberta and the
Attorney General for Ontario *Interveners*

INDEXED AS: R. V. GAMBLE

File No.: 20433.

1988: June 17; 1988: December 8.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Lamer, Wilson and
L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Interpretation — Retrospectivity — Accused convicted and sentenced before the proclamation of the Charter under the wrong provisions of the Criminal Code — Accused sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 25 years — Period of parole ineligibility between 10 to 20 years, rather than 25, if proper law applied — Application for Charter relief after 10 years of imprisonment — Accused alleging that current operation of the parole ineligibility provision in the sentence violates s. 7 of the Charter — Whether accused's claim involves a retrospective application of the Charter — Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976, S.C. 1974-75-76, c. 105, ss. 4, 5, 21, 27.

Constitutional law — Charter of Rights — Liberty of the person — Fundamental justice — Accused convicted and sentenced under the wrong provisions of the Criminal Code — Accused sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 25 years — Period of parole ineligibility between 10 to 20 years, rather than 25, if proper law applied — Whether current operation of the parole ineligibility provision in the sentence violates s. 7 of the Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Declaratory relief — Accused seeking relief under s. 24(1) of the Charter from the current operation of the parole ineligibility provision in her sentence — Whether accused entitled to a declaration of eligibility for parole.

Janise Marie Gamble *Appelante*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

^a

et

Le procureur général de l'Alberta et le
procureur général de l'Ontario *Intervenants*

^b

RÉPERTORIÉ: R. C. GAMBLE

N° du greffe: 20433.

1988: 17 juin; 1988: 8 décembre.

^c

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz,
Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé.

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

^d

Droit constitutionnel — Charte des droits — Interpretation — Rétroactivité — Accusée déclarée coupable et condamnée avant la proclamation de la Charte sous le régime de dispositions inapplicables du Code criminel — Condamnation à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans — Inadmissibilité à la libération conditionnelle pendant 10 à 20 ans, plutôt que 25, si la bonne loi avait été appliquée — Demande de redressement en vertu de la Charte après 10 ans d'emprisonnement — L'accusée allègue que l'application de la disposition de la sentence concernant l'inadmissibilité viole l'art. 7 de la Charte — La demande de l'accusée fait-elle intervenir une application rétroactive de la Charte? — Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2, S.C. 1974-75-76, chap. 105, art. 4, 5, 21, 27.

^e

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de la personne — Justice fondamentale — Accusée déclarée coupable et condamnée sous le régime de dispositions inapplicables du Code criminel — Condamnation à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans — Inadmissibilité à la libération conditionnelle pendant 10 à 20 ans, plutôt que 25, si la bonne loi avait été appliquée — L'application de la disposition de la sentence concernant l'inadmissibilité viole-t-elle l'art. 7 de la Charte?

^f

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparations — Jugement déclaratoire — Réparation demandée en vertu de l'art. 24(1) de la Charte pour remédier à l'effet de la disposition de la sentence concernant l'inadmissibilité à la libération conditionnelle — L'accusée a-t-elle droit à un jugement la déclarant admissible à la libération conditionnelle?

Prerogative writs — Habeas corpus — Jurisdiction — Superior courts — Accused convicted and sentenced in Alberta but imprisoned in Ontario — Application for habeas corpus and for Charter relief under s. 24(1) of the Charter — Whether Supreme Court of Ontario has jurisdiction to issue habeas corpus.

Prerogative writs — Habeas corpus — Availability — Parole — Whether habeas corpus appropriate to review the legality of the deprivation of liberty of the accused inherent in the operation of the parole ineligibility provision in her sentence.

In March 1976, appellant's accomplice killed a police officer while they were in flight from a robbery. Nine months later, appellant was convicted of first degree murder under s. 214 of the *Criminal Code* and was sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 25 years pursuant to s. 669(a) of the *Code*. Both sections were proclaimed in force on July 26, 1976 as part of a new criminal law (*Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976*, S.C. 1974-75-76, c. 105). On appeal, the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta found that she should have been tried under the old provisions of the *Criminal Code* in force at the time of the offence. After comparing the old and new provisions, the Court concluded that appellant had been prejudiced by her trial under the new provisions but held that it was prevented from granting the remedy of a new trial under the old law because of the transitional provisions of s. 27(2) of the *Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976*. The effect of these provisions was that the new trial and the punishment imposed in the event of conviction would be the same as if the offence had been committed after the coming into force of the amendment Act. The law applicable to the new trial would accordingly be the same as that applied at the previous trial. Appellant's application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada was dismissed.

If the appellant had been found guilty of murder punishable by life imprisonment, as opposed to murder punishable by death, under the law in force before July 26, 1976, she would have been ineligible for parole for not more than 20 years but also for not less than 10. In 1986, after 10 years of imprisonment in a penitentiary in Kingston, appellant made an application to the Supreme Court of Ontario for relief by means of a writ of *habeas corpus ad subjiciendum* with a writ of *certiorari* in aid and under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights*

Brefs de prérogative — Habeas corpus — Compétence — Cours supérieures — Accusée déclarée coupable et condamnée en Alberta mais incarcérée en Ontario — Demande d'habeas corpus et de réparation en vertu de l'art. 24(1) de la Charte — La Cour suprême de l'Ontario a-t-elle compétence pour délivrer un bref d'habeas corpus?

Brefs de prérogative — Habeas corpus — Possibilité d'exercer le recours — Libération conditionnelle — Le bref d'habeas corpus est-il approprié pour une révision de la légalité de la privation de liberté de l'accusée inhérente à l'application de la disposition de sa sentence concernant l'inadmissibilité à la libération conditionnelle?

En mars 1976, le complice de l'appelante a tué un agent de police dans leur fuite après un vol qualifié. Neuf mois plus tard, l'appelante a été déclarée coupable de meurtre au premier degré en vertu de l'art. 214 du *Code criminel* et a été condamnée à l'emprisonnement à perpétuité sans admissibilité à la libération conditionnelle pendant 25 ans en application de l'al. 669a) du *Code*. Les deux articles ont été proclamés en vigueur le 26 juillet 1976 dans le cadre d'une nouvelle loi pénale (*Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2*, S.C. 1974-75-76, chap. 105). La Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta a conclu qu'elle aurait dû subir son procès en vertu de l'ancienne disposition du *Code criminel* en vigueur au moment de l'infraction. Après avoir comparé les anciennes et les nouvelles dispositions, la cour a conclu que l'appelante avait subi un préjudice en étant jugée en vertu des nouvelles dispositions, mais elle a statué que les dispositions transitoires du par. 27(2) de la *Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2*, lui interdisaient d'accorder un nouveau procès en réparation. L'effet de ces dispositions était que l'issue du nouveau procès et la peine infligée, en cas de déclaration de culpabilité, seraient les mêmes que si l'infraction avait été commise après l'entrée en vigueur de la loi modificative. La loi applicable au nouveau procès serait donc la même que celle qui a été appliquée au procès antérieur. La demande d'autorisation de pourvoi de l'appelante à la Cour suprême du Canada a été rejetée.

Si l'appelante avait été trouvée coupable d'un meurtre punissable d'emprisonnement à perpétuité, par opposition à un meurtre punissable de mort, sous le régime du droit en vigueur avant le 26 juillet 1976, elle n'aurait pas été admissible à la libération conditionnelle pendant au plus 20 ans mais également pendant au moins 10 ans. En 1986, après 10 ans d'incarcération dans un pénitencier à Kingston, l'appelante a adressé à la Cour suprême de l'Ontario une demande de redressement sous forme de bref d'*habeas corpus ad subjiciendum* avec un cer-

and Freedoms. Appellant alleged that her continued detention pursuant to the 25-year parole ineligibility condition in her sentence violated s. 7 of the *Charter* and that she was entitled, under s. 24(1) of the *Charter*, to a declaration that she is now eligible for parole. The Supreme Court of Ontario dismissed the application and the judgment was affirmed by the Court of Appeal.

Held (Dickson C.J. and Beetz J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.: Appellant's s. 7 claim does not involve a retrospective application of the *Charter*. Appellant, convicted and sentenced under the wrong law, is not seeking a review of her pre-*Charter* trial and sentence in light of the standards contained in the *Charter*. Appellant's case is that the current ongoing operation of the parole ineligibility provision in her sentence violates her liberty interest under s. 7 of the *Charter* and is therefore unlawful. This unlawfulness is part of the pre-*Charter* history and has, in appellant's submission, largely contributed to her current continuing unconstitutional detention. The relevant act to which the *Charter* is applied would not be the conviction or sentencing but the continuing execution of that part of the sentence which mandates a 25-year period of parole ineligibility. When, as in this case, a person claims a continuing current violation of her liberty interest, it is the duty of the courts to consider her *Charter* claim and, in the context of that claim, to consider pre-*Charter* history to the extent it explains or contributes to what is alleged to be a current *Charter* violation. This does not involve a retrospective application of the *Charter*. The decision of this Court in *R. v. Milne*, [1987] 2 S.C.R. 512, was distinguishable from the present case.

The Ontario courts had jurisdiction to entertain the appellant's application for *habeas corpus* and *Charter* relief under s. 24(1) of the *Charter*. The fact that she was convicted and sentenced in Alberta does not deprive the Superior Court of Ontario of its traditional jurisdiction to issue a writ of *habeas corpus ad subjiciendum* to those in the province detaining a person in the province for the purpose of reviewing the legality of that detention or confinement. Where a court has jurisdiction over the subject matter and the person, it may, under s. 24(1)

tiorari auxiliaire, fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appelante a allégué que la continuation de sa détention, en vertu de la condition d'inadmissibilité de 25 ans à la libération conditionnelle attachée à sa sentence, viole l'art. 7 de la *Charte* et qu'elle a droit, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, à une déclaration qu'elle est maintenant admissible à la libération conditionnelle. La Cour suprême de l'Ontario a rejeté la demande et la Cour d'appel a confirmé ce jugement.

Arrêt (le juge en chef Dickson et le juge Beetz sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé: La demande de l'appelante fondée sur l'art. 7 ne fait pas intervenir une application rétroactive de la *Charte*. L'appelante, reconnue coupable et condamnée en vertu d'une loi inapplicable, ne réclame pas la révision de son procès et de sa sentence antérieurs à la *Charte* au regard des normes contenues dans la *Charte*. La thèse de l'appelante est que l'application actuelle de la disposition contenue dans sa sentence sur l'inadmissibilité à la libération conditionnelle viole son intérêt en matière de liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* et est donc illicite. Ce caractère illicite fait partie des événements antérieurs à la *Charte* et, selon l'appelante, il a largement contribué à la continuation inconstitutionnelle de sa détention. L'acte pertinent auquel la *Charte* est appliquée serait non pas la déclaration de culpabilité ni la sentence prononcée, mais la continuation de l'exécution de cette partie de la sentence qui oblige à purger 25 ans avant d'être admissible à la libération conditionnelle. Lorsque, comme en l'espèce, une personne prétend qu'il y a actuellement atteinte continue à son intérêt en matière de liberté, c'est le devoir des tribunaux d'examiner sa demande sur le fondement de la *Charte* et, dans le contexte de cette demande, d'examiner les événements antérieurs à la *Charte* dans la mesure où ils expliquent ce qu'on allègue être une violation actuelle de la *Charte*, ou y contribuent. Cela n'implique pas une application rétroactive de la *Charte*. L'arrêt de cette Cour *R. c. Milne*, [1987] 2 R.C.S. 512, se distingue de la présente espèce.

Les tribunaux ontariens avaient compétence pour connaître de la demande d'*habeas corpus* de l'appelante et du recours selon le par. 24(1) de la *Charte*. Le fait qu'elle ait été reconnue coupable et condamnée en Alberta ne prive pas la Cour supérieure de l'Ontario de sa compétence traditionnelle pour délivrer un bref d'*habeas corpus ad subjiciendum* à des gens de la province qui détiennent une personne dans la province, afin de réviser la légalité de cette détention ou incarcération. Lorsqu'un tribunal a compétence *ratione materiae* et

of the *Charter*, grant such relief as it considers appropriate and just in the circumstances. The superior courts have a discretion to decline to exercise their jurisdiction if the normal trial and appeal process is better suited to vindicate the interests at stake. But this discretion should be exercised with due regard to the constitutionally mandated need to provide prompt and effective enforcement of *Charter* rights, especially when an ongoing and continuing violation of a *Charter* right is alleged and the superior court is being asked to exercise its traditional function to determine the legality of an ongoing deprivation of liberty.

The review requested in this case does not exceed the jurisdictional nature of the review contemplated by way of *habeas corpus*. A conviction and sentence rendered under the wrong provisions of the *Criminal Code* clearly constitutes jurisdictional error. The defect is apparent on the face of the warrant of committal and an appreciation of the error does not require a re-trial on the merits or an evaluation of the evidence presented at trial. In any event, the courts have, in general, not bound themselves to limited categories or definitions of jurisdictional review when the liberty of the subject was at stake. This trend should be affirmed where *habeas corpus* is sought as a *Charter* remedy and distinctions which have become uncertain, technical, artificial and, most importantly, non-purposive should be rejected. Indeed, a purposive approach should be applied to the administration of *Charter* remedies as well as to the interpretation of *Charter* rights and, in particular, should be adopted when *habeas corpus* is the requested remedy. That remedy has traditionally been used and is admirably suited to the protection of the citizen's fundamental right to liberty and the right not to be deprived of it except in accordance with the principles of fundamental justice. *Charter* relief should not be denied by overly rigid rules. Here, a purposive and expansive approach to the remedy of *habeas corpus* leads to the conclusion that the writ is appropriately used to review the legality of the significant deprivation of liberty inherent in the operation of the parole ineligibility provision. This review can take place without either circumventing the appeal process or becoming *de facto* an appeal on the merits. The role of *habeas corpus* as a remedy under s. 24(1) of the *Charter* reinforces the policy of flexibly and generously adapting the writ in order that it continue to protect liberty interests now constitutionally protected under the *Charter*. Finally, to deny the appellant *Charter* relief because she received her criminal trial and sentencing under the wrong

ratione personae, il peut, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, accorder la réparation qu'il estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Les cours supérieures ont le pouvoir discrétionnaire de refuser d'exercer leur compétence si la procédure normale tant en première instance qu'en appel est mieux en mesure de faire droit aux intérêts en cause, mais on devrait exercer ce pouvoir discrétionnaire en tenant dûment compte de la nécessité imposée par la Constitution de donner promptement et efficacement effet aux droits conférés par la *Charte*, surtout lorsqu'on allègue une violation actuelle et continue d'un droit garanti par la *Charte* et qu'on demande à la cour supérieure d'exercer sa fonction traditionnelle pour juger de la légalité de la continuation d'une privation de liberté.

La révision demandée en l'espèce ne dépasse pas la nature juridictionnelle de la révision envisagée dans le cas d'un *habeas corpus*. Une déclaration de culpabilité et une condamnation sur le fondement de dispositions inapplicables du *Code criminel* constituent clairement une erreur juridictionnelle. Le vice est apparent sur le mandat de dépôt et l'appréciation de l'erreur n'exige ni un nouveau procès sur le fond ni une évaluation des preuves offertes au procès. Quoi qu'il en soit, les tribunaux ne se sont pas, en général, liés par des catégories limitées ni par des définitions du contrôle juridictionnel lorsque la liberté du sujet était en cause. Cette tendance doit être maintenue lorsqu'on demande un *habeas corpus* à titre de réparation fondée sur la *Charte* et des distinctions devenues obscures, techniques, artificielles et surtout des distinctions ne tenant aucun compte de l'objet visé devraient être rejetées. En fait, il faut adopter une démarche fondée sur l'objet recherché dans l'application des réparations en vertu de la *Charte*, tout comme en matière d'interprétation des droits qu'elle garantit et, notamment, lorsque l'*habeas corpus* est la réparation recherchée. Le rôle traditionnel de ce recours, rôle auquel il est parfaitement adapté, est la protection du droit fondamental du citoyen à la liberté et du droit de n'en être privé qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Un redressement fondé sur la *Charte* ne doit pas être refusé en raison de règles trop rigides. En l'espèce, une interprétation large de l'*habeas corpus*, fondée sur l'objet visé, amène la conclusion que c'est à bon droit qu'on se sert de ce bref pour réviser la légalité de la privation importante de liberté inhérente à l'application de la disposition sur l'inadmissibilité à la libération conditionnelle. Cette révision peut avoir lieu sans que ce soit là un moyen de contourner la procédure d'appel ni sans en faire un appel *de facto* au fond. Le rôle de l'*habeas corpus* en tant que réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, renforce la politique de souplesse et d'adaptation généreuse du bref afin qu'il

Criminal Code provisions in a superior court of criminal jurisdiction and not in an inferior court is completely unacceptable, given the interests that are at stake. Illegality in a sentence given by a superior court should not escape review by way of *habeas corpus* where the process of the court itself demonstrates vitiating error.

The current operation of the condition in appellant's sentence—the 25-year period of parole ineligibility— infringes her s. 7 residual liberty interest and this infringement was not effected in accordance with the principles of fundamental justice. It is fundamental to any legal system which recognizes “the rule of law” that an accused must be tried and punished under the law in force at the time the offence is committed. This did not happen in this case and a comparison of the relevant legislation indicates that the appellant *prima facie* was prejudiced by not being tried and punished under the proper law. Appellant is therefore entitled under s. 24(1) of the *Charter* to a declaration of eligibility for parole without having to prove that it was ineluctable that she would only have received a sentence of life imprisonment with eligibility for parole after 10 years. Declaratory relief has been recognized by this Court as an effective and flexible remedy for the settlement of real disputes. Moreover, this Court, having assumed jurisdiction over the subject matter and the person on this appeal from a denial of *habeas corpus*, can exercise its broad discretion under s. 24(1) of the *Charter* to order any remedy within its jurisdiction which it considers appropriate and just in the circumstances. The Parole Board is, however, the final arbiter of whether and when she should be released on parole.

Per Dickson C.J. and Beetz J. (dissenting): Appellant's continued incarceration with no parole eligibility for 25 years cannot be challenged under s. 7 without retrospectively applying the *Charter* either to s. 27(2) of the *Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976*, the provision which endorsed the retrospective application of the amended provisions of the *Criminal Code* enacted after the commission of the offence, or to the conviction and sentence which s. 27(2) validated. While section 7

continue à assurer la protection des droits à la liberté maintenant constitutionnellement protégés par la *Charte*. Enfin, refuser à l'appelante le redressement demandé en vertu de la *Charte* parce qu'elle a été jugée au criminel et qu'elle a été condamnée, en vertu de dispositions inapplicables du *Code criminel*, par une cour supérieure de juridiction criminelle et non par un tribunal inférieur est totalement inacceptable compte tenu des intérêts en jeu. Les illégalités d'une sentence prononcée par une cour supérieure ne doivent pas échapper au contrôle exercé par voie d'*habeas corpus* lorsque l'acte de procédure de la cour fait lui-même état de l'erreur qui l'entache de nullité.

L'application actuelle de la condition de la sentence de l'appelante la rendant inadmissible à la libération conditionnelle pendant 25 ans porte atteinte à son droit résiduel à la liberté reconnu à l'art. 7 et cette atteinte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Il est essentiel à tout système juridique qui reconnaît «la primauté du droit» qu'un inculpé soit jugé et puni en vertu du droit en vigueur au moment où l'infraction a été commise. Cela n'a pas été le cas en l'espèce et une comparaison des lois pertinentes indique qu'à première vue l'appelante a subi un préjudice en n'étant pas jugée ni condamnée selon le droit applicable. L'appelante a donc droit, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, à un jugement la déclarant admissible à la libération conditionnelle sans avoir à prouver qu'il était inévitable qu'elle ne soit condamnée qu'à une peine d'emprisonnement à perpétuité avec admissibilité à la libération conditionnelle après 10 ans. Cette Cour a reconnu le jugement déclaratoire comme une forme efficace et souple de règlement de véritables litiges. En outre, cette Cour, s'étant déclarée compétente *ratione materiae* et *ratione personae* dans le cas de ce pourvoi, formé contre le refus d'accorder un *habeas corpus*, peut exercer les larges pouvoirs discrétionnaires que lui confère le par. 24(1) de la *Charte* pour ordonner toute réparation qui relève de sa compétence et qu'elle estime convenable et juste eu égard aux circonstances. La Commission de libération conditionnelle demeure toutefois l'arbitre final pour ce qui est de décider si et quand elle doit obtenir une libération conditionnelle.

Le juge en chef Dickson et le juge Beetz (dissidents): La continuation de l'emprisonnement de l'appelante sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant d'avoir purgé 25 années de sa sentence ne peut être contestée en vertu de l'art. 7 sans appliquer rétroactivement la *Charte* soit au par. 27(2) de la *Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2*, qui a sanctionné l'application rétroactive des dispositions modifiées du *Code criminel* adoptées après la perpétration de l'infraction, soit

may apply to ongoing states of affairs and while the appellant's ongoing or continuing incarceration subject to extended parole ineligibility constitutes an ongoing deprivation of liberty within the meaning of s. 7, it has not been demonstrated that there was an ongoing violation of s. 7. The appellant's argument that there is an ongoing violation of s. 7 is totally dependent on the argument that the original conviction and sentence would not have survived *Charter* scrutiny if they had been pronounced when the *Charter* was in force. A current *Charter* violation cannot be based on past conditional *Charter* transgressions. It is only by virtue of asking whether the ongoing deprivation is contrary to a principle of fundamental justice that an ongoing violation of s. 7 may be found. However, the principle of fundamental justice invoked—that an accused person must be tried and punished under the law in force at the time of the offence—in essence requires this Court to evaluate a pre-*Charter* act—the conviction and sentence endorsed by s. 27(2)—according to *Charter* standards. This involves a retrospective application of the *Charter* in the same way that an attempt to apply s. 7 directly to a pre-*Charter* deprivation would involve retrospectivity.

Even if initially invalid or improper, appellant's conviction and sentence were statutorily endorsed by the s. 27(2) transitional provision. Section 27(2), in combination with s. 613 of the *Criminal Code*, validated the wrongful application of the new provisions to the appellant. This validating effect cured the illegality and it therefore ceased to flow forward in time and taint the ongoing post-*Charter* deprivation of liberty. Thus, the appellant's extended parole ineligibility cannot be challenged under s. 7 on the basis that there is an ongoing deprivation of liberty which was improper prior to the *Charter* and which continues to be improper after the *Charter*.

Cases Cited

By Wilson J.

Distinguished: *R. v. Milne*, [1987] 2 S.C.R. 512; **referred to:** *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Morin v. National Special Handling Unit Review Committee*, [1985] 2 S.C.R. 662; *Dumas v. Leclerc Institute*,

à la déclaration de culpabilité et à la sentence validées par le par. 27(2). Bien que l'art. 7 puisse s'appliquer à des situations en cours et que la continuation actuelle de l'incarcération de l'appelante avec période d'inadmissibilité prolongée à la libération conditionnelle constitue une continuation de privation de liberté au sens de l'art. 7, il n'a pas été démontré qu'il y avait continuation d'une violation de l'art. 7. L'argument de l'appelante selon lequel il y a continuation d'une violation de l'art. 7 est totalement tributaire de l'argument portant que la déclaration de culpabilité et la sentence initiales n'auraient pas survécu à un examen fondé sur la *Charte* si elles avaient été prononcées après son entrée en vigueur. Une violation actuelle de la *Charte* ne peut être fondée sur des transgressions de la *Charte* qui se seraient produites dans le passé. On ne peut conclure à la continuation d'une violation de l'art. 7 qu'en se demandant si la continuation de l'atteinte en question est contraire à un principe de justice fondamentale. Toutefois, le principe de justice fondamentale invoqué, selon lequel une personne accusée doit être jugée et punie en vertu du droit en vigueur au moment de l'infraction, exige essentiellement de cette Cour qu'elle évalue un acte antérieur à la *Charte*, à savoir la déclaration de culpabilité et la sentence sanctionnées par le par. 27(2), en fonction de normes établies par la *Charte*. Cela suppose une application rétroactive de la *Charte* de la même façon que le ferait une tentative d'appliquer l'art. 7 directement à une atteinte antérieure à la *Charte*.

Même si elles étaient initialement invalides ou irrégulières, la déclaration de culpabilité et la sentence de l'appelante ont été sanctionnées par la disposition législative transitoire qu'est le par. 27(2). L'application erronée des nouvelles dispositions à l'appelante a été validée par l'effet conjugué du par. 27(2) et de l'art. 613 du *Code criminel*. Cette validation qui a résulté a remédié à l'illégalité en l'interrompant et en empêchant qu'elle n'entache la privation de la liberté qui s'est poursuivie après l'entrée en vigueur de la *Charte*. Ainsi, l'inadmissibilité prolongée de l'appelante à la libération conditionnelle ne peut pas être contestée en vertu de l'art. 7 pour le motif qu'il y a continuation d'une privation de liberté qui était irrégulière antérieurement à la *Charte* et qui continue de l'être après l'entrée en vigueur de la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Distinction d'avec l'arrêt: *R. c. Milne*, [1987] 2 R.C.S. 512; **arrêts mentionnés:** *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613; *Cardinal c. Directeur de l'établissement de Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Morin c. Comité national chargé des cas d'unités spéciales de détention*, [1985] 2

[1986] 2 S.C.R. 459; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153; *R. v. James* (1986), 27 C.C.C. (3d) 1, aff'd [1988] 1 S.C.R. 669; *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Dickson and Corman* (1982), 3 C.C.C. (3d) 23; *Miller and Cockriell v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *R. v. Logan* (1986), 51 C.R. (3d) 326; *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225; *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233; *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Re McDonald and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 330; *R. v. Longtin* (1983), 5 C.C.C. (3d) 12; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Jack and Charlie v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 332; *R. v. Lucas*; *R. v. Neely* (1986), 27 C.C.C. (3d) 229; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Riel* (1885), 2 Man. L.R. 302; *Ex parte Stather* (1886), 25 N.B.R. 374; *R. v. Holmes*, [1932] 3 W.W.R. 76; *Laflamme v. Renaud* (1945), 84 C.C.C. 153; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *Sanders v. The Queen*, [1970] S.C.R. 109; *Antares Shipping Corp. v. The Ship "Capricorn"*, [1977] 2 S.C.R. 422; *Re Krakowski and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 188; *Re Anson and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 119; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *Re Trepanier* (1885), 12 S.C.R. 111; *Re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140; *Goldhar (No. 2) v. The Queen*, [1960] S.C.R. 431; *Morrison v. The Queen*, [1966] S.C.R. 356; *Karchesky v. The Queen*, [1967] S.C.R. 547; *Korponay v. Kulik*, [1980] 2 S.C.R. 265; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *Ex parte Risby* (1975), 24 C.C.C. (2d) 211; *Re Arrigo and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 77; *Re Cadeddu and The Queen* (1982), 4 C.C.C. (3d) 97; *Swan v. Attorney General of British Columbia* (1983), 35 C.R. (3d) 135; *Lussa v. Health Science Centre* (1983), 9 C.R.R. 350; *MacAllister v. Director of Centre de Reception* (1984), 40 C.R. (3d) 121; *Re Marshall and The Queen* (1984), 13 C.C.C. (3d) 73; *Re Jenkins* (1984), 8 C.R.R. 142; *Jollimore v. Attorney-General of Nova Scotia* (1986), 24 C.R.R. 28; *Balian v. Regional Transfer Board* (1988), 62 C.R. (3d) 258; *Re Hass and The Queen* (1978), 40 C.C.C. (2d) 202; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Masella v. Langlais*, [1955] S.C.R. 263; *Preiser v. Rodriguez*, 411 U.S. 475 (1973); *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1962); *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246; *R. v. Gamble and Nichols* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415.

R.C.S. 662; *Dumas c. Centre de détention Leclerc*, [1986] 2 R.C.S. 459; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153; *R. v. James* (1986), 27 C.C.C. (3d) 1, conf. [1988] 1 R.C.S. 669; *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Dickson and Corman* (1982), 3 C.C.C. (3d) 23; *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *R. v. Logan* (1986), 51 C.R. (3d) 326; *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225; *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233; *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Re McDonald and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 330; *R. v. Longtin* (1983), 5 C.C.C. (3d) 12; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Jack et Charlie c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 332; *R. v. Lucas*; *R. v. Neely* (1986), 27 C.C.C. (3d) 229; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. v. Riel* (1885), 2 Man. L.R. 302; *Ex parte Stather* (1886), 25 N.B.R. 374; *R. v. Holmes*, [1932] 3 W.W.R. 76; *Laflamme v. Renaud* (1945), 84 C.C.C. 153; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *Sanders c. La Reine*, [1970] R.C.S. 109; *Antares Shipping Corp. c. Le navire «Capricorn»*, [1977] 2 R.C.S. 422; *Re Krakowski and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 188; *Re Anson and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 119; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *Re Trepanier* (1885), 12 R.C.S. 111; *Re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140; *Goldhar (No. 2) v. The Queen*, [1960] R.C.S. 431; *Morrison v. The Queen*, [1966] R.C.S. 356; *Karchesky v. The Queen*, [1967] R.C.S. 547; *Korponay c. Kulik*, [1980] 2 R.C.S. 265; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *Ex parte Risby* (1975), 24 C.C.C. (2d) 211; *Re Arrigo and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 77; *Re Cadeddu and The Queen* (1982), 4 C.C.C. (3d) 97; *Swan v. Attorney General of British Columbia* (1983), 35 C.R. (3d) 135; *Lussa v. Health Science Centre* (1983), 9 C.R.R. 350; *MacAllister v. Director of Centre de Reception* (1984), 40 C.R. (3d) 121; *Re Marshall and The Queen* (1984), 13 C.C.C. (3d) 73; *Re Jenkins* (1984), 8 C.R.R. 142; *Jollimore v. Attorney-General of Nova Scotia* (1986), 24 C.R.R. 28; *Balian v. Regional Transfer Board* (1988), 62 C.R. (3d) 258; *Re Hass and The Queen* (1978), 40 C.C.C. (2d) 202; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Masella v. Langlais*, [1955] R.C.S. 263; *Preiser v. Rodriguez*, 411 U.S. 475 (1973); *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1962); *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246; *R. v. Gamble and Nichols* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415.

By Dickson C.J. (dissenting)

R. v. Milne, [1987] 2 S.C.R. 512; *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153; *R. v. James* (1986), 27 C.C.C. (3d) 1, aff'd [1988] 1 S.C.R. 669; *Mitchell v. Attorney*

Citée par le juge en chef Dickson (dissident)

R. c. Milne, [1987] 2 R.C.S. 512; *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153; *R. v. James* (1986), 27 C.C.C. (3d) 1, conf. [1988] 1 R.C.S. 669; *Mitchell v. Attorney*

General of Ontario (1983), 35 C.R. (3d) 225; *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233; *R. v. Gamble and Nichols* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 7, 9, 11(b), (i), 12, 15, 24(1).

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21, 214 [am. R.S.C. 1970, c. C-35, s. 4(1)(a); rep. & subs. 1973-74, c. 38, ss. 2, 10, 11; rep. & subs. 1974-75-76, c. 105, s. 4], 218 [am. 1973-74, c. 38, s. 3; rep. & subs. 1974-75-76, c. 105, ss. 5, 28], 669 [rep. & subs. 1974-75-76, c. 105, s. 21], 603(1)(b), 613 [am. 1974-75-76, c. 93, s. 75], 710.

Criminal Law Amendment (Capital Punishment) Act, S.C. 1973-74, c. 38, ss. 2, 3.

Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976, S.C. 1974-75-76, c. 105, ss. 4, 5, 21, 27, 28.

Authors Cited

Black, William. "Charter of Rights—Application to Pre-Enactment Events", (1982) *U.B.C. L. Rev. (Charter Ed.)* 59.

Canada. Canadian Sentencing Commission. *Sentencing Reform: A Canadian Approach*. Ottawa: The Commission, 1987.

Harvey, D. A. Cameron. *The Law of Habeas Corpus in Canada*. Toronto: Butterworths, 1974.

Létourneau, Gilles. *The Prerogative Writs in Canadian Criminal Law and Procedure*. Toronto: Butterworths, 1976.

Sharpe, Robert J. *The Law of Habeas Corpus*. Oxford: Clarendon Press, 1976.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1987), 3 W.C.B. (2d) 88, affirming a judgment of Watt J. (1986), 17 W.C.B. 188, dismissing appellant's application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid. Appeal allowed, Dickson C.J. and Beetz J. dissenting.

Colin K. Irving, Allan Manson and Franklin S. Gertler, for the appellant.

Ivan Whitehall, Q.C., and *Ron Fainstein, Q.C.*, for the respondent.

Manfred DeLong, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Jeff Casey, for the intervener the Attorney General for Ontario.

General of Ontario (1983), 35 C.R. (3d) 225; *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233; *R. v. Gamble and Nichols* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), 7, 9, 11b), i), 12, 15, 24(1).

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 21, 214 [mod. S.R.C. 1970, chap. C-35, art. 4(1)a); abr. & rempl. 1973-74, chap. 38, art. 2, 10, 11; abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 105, art. 4], 218 [mod. 1973-74, chap. 38, art. 3; abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 105, art. 5, 28], 669 [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 105, art. 21], 603(1)b), 613 [mod. 1974-75-76, chap. 93, art. 75], 710.

Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2, S.C. 1974-75-76, chap. 105, art. 4, 5, 21, 27, 28.

Loi modifiant le droit pénal (peine capitale), S.C. 1973-74, chap. 38, art. 2, 3.

Doctrines citées

Black, William. «Charter of Rights—Application to Pre-Enactment Events», (1982) *U.B.C. L. Rev. (Charter Ed.)* 59.

Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Sentencing Reform: A Canadian Approach*. Ottawa: La Commission, 1987.

Harvey, D. A. Cameron. *The Law of Habeas Corpus in Canada*. Toronto: Butterworths, 1974.

Létourneau, Gilles. *The Prerogative Writs in Canadian Criminal Law and Procedure*. Toronto: Butterworths, 1976.

Sharpe, Robert J. *The Law of Habeas Corpus*. Oxford: Clarendon Press, 1976.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 3 W.C.B. (2d) 88, qui a confirmé le jugement du juge Watt (1986), 17 W.C.B. 188, qui avait rejeté la demande d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire de l'appelante. Pourvoi accueilli, le juge en chef Dickson et le juge Beetz sont dissidents.

Colin K. Irving, Allan Manson et Franklin S. Gertler, pour l'appelante.

Ivan Whitehall, c.r., et *Ron Fainstein, c.r.*, pour l'intimée.

Manfred DeLong, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Jeff Casey, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

The reasons of Dickson C.J. and Beetz J. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting)—I have read the reasons of Justice Wilson, but, with considerable regret, have concluded that I cannot concur. Wilson J. takes the view that the appellant, Ms. Gamble, is suffering a continuing deprivation of liberty in the form of extended parole ineligibility which is contrary to the principle of fundamental justice that an accused person must be tried and punished under the law in force at the time an offence is committed. Consequently, Wilson J. finds that the appellant is suffering an ongoing violation of her rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which is not saved by s. 1 of the *Charter*. I respectfully disagree with this conclusion as, in my view, the application of s. 7 on the facts of this case involves a retrospective application of the *Charter*.

I am grateful to Wilson J. for her discussion of the facts and résumé of the lower court judgments and I adopt such discussion and résumé.

I

Statutory Provisions

For ease of reference, I shall reproduce the pertinent statutory provisions which also appear in the reasons of Wilson J. and briefly place them in context. At the time the appellant committed the offence (March 12, 1976) for which she is now incarcerated, s. 214 (the old s. 214) and s. 218 (the old s. 218) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (as amended by S.C. 1973-74, c. 38, ss. 2 and 3) were in force:

214. (1) Murder is punishable by death or is punishable by imprisonment for life.

(2) Murder is punishable by death, in respect of any person, where such person by his own act caused or assisted in causing the death of

(a) a police officer, police constable, constable, sheriff, deputy sheriff, sheriff's officer or other person employed for the preservation and maintenance of the public peace, acting in the course of his duties, or

Version française des motifs du juge en chef Dickson et du juge Beetz rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissident)—J'ai lu les motifs de jugement du juge Wilson mais, avec regrets, je ne puis y souscrire. Le juge Wilson adopte le point de vue que l'appelante, M^{me} Gamble, est victime d'une continuation de privation de sa liberté sous la forme d'une période d'inadmissibilité prolongée à la libération conditionnelle contraire au principe de justice fondamentale portant qu'une personne accusée doit être jugée et punie en vertu du droit en vigueur au moment où l'infraction a été commise. En conséquence, le juge Wilson conclut que l'appelante est victime d'une violation continue des droits que lui garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui n'est pas sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. En toute déférence, je suis en désaccord avec cette conclusion puisque, à mon avis, l'application de l'art. 7 aux faits de l'espèce suppose une application rétroactive de la *Charte*.

Je sais gré au juge Wilson d'avoir analysé les faits et résumé les jugements des tribunaux d'instance inférieure, et j'adopte cette analyse et ce résumé.

I

Les dispositions législatives

Pour faciliter la consultation, je reproduirai, en les situant brièvement dans leur contexte, les dispositions législatives pertinentes figurant déjà dans les motifs du juge Wilson. Au moment où l'appelante a commis l'infraction (le 12 mars 1976) pour laquelle elle est maintenant incarcérée, l'art. 214 (l'ancien art. 214) et l'art. 218 (l'ancien art. 218) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 (modifié par S.C. 1973-74, chap. 38, art. 2 et 3), étaient en vigueur:

214. (1) Le meurtre est punissable de mort ou est punissable d'emprisonnement à perpétuité.

(2) Le meurtre est punissable de mort, à l'égard de toute personne, lorsque cette personne, par son propre fait, a causé ou aidé à causer la mort

a) d'un officier de police, d'un agent de police, d'un constable, d'un shérif, d'un shérif adjoint, d'un officier de shérif ou d'une autre personne employée à la préservation et au maintien de la paix publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, ou

(b) a warden, deputy warden, instructor, keeper, gaoler, guard or other officer or permanent employee of a prison, acting in the course of his duties,

or counselled or procured another person to do any act causing or assisting in causing the death.

(3) All murder other than murder punishable by death is punishable by imprisonment for life.

218. (1) Every one who commits murder punishable by death is guilty of an indictable offence and shall be sentenced to death.

(2) Every one who commits murder punishable by imprisonment for life is guilty of an indictable offence and shall be sentenced to imprisonment for life.

(5) Notwithstanding anything in the *Parole Act* and unless the Parliament of Canada otherwise directs, no person

(a) upon whom a sentence of imprisonment for life in respect of murder has been imposed after the coming into force of this subsection,

(c) in respect of whom a sentence of death in respect of murder has been commuted after the coming into force of this section to imprisonment for life, shall be released pursuant to the terms of a grant of parole under the *Parole Act* unless

(d) at least ten years of that sentence calculated in the manner described in subsection (7) have been served, and

(e) the National Parole Board, by a vote of at least two-thirds of its members, has made a decision that parole under that Act be granted to that person.

(6) Notwithstanding paragraph (5)(d), the judge presiding at the trial of an accused who is or was convicted of murder or, where such judge is unable to do so, another judge of the same court may

(a) at the time of sentencing of the accused, in a case referred to in paragraph (5)(a), or

(b) at any time on application made to him within a reasonable time after

(i) the coming into force of this section, in a case referred to in paragraph (5)(b), or

(ii) the execution of an instrument or writing mentioned in subsection 684(2) declaring that a sen-

b) d'un directeur, d'un sous-directeur, d'un instructeur, d'un gardien, d'un géolier, d'un garde ou d'un autre fonctionnaire ou employé permanent d'une prison, agissant dans l'exercice de ses fonctions,

a ou a conseillé à une autre personne de commettre un acte quelconque qui cause ou aide à causer la mort, ou a incité cette autre personne à commettre un tel acte.

(3) Tout meurtre autre qu'un meurtre punissable de mort est punissable d'emprisonnement à perpétuité.

218. (1) Quiconque commet un meurtre punissable de mort est coupable d'un acte criminel et doit être condamné à mort.

(2) Quiconque commet un meurtre punissable d'emprisonnement à perpétuité est coupable d'un acte criminel et doit être condamné à l'emprisonnement à perpétuité.

(5) Nonobstant toute disposition de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* et à moins que le Parlement du Canada n'ordonne le contraire, nulle personne

a) à qui une sentence d'emprisonnement à perpétuité pour meurtre a été imposée après l'entrée en vigueur du présent paragraphe,

c) relativement à laquelle une sentence de mort pour meurtre a été commuée, après l'entrée en vigueur du présent article, en un emprisonnement à perpétuité, ne doit être remise en liberté en vertu de l'octroi d'une libération conditionnelle aux termes de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, à moins

d) qu'elle n'ait purgé au moins dix années de cette sentence, calculées de la manière indiquée au paragraphe (7), et

e) que la Commission nationale des libérations conditionnelles n'ait décidé, par un vote d'au moins les deux tiers de ses membres, d'accorder à cette personne la libération conditionnelle visée par cette loi.

(6) Nonobstant l'alinéa (5)d), le juge qui préside le procès d'un accusé qui est ou a été déclaré coupable de meurtre, ou, lorsque ce juge est incapable de ce faire, un autre juge du même tribunal peut,

a) au moment de prononcer la sentence de l'accusé, s'il s'agit d'un cas visé à l'alinéa (5)a), ou

b) à tout moment, sur demande, pourvu que cette demande lui soit présentée dans un délai raisonnable

(i) après l'entrée en vigueur du présent article, s'il s'agit d'un cas visé à l'alinéa (5)b), ou

(ii) après la signature d'un instrument ou d'un écrit mentionné au paragraphe 684(2), déclarant qu'une

tence of death has been commuted, in a case referred to in paragraph (5)(c),

having regard to the character of the accused, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission, and to any recommendation made pursuant to subsection (8), by order substitute for the number of years specified in paragraph (5)(d) a number of years that is not more than twenty but more than ten.

Instead of being prosecuted and sentenced under these provisions, the appellant was indicted and convicted under an amended s. 214 of the *Criminal Code* (the new s. 214) which was proclaimed in force on July 26, 1976, *Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976*, S.C. 1974-75-76, c. 105:

214. (1) Murder is first degree murder or second degree murder.

(2) Murder is first degree murder when it is planned and deliberate.

(4) Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of any person, murder is first degree murder when the victim is

(a) a police officer, police constable, constable, sheriff, deputy sheriff, sheriff's officer or other person employed for the preservation and maintenance of the public peace, acting in the course of his duties;

(b) a warden, deputy warden, instructor, keeper, gaoler, guard or other officer or permanent employee of a prison, acting in the course of his duties; or

(c) a person working in a prison with the permission of prison authorities and acting in the course of his work therein.

The appellant was sentenced under the new ss. 218 and 669 of the *Criminal Code* which were enacted and proclaimed into force as part of the same 1976 amendments:

218. (1) Every one who commits first degree murder or second degree murder is guilty of an indictable offence and shall be sentenced to imprisonment for life.

669. The sentence to be pronounced against a person who is to be sentenced to imprisonment for life shall be,

(a) in respect of a person who has been convicted of high treason or first degree murder, that he be sentenced to imprisonment for life without eligibility for parole until he has served twenty-five years of his sentence;

sentence de mort a été commuée, s'il s'agit d'un cas visé à l'alinéa (5)c),

compte tenu du caractère de l'accusé, de la nature de l'infraction et des circonstances qui ont entouré sa perpétration ainsi que toute recommandation faite en application du paragraphe (8) remplacer par ordonnance le nombre d'années spécifié à l'alinéa (5)d) par un nombre d'années supérieur à dix mais ne dépassant pas vingt.

À lieu d'être poursuivie et condamnée sous le régime de ces dispositions, l'appelante a été accusée et reconnue coupable conformément à l'art. 214 du *Code criminel* dans sa version modifiée (le nouvel art. 214), qui a été proclamé en vigueur le 26 juillet 1976, *Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2*, S.C. 1974-75-76, chap. 105:

214. (1) Il existe deux catégories de meurtres: ceux du premier degré et ceux du deuxième degré.

(2) Le meurtre au premier degré est le meurtre commis avec préméditation.

(4) Est assimilé au meurtre au premier degré, le meurtre, dans l'exercice de ses fonctions,

a) d'un officier ou d'un agent de police, d'un constable, d'un shérif, d'un shérif adjoint, d'un officier de shérif ou d'une autre personne employée à la préservation et au maintien de la paix publique;

b) d'un directeur, d'un sous-directeur, d'un instructeur, d'un gardien, d'un geôlier, d'un garde ou d'un autre fonctionnaire ou employé permanent d'une prison;

c) d'une personne travaillant dans une prison avec la permission des autorités de la prison.

La sentence de l'appelante lui a été imposée en vertu des nouveaux art. 218 et 669 du *Code criminel*, qui avaient été édictés et proclamés en vigueur par ces mêmes dispositions modificatrices de 1976:

218. (1) Quiconque commet un meurtre au premier degré ou un meurtre au deuxième degré est coupable d'un acte criminel et doit être condamné à l'emprisonnement à perpétuité.

669. Le bénéfice de la libération conditionnelle est subordonné, en cas de condamnation à l'emprisonnement à perpétuité

a) pour haute trahison ou meurtre au premier degré, à l'accomplissement d'au moins vingt-cinq ans de la peine;

(b) in respect of a person who has been convicted of second degree murder, that he be sentenced to imprisonment for life without eligibility for parole until he has served at least ten years of his sentence or such greater number of years, not being more than twenty-five years, as has been substituted therefor pursuant to section 671;

As the appellant was convicted of first degree murder under the new s. 214, she was sentenced to life imprisonment under the new s. 669(a) with no eligibility for parole for 25 years. If the appellant had been found guilty of murder punishable by life imprisonment, as opposed to murder punishable by death, under the old s. 214, she would have been ineligible for parole for not more than 20 but also not less than 10 years pursuant to the old s. 218. It is this difference in parole ineligibility which forms the basis for the appellant's s. 7 claim.

On appeal of her conviction to the Alberta Court of Appeal, that Court found that the appellant had been tried under the wrong law: *R. v. Gamble and Nichols* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415. The old, not new, *Criminal Code* provisions should have been applied as the new provisions were not in force at the time of the offence. The Alberta Court of Appeal would have directed a new trial if it had not been for the transitional s. 27(2) of the *Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976*:

27. (1) ...

(2) Where proceedings in respect of any offence of treason, piracy or murder, whether punishable by death or not, were commenced before the coming into force of this Act, and a new trial of a person for the offence has been ordered and the new trial is commenced after the coming into force of this Act, the new trial shall be commenced by the preferring of a new indictment before the court before which the accused is to be tried, and

b) pour meurtre au deuxième degré, à l'accomplissement d'au moins dix ans de la peine, délai que le juge peut porter à au plus vingt-cinq ans en vertu de l'article 671;

L'appelante ayant été déclarée coupable de meurtre au premier degré en vertu du nouvel art. 214, elle a été condamnée à l'emprisonnement à perpétuité sous le régime du nouvel al. 669a), sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant d'avoir purgé 25 années de sa sentence. Si l'appelante avait été reconnue coupable d'un meurtre punissable d'emprisonnement à perpétuité, par opposition au meurtre punissable de mort sous le régime de l'ancien art. 214, sa période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle aurait pu être d'au plus 20 ans mais aussi d'au moins 10 ans conformément à l'ancien art. 218. C'est cette différence dans le délai d'inadmissibilité à la libération conditionnelle qui constitue le fondement de la demande adressée par l'appelante en vertu de l'art. 7.

Suite à l'appel interjeté par l'appelante contre sa déclaration de culpabilité, la Cour d'appel de l'Alberta a statué que l'appelante avait été jugée en vertu de la mauvaise loi: *R. v. Gamble and Nichols* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415. Ce sont les anciennes dispositions du *Code criminel*, et non pas les nouvelles, qui auraient dû être appliquées puisque ces dernières n'étaient pas en vigueur au moment où l'infraction a été commise. La Cour d'appel de l'Alberta aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès n'eût été de la disposition transitoire édictée au par. 27(2) de la *Loi de 1976 modifiant le droit pénal n° 2*:

27. (1) ...

(2) Tout nouveau procès ordonné pour trahison, piraterie ou meurtre, punissable ou non de mort, à la suite d'un procès ou autres procédures intentés avant l'entrée en vigueur de la présente loi mais qui cependant a lieu après celle-ci doit commencer par la présentation d'un nouvel acte d'accusation au tribunal par lequel l'accusé

thereafter the offence shall be dealt with, inquired into, tried and determined, and any punishment in respect of the offence shall be imposed as if it had been committed after the coming into force of this Act.

Because this draconian provision would have resulted in the new s. 214 being applied once again if a new trial were ordered, the Court felt it had no recourse but to find that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred.

The appellant applied for leave to appeal to this Court but her application was dismissed on October 3, 1978, [1978] 2 S.C.R. vii.

II

The Issue

In my view, the central issue is whether the appellant's continued incarceration with no parole eligibility for 25 years may be challenged under s. 7 without retrospectively applying the *Charter* either to s. 27(2), the provision which endorsed the retrospective application of the amended provisions of the *Criminal Code* enacted after the commission of the offence, or to the conviction and sentence which s. 27(2) validated. This Court, in *R. v. Milne*, [1987] 2 S.C.R. 512, at pp. 527-28, left open the possibility that the execution or the carrying out of a sentence (which may also be referred to in this context as the punishment) can be reviewed under the *Charter* without applying the *Charter* to the original pronouncement of the sentence. The appellant's s. 7 claim in this case is that the present application of the extended parole ineligibility aspects of her original sentence constitutes an ongoing or continuing deprivation of liberty contrary to principles of fundamental justice.

III

Retrospectivity

I agree with Wilson J. that in order to determine whether the *Charter* is applicable law, a court must ask whether the *Charter* is in force at the

doit être jugé et se poursuivre comme si l'infraction avait été commise après cette entrée en vigueur.

^a Comme cette disposition draconienne aurait eu pour effet de faire appliquer encore une fois le nouvel art. 214 si la tenue d'un nouveau procès avait été ordonnée, la Cour d'appel a considéré qu'elle n'avait d'autre choix que de conclure qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave n'avaient été commis.

^b L'appelante a demandé l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour, mais sa requête a été rejetée le 3 octobre 1978, [1978] 2 R.C.S. vii.

II

La question en litige

^d À mon avis, la question capitale en l'espèce est de savoir si la continuation de l'emprisonnement de l'appelante sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant d'avoir purgé 25 années de sa sentence peut être contestée en vertu de l'art. 7 sans appliquer rétroactivement la *Charte* soit au par. 27(2), qui a sanctionné l'application rétroactive des dispositions modifiées du *Code criminel* adoptées après la perpétration de l'infraction, soit à la déclaration de culpabilité et à la sentence validées par le par. 27(2). Cette Cour, dans l'arrêt *R. c. Milne*, [1987] 2 R.C.S. 512, aux pp. 527 et 528, a laissé ouverte la possibilité que l'exécution d'une sentence (qui peut également être désignée comme la peine dans le présent contexte) soit examinée sous le régime de la *Charte* sans appliquer la *Charte* au prononcé original de la sentence. Suivant la demande que l'appelante a adressée ici en vertu de l'art. 7, la période d'inadmissibilité prolongée à la libération conditionnelle, dont est assortie sa sentence initiale, représente une continuation de privation de sa liberté contraire aux principes de justice fondamentale.

III

La rétroactivité

^j Je conviens avec le juge Wilson que pour déterminer si la *Charte* est applicable, un tribunal doit se demander si la *Charte* était en vigueur au

time at which the act or event which is alleged to infringe the *Charter* took place or had its effect. As this Court recently stated in *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153, at p. 1158, the following formulations of Tarnopolsky J.A. in *R. v. James* (1986), 27 C.C.C. (3d) 1, at pp. 21 and 25, aff'd [1988] 1 S.C.R. 669, are correct:

[O]ne applies the law in force at the time when the act that is alleged to be in contravention of a Charter right or freedom occurs . . . [I]t is important that actions be determined by the law, including the Constitution, in effect at the time of the action.

However, this general statement does not yield a ready answer in every case as one still has to fix in time the relevant act. As demonstrated by the different conclusions of the majority and minority in *Stevens, supra*, this is not necessarily a straightforward task. In *Stevens*, the central disagreement was this: do the words "whether or not he believes that she is fourteen years of age or more" in s. 146(1) of the *Criminal Code* take effect for the purposes of s. 7 analysis at the time the alleged offence was committed or at the time of the trial? Section 146(1) prohibits a male from having sexual intercourse with a female person under 14 years of age who was not also the male's wife.

Wilson J. (Lamer and L'Heureux-Dubé JJ. concurring), for the minority, took the view that the relevant act was the denial of a mistake of fact defence at the time of the trial which had taken place after the *Charter* had entered into force. It followed, in Wilson J.'s view, that the post-*Charter* trial for a pre-*Charter* commission of the s. 146(1) offence violated s. 7 of the *Charter* as it was contrary to principles of fundamental justice to convict and imprison someone, thereby depriving them of liberty, without proof of *mens rea* but instead on the basis of proof of the *actus reus* alone.

moment où l'acte ou l'événement qui l'aurait enfreinte a eu lieu ou a produit son effet. Comme cette Cour l'a récemment déclaré dans l'arrêt *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153, à la p. 1158, l'énoncé suivant du juge Tarnopolsky de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. James* (1986), 27 C.C.C. (3d) 1, aux pp. 21 et 25, conf. [1988] 1 R.C.S. 669, est exact:

[TRADUCTION] [O]n applique la loi en vigueur au moment de l'acte qu'on allègue être en contravention avec un droit ou une liberté garantis par la *Charte* . . . [I]l est important de juger des actions au regard de la loi, y compris la Constitution, en vigueur au moment où elles ont lieu.

Cet énoncé général ne permet toutefois pas de solutionner immédiatement chacun des cas pouvant se présenter: encore reste-t-il à situer l'acte pertinent dans le temps. Comme le démontrent les diverses conclusions des juges formant la majorité et de ceux formant la minorité dans l'arrêt *Stevens*, précité, cette détermination n'est pas nécessairement une tâche simple. Dans l'arrêt *Stevens*, le principal point de désaccord portait sur la question suivante: les mots «que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus», figurant au par. 146(1) du *Code criminel* prenaient-ils effet, pour les fins de l'analyse fondée sur l'art. 7, au moment où l'infraction alléguée a été commise ou au moment du procès? Le paragraphe 146(1) interdit à toute personne du sexe masculin d'avoir des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin qui a moins de 14 ans si celle-ci n'est pas son épouse.

Le juge Wilson (aux motifs duquel ont souscrit les juges Lamer et L'Heureux-Dubé), s'exprimant au nom de la Cour à la minorité, a adopté le point de vue selon lequel l'acte pertinent était la négation d'une défense fondée sur l'erreur de fait au moment du procès qui avait eu lieu après l'entrée en vigueur de la *Charte*. Il s'ensuivait, selon le juge Wilson, que le procès tenu après l'entrée en vigueur de la *Charte* relativement à l'infraction au par. 146(1), commise avant cette entrée en vigueur, violait l'art. 7 de la *Charte*, étant donné qu'il était contraire aux principes de justice fondamentale de déclarer une personne coupable et de l'emprisonner, la privant ainsi de sa liberté, après avoir fait la preuve non pas de la *mens rea*, mais de l'*actus reus* seulement.