

Pertti Tulikorpi *Appellant*

v.

**Attorney General of Ontario,
Administrator of the Penetanguishene
Mental Health Centre and Administrator
of the Whitby Mental Health
Centre** *Respondents*

and

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

**INDEXED AS: PENETANGUISHENE MENTAL HEALTH
CENTRE v. ONTARIO (ATTORNEY GENERAL)**

Neutral citation: 2004 SCC 20.

File No.: 29095.

2003: November 5; 2003: November 7.

Reasons delivered: March 26, 2004.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

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

The appellant was found not criminally responsible (“NCR”) for an assault with a weapon in 1991 by reason of mental disorder. He was committed to a medium security facility, but in 1993 the Ontario Review Board ordered his transfer to a maximum security facility.

Pertti Tulikorpi *Appelant*

c.

**Procureur général de l’Ontario,
Directeur général du Centre de santé
mentale de Penetanguishene et Directeur
général du Centre de santé mentale
de Whitby** *Intimés*

et

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

**RÉPERTORIÉ : CENTRE DE SANTÉ MENTALE DE
PENETANGUISHENE c. ONTARIO (PROCUREUR
GÉNÉRAL)**

Référence neutre : 2004 CSC 20.

Nº du greffe : 29095.

2003 : 5 novembre; 2003 : 7 novembre.

Motifs déposés : 26 mars 2004.

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

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

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

En 1991, l’appelant a été déclaré non responsable
criminellement pour cause de troubles mentaux relative-
ment à une accusation d’agression armée. Il a été placé
en détention dans un établissement à sécurité moyenne,
mais, en janvier 1993, la Commission ontarienne

Under s. 672.54 of the *Criminal Code*, the disposition made by the Review Board must be “the least onerous and least restrictive to the accused”. In July 2000 the Review Board found that the least restrictive, least onerous disposition consistent with managing the appellant to protect the public, taking into account the relevant factors, was his transfer to a medium secure hospital, allowing him hospital and grounds privileges while accompanied by staff. The Court of Appeal held that the requirement of “the least onerous and least restrictive” disposition applied only to choosing among the three potential outcomes, namely an absolute discharge, discharge subject to conditions, or detention in a hospital subject to conditions. It referred the matter back to the Review Board for a rehearing.

Held: The appeal should be allowed.

This appeal and its companion, *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, [2004] 1 S.C.R. 528, 2004 SCC 21, released concurrently, represent the latest round in the attempt to reconcile the twin goals of public safety and the fair treatment of individuals who commit offences while suffering from a mental disorder.

The *Criminal Code* entitles an NCR accused to conditions that, viewed in their entirety, are the least onerous and least restrictive of his liberty consistent with public safety, his mental condition and “other needs” and his eventual reintegration into society. It is not enough to apply the “least onerous and least restrictive” requirement only to the bare choice among the three potential dispositions — absolute discharge, conditional discharge or continued detention. This requirement applies also to the particular conditions forming part of that disposition. This interpretation is dictated by a reading of s. 672.54 in the context of Part XX.1 of the *Criminal Code* as a whole, and by this Court’s earlier decisions in *Winko* and *Owen*.

In terms of the liberty interest, the “disposition” and its “conditions” cannot, as a practical matter, be isolated from one another. The type of hospital in which the NCR accused is to be detained is an integral part of the disposition under s. 672.54(c). Parliament intended the Review Board to consider at every step of s. 672.54 “the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the

d’examen a ordonné son transfert dans un établissement à sécurité maximale. Aux termes de l’art. 672.54 du *Code criminel*, la décision rendue par la Commission doit être « la moins sévère et la moins privative de liberté » pour l’accusé. En juillet 2000, la Commission a conclu que la décision la moins sévère et la moins privative de liberté permettant de concilier la prise en charge de l’appelant et la protection du public, compte tenu des facteurs pertinents, consistait à le transférer à l’établissement à sécurité moyenne, tout en lui accordant des privilèges de déplacement dans l’hôpital et sur ses terrains, accompagné par du personnel hospitalier. La Cour d’appel a jugé que l’obligation de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » ne visait que le choix entre les trois décisions susceptibles d’être prononcées — soit la libération inconditionnelle, la libération assortie de conditions ou la détention dans un hôpital sous réserve de certaines modalités — et elle a renvoyé l’affaire à la Commission pour qu’elle tienne une nouvelle audience.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Le présent pourvoi et le pourvoi connexe, *Pinet c. St-Thomas Psychiatric Hospital*, [2004] 1 R.C.S. 528, 2004 CSC 21, rendu simultanément, représentent la plus récente tentative en vue de concilier le double objectif consistant d’une part à protéger la sécurité du public et d’autre part à traiter équitablement les personnes atteintes de troubles mentaux qui commettent des infractions.

Le *Code criminel* reconnaît aux accusés déclarés non responsables criminellement le droit à des modalités qui, considérées globalement, soient les moins sévères et les moins privatives de liberté eu égard à la sécurité du public, à l’état mental de l’intéressé et aux « besoins » de celui-ci, notamment son éventuelle réinsertion sociale. Il ne suffit pas d’appliquer le critère de la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » au choix entre les trois décisions susceptibles d’être prononcées, c’est-à-dire libération inconditionnelle, libération assortie de conditions ou maintien en détention. Ce critère s’applique également aux modalités particulières faisant partie intégrante de cette décision. Cette conclusion est dictée par une interprétation de l’art. 672.54 qui tient compte du contexte global de la partie XX.1 du *Code criminel* et des arrêts *Winko* et *Owen* de notre Cour.

En ce qui concerne le droit à la liberté, il n’est pas possible, en pratique, de dissocier une « décision » de ses « modalités ». Le type d’hôpital où l’accusé non responsable criminellement doit être détenu fait partie intégrante de la décision rendue en vertu de l’al. 672.54(c). Le législateur entend que, à chaque étape de l’application de l’art. 672.54, la commission d’examen tienne compte « de la nécessité de protéger le public

accused into society and the other needs of the accused”, and there is no textual or contextual reason to isolate the governing requirement of s. 672.54 (“the least onerous and least restrictive”) from the other factors mentioned in the list and hold that it alone does not apply to the formulation of conditions that constitute part of the disposition order.

The word “appropriate” in s. 672.54(b) and (c) cannot be read as conferring a discretion unfettered except by the management expertise and medical judgment of the Review Board to impose such conditions as it thinks fit. Parliament intended “appropriate” to be understood and applied in the framework of making the “least onerous and least restrictive” order consistent with public safety, the mental condition and other needs of the NCR accused, and the objective of his or her eventual reintegration into society.

The Crown’s fears about “hamstringing” Review Boards by the application of a “least onerous and least restrictive” requirement to the conditions of a disposition order are not endorsed by the experts in the field. The overall requirement of “least onerous and least restrictive” is applied in practice by Review Boards to the whole “package” of conditions rather than each individual item. It is hard to see how micromanagement of the conditions attached to a disposition will result from this interpretation, given that the Review Board’s exercise of its mandate is protected by a “reasonableness” standard of review.

In light of the resolution of the issue of statutory interpretation, the basis of the appellant’s constitutional challenge disappears. For the reasons given in *Winko*, s. 672.54 does not infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

On the facts of this case, applying the “reasonableness” standard of review, the Review Board decision should stand. On the evidence, it was reasonable for the Review Board, applying as it did the correct legal test, to order the appellant transferred to the medium security hospital with hospital and grounds privileges, staff accompanied. This disposition not only offered him the potential of substantially greater liberty, but represented an essential step in the appellant’s

face aux personnes dangereuses, de l’état mental de l’accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale », et aucune raison d’ordre textuel ou contextuel ne justifie de dissocier le critère dominant de l’art. 672.54 (« la décision la moins sévère et la moins privative de liberté ») des autres facteurs énumérés dans la liste qui précède et de conclure que cette exigence est la seule qui ne s’applique pas à l’élaboration des modalités qui font partie de la décision.

Le terme « indiquées » (« *appropriate* » dans le texte anglais) aux al. 672.54b) et c) n’a pas pour effet de conférer à la commission d’examen un pouvoir discrétionnaire absolu — si ce n’est des limites de l’expertise de la commission en matière de prise en charge et de son jugement sur le plan médical — l’habilitant à imposer les modalités qu’elle estime opportunes. Le législateur entendait que le terme « indiquées » soit considéré et appliqué dans le cadre du processus qui consiste à rendre la décision qui soit « la moins sévère et la moins privative de liberté », tout en étant compatible avec la sécurité du public, l’état mental de l’accusé non responsable criminellement et ses besoins, notamment son éventuelle réinsertion sociale.

Les experts du domaine ne partagent pas la crainte du ministère public que les travaux des commissions d’examen pourraient être « gênés » par l’application du critère de la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » aux modalités des décisions qu’elles rendent. Les commissions d’examen appliquent l’obligation générale de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » à « l’ensemble » des modalités plutôt qu’à chacune d’elles. Il est difficile d’imaginer comment l’interprétation proposée entraînerait la microgestion des modalités assortissant une décision, compte tenu du fait que la norme de contrôle applicable aux décisions des commissions d’examen est celle de la « décision raisonnable ».

Vu la réponse donnée à la question touchant l’interprétation de la loi, la contestation par l’appelant de la constitutionnalité de l’art. 672.54 n’a plus d’assises. Pour les motifs exposés par notre Cour dans l’arrêt *Winko*, l’art. 672.54 ne contrevient pas à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

À la lumière des faits de l’espèce, il ressort de l’application de la norme de la « décision raisonnable » que la décision de la Commission d’examen doit être confirmée. Compte tenu de la preuve et du fait que la Commission d’examen a appliqué le bon critère juridique, constituait une décision raisonnable l’ordonnance de la Commission enjoignant le transfert de l’appelant dans un établissement à sécurité moyenne et accordant à celui-ci le privilège de circuler dans l’hôpital et sur ses terrains, accompagné

treatment and his potential eventual reintegration into the community.

Cases Cited

Applied: *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *R. v. Owen*, [2003] 1 S.C.R. 779, 2003 SCC 33; **not followed:** *R. v. Pinet* (1995), 23 O.R. (3d) 97; **referred to:** *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, [2004] 1 S.C.R. 528, 2004 SCC 21; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)* (1999), 131 C.C.C. (3d) 473, leave to appeal denied, [1999] 1 S.C.R. vi (*sub nom. Clement v. Attorney General for Ontario*); *R. v. Brunczlik* (2002), 61 O.R. (3d) 321; *Davidson v. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269; *Lajoie v. Québec (Commission québécoise d'examen)*, [1994] R.J.Q. 607; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 542(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.1 [ad. 1991, c. 43, s. 4], 672.54 [*idem*], 672.56 [*idem*], 672.78(1)(a) [*idem*].

Authors Cited

Ontario. Ministry of Health. *Manual of Operating Guidelines for Provincial Psychiatric Hospitals*, No. 10a-35-01, s. 4, June 16, 1995.
 Ontario. Ministry of Health and Long-Term Care. *Assessment, Treatment and Community Reintegration of the Mentally Disordered Offender*. Final Report of the Forensic Mental Health Services Expert Advisory Panel. Toronto: Ministry of Health and Long-Term Care, December 2002.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 146 O.A.C. 321, 158 C.C.C. (3d) 325, 43 C.R. (5th) 189, [2001] O.J. No. 2016 (QL), allowing an appeal from a decision of the Ontario Review Board and ordering a new hearing. Appeal allowed.

Marlys A. Edwardh, Delmar Doucette and Jill Copeland, for the appellant.

de membres du personnel hospitalier. Non seulement cette décision offrait-elle à l'appelant la possibilité de jouir d'une liberté beaucoup plus grande, mais elle représentait également une étape essentielle de son traitement et de son éventuelle réinsertion dans la collectivité.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *R. c. Owen*, [2003] 1 R.C.S. 779, 2003 CSC 33; **arrêt non suivi :** *R. c. Pinet* (1995), 23 O.R. (3d) 97; **arrêts mentionnés :** *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, [2004] 1 R.C.S. 528, 2004 CSC 21; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Penetanguishene Mental Health Centre c. Ontario (Attorney General)* (1999), 131 C.C.C. (3d) 473, autorisation de pourvoi refusée, [1999] 1 R.C.S. vi (*sub nom. Clement c. Attorney General for Ontario*); *R. c. Brunczlik* (2002), 61 O.R. (3d) 321; *Davidson c. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269; *Lajoie c. Québec (Commission québécoise d'examen)*, [1994] R.J.Q. 607; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.1 [aj. 1991, ch. 43, art. 4], 672.54 [*idem*], 672.56 [*idem*], 672.78(1)a [*idem*].
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 542(2).

Doctrine citée

Ontario. Ministère de la Santé. *Manuel des directives de fonctionnement des hôpitaux psychiatriques provinciaux*, n° 10a-35-01, art. 4, 16 juin 1995.
 Ontario. Ministry of Health and Long-Term Care. *Assessment, Treatment and Community Reintegration of the Mentally Disordered Offender*. Final Report of the Forensic Mental Health Services Expert Advisory Panel. Toronto : Ministry of Health and Long-Term Care, December 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 146 O.A.C. 321, 158 C.C.C. (3d) 325, 43 C.R. (5th) 189, [2001] O.J. No. 2016 (QL), qui a accueilli l'appel d'une décision de la Commission ontarienne d'examen et ordonné la tenue d'une nouvelle audience. Pourvoi accueilli.

Marlys A. Edwardh, Delmar Doucette et Jill Copeland, pour l'appelant.

Alexander V. Hrybinsky and Christine Bartlett-Hughes, for the respondent the Attorney General of Ontario.

Leslie McIntosh, Sonal Gandhi and Diana Schell, for the respondents the Administrator of the Penetanguishene Mental Health Centre and the Administrator of the Whitby Mental Health Centre.

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

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

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

The judgment of the Court was delivered by

1 BINNIE J. — The appellant, a person found not criminally responsible for an assault with a weapon by reason of mental disorder in 1991, appeals to this Court the conditions of his continued detention in a mental hospital.

2 The legal question for the Court is whether the “least onerous and least restrictive” requirement of s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, applies only to the bare choice among the three potential dispositions of his case — absolute discharge, conditional discharge or continued detention — as held by the Ontario Court of Appeal, or whether this requirement applies also to the particular conditions forming part of that disposition, as the appellant contends. In fact, the appellant argues that unless the “least onerous and least restrictive” requirement applies to the conditions themselves, then s. 672.54 violates his right to liberty under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the statutory scheme, to that extent, is null and void.

Alexander V. Hrybinsky et Christine Bartlett-Hughes, pour l’intimé le procureur général de l’Ontario.

Leslie McIntosh, Sonal Gandhi et Diana Schell, pour les intimés le Directeur général du Centre de santé mentale de Penetanguishene et le Directeur général du Centre de santé mentale de Whitby.

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

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

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

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — L’appelant, qui en 1991 a été déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux relativement à une accusation d’agression armée, se pourvoit devant notre Cour contre les modalités dont était assorti son maintien en détention dans un hôpital psychiatrique.

La question de droit que doit trancher notre Cour consiste à décider si l’obligation prévue par l’art. 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, à savoir rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté », s’applique seulement au choix entre les trois décisions susceptibles d’être prononcées à l’égard de l’appelant — en l’occurrence libération inconditionnelle, libération assortie de conditions ou maintien en détention —, conclusion à laquelle est arrivée la Cour d’appel de l’Ontario, ou si, comme le prétend l’appelant, cette obligation s’applique également aux modalités particulières faisant partie intégrante de la décision. En fait, celui-ci soutient que, si l’obligation de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » ne s’applique pas aux modalités mêmes de la décision, l’art. 672.54 porte alors atteinte au droit à la liberté que lui garantit l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que, dans cette mesure, le régime établi par la loi est invalide.

Following the hearing of this appeal, the Court concluded that the *Criminal Code* entitles the appellant to conditions that, viewed in their entirety, are the least onerous and least restrictive of his liberty consistent with public safety, his mental condition and “other needs” and his eventual reintegration into society. This interpretation is dictated by a reading of s. 672.54 in the context of Part XX.1 of the *Criminal Code* as a whole, and by this Court’s earlier decisions in *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, and *R. v. Owen*, [2003] 1 S.C.R. 779, 2003 SCC 33. The appeal was therefore allowed with reasons to follow. These are the reasons for that decision.

I. Facts

The appellant has displayed symptoms of chronic schizophrenia since at least 1986 and has been hospitalized on numerous occasions as a result of his illness. His mental disorder has been linked to a lengthy criminal record which includes convictions for theft, mischief, failing to appear and breach of probation. In 1987, he was convicted of sexual assault.

On March 11, 1991, at a rooming house for persons with mental disorders, he stabbed a male staff-worker under the delusional belief that this worker had both beaten and raped him and was about to strangle his mother. He feared he was about to be strangled. The appellant was charged with assault with a weapon. He was found not criminally responsible (“NCR”) on account of mental disorder.

On August 13, 1991, he was committed to the Kingston Psychiatric Hospital, a *medium* security facility. On January 19, 1993, the Ontario Review Board ordered his transfer to a *maximum* security facility (the Oak Ridge Division of the Penetanguishene Mental Health Centre). The appellant submits that his earlier transfer occurred so that he could take part in recreational activities at Oak Ridge and improve the quality of his life. The Crown submits he was transferred because he posed “a serious management problem” at the medium security

Au terme de l’audition du présent pourvoi, notre Cour a jugé que le *Code criminel* reconnaît à l’appelant le droit à des modalités qui, considérées globalement, soient les moins sévères et les moins privatives de liberté eu égard à la sécurité du public, à l’état mental de l’appelant et aux « besoins » de celui-ci, notamment son éventuelle réinsertion sociale. Cette conclusion est dictée par une interprétation de l’art. 672.54 qui tient compte du contexte global de la partie XX.1 du *Code criminel* et des arrêts de notre Cour *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, et *R. c. Owen*, [2003] 1 R.C.S. 779, 2003 CSC 33. Le pourvoi a en conséquence été accueilli avec motifs à suivre. Voici ces motifs.

I. Les faits

L’appelant, qui présente des symptômes de schizophrénie chronique depuis au moins 1986, a été hospitalisé à maintes reprises en raison de sa maladie. On a établi un lien entre ses troubles mentaux et ses nombreux antécédents judiciaires, notamment des déclarations de culpabilités pour vol, méfait, omission de comparaître et défaut de se conformer à une ordonnance de probation. En 1987, il a été déclaré coupable d’agression sexuelle.

Le 11 mars 1991, pendant qu’il résidait dans une maison de chambres pour personnes souffrant de troubles mentaux, il a poignardé un membre du personnel parce qu’il croyait, dans son délire, que l’employé l’avait battu et violé et qu’il s’apprêtait à étrangler sa mère. Il croyait être sur le point de se faire étrangler. Accusé d’agression armée, il a été reconnu non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux.

Le 13 août 1991, il a été placé en détention au Kingston Psychiatric Hospital, établissement à sécurité *moyenne*. Le 19 janvier 1993, la Commission ontarienne d’examen a ordonné son transfert dans un établissement à sécurité *maximale* (l’établissement Oak Ridge du Centre de santé mentale de Penetanguishene). L’appelant soutient qu’on l’a au départ transféré en vue de lui permettre de participer à des activités de loisirs à Oak Ridge et ainsi d’améliorer sa qualité de vie. Selon le ministère public, il a été transféré parce qu’il représentait [TRADUCTION]

3

4

5

6

hospital where he refused treatment and behaved inappropriately. For the purpose of this appeal, we need not decide why he was transferred in 1993.

7 At Oak Ridge, the appellant was diagnosed as suffering from substance abuse and chronic paranoid schizophrenia, a personality disorder with anti-social traits. He was last “physically assaultive” in 1996. In January 1998, he experienced a “significant episode of behavioural dysfunction”. The appellant also engaged in “sexually inappropriate behaviour”. The most recent such episode was in 1998.

8 According to nursing notes dated May 24, 2000, the appellant said that voices from a television set had told him to stop taking his medication, and that his brother had been calling and wanted him out of Oak Ridge. The appellant requires drugs to control his mental disorder. He objects to taking the medication, however, and it is administered by substitute consent provided by his father. In the 12 months prior to the most recent Board Disposition, the appellant had developed a problem with “water intoxication”. The hospital Administrator recommended his continued detention at Oak Ridge maximum security institution.

II. History of the Proceedings

A. *Ontario Review Board*

9 Annual review hearings resulted in orders for the appellant’s continued hospitalization at Oak Ridge from 1993 until July 24, 2000, when the Review Board ordered his transfer to a *medium* security unit, stating:

The Board is unanimously of the view that Mr. Tulikorpi continues to represent a significant threat to the safety of the public by reason of his poor insight into his mental illness and as to the need for medication as well

« un grave problème de prise en charge » à l’hôpital à sécurité moyenne, car il refusait les traitements et se comportait de manière inappropriée. Pour les besoins du présent pourvoi, il n’est pas nécessaire que nous nous prononcions sur les raisons de son transfert en 1993.

À Oak Ridge, on a conclu que l’appelant souffrait de toxicomanie et de schizophrénie paranoïde chronique, troubles de la personnalité comportant des caractéristiques antisociales. Son dernier [TRADUCTION] « acte d’agression physique » remonte à 1996. En janvier 1998, il a présenté un [TRADUCTION] « épisode majeur de dysfonctions comportementales ». Il a également eu [TRADUCTION] « des comportements sexuels inappropriés », dont l’épisode le plus récent est survenu en 1998.

Selon des notes consignées par le personnel infirmier et datées du 24 mai 2000, l’appelant a dit, d’une part, que des voix provenant d’un téléviseur lui avaient dit d’arrêter de prendre ses médicaments, et, d’autre part, que son frère lui avait téléphoné et voulait qu’il quitte Oak Ridge. L’appelant a besoin de médicaments pour maîtriser ses troubles mentaux. Il ne veut toutefois pas les prendre et ils lui sont administrés avec le consentement de son père. Dans les 12 mois qui ont précédé la plus récente décision de la Commission, l’appelant avait commencé à avoir un problème [TRADUCTION] « d’intoxication par l’eau ». Le directeur général de l’hôpital a recommandé son maintien en détention à l’établissement à sécurité maximale Oak Ridge.

II. Historique des procédures

A. *Commission ontarienne d’examen*

La révision annuelle de la décision s’est chaque fois soldée par une ordonnance prolongeant l’hospitalisation de l’appelant à Oak Ridge, de 1993 jusqu’au 24 juillet 2000, date à laquelle la Commission a ordonné son transfert dans une unité à sécurité moyenne et a dit ceci :

[TRADUCTION] La Commission est unanimement d’avis que M. Tulikorpi continue de représenter un risque important pour la sécurité du public du fait de sa compréhension insuffisante de sa maladie mentale et du fait

as the probability that he would immediately become non-compliant in terms of medication and would decompensate such that his behaviour would become dangerous if left to his own devices. He clearly requires monitoring and supervision.

The Board interpreted s. 672.54 of the *Criminal Code* to require the “least onerous and least restrictive” test to be applied to the conditions of the appellant’s continued detention, and not just to the type of detention itself.

The Board then found that the least onerous, least restrictive disposition consistent with managing the appellant and protecting the public, taking into account the relevant factors, was his transfer to the medium secure Whitby Mental Health Centre (“Whitby Hospital”), allowing him hospital and grounds privileges while accompanied by staff. The disposition order read in part as follows:

5. IT IS FURTHER ORDERED that the person in charge of the Whitby Mental Health Centre create a program for the detention in custody and rehabilitation of the accused within the medium secure unit of the Whitby Mental Health Centre, in which the person in charge, in his or her discretion, subject to the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society, and the other needs of the accused, may permit the accused:
 - (a) to attend within or outside of the hospital for necessary medical, dental or compassionate purposes; and
 - (b) hospital and grounds privileges for socialization, recreation and vocation, accompanied by staff.
6. AND IT IS FURTHER ORDERED that the person in charge of the Whitby Mental Health Centre notify the local police at such times as he or she exercises his or her discretion to permit the accused to enter the community and to advise the local police of the

qu’il a besoin de prendre des médicaments et qu’il est probable qu’il cesserait immédiatement de le faire et se retrouverait dans un état de décompensation tel que son comportement deviendrait dangereux s’il était laissé à lui-même. Il a manifestement besoin de surveillance et de supervision.

La Commission a considéré que le critère de la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » prévu par l’art. 672.54 du *Code criminel* s’applique aux modalités du maintien en détention et non pas seulement au type de détention lui-même.

La Commission a ensuite conclu que la décision la moins sévère et la moins privative de liberté permettant de concilier la prise en charge de l’appelant et la protection du public, compte tenu des facteurs pertinents, consistait à le transférer au Centre de santé mentale de Whitby (« l’hôpital de Whitby »), établissement à sécurité moyenne, tout en lui accordant des privilèges de déplacement dans l’hôpital et sur ses terrains, accompagné par du personnel hospitalier. L’ordonnance de la Commission précisait notamment ce qui suit :

[TRADUCTION]

5. LA COMMISSION ORDONNE EN OUTRE au responsable du Centre de santé mentale de Whitby de créer à l’intention de l’accusé un programme de détention et de réadaptation dans l’unité à sécurité moyenne de cet établissement, où le responsable pourra, à son appréciation et eu égard à la nécessité de protéger le public contre les personnes dangereuses, à l’état mental de l’accusé et à ses besoins, notamment la nécessité de sa réinsertion sociale, permettre à l’accusé :
 - a) de se déplacer à l’intérieur et à l’extérieur de l’hôpital pour obtenir des soins médicaux ou dentaires ou pour des raisons d’ordre humanitaire;
 - b) de jouir de privilèges de déplacement dans l’hôpital et sur ses terrains, accompagné par du personnel hospitalier, pour socialiser, se divertir ou participer à des activités de formation professionnelle.
6. ET LA COMMISSION ORDONNE EN OUTRE au responsable du centre de santé mentale de Whitby de prévenir le service de police local lorsqu’il autorise l’accusé à se rendre dans la collectivité et de communiquer au service de police les conditions

10

11

terms and conditions under which he or she permitted the accused to do so pursuant to term 5 of this Disposition.

The Administrators of both Oak Ridge and the Whitby Hospital appealed.

B. *Court of Appeal* (2001), 158 C.C.C. (3d) 325

dont il a assorti l'autorisation donnée conformément au paragraphe 5 de la présente décision.

Tant l'administrateur de l'établissement Oak Ridge que celui de l'hôpital de Whitby ont interjeté appel de cette décision.

B. *Cour d'appel* (2001), 158 C.C.C. (3d) 325

12 The Court of Appeal, following its previous jurisprudence, held that the requirement of "the least onerous and least restrictive" disposition applied only to choosing among the three potential outcomes, namely an absolute discharge, discharge subject to conditions, or detention in a hospital subject to conditions. That choice having been made, in its view it was not necessary that the Review Board also consider whether the type of hospital (e.g., transfer from Oak Ridge to Whitby) or the conditions attached to the order (e.g., hospital and grounds privileges) would themselves be the least onerous and least restrictive.

Appliquant ses arrêts antérieurs, la Cour d'appel a jugé que l'obligation de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » ne visait que le choix entre les trois décisions susceptibles d'être prononcées, soit la libération inconditionnelle, la libération assortie de conditions ou la détention dans un hôpital sous réserve de certaines modalités. De l'avis de la Cour d'appel, une fois cette décision arrêtée, la Commission n'avait pas à se demander si la décision concernant le type d'hôpital (par exemple transfert de Oak Ridge à Whitby) ou les modalités de l'ordonnance (par exemple les privilèges de déplacement dans l'hôpital et sur ses terrains) étaient les moins sévères et les moins privatives de liberté.

13 In that court's view, applying the "least onerous and least restrictive" test to every condition that could be said to impact on the liberty of an NCR accused would hamstring the Review Board in the exercise of its discretion and place the Court of Appeal in the untenable position of having to micro-manage the Review Board's every decision.

De l'avis de la Cour d'appel, l'application du critère de la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » à chacune des modalités susceptibles de restreindre la liberté d'un accusé déclaré non responsable criminellement générerait la commission d'examen dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et placerait la Cour d'appel dans la situation intenable d'avoir à microgérer chacun des aspects des décisions prises par la Commission.

14 As it was not certain that the Review Board would necessarily have come to the same conclusion had it applied the correct legal test, the court referred the matter back to the Board for a rehearing after it obtains additional information concerning the reasons for the earlier 1993 transfer and the suitability of the Whitby Hospital to monitor and treat the appellant.

Comme il n'était pas certain que la Commission d'examen aurait nécessairement tiré la même conclusion si elle avait appliqué le bon critère juridique, la Cour d'appel a renvoyé l'affaire à la Commission pour qu'elle tienne une nouvelle audience après avoir obtenu des renseignements supplémentaires sur les raisons ayant justifié initialement le transfert de l'appellant en 1993 et sur la capacité de l'hôpital de Whitby de surveiller et de traiter l'appellant.

15 The appellant continued to be detained at Oak Ridge pending his appeal to this Court.

L'appellant a continué d'être détenu à Oak Ridge pendant la durée de son pourvoi à notre Cour.

III. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

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

672.1 In this Part,

“disposition” means an order made by a court or Review Board under section 672.54 or an order made by a court under section 672.58;

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

- (a) where a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder has been rendered in respect of the accused and, in the opinion of the court or Review Board, the accused is not a significant threat to the safety of the public, by order, direct that the accused be discharged absolutely;
- (b) by order, direct that the accused be discharged subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate; or
- (c) by order, direct that the accused be detained in custody in a hospital, subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate.

IV. Constitutional Questions

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

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

III. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

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

672.1 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

« décision » Décision rendue par un tribunal ou une commission d'examen en vertu de l'article 672.54 ou décision rendue par un tribunal en vertu de l'article 672.58.

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

- a) lorsqu'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux a été rendu à l'égard de l'accusé, une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci si le tribunal ou la commission est d'avis qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public;
- b) une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées;
- c) une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées.

IV. Les questions constitutionnelles

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

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

18 The Court granted the parties leave to file supplementary evidence on the legislative facts related to the constitutional questions.

V. Analysis

19 This appeal and its companion, *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, [2004] 1 S.C.R. 528, 2004 SCC 21, released concurrently, represent the latest round in the attempt to reconcile the twin goals of public safety and the fair treatment of individuals who commit offences while suffering from a mental disorder.

20 In *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, the Court struck down the former s. 542(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which provided that, where an accused was found to be “insane” at the time of the offence, he was to “be kept in strict custody in the place and in the manner” directed “until the pleasure of the lieutenant governor of the province is known”. Because there was no provision for periodic reviews or hearings or “other procedural safeguards”, the then s. 542(2) of the *Criminal Code* was held to infringe s. 7 of the *Charter* on the basis that an accused, who was “insane”, was deprived of his or her right to liberty in a manner that was not in accordance with the principles of fundamental justice. The infringement could not be justified under s. 1.

21 In response to *Swain*, Parliament, in 1991, enacted Part XX.1 of the *Criminal Code*, which described such accused persons as “not criminally responsible” (“NCR”) and placed them in a special stream that emphasized treatment and stabilization over incarceration and punishment. The continued detention of such persons was made conditional on a showing that they posed “a significant threat to the safety of the public” (s. 672.54).

22 Part XX.1 was itself attacked as a violation of s. 7 of the *Charter* in *Winko*, *supra*. The Court concluded that the constitutionality of the scheme was

Notre Cour a donné aux parties l’autorisation de déposer des éléments de preuve supplémentaires concernant les faits législatifs se rapportant aux questions constitutionnelles.

V. L’analyse

Le présent pourvoi et l’arrêt connexe, *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, [2004] 1 R.C.S. 528, 2004 CSC 21, rendu simultanément, représentent la plus récente tentative en vue de concilier le double objectif de protection de la sécurité du public et de traitement équitable des personnes atteintes de troubles mentaux qui commettent des infractions.

Dans l’arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, notre Cour a invalidé l’ancien par. 542(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, qui précisait que lorsqu’il était constaté que l’accusé était « aliéné » au moment où l’infraction avait été commise, celui-ci devait être « tenu sous une garde rigoureuse dans le lieu et de la manière » prévus par l’ordonnance « jusqu’à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur de la province soit connu ». Comme cette disposition ne prévoyait ni examen périodique, ni audience ou « autre forme quelconque de garantie procédurale », notre Cour a jugé qu’elle contrevenait à l’art. 7 de la *Charte* au motif que les accusés « aliénés » se voyaient privés de leur droit à la liberté d’une manière qui n’était pas conforme aux principes de justice fondamentale. Cette atteinte ne pouvait être justifiée en vertu de l’article premier.

Par suite de l’arrêt *Swain*, le Parlement a édicté en 1991 la partie XX.1 du *Code criminel*, qui déclare de tels accusés « non responsables criminellement » et établit à leur égard une procédure spéciale mettant davantage l’accent sur le traitement et la stabilisation de l’intéressé que sur l’incarcération et la punition. Pour que le maintien en détention de telles personnes puisse être ordonné, il faut désormais établir qu’elles représentent « un risque important pour la sécurité du public » (art. 672.54).

Dans l’arrêt *Winko*, précité, la validité de la partie XX.1 elle-même a été contestée parce que, prétendait-on, elle contrevenait à l’art. 7 de la

saved by the requirement, *per* McLachlin J. (as she then was), that “an absolute discharge be granted unless the court or Review Board is able to conclude that [the NCR accused persons] pose a significant risk to the safety of the public” (para. 3). In that context (at para. 42),

Parliament has signalled that the NCR accused is to be treated with the utmost dignity and afforded the utmost liberty compatible with his or her situation.

The appellant argues that, if the NCR detainee is not protected by the “least onerous and least restrictive” requirement, the *Charter* challenge dismissed in *Winko* is brought back to life.

More recently, in *Owen*, *supra*, where an NCR accused challenged as unreasonable an order for his continued detention in a mental hospital, a majority of this Court upheld the detention order but acknowledged that (at para. 52):

The appeal of an NCR disposition order under Part XX.1 of the *Criminal Code* is not an appeal in an adversarial criminal prosecution . . . but an inquisitorial administrative procedure designed to arrive at the least restrictive regime for an NCR detainee consistent with public safety. [Emphasis added.]

The “least restrictive regime”, in ordinary language, would include not only the place or mode of detention but the conditions governing it. On the face of it, therefore, *Winko* and *Owen* would appear to have decided the point of statutory interpretation in the appellant’s favour. The liberty interest of the NCR accused is not exhausted by the simple choice among absolute discharge, conditional discharge, or hospital detention on conditions. A variation in the conditions of a conditional discharge, or the conditions under which an NCR accused is detained in a mental hospital, can also have serious

Charte. Notre Cour a conclu, sous la plume de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), que la constitutionnalité du régime était sauvegardée par l’exigence requérant que les accusés non responsables criminellement « soient libérés inconditionnellement à moins que le tribunal ou la commission d’examen ne soit en mesure de conclure qu’ils représentent un risque important pour la sécurité du public » (par. 3). Dans ce contexte (par. 42),

le législateur a voulu que l’accusé non responsable criminellement soit traité avec la plus grande dignité et jouisse de la plus grande liberté possible, compte tenu de son état.

L’appellant plaide que, si l’obligation de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » ne protège pas les détenus non responsables criminellement, la contestation fondée sur la *Charte* qu’a rejetée notre Cour dans l’arrêt *Winko* doit être réexaminée.

Plus récemment, dans l’affaire *Owen*, précitée, où un accusé non responsable criminellement contestait une ordonnance intimant son maintien en détention dans un hôpital psychiatrique, affirmant que cette ordonnance était déraisonnable, notre Cour à la majorité a confirmé l’ordonnance, mais a reconnu le point suivant, au par. 52 :

L’appel d’une ordonnance de non-responsabilité criminelle sous le régime de la partie XX.1 du *Code criminel* ne constitue pas une procédure contradictoire d’appel d’une poursuite criminelle [. . .] mais bien une procédure administrative de nature inquisitoire visant à établir le régime le moins contraignant pour un détenu non responsable criminellement tout en préservant la sécurité du public. [Je souligne.]

Dans le langage courant, l’expression « régime le moins contraignant » s’entend non seulement du lieu ou du mode de détention mais aussi des modalités régissant celle-ci. À première vue donc, les arrêts *Winko* et *Owen* semblent trancher la question d’interprétation législative en faveur de l’accusé. La prise en compte du droit à la liberté d’un accusé déclaré non responsable criminellement ne prend pas fin dès qu’a été arrêtée la décision entre la libération inconditionnelle, la libération assortie de conditions ou la détention dans un hôpital sous réserve de certaines modalités. La modification

ramifications for his or her liberty interest, as will be seen.

A. *The Arguments Put Against the Appellant*

25

The Crown and the supporting interveners seek to uphold the decision of the Ontario Court of Appeal on three principal grounds:

1. As a matter of statutory interpretation, the “least onerous, least restrictive” test does not apply to conditions that form part of a disposition.

2. The statutory test applicable to the setting of conditions is “appropriateness”. In fashioning conditions, “[t]he Review Board [may have] to consider many factors which are health care related and are not readily measurable against a ‘least onerous, least restrictive’ standard”. Such factors include location of specific treatment programs, patients’ past experience in a particular facility, effects of a transfer on a patient, access to family, potential risk to other patients, patient wishes, and the availability of space/supervision. It is logical, the Crown argues, that dispositions and conditions of dispositions are governed by different standards.

3. As a policy matter, it is desirable that the discretion of the Board be unfettered regarding the conditions it considers appropriate, and the specifics delegated to professional caregivers without “micro-management” by the court.

26

In support of its position, the Crown relies upon a line of authority in the Ontario Court of Appeal,

des modalités assortissant la libération de l’intimé ou sa détention dans un hôpital psychiatrique peut elle aussi, comme nous le verrons plus loin, avoir de graves répercussions sur le droit à la liberté de l’accusé.

A. *Les arguments invoqués contre l’appellant*

Le ministère public et les intervenants qui l’appuient demandent la confirmation de l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario, invoquant trois moyens principaux :

1. Du point de vue de l’interprétation des lois, le critère de la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » ne s’applique pas aux modalités qui font partie de la décision.

2. Le critère prévu par la loi aux fins de détermination des modalités est le « caractère indiqué » de celles-ci. Pour établir ces modalités, [TRADUCTION] « [l]a commission d’examen [peut être appelée] à examiner de nombreux facteurs qui touchent aux soins de santé et ne sont pas facilement mesurables au regard de la ‘norme de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté’ ». Parmi ces facteurs, mentionnons le lieu des programmes de traitement, l’expérience antérieure du patient dans un établissement donné, les effets du transfert sur le patient, l’accès à sa famille, les risques potentiels pour les autres patients, les désirs du patient, les places disponibles et la supervision assurée. Il est donc logique, affirme le ministère public, que les décisions et leurs modalités soient régies par des normes différentes.

3. Du point de vue de la politique générale, il est souhaitable que la commission dispose d’un pouvoir discrétionnaire absolu à l’égard des modalités qu’elle juge indiquées, et que la responsabilité des détails soient déléguée au personnel soignant, sans « microgestion » par les tribunaux.

Le ministère public fonde sa thèse sur la jurisprudence de la Cour d’appel de l’Ontario, notamment

including *R. v. Pinet* (1995), 23 O.R. (3d) 97 (“*Pinet No. 1*”), at p. 102; *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)* (1999), 131 C.C.C. (3d) 473, at p. 478, leave to appeal denied, [1999] 1 S.C.R. vi (*sub nom. Clement v. Attorney General for Ontario*); and *R. v. Brunczlik* (2002), 61 O.R. (3d) 321.

The Ontario Review Board and the Nunavut Review Board in response, rely upon what they say is a conflicting line of authority in other provinces in decisions that pre-date *Winko*, *supra*, including *Davidson v. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269 (B.C.C.A.), at pp. 277-78; *Lajoie v. Québec (Commission québécoise d’examen)*, [1994] R.J.Q. 607 (C.A.), at p. 610.

B. *The Factual Context*

The legal issues thus raised need to be put in their factual context. The Review Board order continued the appellant’s detention “in custody in a hospital” under para. (c) of s. 672.54, even though he was transferred from a maximum security hospital to a medium security hospital. There was therefore, in the parlance of *Pinet No. 1*, no change of “disposition”. Yet the evidence shows that the restrictions on liberty in various mental institutions and at various levels of security vary enormously.

There are 10 hospitals in Ontario designated by the provincial Minister of Health for the custodial treatment of NCR accused. These hospitals operate out of 12 locations around the province. Oak Ridge is the only facility designated “maximum” security. The rooms are cell-like, with barred or solid steel doors, barred windows and attached steel fixtures (sink, toilet, bed). The use of privacy curtains is limited. Access to privileges and facilities is strictly controlled. In some ward areas of Oak Ridge, detainees are not allowed to keep soap, a toothbrush or a comb in their rooms, or in some

R. c. Pinet (1995), 23 O.R. (3d) 97 (« *Pinet n° 1* »), p. 102; *Penetanguishene Mental Health Centre c. Ontario (Attorney General)* (1999), 131 C.C.C. (3d) 473, p. 478, autorisation de pourvoi refusée, [1999] 1 R.C.S. vi (*sub nom. Clement c. Attorney General for Ontario*); et *R. c. Brunczlik* (2002), 61 O.R. (3d) 321.

La Commission ontarienne d’examen et la Commission d’examen du Nunavut répondent en invoquant ce qu’elles appellent le courant jurisprudentiel contradictoire formé d’arrêts rendus dans d’autres provinces avant l’arrêt *Winko*, précité, notamment *Davidson c. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269 (C.A.C.-B.), p. 277-278; *Lajoie c. Québec (Commission québécoise d’examen)*, [1994] R.J.Q. 607 (C.A.), p. 610.

B. *Le contexte factuel*

Les questions de droit ainsi soulevées doivent être situées dans le contexte factuel qui leur est propre. La Commission d’examen a ordonné le maintien en « détention de l’a[ppelant] dans un hôpital » conformément à l’al. c) de l’art. 672.54, même s’il a été transféré d’un hôpital à sécurité maximale à un hôpital à sécurité moyenne. Pour reprendre le langage utilisé dans l’arrêt *Pinet n° 1*, il n’y a donc eu aucun changement de [TRADUCTION] « décision ». Pourtant, la preuve démontre que les restrictions à la liberté varient énormément dans les différents hôpitaux psychiatriques et d’un niveau de sécurité à l’autre.

En Ontario, 10 hôpitaux ont été désignés par le ministre de la Santé de la province comme établissement de traitement en détention des accusés non responsables criminellement. Ces hôpitaux sont exploités à 12 endroits différents dans la province. Oak Ridge est le seul établissement à sécurité « maximale ». Les chambres y sont aménagées comme des cellules : les portes sont blindées ou munies de barreaux, les fenêtres sont elles aussi munies de barreaux, le mobilier et les articles de plomberie (lit, lavabo, toilette) sont fixés en place par des dispositifs d’acier. L’installation de rideaux

27

28

29

cases to use a pen. Visits to the canteen may be escorted.

opaques est limitée. La jouissance des divers privilèges et installations est strictement contrôlée. Dans certains services à Oak Ridge, il est interdit aux détenus de garder dans leur chambre des savons, brosses à dents ou peignes, et même, dans certains cas, d'utiliser un stylo. Il arrive que les visites à la cantine doivent être effectuées sous escorte.

30

The Ontario hospital system provides three levels of security below the Oak Ridge “maximum”, namely, double-lock medium (high medium), single-lock medium (regular medium) and minimum. These levels permit detainees what is called “a cascade” of increasingly greater levels of liberty. At the Royal Ottawa Health Care Group at Brockville, for example, the doors are unlocked during the day. Most patients, though formally “detained” in the hospital, have unsupervised grounds or unsupervised community privileges. The importance of these lower level security hospitals is that they can facilitate the gradual reintegration of detainees into the community as the twin goals of public safety and treatment permit, with progressively greater access to family, community facilities and outward-looking programming, and their attendant therapeutic effect.

Le système d'hôpitaux ontariens comporte trois niveaux de sécurité en dessous du niveau « maximal » (Oak Ridge) : haute sécurité, sécurité moyenne et sécurité minimale. Pour les détenus, ces divers niveaux de sécurité se traduisent par ce qu'on appelle [TRADUCTION] « une cascade » de degrés sans cesse croissants de liberté. Par exemple, aux Services de santé Royal Ottawa à Brockville, les portes sont déverrouillées pendant la journée. Bien qu'ils soient officiellement en « détention » dans l'hôpital, la plupart des patients jouissent de privilèges d'accès sans supervision aux terrains de l'hôpital ou à la collectivité. L'importance de ces hôpitaux dont le niveau de sécurité est moins élevé tient au fait qu'ils peuvent faciliter la réinsertion graduelle des détenus au sein de la collectivité — dans le respect toujours du double objectif de protection de la sécurité du public et de traitement des détenus — en leur permettant d'avoir accès graduellement à leur famille, aux installations et services dans la collectivité et aux programmes offerts à l'extérieur de l'établissement, et ainsi de bénéficier des effets thérapeutiques de telles mesures d'accès.

31

It is obvious that once the Review Board has made the disposition to “a hospital” under s. 672.54(c), choice of the type of hospital and level of security and conditions of detention will have a vital impact on the liberty interest of the detainee. Confinement to a cell-like room at Oak Ridge is a long way from a life of liberal access to the community at the Royal Ottawa Health Care Group facility at Brockville.

Il est évident que, lorsque la Commission d'examen décide d'ordonner la détention de l'accusé « dans un hôpital » en vertu de l'al. 672.54c), le choix du type d'hôpital, du niveau de sécurité de l'établissement et des modalités de détention aura des répercussions cruciales sur le droit à la liberté du détenu. L'internement à Oak Ridge, dans une chambre semblable à une cellule, diffère considérablement du fait d'être détenu à l'établissement des Services de santé Royal Ottawa à Brockville et de profiter de généreux privilèges d'accès à la collectivité.

32

Apart from hospital selection, there are other conditions routinely considered by Review Boards that also affect the liberty interest having regard to “the

Outre le choix de l'hôpital, la commission d'examen considère régulièrement d'autres modalités portant elles aussi atteinte au droit à la liberté, compte

need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused”. The disposition order may specify that the detainee is (or is not) to have access to the grounds of the hospital, or to the community within a defined radius (including a weekend or overnight pass), and, if so, the level of accompanying supervision, if any. The Review Board may specify the purposes for which community access is authorized (such as medical or dental treatment, education, employment, recreation, or social activities). Equally, the conditions may place particular restrictions on a detainee’s liberty. In a conditional discharge under s. 672.54(b) for example, such restrictions may include a prohibition against consuming alcohol or drugs, using or possessing firearms, associating with particular persons or classes of persons, and reporting requirements.

A simple disposition under para. (b) or (c) of s. 672.54 tells only part of the relevant story, and even that part may be an oversimplification. One might expect, for example, that a disposition under (c) that “the accused be detained in custody in a hospital” means that the detainee will in fact reside in the hospital but that would be wrong. In some Ontario mental health hospitals, a significant percentage of detainees (at times over 50 percent) may reside in the community on “appropriate” conditions.

Dr. John Bradford is the Clinical Director of the Integrated Forensic Program, and the Co-Director of the Sexual Behaviours Clinic of the Royal Ottawa Health Care Group. He is also a Professor of Psychiatry, and the Head of the Division of Forensic Psychiatry at the Faculty of Medicine, University of Ottawa. In the supplementary material filed on the constitutional questions, he testified that “[b]ecause of the wide range of increments of liberty which can be effected within a medium security institution, the level of security of the institution in which an

tenu « de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l’état mental de l’accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale ». Il arrive que la décision de la commission d’examen précise si le détenu peut (ou non) circuler sur les terrains de l’hôpital ou dans un certain rayon au sein de la collectivité (notamment en vertu d’un laissez-passer valable pour la nuit ou pour la fin de semaine) et, dans l’affirmative, s’il doit être accompagné et, si oui, quel est le niveau de supervision requis. La commission d’examen peut indiquer à quelles fins les sorties dans la collectivité sont autorisées (par exemple traitements médicaux ou dentaires, éducation, travail, loisirs ou activités sociales). De même, les modalités imposées peuvent à certains égards restreindre la liberté du détenu. Par exemple, si l’accusé est libéré à certaines conditions en vertu de l’al. 672.54b), ces conditions peuvent comprendre l’interdiction de consommer des drogues ou de l’alcool, d’utiliser ou de posséder des armes à feu, de fréquenter certaines personnes ou catégories de personnes, ainsi que l’obligation de se présenter à des moments donnés.

Les seuls mots utilisés à l’al. 672.54b) ou c) ne révèlent qu’un aspect de la décision pertinente et simplifient peut-être même excessivement cette situation. Par exemple, il est permis de penser que la décision prévue à l’al. c) — à savoir la « détention de l’accusé dans un hôpital » — signifie que dans les faits le détenu résidera à l’hôpital, alors que ce n’est pas nécessairement le cas. En effet, dans certains hôpitaux psychiatriques ontariens, il arrive qu’un pourcentage important de détenus (parfois supérieur à 50 p. 100) réside dans la collectivité, sous réserve des modalités jugées « indiquées ».

Le D^r John Bradford est directeur des Services cliniques du programme médico-légal et codirecteur de la Clinique des comportements sexuels des Services de santé Royal Ottawa. Il est également professeur de psychiatrie et chef de la Chaire de psychiatrie légale de la Faculté de médecine de l’Université d’Ottawa. Dans les documents supplémentaires déposés relativement aux questions constitutionnelles, il a témoigné que, [TRADUCTION] « [v]u le large éventail de degrés progressifs de liberté qui peuvent être accordés dans un

33

34

NCR accused is detained is not, standing alone, the best measure of the relative liberty available to the individual.” The Crown agreed that the mix of conditions might make a medium security facility less attractive to a detainee than the maximum security facility at Oak Ridge, stating in its factum:

The commonly used security level classifications are not defined and there are many other conditions relating to the freedom of movement provided to the patient within the facility that will determine the relative liberty available to the NCR accused.

A severely restricted NCR accused, for example, might find more programs and amenities accessible within the secure perimeter at Oak Ridge than at a less secure hospital where he might be “restricted to the ward he is placed in”.

35 Moreover, Dr. Stephen Hucker, the Crown expert, testified as follows:

Q. And would you agree with me, with possibly a few exceptions, NCR or unfit patients are not clamouring to be transferred to or to stay at Oak Ridge?

A. Some have asked to be returned. Some have claimed to have re-offended because they wanted to go back, if you want to believe their story. There are some that find conditions in medium to be more restrictive than they thought. The common sense would be, here I am in maximum, medium must be better, it must be least restrictive and onerous. But in practice that may not be true.

36 Even this brief review of the factual context in which s. 672.54 operates is enough, I think, to show how closely the issue of statutory interpretation is bound up with the appellant’s *Charter* argument. The Crown’s argument that the appellant’s liberty

établissement à sécurité moyenne, le niveau de sécurité de l’établissement dans lequel est détenu l’accusé non responsable criminellement ne constitue pas, en soi, la meilleure façon de mesurer la liberté relative dont jouit l’accusé. » Le ministère public a concédé que l’ensemble des modalités fixées pourrait amener le détenu à considérer l’établissement à sécurité moyenne moins intéressant que l’établissement à sécurité maximale Oak Ridge, et il a affirmé ceci dans son mémoire :

[TRADUCTION] L’échelle de classement par niveau de sécurité qui est couramment utilisée n’est pas définie et une foule d’autres conditions touchant à la liberté de circulation accordée au patient à l’intérieur de l’établissement déterminent le degré de liberté relative dont jouit l’accusé non responsable criminellement.

Par exemple, un accusé non responsable criminellement assujéti à de sévères restrictions pourrait avoir accès à davantage de programmes et d’installations à l’intérieur du périmètre sécuritaire d’Oak Ridge que dans un hôpital à sécurité moins élevée où [TRADUCTION] « ses déplacements peuvent être restreints au service dans lequel il a été placé ».

Qui plus est, le D^r Stephen Hucker, l’expert du ministère public, a dit ceci dans son témoignage :

[TRADUCTION]

Q. Et vous conviendrez avec moi, qu’à quelques exceptions près, les patients inaptes ou non responsables criminellement n’insistent pas pour être transférés à Oak Ridge ou pour y demeurer?

R. Certains ont demandé à y être renvoyés. Certains prétendent avoir commis d’autres infractions parce qu’ils voulaient y retourner, si on veut bien les croire. Il y a des patients qui trouvent que les conditions de détention dans les établissements à sécurité moyenne sont plus contraignantes qu’ils ne le croyaient. Il serait logique pour quelqu’un de se dire bon je suis dans un établissement à sécurité maximale, alors un établissement à sécurité moyenne est sûrement mieux, il doit être moins restrictif et moins sévère. Mais en pratique, il est possible que ce ne soit pas le cas.

Même ce bref examen du contexte factuel de l’application de l’art. 672.54 permet selon moi de démontrer le lien étroit qui existe entre la question d’interprétation législative et l’argument de l’appelant fondé sur la *Charte*. Il ressort des faits que

interest is restricted to the simple choice between absolute discharge, conditional discharge and hospital detention on “appropriate” conditions is, on the facts, an oversimplification.

I turn, then, to the Crown’s arguments.

C. *The Statutory Interpretation Argument*

The Crown adopts the analysis of McKinlay J.A. in *Pinet No. 1*, at p. 101:

In my view, the correct reading of s. 672.54 is that only three dispositions are possible — (a) absolute discharge, (b) discharge subject to conditions, and (c) detention in a hospital subject to conditions — and that the criteria set out in the preceding portion of the section are relevant only to a choice between dispositions (a), (b), or (c). Thus consideration of the least onerous and least restrictive disposition is required only with respect to a determination as to whether the accused should be absolutely discharged, discharged subject to conditions, or detained in a hospital subject to conditions. That determination having been made, and the requirements in the first part of s. 672.54 having been satisfied, it is not necessary that the Board, in imposing conditions under (b) or (c), consider whether the type of hospital or the conditions contemplated under (b) or (c) would be the least onerous and least restrictive.

Moldaver J.A., in the present appeal, signalled some unease with this position when he noted the “forceful argument . . . that the naming of a specific hospital or type of hospital within which the NCR accused is to be detained is not a condition at all but rather, an integral part of the disposition under subs. (c) . . . [In which case the] Board would of course be obliged to apply the ‘least onerous, least restrictive test’ in arriving at its decision” (para. 27). (Given his conclusion that *Pinet No. 1* remained the law of Ontario, however, he held that the Review Board applied the wrong legal test.)

l’argument du ministère public selon lequel le droit à la liberté de l’appelant ne joue qu’au moment du choix entre la libération inconditionnelle, la libération assortie de certaines conditions ou la détention dans un hôpital sous réserve des modalités jugées « indiquées » simplifie excessivement la question.

Je vais maintenant examiner les arguments du ministère public.

C. *L’argument fondé sur l’interprétation de la loi*

Le ministère public adopte l’analyse faite par le juge McKinlay à la p. 101 de l’arrêt *Pinet n° 1* :

[TRADUCTION] À mon avis, selon l’interprétation qu’il convient de donner de l’art. 672.54, trois décisions seulement sont possibles — a) libération inconditionnelle, b) libération sous réserve de certaines modalités et c) détention dans un hôpital selon certaines modalités — et les critères énoncés dans le passage introductif de l’article ne sont pertinents qu’à l’égard du choix entre la décision a), b) ou c). Le critère de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté ne s’applique qu’à la question de savoir si l’accusé doit être libéré inconditionnellement, libéré sous réserve de certaines modalités ou détenu dans un hôpital selon certaines modalités. Lorsque la Commission a pris cette décision et respecté les exigences du passage introductif de l’art. 672.54, il n’est pas nécessaire, lorsqu’elle impose des modalités en vertu de l’alinéa b) ou c), qu’elle se demande si l’hôpital ou les modalités envisagés sont les moins sévères et les moins privatives de liberté.

En l’espèce, le juge Moldaver a manifesté une certaine perplexité à l’égard de cette thèse lorsqu’il a fait état du [TRADUCTION] « solide argument [. . .] voulant que la désignation expresse de l’hôpital ou type d’hôpital où l’accusé non responsable criminellement doit être détenu ne constitue aucunement une modalité mais fasse plutôt partie intégrante de la décision rendue en vertu de l’al. c). [. . .] [Si c’est le cas, la] Commission serait évidemment tenue d’appliquer le “critère de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté” lorsqu’elle prend cette décision » (par. 27). (Toutefois, vu sa conclusion que l’arrêt *Pinet n° 1* demeurerait le droit applicable en Ontario, il a conclu que la Commission d’examen n’avait pas appliqué le bon critère juridique.)

37

38

39

- 40 I agree that the type of hospital in which the NCR accused is to be detained is “an integral part of the disposition under subs. (c)”. Moreover, in terms of the liberty interest, the “disposition” and its “conditions” cannot, as a practical matter, be isolated from one another as was shown, I believe, in the foregoing discussion of the factual context.
- 41 As to the statutory text, the French language equivalent of “disposition” is “*décision*”, and the Review Board is required to “*rend[re] la décision la moins sévère et la moins privative de liberté parmi celles qui suivent . . .*” (s. 672.54). One would not normally attempt to isolate conceptually a “*décision*” from the terms of which it is composed.
- 42 Similarly, in the English text, s. 672.1 provides that “‘disposition’ means an order made by a court or Review Board under section 672.54 . . .” (emphasis added). The order, of course, includes the conditions.
- 43 The “conditions” are not something that is bolted onto the disposition after it is made.
- 44 In Gonthier J.’s concurring judgment in *Winko*, *supra*, which was not in disagreement with the majority on this point, he made it clear that the “least onerous and least restrictive” requirement extended to the conditions that formed part of the disposition (at paras. 148 and 165):
9. When deciding whether to make an order for a conditional discharge or for detention in a hospital and when crafting the appropriate conditions, if any, the court or Review Board must again consider the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the NCR accused, the reintegration of the NCR accused into society, and the other needs of the NCR accused, and make the order that is the least onerous and least restrictive to the NCR accused.
- Je reconnais que le type d’hôpital où l’accusé non responsable criminellement doit être détenu fait « partie intégrante de la décision rendue en vertu de l’al. c) ». En outre, en ce qui concerne le droit à la liberté, comme l’a selon moi démontré l’analyse du contexte factuel, il n’est pas possible en pratique de dissocier une « décision » de ses « modalités ».
- Pour ce qui est du texte de loi, l’équivalent du terme anglais « *disposition* » dans la version française est « décision » et la commission d’examen est tenue de « rend[re] la décision la moins sévère et la moins privative de liberté parmi celles qui suivent . . . » (art. 672.54). On ne cherche généralement pas à dissocier conceptuellement une « décision » des modalités dont elle est composée.
- De même, la version anglaise de la définition de « *disposition* » à l’art. 672.1 précise que « “*disposition*” means an order made by a court or Review Board under section 672.54 . . . » (je souligne). Tout comme le mot « décision », le mot « order » s’entend évidemment lui aussi de ses modalités.
- Les « modalités » ne sont pas des pièces qu’on fixe à la décision après son prononcé.
- Dans son opinion concordante dans l’arrêt *Winko*, précité, opinion qui sur ce point ne différait pas de celle de la majorité, le juge Gonthier a clairement indiqué que l’obligation de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » s’applique aux modalités qui font partie de la décision (par. 148 et 165) :
9. Lorsqu’il choisit de rendre une décision portant libération conditionnelle de l’accusé non responsable criminellement ou une décision portant détention de celui-ci dans un hôpital et qu’il décide des modalités qui s’imposent, le cas échéant, le tribunal ou la commission d’examen doit, encore une fois, rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l’état mental de l’accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale.

Dangerous NCR accused can be subjected only to the disposition and the conditions that are the least onerous and restrictive upon them, taking into account the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused. . . . [Emphasis added.]

My reading of s. 672.54 as a whole is that Parliament intended the Review Board to consider at every step of s. 672.54 “the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused”, and there is no textual or contextual reason to isolate the governing requirement of s. 672.54 (“the least onerous and least restrictive”) from the preceding list and hold that it alone does not apply to the formulation of conditions that constitute part of the *décision* or disposition order.

However, the Crown points out that in both (b) and (c), Parliament has used the expression “subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate” in English and “*sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées*” in French (emphasis added).

From this, the Crown contends that, in fashioning terms or conditions, the courts and Review Board are constrained only by what they consider “appropriate” in the circumstances, and therefore do not need to consider whether the conditions are the least onerous and least restrictive to the NCR accused.

D. The “Appropriateness Standard”

The word “appropriate” (“*indiqué*”) generally confers a very broad latitude and discretion. The Attorney General of Canada refers to the characterization of the expression “appropriate and just in the circumstances”, and its French equivalent, in s. 24(1) of the *Charter* by relying upon *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 965: “[i]t is

L’accusé non responsable criminellement et qui est dangereux ne peut être assujéti qu’à la décision et aux conditions qui sont les moins sévères et les moins privatives de liberté, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l’état mental de l’accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale . . . [Je souligne.]

D’après mon interprétation de l’art. 672.54 dans son ensemble, le législateur entend que, à chaque étape de l’application de cette disposition, la commission d’examen tienne compte « de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l’état mental de l’accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale », et aucune raison d’ordre textuel ou contextuel ne justifie de dissocier le critère dominant de l’art. 672.54 (« la décision la moins sévère et la moins privative de liberté ») de la liste qui précède et de conclure que cette exigence est la seule qui ne s’applique pas à l’élaboration des modalités qui font partie de la décision (« *disposition* » ou « *order* » en anglais).

Toutefois, le ministère public souligne que, aux al. b) et c), le législateur a employé l’expression « *subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate* » en anglais et « sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge *indiquées* » en français (je souligne).

Invoquant la présence de cette expression, le ministère public prétend que la seule restriction à la latitude dont disposent les tribunaux et la commission dans l’élaboration des modalités est qu’ils doivent s’en tenir aux conditions qu’ils considèrent « indiquées » dans les circonstances et qu’ils n’ont en conséquence pas à se demander si ces modalités sont, dans le cas de l’accusé qui a été déclaré non responsable criminellement, les moins sévères et les moins privatives de liberté.

D. La « norme du caractère indiqué »

Le mot « *appropriate* » (« *indiqué* ») évoque généralement l’existence d’une très grande latitude et d’un très large pouvoir discrétionnaire. Le procureur général du Canada fait état de la manière dont notre Cour a qualifié, dans l’arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 965, l’expression anglaise « *appropriate and just in the circumstances* »

45

46

47

48

difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion.”

49 That, of course, is one of the problems with the Crown’s argument. The alleged presence of an “unfettered discretion” with respect to the terms of detention of an NCR accused is precisely the reason why the appellant argues that the whole scheme is unconstitutional as permitting arbitrary infringement of his liberty.

50 On the hearing of this appeal, the Ontario Review Board and the Nunavut Review Board filed a joint intervention arguing that the “appropriateness” standard urged by the Crown “does not provide guidance, consistency, clarity or fairness. Where a statutory provision affects the liberty of the individual, a clear standard must be established to justify that interference with liberty” (emphasis added). Thus, “[i]t is the position of the [Ontario Review Board] and [Nunavut Review Board] that these [statutory] goals are accomplished by applying to the disposition as a whole, including the conditions, the least onerous and least restrictive standard.”

51 In my view, with respect, the word “appropriate” in the context of s. 672.54 is not at all “unfettered”. The word takes its meaning from the context. Conditions must be appropriate, yes, but appropriate having regard to the four enumerated factors (public safety, mental condition of the accused, other needs of the accused, and the reintegration of the accused into society) to fashion a disposition that is “the least onerous and least restrictive to the accused”. This is clear from *Winko*, *supra*, where, in dealing with the *Charter* challenge under s. 7, McLachlin J. observed, at para. 71, that the scheme “ensures that the NCR accused’s liberty will be trammelled no more than is necessary to protect public safety”.

figurant au par. 24(1) de la *Charte*, et l’expression équivalente en français : « Il est difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu. »

Évidemment, ce facteur constitue un des problèmes que pose l’argument du ministère public. L’existence d’un supposé « pouvoir discrétionnaire absolu », qui s’appliquerait à l’égard des modalités de détention imposées aux accusés non responsables criminellement, est précisément la raison pour laquelle l’appelant plaide que le régime dans son ensemble est inconstitutionnel en ce qu’il permet des atteintes arbitraires à sa liberté.

À l’audition du présent pourvoi, la Commission ontarienne d’examen et la Commission d’examen du Nunavut sont intervenues conjointement, plaidant que la norme du « caractère indiqué » sur laquelle se fonde le ministère public [TRADUCTION] « n’apporte aucune indication, cohérence, clarté ou justice. Lorsqu’une disposition législative porte atteinte à la liberté d’une personne, seule une norme claire peut justifier cette atteinte » (je souligne). En conséquence « [l]a Commission ontarienne d’examen et la Commission d’examen du Nunavut font valoir que la réalisation de ces objectifs [prévus par la loi] exige qu’on applique la norme de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté à la décision dans son ensemble, y compris ses modalités. »

En toute déférence, j’estime que le mot « indiqué » n’évoque aucun pouvoir discrétionnaire « absolu » dans le contexte de l’art. 672.54. Ce mot tire son sens du contexte. Certes, les modalités doivent être indiquées, mais indiquées dans le cadre de l’élaboration — eu égard aux quatre facteurs énumérés (la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, l’état mental de l’accusé et ses besoins, notamment la nécessité de sa réinsertion sociale) — de la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » pour l’accusé. C’est ce qui ressort clairement de l’arrêt *Winko*, précité, où, examinant la contestation fondée sur l’art. 7 de la *Charte*, la juge McLachlin a souligné que le régime « fait en sorte que la liberté de l’accusé ne soit pas entravée plus qu’il n’est nécessaire pour protéger la sécurité du public » (par. 71).

This dictum is entirely incompatible with an unfettered “appropriateness” standard. The unnecessary “trammelling” of liberty can often lie in the precise conditions attached to the order and not just in the general mode of detention. The devil, as is so often the case, lies in the details.

Winko makes it clear that Part XX.1 of the *Criminal Code* survived the s. 7 *Charter* challenge in that case only because at every step of the process consideration of the liberty interest of the NCR accused was built into the statutory framework. In the following references to *Winko*, it will be noted, there is no distinction drawn between the “disposition”, which the Crown concedes must be the “least onerous and least restrictive”, keeping in mind the statutory factors, and the “conditions” that form part of the disposition. By way of introduction, McLachlin J. states, at para. 16:

... Parliament intended to set up an assessment-treatment system that would identify those NCR accused who pose a significant threat to public safety, and treat those accused appropriately while impinging on their liberty rights as minimally as possible, having regard to the particular circumstances of each case. [Emphasis added.]

“[L]iberty rights” obviously extend to more than the bare mode of detention. In this respect, for ease of reference, I refer again to *Winko*, at para. 42:

... Parliament has signalled that the NCR accused is to be treated with the utmost dignity and afforded the utmost liberty compatible with his or her situation.

Then again, discussing the wording and function of s. 672.54, *Winko* says, at para. 47:

... the court or Review Board shall make the order that is the least onerous and least restrictive to the accused, consistent with the evidence. [Emphasis added.]

Cette remarque incidente ne permet absolument pas d'affirmer que la norme du « caractère indiqué » serait indicative d'un pouvoir discrétionnaire absolu. Lorsque la liberté de l'intéressé est inutilement « entravée », cette situation découle fréquemment des modalités particulières de l'ordonnance et non du seul mode de détention en général. Comme c'est bien souvent le cas, les difficultés naissent des détails.

Il ressort clairement de l'arrêt *Winko* que si la contestation fondée sur l'art. 7 de la *Charte* n'a pas abouti à l'invalidation de la partie XX.1 du *Code criminel* dans cette affaire, c'est uniquement parce que le cadre législatif prévoyait, à chaque étape du processus, la prise en compte du droit à la liberté de l'accusé non responsable criminellement. On notera que, dans les passages suivants de l'arrêt *Winko*, aucune distinction n'est faite entre la « décision », qui doit, comme le concède le ministère public, être « la moins sévère et la moins privative de liberté » eu égard aux facteurs prévus par la loi, et les « modalités », qui font partie intégrante de cette décision. Voici ce que dit la juge McLachlin au par. 16, en guise d'introduction :

... l'intention du législateur [...] était [...] d'établir un système permettant d'évaluer ces personnes afin de déterminer si elles représentent un risque important pour la sécurité du public et de leur prodiguer des soins adéquats et ce, en restreignant le moins possible leur liberté, compte tenu de la situation personnelle de chaque personne. [Je souligne.]

Manifestement, la « liberté » ne s'entend pas seulement du mode de détention. À cet égard, par souci de commodité, je cite à nouveau le passage suivant du par. 42 de l'arrêt *Winko* :

... le législateur a voulu que l'accusé non responsable criminellement soit traité avec la plus grande dignité et jouisse de la plus grande liberté possible, compte tenu de son état.

Puis, un peu plus loin, au par. 47 de l'arrêt *Winko*, on peut lire ceci relativement au texte et à l'objet de l'art. 672.54 :

... le tribunal ou la commission d'examen doit rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté, compte tenu de la preuve ... [Je souligne.]

52

53

54

55

56 In light of these pronouncements, and the *Charter* challenge to which they were addressed, it seems to me impossible to accept the contention that the word “appropriate” in s. 672.54(b) and (c) can be read as conferring a discretion unfettered except by the management expertise and medical judgment of the Review Board to fashion such conditions as it thinks fit. In my view, Parliament intended “appropriate” to be understood and applied in the framework of making the “least onerous and least restrictive” order consistent with public safety, the mental condition and other needs of the NCR accused, and the objective of his or her eventual reintegration into society.

E. *The Crown’s Policy Arguments*

57 The Crown argues that the Review Board must maintain a high degree of flexibility to set conditions that are in the best interests of the treatment of the NCR accused, and that, if a “least onerous and least restrictive” requirement applied to each such condition, the result would “hamstring” proper treatment.

58 There are two sets of answers to this important question, one practical and one procedural.

1. Practical Considerations

59 Dr. John Bradford testified from practical experience:

In making dispositions, the Review Board considers the whole package of conditions attached to a disposition, including the level of security of the hospital for a disposition of detention in custody of a hospital, and imposes the least onerous and least restrictive package of disposition and conditions, taking into account public safety, and the clinical progress and needs of the NCR accused. In my experience, the process of applying the least onerous and least restrictive test to the package of disposition and conditions has not posed difficulties for the Review Board.

Compte tenu de ces énoncés et de la contestation fondée sur la *Charte* qui est à leur origine, il me semble impossible d’accepter l’argument voulant que le terme « indiquées » aux al. 672.54b) et c) ait pour effet de conférer à la commission d’examen un pouvoir discrétionnaire absolu — si ce n’est des limites de son expertise en matière de prise en charge et de son jugement sur le plan médical — l’habilitant à élaborer les modalités qu’elle estime opportunes. À mon avis, le législateur entendait que le terme « indiquées » soit considéré et appliqué dans le cadre du processus qui consiste à rendre la décision qui soit « la moins sévère et la moins privative de liberté », tout en étant compatible avec la sécurité du public, l’état mental de l’accusé non responsable criminellement et ses besoins, notamment son éventuelle réinsertion sociale.

E. *Les arguments de politique générale invoqués par le ministère public*

Le ministère public soutient que la Commission d’examen doit disposer d’une très grande latitude dans l’élaboration des modalités propres à permettre le traitement de l’accusé non responsable criminellement, et que si chacune de ces modalités devait respecter le critère la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté », cela aurait pour effet de [TRADUCTION] « gêner » le traitement approprié de l’accusé.

Cet argument important soulève des considérations de deux ordres, pratique et procédural.

1. Considérations pratiques

Se basant sur son expérience pratique, le D^r John Bradford a dit ceci dans son témoignage :

[TRADUCTION] Lorsque la Commission d’examen rend une décision, elle tient compte de l’ensemble des modalités s’y rattachant, y compris le niveau de sécurité de l’hôpital dans le cas d’une décision portant détention dans un hôpital, et elle impose l’ensemble de modalités le moins sévère et le moins privatif de liberté en tenant compte de la sécurité du public, ainsi que des besoins et progrès cliniques de l’accusé non responsable criminellement. D’après mon expérience, le processus d’application du critère de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté à cet ensemble de modalités ne présente aucune difficulté particulière à la Commission d’examen.

The Review Board in this case itself applied the “least onerous and least restrictive” requirement to the conditions of the disposition order. Indeed, it was its insistence in doing so in this case that was characterized by the Court of Appeal as “an error of law”.

The evidence was that this requirement did not hamstring treatment. Dr. Stephen Hucker, the Crown’s expert, testified as follows:

Q. In assessing the appropriateness of a disposition, would you agree with me that the relative restrictiveness of the conditions is a relevant factor?

A. Yes.

. . .

Q. . . . Beginning at paragraph 33 in your affidavit, through to the end of the affidavit, you raise a number of what you describe as potential problems with what you see as applying the least onerous least restrictive test of conditions in a disposition?

A. Yes. Could I just say, I mean, to try and aim for the least onerous and restrictive alternative is not something I’m opposing. It’s just applying it is sometimes difficult.

Reference should also be made to the Ontario Government report entitled *Assessment, Treatment and Community Reintegration of the Mentally Disordered Offender*, Final Report of the Forensic Mental Health Services Expert Advisory Panel for the Ontario Ministry of Health and Long-Term Care (December 2002), at p. 129:

. . . treatment and/or management must occur in the least restrictive and most humane environment that is clinically and legally prescribed; [Emphasis added.]

It thus appears, on the evidence, that the Crown’s fears about “hamstringing” Review Boards are not shared by the experts in the field.

En l’espèce, la Commission d’examen a appliqué le critère de la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » aux modalités de la décision. En fait, c’est précisément l’insistance de la Commission à le faire que la Cour d’appel a qualifiée d’« erreur de droit ».

La preuve démontrait que cette obligation ne gênait pas le traitement. Le D^r Stephen Hucker, l’expert du ministère public, a affirmé ce qui suit dans son témoignage :

[TRADUCTION]

Q. Seriez-vous d’accord avec moi pour dire que, dans la détermination du caractère indiqué d’une décision, la privation relative de liberté découlant des modalités constitue un facteur pertinent?

R. Oui.

. . .

Q. . . . À partir du paragraphe n^o 33 de votre affidavit, et ce jusqu’à la fin, vous faites état d’un certain nombre de problèmes qui, selon vous, sont susceptibles de se présenter lors de l’application du critère de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté aux modalités de la décision?

R. Oui. Permettez-moi d’ajouter, vous savez, je n’ai rien contre l’idée de s’efforcer de trouver la solution la moins sévère et la moins privative de liberté. C’est simplement que l’application de ce principe se révèle parfois difficile.

Il convient également de mentionner le rapport du gouvernement de l’Ontario intitulé *Assessment, Treatment and Community Reintegration of the Mentally Disordered Offender*, rapport final du groupe consultatif d’experts en services psychiatriques médico-légaux pour le ministère de la Santé et des Soins de longue durée (décembre 2002), p. 129 :

[TRADUCTION] Le traitement et/ou la prise en charge de l’intéressé doivent se faire dans l’environnement le moins privatif de liberté et le plus bienveillant qui s’impose, cliniquement et juridiquement. [Je souligne.]

Il semble donc, à la lumière de la preuve, que les experts du domaine ne partagent pas la crainte du ministère public que les travaux des commissions d’examen pourraient être « gênés ».

60

61

62

63

64 The Crown also expressed concern that each individual condition might be isolated and independently assessed according to a “least onerous and least restrictive” standard. That fear, too, seems not to be shared by the experts.

65 Dr. John Bradford testified that the overall requirement of “least onerous and least restrictive” is applied in practice by Review Boards to the whole “package” of conditions rather than each individual item:

. . . the relative liberty depends on the whole package of conditions as outer limits on liberty set by the Review Board, and on the day-to-day management by the hospital of increments of liberty based on the patient’s progress and public safety. [Emphasis added.]

66 Dr. Hucker, the Crown’s expert, agreed with appellant’s counsel that the s. 672.54 conditions are treated as a “total package” and, viewed in their entirety, are made the least restrictive possible “bearing in mind public safety . . . and . . . all those things [s. 672.54 of] the *Criminal Code* enunciates”.

67 The heart of the Crown’s argument is that a “least onerous and least restrictive” requirement may undermine treatment needs. The Crown argues the “least onerous and least restrictive” requirement would impose undue rigidity, whereas the “appropriateness” test guarantees flexibility. With respect, these arguments do not do justice to the wording of s. 672.54. Just as the Crown is wrong, I think, to try to detach the word “appropriate” from the factors listed in s. 672.54 in order to give Review Boards greater “flexibility”, so, too, the Crown is wrong, with respect, to try to detach the “least onerous and least restrictive” requirement from its statutory context. Section 672.54 directs the Review Board to have regard to “the other needs of the accused” (emphasis added). At the forefront of these “other needs” is the need for treatment. Moreover, public safety, another key factor listed in s. 672.54, is ultimately assured by facilitating the recovery of the NCR accused. The “least onerous and least

Le ministère public s’inquiète également du fait que chaque modalité pourrait être évaluée isolément au regard de la norme de la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté ». Cette inquiétude ne semble pas elle non plus être partagée par les experts.

Le D^r John Bradford a témoigné que, en pratique, les commissions d’examen appliquent l’obligation générale de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » à [TRADUCTION] « l’ensemble » des modalités plutôt qu’à chacune d’elles :

[TRADUCTION] . . . la liberté relative dont jouit l’intéressé dépend de l’ensemble des modalités délimitant cette liberté et qu’a fixées la Commission d’examen ainsi que de la gestion quotidienne par l’hôpital des extensions de liberté accordées aux patients en fonction de ses progrès et de la sécurité du public. [Je souligne.]

Le D^r Hucker, l’expert du ministère public, a convenu avec l’avocat de l’appelant que les modalités visées à l’art. 672.54 sont considérées comme un [TRADUCTION] « tout » et sont agencées globalement de façon à restreindre le moins possible la liberté de l’intéressé, « compte tenu de la sécurité du public [. . .] et [. . .] de tous les autres éléments mentionnés [à l’art. 672.54] du *Code criminel* ».

L’aspect central de l’argument du ministère public est que l’élargissement du champ d’application de l’obligation de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » pourrait empêcher de répondre aux besoins en traitement de l’intéressé. Le ministère public prétend que cette obligation imposerait une rigidité excessive, alors que le critère du « caractère indiqué » assure la souplesse requise. En toute déférence, ces arguments ne rendent pas justice au texte de l’art. 672.54. À mon avis, autant le ministère public a tort de vouloir dissocier le terme « indiquées » des autres facteurs énumérés à l’art. 672.54 pour accorder davantage de « souplesse » aux commissions d’examen, autant il a tort d’isoler de son contexte législatif l’obligation de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté ». L’article 672.54 oblige la commission d’examen à tenir compte des « besoins [de l’accusé], notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale » (je souligne). Au premier rang des

restrictive” requirement cannot be divorced from the statutory factors that condition its exercise. It is not a free-standing requirement. It operates once the Review Board has duly taken into consideration public safety, the mental condition and other needs of the NCR accused and the desired result that, at some point, when ready, he or she will be reintegrated into the community.

Moreover, the Crown’s argument that allowing this appeal would result in excessive rigidity overlooks s. 672.56 of the *Criminal Code*, which permits the Review Board to delegate to the person in charge of the hospital “authority to direct that the restrictions on the liberty of the [NCR] accused be increased or decreased within any limits and subject to any conditions set out in that disposition . . .”. Thus, within the outer envelope established by the Review Board order, a hospital administrator may move to restrict the detainee’s liberty if circumstances warrant, although if the restriction is significant and lasts longer than seven days, the Review Board must be notified and a hearing held: see “Wording of Custodial Disposition Orders”, s. 4 in *Manual of Operating Guidelines for Provincial Psychiatric Hospitals* (June 1995). If problems arise, such as a deterioration in the mental condition of a hospital detainee permitted residence in the community, the detainee can be returned to the hospital without the need of any prior order of a court or the Review Board.

The delegated authority, of course, must be exercised having due regard to the detainee’s liberty interest in light of the twin goals of public safety and treatment, but it permits a degree of day-to-day

autres besoins, on trouve les besoins en traitement. En outre, la sécurité du public — un autre facteur clé énuméré à l’art. 672.54 — est assurée au bout du compte si on aide l’accusé non responsable criminellement à se rétablir. On ne peut dissocier l’obligation de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » des facteurs prévus par la loi et qui régissent l’application de ce critère. Il ne s’agit pas d’une obligation autonome. Elle entre en jeu après que la commission d’examen a dûment tenu compte de la sécurité du public, de l’état mental de l’accusé non responsable criminellement, de ses besoins et du résultat souhaité, à savoir son éventuelle réinsertion dans la collectivité lorsqu’il sera prêt.

Qui plus est, la prétention du ministère public selon laquelle la décision d’accueillir le présent pourvoi se traduirait par une rigidité excessive ne tient pas compte de l’art. 672.56 du *Code criminel*, qui permet à la commission d’examen de déléguer au responsable de l’hôpital « le pouvoir d’assouplir ou de resserrer les privations de liberté de l’accusé [non responsable criminellement] à l’intérieur des limites prévues par l’ordonnance et sous réserve des modalités de celles-ci . . . ». Par conséquent, à l’intérieur des limites établies par l’ordonnance de la Commission d’examen, le directeur général d’un hôpital peut restreindre la liberté du détenu si les circonstances le justifient; toutefois, si cette restriction est importante et dure plus de sept jours, la Commission d’examen doit en être avisée et tenir une audience : voir « Formulation des ordonnances relatives aux décisions de placement », art. 4 du *Manuel des directives de fonctionnement des hôpitaux psychiatriques provinciaux* (juin 1995). S’il surgit un problème, par exemple la détérioration de l’état mental d’une personne qui est détenue dans un hôpital mais autorisée à résider dans la collectivité, cette personne peut être ramenée à l’hôpital sans qu’il soit nécessaire d’obtenir au préalable une ordonnance du tribunal ou de la Commission d’examen.

Le pouvoir ainsi délégué doit évidemment être exercé en tenant compte du droit à la liberté du détenu, au regard du double objectif de protection de la sécurité du public et du respect des besoins

68

69

fine tuning that, if properly exercised, will prevent the “least onerous and least restrictive” requirement from compromising achievement of treatment objectives.

en traitement, mais il accorde une certaine faculté d’ajustement au jour le jour qui, exercée adéquatement, empêchera l’obligation de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » de compromettre la réalisation des objectifs visés par le traitement.

70 The evidence therefore establishes that, while imposition of the “least onerous and least restrictive” requirement on the conditions of detention viewed in their entirety may create difficulty in some situations, the difficulty is manageable and in fact *is* being managed by Ontario Review Board at the present time.

Par conséquent, la preuve établit que, bien que l’application du critère de la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » aux modalités de détention considérées globalement puisse créer des difficultés dans certaines situations, ces difficultés sont surmontables et, dans les faits, la Commission ontarienne d’examen les surmonte *effectivement* pour l’instant.

2. Procedural Considerations

2. Considérations d’ordre procédural

71 The Review Board’s exercise of its mandate is protected by a “reasonableness” standard of review as set out in s. 672.78(1)(a) and *Owen, supra*, at paras. 31-33. An appeal court will necessarily respect the medical expertise of the members of the Review Board who face the difficult task of reconciling the various objectives set out in s. 672.54, some of which may be in tension in a particular case. The various conditions have to be viewed collectively, and the “least onerous and least restrictive” requirement applied to the package as a whole. The court does not evaluate each condition in isolation from the package of provisions of which it forms a part.

Comme l’indiquent l’al. 672.78(1)a) et l’arrêt *Owen*, précité, par. 31-33, la norme de contrôle applicable aux travaux des commissions d’examen est celle de la « décision raisonnable ». Un tribunal d’appel s’en remettra nécessairement à l’expertise médicale des membres des commissions d’examen, qui ont la difficile tâche de concilier les différents objectifs énoncés à l’art. 672.54, dont certains peuvent s’opposer dans une affaire particulière. Les diverses modalités doivent être considérées collectivement et l’obligation de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » doit être appliquée au tout que forme cet ensemble de modalités. Le tribunal n’évalue pas chacune de ces modalités isolément de l’ensemble dont elle fait partie.

72 Thus, in *Owen, supra*, the Court made it clear that so long as the proper legal test is applied, an appellate court has no mandate to intervene based on whether the hours of curfew, or a radius of travel was “least restrictive”, as was the sort of concern expressed in this case by the Ontario Court of Appeal.

Voilà pourquoi, dans l’arrêt *Owen*, précité, notre Cour a clairement indiqué que, dans la mesure où le bon critère juridique est appliqué, le tribunal d’appel n’est pas habilité à intervenir pour décider si les conditions fixant les heures de rentrée ou le rayon des déplacements autorisés sont « les moins privatives de liberté », modalités du genre de celles qui préoccupaient la Cour d’appel de l’Ontario en l’espèce.

73 The Court in *Owen* further stated that “it is not for the Court to micromanage the leave conditions” (para. 69). Thus, so long as the Board’s determination of what is least onerous and least restrictive is supported by reasons, and does not demonstrate

Dans l’arrêt *Owen*, notre Cour a également affirmé qu’« [i]l n’appartient [. . .] pas à la Cour de se lancer dans la microgestion de[s] conditions [applicables aux absences] » (par. 69). Par conséquent, dans la mesure où la décision que la

flaws such as an “assumption that had no basis in the evidence” or a “defect . . . in the logical process”, it will be affirmed (*Owen*, at para. 46, citing *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 56). It is hard to see how micromanagement of the conditions attached to a disposition will result, given the “reasonableness” standard of review.

VI. The Constitutional Issue

In light of the resolution of the issue of statutory interpretation, the basis of the appellant’s renewed constitutional challenge disappears. For the reasons given by the Court in *Winko*, s. 672.54 does not infringe s. 7 of the *Charter*.

VII. Application to the Facts

The Oak Ridge facility, where the appellant is detained, is set up to “incapacitate” an NCR accused, not to initiate incremental steps by which he might be reintegrated into the community. As Dr. Brian Jones, an expert for the Crown explained:

A. . . . medium and minimum secure facilities specialize in risk management at the community interface. Their operation is geared towards managing risk during the community reintegration phase of rehabilitation.

Whereas maximum security doesn’t manage risk to the community. It incapacitates risk. So there is no risk to the community.

Q. By not allowing access to the community?

A. That’s right. There’s risk to staff and patients inside the building, and I consider that part of the community as well. But to the community at large we don’t manage risk in maximum security. We incapacitate people.

commission estime la moins sévère et la moins privative de liberté est appuyée de motifs et ne comporte pas de lacunes telle une « hypothèse qui n’avait aucune assise dans la preuve » ou un « défaut [. . .] d[e] raisonnement », elle sera confirmée (*Owen*, par. 46, citant l’arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 56). Il est difficile de voir comment on aboutira à la microgestion des modalités assortissant une décision, compte tenu du fait que la norme de contrôle applicable est celle de la « décision raisonnable ».

VI. La question constitutionnelle

Vu la réponse donnée à la question touchant l’interprétation de la loi, cette nouvelle contestation de la constitutionnalité de l’art. 672.54 présentée par l’appellant n’a plus d’assises. Pour les motifs exposés par notre Cour dans l’arrêt *Winko*, l’art. 672.54 ne contrevient pas à l’art. 7 de la *Charte*.

VII. Application aux faits de l’espèce

L’établissement Oak Ridge, où l’appellant est détenu, est organisé en vue de [TRADUCTION] « rendre incapables de nuire » les accusés non responsables criminellement, et non en vue de leur offrir des mesures progressives de réinsertion dans la collectivité. Le D^r Brian Jones, l’un des experts du ministère public, a donné les explications suivantes :

[TRADUCTION]

R. . . . les établissements à sécurité moyenne et minimale se spécialisent dans la gestion du risque durant les contacts avec la collectivité. Leurs activités sont axées sur la gestion du risque au cours de la phase de la réhabilitation que constitue la réinsertion sociale.

L’établissement à sécurité maximale pour sa part ne gère pas le risque pour la collectivité. Il neutralise ce risque. Il n’existe donc aucun risque pour la collectivité.

Q. En ne donnant pas accès à la collectivité?

R. C’est exact. Il y a des risques pour le personnel et les patients à l’intérieur de l’établissement, que je considère aussi comme une partie de la collectivité. Mais, dans un établissement à sécurité maximale, nous ne gérons pas le risque envers la collectivité en général. Nous rendons les patients incapables de nuire.

74

75

76 On the evidence, it was reasonable for the Review Board, applying as it did the correct legal test, to order the appellant transferred to the Whitby medium security hospital with hospital and grounds privileges, staff accompanied. This disposition not only offered him the potential of substantially greater liberty, but represented an essential step in the appellant's treatment and his potential eventual reintegration into the community.

77 In this case, unlike *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, *supra*, released concurrently, the Board made no error of law. Accordingly, as in *Owen*, the appeal court can only intervene if the decision of the Review Board can be shown to be unreasonable.

78 In my view, on a "reasonableness" standard of review, the Review Board decision should stand.

VIII. Disposition

79 While this Court, by order dated November 7, 2003, allowed the appeal and set aside the decision of the Court of Appeal, it stayed the effect of its order pending an up-to-date assessment of the appellant by the Review Board.

80 The evidentiary record before us is out of date because of the length of time it has taken for the case to reach this Court. The most recent information we have about the appellant's mental condition and other relevant circumstances dates from 2000. Important developments could well have taken place during the period this case has been moving through the courts.

81 The assessment shall be carried out in accordance with the general principles set out in these reasons.

Compte tenu de la preuve, la Commission d'examen ayant appliqué le bon critère juridique, constituait une décision raisonnable son ordonnance enjoignant le transfert de l'appelant à l'hôpital de Whitby — un établissement à sécurité moyenne — et accordant à celui-ci le privilège de circuler dans l'hôpital et sur ses terrains, accompagné toutefois de membres du personnel hospitalier. Cette décision offrait à l'appelant non seulement la possibilité de jouir d'une liberté beaucoup plus grande, mais elle représentait également une étape essentielle de son traitement et de son éventuelle réinsertion dans la collectivité.

Contrairement à la situation en cause dans l'arrêt *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, précité, rendu simultanément, la Commission n'a commis aucune erreur de droit en l'espèce. Par conséquent, tout comme c'était le cas dans l'affaire *Owen*, la cour d'appel n'est fondée à intervenir que si on parvient à établir que la décision de la Commission d'examen est déraisonnable.

À mon avis, il ressort de l'application de la norme de la « décision raisonnable » que la décision de la Commission d'examen doit être confirmée.

VIII. Dispositif

Bien que, dans une ordonnance en date du 7 novembre 2003, notre Cour ait accueilli le pourvoi et annulé l'arrêt de la Cour d'appel, elle a néanmoins suspendu les effets de son ordonnance jusqu'à ce que la Commission d'examen ait réalisé une évaluation à jour de l'appelant.

La preuve au dossier n'est plus à jour en raison du temps qui s'est écoulé avant que la Cour ne soit saisie de l'affaire. Les renseignements les plus récents dont nous disposons sur l'état mental du patient et les autres circonstances pertinentes remontent à l'année 2000. Il est fort possible que des faits nouveaux importants se soient produits dans l'intervalle.

L'évaluation devra être effectuée en conformité avec les principes généraux énoncés dans les présents motifs.

I would answer the constitutional questions as follows:

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

Answer: No.

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

Answer: It is unnecessary to decide this question.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

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

Solicitor for the respondents the Administrator of the Penetanguishene Mental Health Centre and the Administrator of the Whitby Mental Health Centre: Ministry of the Attorney General of Ontario, Toronto.

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

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

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

Je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

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

Réponse : Non.

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

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

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Ruby & Edwardh, Toronto.

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

Procureur des intimés le Directeur général du Centre de santé mentale de Penetanguishene et le Directeur général du Centre de santé mentale de Whitby : Ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

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

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

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