

T-1931-93

T-1931-93

James Ralph MacInnis (*Applicant*)**James Ralph MacInnis** (*requérant*)

v.

c.

Attorney General of Canada and National Parole Board (*Respondents*)^a **Le procureur général du Canada et la Commission nationale des libérations conditionnelles** (*intimés*)*INDEXED AS: MacINNIS v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)*^b *RÉPERTORIÉ: MacINNIS c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)*

Trial Division, Wetston J.—Ottawa, November 1, 1994 and February 15, 1995.

Section de première instance, juge Wetston—Ottawa, 1^{er} novembre 1994 et 15 février 1995.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Judicial review of National Parole Board's refusal to allow dangerous offender serving indeterminate sentence to be represented by counsel, examine authors of clinical reports at parole hearing — Deprivation of liberty interest involved — Fundamental justice under Charter, s. 7 requiring fairness, mandating right to both procedures requested.

^c *Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles qui a refusé à un délinquant dangereux purgeant une peine de détention de durée indéterminée le droit d'être représenté par avocat et d'interroger les auteurs de rapports cliniques à l'audience d'examen de son dossier de libération conditionnelle — Atteinte au droit à la liberté — La justice fondamentale visée à l'art. 7 de la Charte prescrit l'équité et impose de respecter les deux droits revendiqués.*

Parole — Judicial review of N.P.B.'s refusal to allow dangerous offender serving indeterminate sentence to be represented by counsel, examine authors of conflicting clinical reports at parole hearing — Charter, s. 7 mandating right to counsel, examination of authors of reports — Protection of society Board's paramount consideration — Counsel, examination of authors of reports assisting Board, inmate by ensuring important facts not overlooked, Board not adopting unfair procedures — While Parliament not having legislated alternative procedures for dangerous offenders, S.C.C. having recognized difference in situation of convicts serving determinate, indeterminate sentences — Previous decision relevant, may be considered under Parole Act, s. 101(b).

^e *Libération conditionnelle — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles qui a refusé à un délinquant dangereux purgeant une peine de détention de durée indéterminée le droit d'être représenté par avocat et d'interroger les auteurs de rapports cliniques contradictoires à l'audience d'examen de son dossier de libération conditionnelle — L'art. 7 de la Charte impose le droit au ministère d'avocat et le droit d'interroger les auteurs des rapports — Pour la Commission, la protection de la société doit être le critère déterminant — L'assistance d'un avocat et l'interrogatoire des auteurs des rapports peuvent aider la Commission comme le détenu lui-même en ce que les points de fait importants ne seraient pas oubliés et que la Commission n'adopterait pas de procédures iniques — Le Législateur n'a prévu aucune procédure spéciale pour les délinquants dangereux, mais la Cour suprême distingue, en matière de privation de liberté, entre détenus ordinaires et détenus purgeant une sentence de durée indéterminée — Une décision antérieure est pertinente et peut être prise en compte en application de l'art. 101b) de la Loi sur les libérations conditionnelles.*

This was an application for judicial review of the National Parole Board's refusal to allow the applicant, a dangerous offender serving an indeterminate sentence, to appear by counsel and to examine the authors of conflicting clinical reports at his 1993 parole hearing. The Board followed the procedures contained in the *Parole Act*, which does not distinguish between offenders serving determinate or indeterminate sentences. Counsel's role is restricted to that of assistant.

^h *Recours en contrôle judiciaire contre la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles qui a refusé au requérant, délinquant dangereux purgeant une peine de détention de durée indéterminée, le droit de se faire assister par avocat et d'interroger les auteurs de rapports cliniques contradictoires, lors de l'audience d'examen de son dossier de libération conditionnelle en 1993. La Commission a observé la procédure prévue par la Loi sur les libérations conditionnelles, qui ne distingue pas entre délinquants purgeant une peine de durée*

The applicant argued that denial of the procedures requested infringed his Charter, section 7 right to fundamental justice. The respondents submitted that there was no loss of liberty because release from incarceration would be an enhancement, not a deprivation of the applicant's liberty and therefore Charter, section 7 was not engaged.

The issues were whether the Board infringed the applicant's Charter, section 7 rights; whether there was a deprivation of a liberty interest; and if so, whether the deprivation was in accordance with the principles of fundamental justice.

Held, the application should be allowed.

A deprivation of a liberty interest does exist within the meaning of Charter, section 7 in the context of an indeterminate sentence.

Fairness under Charter section 7 must be fundamental to justice. With respect to this inmate, serving an indeterminate sentence, the principles of fundamental justice mandated both the right to appear by counsel and the right to examine the authors of the clinical reports.

The Board's paramount consideration in the determination of parole is the protection of society. The Board is not restricted by the rules of evidence or procedure. Psychiatric and psychological reports are important components of the evidence weighed by the Board. While examination of the experts would increase the administrative burden on the Board, it would likely result in a more informed decision. Parliament has not legislated alternative procedures for dangerous offenders, despite recognition by the Supreme Court that, from the perspective of the deprivation of liberty, there is a difference between inmates serving determinate and indeterminate sentences. Hearings before the Board must reflect the differences associated with such status. Given the liberty issues at stake, when reviewing the status of a dangerous offender, counsel can be of assistance to the Board as well as to the inmate, in ensuring that important factual matters are not overlooked or that the Board does not adopt procedures which are basically unfair to the inmate. Counsel can assist the Board in making a more informed decision regarding parole. The same is true of the right to examine the experts on their reports. The hearing need not become adversarial or trial-like as this would be inconsistent with the manner in which the Board views its statutory mandate.

Paragraph 101(b) of the Act requires that the Board consider all relevant information. A previous decision regarding the same individual is relevant given the Board's responsibilities under the Act and may be considered.

déterminée et délinquants purgeant une peine de durée indéterminée. L'avocat n'est autorisé à intervenir qu'à titre d'assistant.

Le requérant soutient que le rejet de ses demandes porte atteinte à son droit à la justice fondamentale, que garantit l'article 7 de la Charte. Les intimés répliquent qu'il n'y a pas perte de liberté puisque la mise en liberté ne soustrait pas, mais ajoute au degré de liberté dont le requérant a le droit de jouir; l'article 7 de la Charte n'est donc pas en jeu.

Il échet d'examiner si la Commission a porté atteinte aux droits que l'article 7 de la Charte garantit au requérant, s'il y a eu atteinte à la liberté et, dans l'affirmative, si cette atteinte était conforme aux principes de justice naturelle.

Jugement: la demande doit être accueillie.

Il y a atteinte à la liberté au sens de l'article 7 de la Charte dans le contexte de la détention de durée indéterminée.

L'équité prescrite par l'article 7 doit être un élément fondamental de la justice. En ce qui concerne ce détenu qui purge une peine de durée indéterminée, les principes de justice fondamentale imposent à la fois le droit au ministère d'avocat et le droit d'interroger les auteurs des rapports cliniques.

La Commission doit voir dans la protection de la société le critère déterminant dans l'examen du dossier de libération conditionnelle. Elle n'est pas astreinte aux règles de preuve ou de procédure. Les rapports psychiatriques et psychologiques sont d'importants éléments de preuve pris en compte par la Commission. Il est vrai que l'interrogatoire des experts ajouterait au fardeau administratif de la Commission, mais il l'aiderait à parvenir à une décision plus éclairée. Le Législateur n'a prévu aucune procédure spéciale pour les délinquants dangereux, malgré la distinction faite par la Cour suprême, en matière de privation de liberté, entre détenus ordinaires et détenus purgeant une sentence de durée indéterminée. Les audiences de la Commission doivent traduire cette différence de statut. Étant donné les questions de liberté en jeu, l'avocat peut, à l'examen du statut d'un délinquant dangereux, aider la Commission tout comme le détenu lui-même en faisant de telle sorte que les points de fait importants ne soient pas oubliés ou que la Commission n'adopte pas de procédures qui soient essentiellement iniques pour ce dernier. Il peut aider la Commission à rendre une décision plus éclairée en matière de libération conditionnelle. Il en est de même du droit d'interroger les experts sur leurs rapports cliniques. Il n'est pas nécessaire que l'audience soit contradictoire ou contentieuse, car pareille éventualité ne serait pas conforme au sens général du mandat que la Commission tient de la loi.

L'alinéa 101b) de la Loi impose à la Commission de prendre en considération tous les éléments de preuve. Une décision antérieure concernant le même individu est pertinente vu les responsabilités dont la Loi l'a investie; elle peut en tenir compte.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 9, 12, 15.

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 100, 101, 102, 105(1),(5), 140(7),(8), 151.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 761 (as am. by S.C. 1992, c. 20, s. 215).

Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Lyons, [1987] 2 S.C.R. 309; (1987), 44 D.L.R. (4th) 193; 37 C.C.C. (3d) 1; 61 C.R. (3d) 1; 80 N.R. 161; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] S.C.J. No. 10.

CONSIDERED:

Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission), [1987] 1 S.C.R. 181; (1987), 41 D.L.R. (4th) 429; 24 Admin. L.R. 91; 74 N.R. 33; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385; [1990] 6 W.W.R. 673; (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 1; 60 C.C.C. (3d) 1; 80 C.R. (3d) 257; 2 C.R.R. (2d) 304; 121 N.R. 198; *Howard v. Stony Mountain Institution*, [1984] 2 F.C. 642; (1985), 19 D.L.R. (4th) 502; 11 Admin. L.R. 63; 19 C.C.C. (3d) 195; 45 C.R. (3d) 242; 17 C.R.R. 5; 57 N.R. 280 (C.A.); *Latham v. Solicitor General of Canada*, [1984] 2 F.C. 734; (1984), 9 D.L.R. (4th) 393; 5 Admin. L.R. 70; 12 C.C.C. (3d) 9; 39 C.R. (3d) 78 (T.D.).

REFERRED TO:

Dempsey v. The Queen (1987), 34 C.C.C. (3d) 95; 30 C.R.R. 191; 80 N.R. 159 (F.C.A.); *Hay v. National Parole Board et al.* (1991), 48 F.T.R. 165 (F.C.T.D.); *MacDonald v. National Parole Board*, [1986] 3 F.C. 157; (1986), 18 Admin. L.R. 284; 2 F.T.R. 273 (T.D.).

APPLICATION for judicial review of the National Parole Board's refusal to allow a dangerous offender serving an indeterminate sentence to appear by counsel and to examine the authors of conflicting clinical reports at a parole hearing. Application allowed.

COUNSEL:

Ronald R. Price, Q.C., for applicant.
John B. Edmond for respondents.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 9, 12, 15.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 761 (mod. par L.C. 1992, ch. 20, art. 215).

Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2.

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 100, 101, 102, 105(1),(5), 140(7),(8), 151.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

R. c. Lyons, [1987] 2 R.C.S. 309; (1987), 44 D.L.R. (4th) 193; 37 C.C.C. (3d) 1; 61 C.R. (3d) 1; 80 N.R. 161; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] A.C.S. n° 10.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1987] 1 R.C.S. 181; (1987), 41 D.L.R. (4th) 429; 24 Admin. L.R. 91; 74 N.R. 33; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385; [1990] 6 W.W.R. 673; (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 1; 60 C.C.C. (3d) 1; 80 C.R. (3d) 257; 2 C.R.R. (2d) 304; 121 N.R. 198; *Howard c. Établissement Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642; (1985), 19 D.L.R. (4th) 502; 11 Admin. L.R. 63; 19 C.C.C. (3d) 195; 45 C.R. (3d) 242; 17 C.R.R. 5; 57 N.R. 280 (C.A.); *Latham c. Solliciteur général du Canada*, [1984] 2 C.F. 734; (1984), 9 D.L.R. (4th) 393; 5 Admin. L.R. 70; 12 C.C.C. (3d) 9; 39 C.R. (3d) 78 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Dempsey c. La Reine (1987), 34 C.C.C. (3d) 95; 30 C.R.R. 191; 80 N.R. 159 (C.A.F.); *Hay c. Commission nationale des libérations conditionnelles et autres* (1991), 48 F.T.R. 165 (C.F. 1^{re} inst.); *MacDonald c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1986] 3 C.F. 157; (1986), 18 Admin. L.R. 284; 2 F.T.R. 273 (1^{re} inst.).

DEMANDE de contrôle judiciaire contre la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles qui a refusé à un délinquant dangereux purgeant une peine de détention de durée indéterminée le droit de se faire assister par avocat et d'interroger les auteurs de rapports cliniques contradictoires, à l'audience d'examen de son dossier de libération conditionnelle. Demande accueillie.

AVOCATS:

Ronald R. Price, c.r., pour le requérant.
John B. Edmond pour les intimés.

SOLICITORS:

Faculty of Law, Queen's University, Kingston, Ontario, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

WETSTON J.: This is an application seeking declaratory relief regarding certain procedural rulings made by the National Parole Board (the Board) at the applicant's July 8, 1993, parole hearing. The hearing was adjourned *sine die* at the request of the applicant following the rulings by the Board.

The applicant raises a number of issues in his originating notice of motion. However, the main issues are whether the National Parole Board infringed the applicant's section 7 Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] rights by denying him: (1) the right to appear by counsel; (2) the right to have the authors of certain clinical reports appear before the Board for the purposes of examination; and (3) the right to have certain reports to which he objects excluded from the evidence.

The applicant is currently an inmate, sentenced to an indeterminate period of detention under Part XXIV (Dangerous Offenders) of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46]. He was found to be a dangerous offender in 1980 and sentenced to an indeterminate period of detention. In November 22, 1991, the applicant had a parole hearing before the Board in which similar objections by applicant's counsel were made. In the context of that hearing, the Board denied the applicant unescorted temporary absence, day parole or full parole. The next hearing of the applicant's case by the Board was held July 8, 1993, which is the subject of this proceeding.

PROCUREURS:

Faculté de Droit, Queen's University (Kingston) Ontario, pour le requérant.

Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

LE JUGE WETSTON: Le requérant conclut en l'espèce à jugement déclaratoire à l'égard de certaines décisions d'ordre procédural rendues par la Commission nationale des libérations conditionnelles (la Commission) à l'audience d'examen de son dossier de libération conditionnelle, qui a eu lieu le 8 juillet 1993. L'audience a été ajournée *sine die* à la demande du requérant, à la suite de ces décisions de la Commission.

Le requérant soulève plusieurs questions dans son avis de requête introductif d'instance. Cependant, il s'agit principalement de savoir si la Commission nationale des libérations conditionnelles a porté atteinte aux droits que le requérant tient de l'article 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], en refusant de lui reconnaître: (1) le droit de se faire assister d'un avocat; (2) le droit de citer les auteurs de certains rapports cliniques à comparaître devant la Commission aux fins d'interrogatoire; et (3) le droit de faire exclure des preuves certains rapports qu'il conteste.

Le requérant purge à l'heure actuelle une peine de durée indéterminée sous le régime de la partie XXIV (Délinquants dangereux) du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46]. Il a été déclaré délinquant dangereux en 1980 et condamné à la détention pour une période indéterminée. Le 22 novembre 1991, il a comparu à une audience tenue par la Commission pour l'examen de son dossier de libération conditionnelle, audience au cours de laquelle son avocat a soulevé les mêmes objections. À l'issue de cette audience, la Commission lui a refusé la permission de sortir sans surveillance, la semi-liberté et la libération conditionnelle totale. L'audience subséquente d'examen du dossier du requérant eut lieu le 8 juillet 1993; elle fait l'objet de la procédure en instance.

The dangerous offenders legislation has been in operation in Canada since 1977. The consent of the Attorney General of the province in which the offender is tried is required to hear an application for dangerous offender status. On December 17, 1992, there were approximately 111 dangerous offenders currently under federal jurisdiction that comprised less than .5% of the total federal offender population. At that time there were four dangerous offenders on conditional release. Interestingly, from 1985 to 1992, the number of annual releases of dangerous offenders has remained constant at about one per year.

La législation en matière de délinquants dangereux est en vigueur au Canada depuis 1977. Le consentement du procureur général de la province où le délinquant passe en jugement est nécessaire pour l'audition de la demande en déclaration d'état de délinquant dangereux. Au 17 décembre 1992, il y avait quelque 111 délinquants déclarés dangereux sous le régime de la législation fédérale, ce qui représente moins de 0,5 p. 100 de la population carcérale fédérale. À l'époque, il y avait quatre délinquants dangereux en libération conditionnelle. Il est intéressant de noter que durant la période allant de 1985 à 1992, le nombre de délinquants dangereux remis en liberté est resté constant d'une année à l'autre, savoir à peu près un par an.

RELEVANT STATUTORY FRAMEWORK

Subsection 761(1) [as am. by S.C. 1992, c. 20, s. 215] of the *Criminal Code* provides as follows:

761. (1) Subject to subsection (2), where a person is in custody under a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period, the National Parole Board shall, forthwith after the expiration of three years from the day on which that person was taken into custody and not later than every two years thereafter, review the condition, history and circumstances of that person for the purpose of determining whether he should be granted parole under Part II of the *Corrections and Conditional Release Act* and, if so, on what conditions.

Parole, that is, conditional release and detention, is dealt with under Part II of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (the Act) (formerly the *Parole Act* [R.S.C., 1985, c. P-2]). Part II of the Act does not distinguish between offenders serving a determinate sentence and those offenders imprisoned under an indeterminate sentence. Both counsel agreed that an indeterminate sentence is a sentence within the meaning of Part II of the Act. The purpose of conditional release, as well as the principles guiding Parole Board decisions and the criteria for granting parole are contained in sections 100, 101, and 102 of the Act. It is clear that the National Parole Board has the exclusive jurisdiction and discretion to grant parole to an offender including a dangerous offender. Counsel for the respondents characterizes the functions of the National Parole Board variously as administrative, non-judicial or inquisitorial. He argues that the Board is non-

LES TEXTES DE LOI APPLICABLES

Le paragraphe 761(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 20, art. 215] du *Code criminel* prévoit ce qui suit:

761. (1) Sous réserve du paragraphe (2), la Commission nationale des libérations conditionnelles examine les antécédents et la situation des personnes mises sous garde en vertu d'une sentence de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée dès l'expiration d'un délai de trois ans à compter du jour où ces personnes ont été mises sous garde et, par la suite, tous les deux ans au plus tard, afin d'établir s'il y a lieu de les libérer conformément à la partie II de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* et, dans l'affirmative, à quelles conditions.

La libération conditionnelle, c'est-à-dire la mise en liberté sous condition, et le maintien en incarcération sont prévus à la partie II de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (la Loi), qui a remplacé la *Loi sur la libération conditionnelle* [L.R.C. (1985), ch. P-2]. Cette partie II ne distingue pas entre délinquants qui purgent une peine d'emprisonnement de durée déterminée et ceux qui sont détenus pour une période indéterminée. Les avocats des deux parties sont convenus qu'une sentence de durée indéterminée est une sentence au sens de la partie II de la Loi. L'objet de la mise en liberté sous condition ainsi que les principes régissant les décisions de la Commission des libérations conditionnelles et les critères applicables en la matière sont définis aux articles 100, 101 et 102 de la Loi. Il est indiscutable que la Commission nationale des libérations conditionnelles a compétence exclusive et pouvoir discrétionnaire pour accor-

expert. The respondents contend that this is reflected in subsection 105(1) of the Act which reads:

105. (1) Members appointed to the Board shall be sufficiently diverse in their backgrounds to be able to collectively represent community values and views in the work of the Board and to inform the community with respect to unescorted temporary absence, parole and statutory release.

Furthermore, in exercising its functions, the Board must have regard to subsection 105(5), which provides that members of the Board shall exercise their functions in accordance with policies adopted pursuant to subsection 151(2) of the Act.

Pursuant to section 151, the Board maintains a Policy Manual regarding conditional release and detention which is approved by the Executive Committee of the National Parole Board. The Manual discusses, among other things, the procedures associated with the application of subsections 140(7) and 140(8) of the Act. These subsections read as follows:

140. ...

(7) Where a review by the Board includes a hearing at which the offender is present, the Board shall permit the offender to be assisted by a person of the offender's choice unless the Board would not permit the presence of that person as an observer pursuant to subsection (4).

(8) A person referred to in subsection (7) is entitled

(a) to be present at the hearing at all times when the offender is present;

(b) to advise the offender throughout the hearing; and

(c) to address, on behalf of the offender, the members of the Board conducting the hearing at times they adjudge to be conducive to the effective conduct of the hearing.

The practice of the Board is normally that the only persons permitted to participate at a hearing, apart from panel members, are Correctional Service of Canada personnel, usually the case manager officer involved, who presents the documents on file and the recommendation of the Correctional Service, the inmate and the assistant. The role of the assistant is set out in subsection 140(8) of the Act. Normally, concerns of the offender respecting reports and docu-

der la libération conditionnelle aux délinquants, y compris les délinquants dangereux. L'avocat des intimés qualifie diversement les fonctions de la Commission d'administratives, de non judiciaires ou d'investigatoires. Il soutient que la Commission n'est pas un organisme doué d'une expertise spéciale, comme en témoigne le paragraphe 105(1) de la Loi, qui porte:

105. (1) Les membres sont choisis parmi des groupes suffisamment diversifiés pour pouvoir représenter collectivement les valeurs et les points de vue de la collectivité et informer celle-ci en ce qui touche les libérations conditionnelles ou d'office et les permissions de sortir sans surveillance.

En outre, la Commission est tenue, dans l'exercice de ses fonctions, de se conformer au paragraphe 105(5), aux termes duquel ses membres doivent exercer leurs fonctions conformément aux directives d'orientation générale établies en application du paragraphe 151(2) de la Loi.

Conformément à l'article 151, la Commission tient un Manuel des politiques applicables à la mise en liberté sous condition et au maintien en détention. Ce Manuel, approuvé par son comité exécutif, prévoit entre autres les modalités d'application des paragraphes 140(7) et 140(8) de la Loi, lesquels prévoient ce qui suit:

140. ...

(7) Dans le cas d'une audience à laquelle assiste le délinquant, la Commission lui permet d'être assisté d'une personne de son choix, sauf si cette personne n'est pas admissible à titre d'observateur en raison de l'application du paragraphe (4).

(8) La personne qui assiste le délinquant a le droit:

a) d'être présente à l'audience lorsque le délinquant l'est lui-même;

b) de conseiller le délinquant au cours de l'audience;

c) de s'adresser aux commissaires au moment que ceux-ci choisissent en vue du bon déroulement de l'audience.

Selon la pratique normale de la Commission, ne sont autorisés à participer à une audience, à part les membres du tribunal, que le personnel du Service correctionnel du Canada, savoir habituellement l'agent chargé de la gestion du cas d'espèce, qui présente les documents versés au dossier et la recommandation du Service correctionnel, le délinquant concerné et la personne qui l'assiste. Le rôle de cette dernière est défini au paragraphe 140(8) de la Loi.

ments on file, are addressed by him or his assistant by way of written submissions in advance of the hearing or by oral submissions at the hearing. Questions submitted by the offender in advance concerning statements and reports are brought to the attention of the report's author and a response is provided in advance to the offender. Moreover, these responses may be the subject of submissions by the offender or his assistant to the panel. Attendance at a Board hearing of the author of a clinical report relating to an inmate, whose case is being heard, is unusual. At the 1991 hearing, one of the psychiatrists who was in support of release was permitted to attend and answer questions at the parole hearing of Mr. MacInnis.

PARTIES' SUBMISSIONS

Counsel for the applicant noted during argument that he agrees that the Act was fully complied with by the Board. He does not argue that the Board adopted procedures that were unfair from the perspective of the procedures under the Act or in the policies contained in the Manual. He contends that the Act, which affects the liberty interests of the applicant, must be interpreted in terms of its Charter implications and that this was not done by the Board. The applicant does not argue that the provisions of the Act are unconstitutional. Nor does the applicant base his claim on the fact that the interest at stake is the right to be paroled, or on an existing right to be released or even on an unqualified right of release in the future. The applicant argues that to deny him the procedures requested infringes his right to fundamental justice under section 7 of the Charter.

The respondents take the position that it is not open to the applicant on judicial review to impugn a statutory provision, that is, this proceeding is limited to the review by the Court of the Board's procedural decisions. It is contended that the decisions challenged are compelled by statute, that the issue is one of fairness, and there can be no unfairness because the Act was fully complied with. Since the Act applies in the case of the parole review of a person under an indeterminate sentence, it is contended by the respondents that the Act cannot be challenged,

Normalement, le délinquant ou la personne qui l'assiste expriment les préoccupations du premier au sujet des rapports et documents versés au dossier, soit par conclusions écrites soumises avant l'audience soit par plaidoirie verbale à l'audience même. Les questions soumises à l'avance par le délinquant au sujet de déclarations et rapports sont portés à l'attention de l'auteur du rapport, dont les réponses lui sont communiquées avant l'audience. Ces réponses peuvent d'ailleurs faire l'objet d'une plaidoirie présentée au tribunal par le délinquant ou la personne qui l'assiste. Il est rare que l'auteur d'un rapport clinique concernant un délinquant assiste à l'audience consacrée à celui-ci. En 1991, un psychiatre qui était en faveur de la mise en liberté a été autorisé à être présent et à répondre aux questions, à l'audience d'examen du dossier de libération conditionnelle de M. MacInnis.

d L'ARGUMENTATION DES PARTIES

L'avocat du requérant reconnaît dans son argumentation que la Commission s'est strictement conformée à la Loi; il ne prétend pas qu'elle ait adopté une procédure inique, que ce soit du point de vue de la procédure prévue par la Loi ou du point de vue des directives contenues dans le Manuel. Il soutient que la Loi, qui affecte la liberté du requérant, doit être interprétée au regard de la Charte, ce que la Commission n'a pas fait. Le requérant ne dit pas que les dispositions de la Loi soient inconstitutionnelles; il ne fait valoir ni le fait que ce qui est en jeu, c'est le droit à la libération conditionnelle, ni un droit existant à la mise en liberté ni même un droit à la mise en liberté totale à l'avenir. Il soutient que le rejet de ses demandes porte atteinte à son droit à la justice fondamentale, que garantit l'article 7 de la Charte.

Les intimés soutiennent de leur côté que le requérant n'est pas recevable, dans le cadre du recours en contrôle judiciaire, à contester un texte de loi, c'est-à-dire que l'instance est limitée à un contrôle par la Cour des décisions d'ordre procédural de la Commission. Et que les décisions entreprises sont le résultat inéluctable de la Loi, que le litige se résout à une question d'équité, et qu'il ne saurait y avoir iniquité puisque la Loi a été strictement observée. Celle-ci étant applicable à l'examen du dossier de libération conditionnelle des délinquants détenus pour une

only the decisions giving rise to this application. The respondents submit that Parliament, by the express language of subsections 140(7) and (8), intended to exclude the broader role of counsel; *expressio unius est exclusio alterius*. The respondents further contend that the assistance role is expressly qualified and by taking issue with the provisions of the Act limiting the role of an assistant the statute is being impugned and not the decision of the Board.

With respect to the application of section 7, the respondents argue that there is no loss of liberty in this case and, therefore, section 7 is not engaged. The respondents argue that the jurisprudence draws a distinction between the deprivation of a currently existing right of liberty and a denial of an anticipated privilege of liberty. It is contended that the case at bar concerns the latter: *Dempsey v. The Queen* (1987), 34 C.C.C. (3d) 95 (F.C.A.), at page 96; *Hay v. National Parole Board et al.* (1991), 48 F.T.R. 165 (F.C.T.D.), at page 169; and *MacDonald v. National Parole Board*, [1986] 3 F.C. 157 (T.D.), at page 174.

RELEVANT CASE LAW

The dangerous offender provisions of the *Criminal Code* were considered in the context of section 12 of the Charter by the Supreme Court of Canada in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, where Mr. Justice La Forest noted the following at pages 340-341:

In truth, there is a significant difference between the effect of a Part XXI sentence and other, more typical, sentences. When a person is imprisoned for an absolute and determinate period, there is at least the certainty that the incarceration will end at the termination of that period. The convicted person, during the term of sentence, can remain in a passive state, secure in the knowledge that he or she will be released thereafter. For the offender undergoing an indeterminate sentence, however, the sole hope of release is parole

This is so because in the context of a determinate sentencing scheme the availability of parole represents an additional, superadded protection of the liberty interests of the offender. In the present context, however, it is, subsequent to the actual imposition of the sentence itself, the sole protection of the dangerous offender's liberty interests Seen in this light, therefore, the parole process assumes the utmost significance for it is that process alone that is capable of truly accommodating and tailoring the sentence to fit the circumstances of the individual offender.

période indéterminée, les intimés soutiennent qu'il ne saurait être question de contester la Loi elle-même, mais seulement les décisions donnant lieu au recours en instance. Que par la formulation expresse des paragraphes 140(7) et (8), le législateur a entendu exclure le ministère d'avocat qui est plus large; telle est la règle *expressio unius est exclusio alterius*. Que le rôle du défenseur est expressément limité, et que contester les dispositions de la Loi portant limitation de ce rôle revient à attaquer le texte de loi lui-même, et non pas la décision de la Commission.

En ce qui concerne l'application de l'article 7, les intimés soutiennent que celui-ci n'est pas en jeu puisqu'il n'y a pas perte de liberté en l'espèce. À leur avis, la jurisprudence distingue entre la privation d'un droit existant à la liberté et le refus d'accorder le bénéfice attendu de liberté, qui est le cas en l'espèce; voir *Dempsey c. La Reine* (1987), 34 C.C.C. (3d) 95 (C.A.F.), à la page 96; *Hay c. Commission nationale des libérations conditionnelles et autres* (1991), 48 F.T.R. 165 (C.F. 1^{re} inst.), en page 169; et *MacDonald c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1986] 3 C.F. 157 (1^{re} inst.), en page 174.

LA JURISPRUDENCE EN LA MATIÈRE

La Cour suprême du Canada a interprété les dispositions du *Code criminel* en matière de délinquants dangereux au regard de l'article 12 de la Charte dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, où le juge La Forest a fait cette constatation en pages 340 et 341:

En vérité, il existe une différence considérable entre l'effet d'une peine imposée en vertu de la partie XXI et celui d'autres peines plus typiques. Quand une personne se fait emprisonner pour une période absolue et déterminée, il y a au moins la certitude que l'incarcération ne durera pas plus longtemps que la période fixée. La personne condamnée peut alors adopter une attitude passive en étant assurée d'être libérée une fois cette période écoulée. Pour le délinquant qui purge une peine d'une durée indéterminée, il n'y a cependant pas d'autre espoir que la libération conditionnelle . . .

Cela tient à ce que, dans un régime de peines d'une durée déterminée, la possibilité d'obtenir une libération conditionnelle représente une mesure surajoutée de protection des intérêts du délinquant en matière de liberté. Dans le présent contexte, cependant, une fois la peine imposée, elle constitue la seule mesure de protection des intérêts du délinquant dangereux en matière de liberté. . . Par conséquent, vu sous cet angle, le processus de libération conditionnelle revêt une importance capitale, car seul ce processus permet vraiment d'adapter la peine à la situation de chaque délinquant.

It is clear from the decision in *R. v. Lyons, supra*, that the dangerous offender provisions of the *Criminal Code*, are saved under a section 12 Charter challenge by the parole process. At page 345 of *R. v. Lyons, supra*, Mr. Justice La Forest notes:

Before leaving this issue, however, I would make one further comment. The conclusion that the liberty interest of a dangerous offender that is at stake in any parole hearing is, as a practical matter, different from that of "ordinary" offenders serving determinate sentences might affect the way in which the procedural adequacy of the review procedure might be viewed.

Mr. Justice La Forest further notes, at page 354, that:

In the context of s. 7, it seems to me that the nature and quality of the procedural protections to be accorded the individual cannot depend on sterile logic or formalistic classifications of the type of proceeding in issue. Rather, the focus must be on the functional nature of the proceeding and on its potential impact on the liberty of the individual.

and, at page 361, that:

... the requirements of fundamental justice embrace the requirements of procedural fairness ... [and] that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked.

While the applicant is entitled to a fair hearing, he is not entitled to the most favourable procedures that could possibly be imagined, but, the Supreme Court notes, at page 362, that:

... the fairness of the process by which the deprivation of liberty is occasioned cannot, in the case of a dangerous offender, be considered in isolation from the process by which that deprivation of liberty is reviewed.

And, that [at pages 362-363]:

Given the severity of the impact of such review on a dangerous offender's liberty interests, at least as opposed to those of an "ordinary" offender, it seems to me that considerations of fundamental justice might require correspondingly enhanced procedural protections at such a review ... However, the fairness of certain procedural aspects of a parole hearing may well be the subject of constitutional challenge, at least when the review is of the continued incarceration of a dangerous offender. The fairness of the review procedure, however, is not an issue in the present case.

On voit donc, à la lumière de la décision *R. c. Lyons*, que les dispositions du *Code criminel* en matière de délinquants dangereux sont protégées de l'application de l'article 12 de la Charte par le processus de libération conditionnelle. En page 345 de la même décision, le juge La Forest a donné cette précision:

Avant toutefois de passer à autre chose, je me permets de faire une autre observation. Si l'on devait conclure qu'il existe sur le plan pratique une différence entre l'intérêt qu'a un délinquant dangereux en matière de liberté, qui est en jeu dans toute audience visant à déterminer s'il y a lieu d'accorder la libération conditionnelle, et ce même intérêt lorsqu'il s'agit de délinquants «ordinaires» qui purgent des peines d'une durée déterminée, cela risquerait d'influer sur l'opinion qu'on se ferait quant au caractère adéquat, au point de vue formel, du processus de révision.

Et d'ajouter en page 354:

Il me semble que, dans le contexte de l'art. 7, la nature et la qualité des garanties en matière de procédure qu'il faut accorder à l'individu ne sauraient être fonction d'une logique stérile ni d'une classification formaliste du type d'instance dont il s'agit. On doit plutôt mettre l'accent sur le caractère pratique de l'instance et sur l'effet qu'elle risque d'avoir sur la liberté individuelle.

Et encore en page 361:

... les exigences de la justice fondamentale englobent tout au moins l'équité en matière de procédure. ... [et] les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque.

Si le requérant a droit à une audience équitable, il n'a pas droit aux procédures les plus favorables qu'on puisse imaginer, mais la Cour suprême fait cette mise en garde, en page 362:

... le caractère équitable du processus entraînant la privation de liberté ne saurait, dans le cas d'un délinquant dangereux, être considéré indépendamment du processus de révision de cette privation de liberté.

Et d'ajouter [en pages 362 et 363]:

Étant donné la gravité des effets d'une telle révision sur les intérêts qu'a un délinquant dangereux en matière de liberté, du moins par rapport à ses effets sur les mêmes intérêts qu'a un délinquant «ordinaire», il me semble que la justice fondamentale pourrait exiger que cette révision comporte des garanties en matière de procédure qui soient améliorées en conséquence. ... Toutefois, le caractère équitable de certains aspects de la procédure d'une audience visant à déterminer s'il y a lieu d'accorder la libération conditionnelle peut très bien faire l'objet d'une contestation fondée sur la Constitution, du moins lorsque l'examen porte sur la prolongation de l'emprisonnement.

Of course, the fairness of the review procedure, is at issue in this case. Mr. Justice La Forest also in *R. v. Lyons, supra*, noted, at page 368, that the problem of dealing with psychiatric expert evidence in the context of the parole review of a dangerous offender does not undermine fairness of the scheme so much as to strengthen the conclusion that the procedural protection accorded the offender, especially on review, ought to be very rigorous.

In *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385, the Court had another occasion to deal with the dangerous offender provisions and once more concluded that the imposition of an indeterminate sentence without other safeguards would violate section 12 of the Charter if it were not for the existence of regular parole review of an offender's continuing detention. In other words, it is only by a careful consideration and application of the various criteria under the parole laws that the indeterminate sentence can be made to fit the circumstances of the individual offender.

In *Howard v. Stony Mountain Institution*, [1984] 2 F.C. 642 (C.A.), the Court had an opportunity to deal with the right to counsel in the context of an inmate disciplinary hearing. At pages 662-663, Thurlow C.J., notes:

I am of the opinion that the enactment of section 7 has not created any absolute right to counsel in all such proceedings. It is undoubtedly of the greatest importance to a person whose life, liberty or security of the person are at stake to have the opportunity to present his case as fully and adequately as possible. The advantages of having the assistance of counsel for that purpose are not in doubt. But what is required is an opportunity to present the case adequately and I do not think it can be affirmed that in no case can such an opportunity be afforded without also as part of it affording the right to representation by counsel at the hearing.

Once that position is reached it appears to me that whether or not the person has a right to representation by counsel will depend on the circumstances of the particular case, its nature, its gravity, its complexity, the capacity of the inmate himself to understand the case and present his defence. The list is not exhaustive. And from this, it seems to me, it follows that whether or not an inmate's request for representation by counsel can lawfully be refused is not properly referred to as a matter of discretion but is a matter of right where the circum-

ment d'un délinquant dangereux. Le caractère équitable de la procédure de révision n'est cependant pas en litige en l'espèce.

Il se trouve que l'équité du processus d'examen du dossier de libération conditionnelle est bien en cause en l'espèce. Dans *R. c. Lyons, supra*, le juge La Forest note également en page 368 que le problème relatif au témoignage psychiatrique d'expert remet moins en question l'utilité et l'équité du régime qu'il rehausse la conclusion que les garanties procédurales assurées au délinquant, en particulier à l'examen de son dossier de libération conditionnelle, doivent être très rigoureuses.

Dans *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385, qui porte aussi sur les dispositions relatives aux délinquants dangereux, il a été jugé de nouveau que l'application d'une sentence de durée indéterminée sans autres protections irait à l'encontre de l'article 12 de la Charte, n'eût été l'existence du processus d'examen périodique du dossier de libération conditionnelle de l'intéressé. Autrement dit, ce n'est que par prise en considération et application attentives des divers critères prescrits par les règles en matière de libération conditionnelle que la détention de durée indéterminée peut être adaptée au cas personnel de chaque délinquant.

Dans *Howard c. Établissement Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642 (C.A.), qui porte sur le droit au ministère d'avocat dans une audience disciplinaire concernant un détenu, le juge en chef Thurlow note en pages 662 et 663:

Je suis d'avis que l'adoption de l'article 7 n'a créé aucun droit absolu d'être représenté par avocat dans toute procédure de ce genre. Il est sans aucun doute de la plus grande importance que la personne dont la vie, la liberté ou la sécurité sont en jeu ait l'occasion d'exposer sa cause aussi pleinement et adéquatement que possible. Les avantages de l'assistance d'un avocat à cette fin ne sont pas contestés. Cependant, ce qui est exigé c'est l'occasion d'exposer la cause adéquatement et je ne crois pas qu'on puisse affirmer qu'il n'existe pas de cas où une telle occasion ne peut être fournie sans qu'il faille également accorder le droit d'être représenté par avocat à l'audition.

Une fois qu'on a adopté cette position, il me semble que la question de savoir si oui ou non une personne a le droit d'être représentée par avocat dépendra des circonstances de l'espèce, de sa nature, de sa gravité, de sa complexité, de l'aptitude du détenu lui-même à comprendre la cause et à présenter sa défense. Cette liste n'est pas exhaustive. Il s'ensuit donc, à mon avis, que la question de savoir si la requête d'un détenu en vue d'être représenté par avocat peut être légalement refusée ne peut être considérée comme une question de discrétion, car

stances are such that the opportunity to present the case adequately calls for representation by counsel.

Mr. Justice MacGuigan, in *Howard, supra*, at page 685, notes as follows:

What section 7 requires is that an inmate be allowed counsel when to deny his request would infringe his right to fundamental justice. The existence of the right admittedly depends on the facts. But the right, when it exists, is not discretionary, in the sense that the presiding officer has a discretion to disallow it. The presiding officer's authority cannot, in my view, prevent a reviewing court from looking at the facts and substituting its own view if it is persuaded by them that the case is one in which counsel should be allowed in order to afford the inmate the rights guaranteed by section 7.

At page 687, Mr. Justice MacGuigan continues:

The Charter does modify the previous understanding of the law by an enhancement of the fundamental principle of justice relating to an adequate opportunity to answer, and in doing so it does affect even purely administrative proceedings.

Finally, in *Latham v. Solicitor General of Canada*, [1984] 2 F.C. 734 (T.D.), Mr. Justice Strayer, as he then was, notes, at page 747, that:

In my view fundamental justice requires procedural fairness commensurate with the interest affected.

He continues, at page 749:

In my view, however, the guarantee in section 7 of the Charter requires that a parolee should have every reasonable opportunity to be represented by counsel at a revocation hearing. The importance of the outcome to him, at least in a case like the present, means that a fair procedure requires that he should have counsel if he so wishes and if he can find counsel willing to serve. Sufficient time should be assured to him to make all reasonable efforts to achieve this.

This does not mean, however, that the Board can remain indifferent to whether a parolee has counsel in such circumstances. It must provide a hearing procedure which is fair, and the presence of counsel in a matter of this gravity will be an important factor in assuring the fairness of the process.

It is clear from the review of the authorities that where a revocation of parole occurs or where disciplinary proceedings are involved, the right to counsel

il s'agit d'un droit qui existe lorsque les circonstances sont telles que la possibilité d'exposer adéquatement la cause du détenu exige la représentation par avocat.

De son côté, le juge MacGuigan, dans la même cause *a Howard, supra*, a fait cette constatation en page 685:

L'article 7 exige qu'on accorde à un détenu le droit d'être représenté par avocat lorsque le fait de refuser sa requête en ce sens violerait son droit à la justice fondamentale. De l'aveu général, l'existence de ce droit dépend des faits. Toutefois, ce droit, lorsqu'il existe, n'est pas discrétionnaire si l'on entend par ce terme que le président du tribunal a le pouvoir discrétionnaire de le refuser. À mon avis, le pouvoir dont dispose le président du tribunal n'empêche pas une cour exerçant son pouvoir de contrôle d'examiner les faits et de substituer sa propre décision à celle de ce dernier si elle est convaincue, à la lumière des faits, qu'il s'agit d'un cas où la représentation par avocat aurait dû être accordée afin d'assurer au détenu les droits qui lui sont garantis par l'article 7.

Et d'ajouter en page 687:

La Charte a bel et bien modifié l'interprétation antérieure du droit en rehaussant l'importance du principe de justice fondamentale relatif à l'occasion adéquate de se défendre et ce faisant, elle influe même sur les procédures de nature purement administrative.

Enfin, dans *Latham c. Solliciteur général du Canada*, [1984] 2 C.F. 734 (1^{re} inst.), le juge Strayer, tel était alors son titre, a tiré la conclusion suivante en page 747:

À mon avis, la justice fondamentale exige une équité procédurale qui corresponde à l'intérêt touché.

Et en page 749:

J'estime toutefois que la garantie prévue à l'article 7 de la Charte exige qu'un libéré conditionnel ait toutes les possibilités raisonnables de se faire représenter par un avocat à une audition portant sur la révocation. L'importance de l'issue à son égard, du moins dans un cas comme en l'espèce, signifie qu'une procédure équitable exige qu'il ait droit à un avocat s'il le désire et s'il peut en trouver un qui soit disposé à le représenter. On devrait lui accorder suffisamment de temps pour qu'il puisse faire son possible en vue d'atteindre ce but.

Toutefois, cela ne veut pas dire que la Commission peut rester indifférente devant la question de savoir si un libéré conditionnel a un avocat dans de telles circonstances. Elle doit assurer une procédure d'audition qui soit équitable, et la présence d'un avocat dans une affaire aussi grave sera un facteur important pour assurer l'équité de la procédure.

Il ressort de cette recension de la jurisprudence qu'en cas de révocation de la libération conditionnelle ou d'action disciplinaire, le droit au ministère

is an important component of the guarantee of fundamental justice within section 7 of the Charter. Of course, the matter before the Court is not one involving discipline or revocation of parole, but rather the anticipated opportunity for parole within the context of an indeterminate sentence.

In a recent decision in the Supreme Court of Canada, *R. v. S. (R.J.)*, [1995] S.C.J. No. 10, February 2, 1995, a case dealing with various sections of the Charter as it applies to the principles against self-incrimination, Mr. Justice Iacobucci states the following regarding section 7 of the Charter, at page 9 of the decision:

Section 7 establishes that "[e]veryone 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". An analysis under this provision can logically proceed in stages. First, it can be determined whether there exists a real or imminent deprivation of an interest or interests recognized in the section. Second, the relevant principles of fundamental justice can be isolated, and the deprivation can be measured against these principles to determine whether s. 7 has been infringed.

With respect to liberty interests, Mr. Justice Iacobucci, in *R. v. S. (R.J.)*, *supra*, at pages 10-11, states:

Section 7 of the Charter is engaged by deprivations in respect of life, liberty, or security of the person. To date, this Court has recognized that an interest is subject to deprivation, in this context, if there is either an immediate or imminent threat to the interest, and, in this appeal, the interest at stake is liberty. For example, both imprisonment and an imminent threat of imprisonment constitute deprivations of the liberty interest: . . .

Finally, at page 17 of *R. v. S. (R.J.)*, *supra*, Mr. Justice Iacobucci comments with respect to the principles of fundamental justice:

The rights listed in s. 7 of the Charter are not guaranteed at large . . . He can only demand that a deprivation of his liberty take place in accordance with the principles of fundamental justice.

Counsel for the respondents relies on *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, for the proposition that there is no general common law right to examine witnesses at Board hearings. Mr. Justice Iacobucci also had an occasion in the *R. v. S. (R.J.)*, *supra*, decision to deal with the application of the *Irvine v. Canada*, *supra*,

d'avocat est un élément important de la garantie de justice fondamentale, que prescrit l'article 7 de la Charte. L'affaire soumise en l'espèce à la Cour ne porte pas sur une action disciplinaire ou sur la révocation de la libération conditionnelle, mais sur la possibilité de libération conditionnelle dans le contexte d'une détention de durée indéterminée.

Dans une récente décision de la Cour suprême du Canada, *R. c. S. (R.J.)*, [1995] A.C.S. n° 10, 2 février 1995, qui porte sur divers articles de la Charte telle qu'elle se rapporte aux principes qui protègent contre l'auto-incrimination, le juge Iacobucci s'est prononcé en ces termes au sujet de l'article 7 de la Charte, en pages 9 et 10:

L'article 7 prévoit que «[c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne», et qu'il «ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale». Une analyse fondée sur cette disposition peut logiquement se faire par étapes. Premièrement, on peut déterminer s'il existe une atteinte réelle ou imminente à un droit garanti dans cette disposition. Deuxièmement, on peut examiner séparément les principes pertinents de justice fondamentale et évaluer l'atteinte en fonction de ces principes de façon à déterminer s'il y a eu violation de l'art. 7.

En ce qui concerne le droit à la liberté, il conclut en page 10:

L'article 7 de la Charte s'applique lorsqu'il y a atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Jusqu'à maintenant, notre Cour a reconnu que, dans ce contexte, il y a atteinte à un droit s'il existe un risque immédiat ou imminent d'atteinte au droit en question; dans le présent pourvoi, le droit en jeu est celui à la liberté. Par exemple, l'emprisonnement et le risque imminent d'emprisonnement constituent des atteintes au droit à la liberté. . .

Enfin, en page 18, il fait cette constatation au sujet des principes de justice fondamentale:

Les droits énumérés à l'art. 7 de la Charte ne sont pas garantis de façon générale. . . Il peut seulement exiger qu'une atteinte à sa liberté soit conforme aux principes de justice fondamentale.

L'avocat des intimés se fonde sur la jurisprudence *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, pour soutenir que la common law ne connaît pas, à titre de règle générale, le droit d'interroger les témoins aux audiences de la Commission. Dans *R. c. S. (R.J.)*, *supra*, le juge Iacobucci a également évoqué l'appli-

decision. At pages 79-80, Mr. Justice Iacobucci notes as follows:

Admittedly, in *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, Estey J. stated that (at 231):

Fairness is a flexible concept and its content varies depending on the nature of the inquiry and the consequences for the individuals involved. The characteristics of the proceeding, the nature of the resulting report and its circulation to the public, and the penalties which will result when events succeeding the report are put in train will determine the extent of the right to counsel and, where counsel is authorized by statute without further directive, the role of such counsel.

I mean to cast no doubt here upon such an analysis, nor upon the related suggestion that “[i]n the pre-*Nicholson* era a number of authorities shifted the emphasis away from a process of classification of the tribunal in question to the effect of the statutory procedure on the individual appearing in the administrative process” (at 216).

As I understand it, however, the dichotomy between quasi-judicial and administrative proceedings can be regarded as false to the extent that one is concerned with determining which requirements of natural justice or procedural fairness should attach to proceedings. When this is the goal, instead of labelling the proceedings, it is helpful to analyze their effect upon individuals as Estey J. discussed in *Irvine*, *supra* . . .

ANALYSIS

In summary, the Court must consider what the effect of the parole proceeding is on the individual since he can only demand that a deprivation of his liberty take place in accordance with the principles of fundamental justice. Moreover, the Court must also consider what principles of fundamental justice are operative in this case. The issue before the Court is not whether parole should or should not be granted; the issue before the Court is whether there is a deprivation of a liberty interest and, if so, whether the deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice. As Madam Justice L’Heureux-Dubé noted, at page 45 of *R. v. S. (R.J.)*, *supra*, “[f]airness that is fundamental to justice represents our constitutional bottom line.” In other words, this case is about fundamental justice in the context of an indeterminate sentence.

It appears that the Board followed the procedures contained in the Act. Indeed, with respect to the right of examination of the clinical experts, the respon-

sion de cette décision *Irvine c. Canada* en ces termes, en pages 83 et 84:

Certes, le juge Estey affirme ceci dans l’arrêt *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, à la p. 231:

L’équité est une notion souple et son contenu varie selon la nature de l’enquête et les conséquences qu’elle peut avoir pour les individus en cause. Les caractéristiques de la procédure, la nature du rapport qui en résulte et sa diffusion publique, et les sanctions qui s’ensuivront lorsque les événements qui suivent le rapport seront enclenchés, détermineront l’étendue du droit à l’assistance d’un avocat et, lorsqu’un avocat est autorisé sans plus par la Loi, le rôle de cet avocat.

Je ne veux ici soulever aucun doute relativement à cette analyse, ni d’ailleurs relativement à la suggestion connexe selon laquelle «[d]éjà, au cours de la période qui a précédé l’arrêt *Nicholson*, un certain nombre de précédents tendaient à insister moins sur la classification du tribunal en cause et plus sur l’effet de la procédure prévue par la loi sur l’individu comparaisant devant une instance administrative» (p. 216).

Toutefois, si je comprends bien, la dichotomie entre les procédures quasi judiciaires et administratives peut être considérée comme fautive dans la mesure où il s’agit de déterminer quelles exigences de justice naturelle ou d’équité procédurale devraient se rattacher aux procédures. Si tel est l’objectif à atteindre, au lieu de cataloguer les procédures, il est utile d’analyser leur effet sur des individus, comme l’a mentionné le juge Estey dans l’arrêt *Irvine*, précité.

ANALYSE

En bref, il échet d’examiner quel effet l’audience d’examen du dossier de libération conditionnelle aura pour l’individu puisque tout ce qu’il peut exiger, c’est que l’atteinte à sa liberté soit conforme aux principes de justice fondamentale. Il échet aussi d’examiner quels principes de justice fondamentale sont en jeu en l’espèce. La question qui se pose est de savoir, non pas s’il y a lieu ou non à libération conditionnelle, mais s’il y a atteinte à la liberté et, dans l’affirmative, si cette atteinte est conforme aux principes de justice naturelle. Comme l’a fait observer Madame le juge L’Heureux-Dubé en page 46 de *R. c. S. (R.J.)*, *supra*, «[l]’équité fondamentale à la justice représente le minimum constitutionnellement acceptable». Autrement dit, ce qui est en jeu en l’espèce, c’est la justice fondamentale dans le contexte de la détention de durée indéterminée.

Il appert que la Commission a observé les procédures prévues par la Loi. En effet, en ce qui concerne le droit d’interroger les cliniciens, les intimés sou-

dents argue that an alternative procedure was provided that exceeded the minimum requirements. As indicated previously, the respondents also note that there is no general common law right to examine witnesses at Board hearings: *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, at page 231. Moreover, the respondents submit that the denial of the right to examination violates no Charter rights as release from incarceration is an enhancement, not a deprivation of the measure of liberty the applicant has a right to enjoy.

The Court, however, is of the opinion that despite the characterization by the respondents a deprivation of a liberty interest does exist within the meaning of section 7 of the Charter: *R. v. Lyons, supra*, at page 362; *R. v. S. (R.J.), supra*, at pages 10-11 [of Iacobucci J.'s reasons]. In the context of an indeterminate sentence it cannot be otherwise. Therefore, the question that the Court now must consider regarding both the right to counsel as well as the right to examine the authors of the clinical reports, is whether the Charter mandates the additional requirements of fairness, as a principle of fundamental justice, which are requested by the applicant. If the applicant is right, it is clear that he can only do so because he is serving an indeterminate sentence pursuant to Part XXIV of the *Criminal Code*. It is also clear that the Charter does not require a trial-like or adversarial type of hearing even where an indeterminate sentence is under review. Indeed, the Parole Board is not the adversary of the inmate in any way whatsoever.

The respondents describe the role of the Board as inquisitorial, among other things, but not as adversarial. Section 100 of the Act describes the purpose of conditional release as being designed to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by means of decisions on the timing and conditions of release that will best facilitate the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law abiding citizens. It is also clear from section 101 of the Act that the Board must consider the protection of society to be the paramount consideration in the determination of parole.

Obviously, a decision by the Board as to whether or not the rehabilitation of a prisoner and the interest

tiennent qu'une autre procédure est prévue qui excède le minimum requis. Il fait observer aussi, comme noté *supra*, que la common law ne connaît pas, à titre de règle générale, le droit d'interroger les témoins aux audiences de la Commission; voir *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, en page 231. Et que le rejet du droit d'interroger ne porte atteinte à aucun des droits garantis par la Charte puisque la mise en liberté ne soustrait pas, mais ajoute au degré de liberté dont le requérant a le droit de jouir.

La Cour juge cependant que malgré la qualification juridique faite par les intimés, il y a atteinte à la liberté au sens de l'article 7 de la Charte; voir *R. c. Lyons, supra*, en page 362; *R. c. S. (R.J.), supra*, en pages 11 et 12 [des motifs du juge Iacobucci]. Il ne saurait en être autrement dans le contexte de la détention de durée indéterminée. La question se pose donc de savoir, au sujet du droit au ministère d'avocat comme au sujet du droit d'interroger les auteurs des rapports cliniques, si la Charte impose, à titre de principe de justice naturelle, les mesures additionnelles d'équité que réclame le requérant. Si le requérant a raison, il est clair que c'est seulement parce qu'il purge une sentence de durée indéterminée sous le régime de la partie XXIV du *Code criminel*. Il est aussi clair que la Charte n'impose pas dans ce contexte une audience de type judiciaire ou contradictoire, même en cas de détention de durée indéterminée. En effet, la Commission des libérations conditionnelles n'est à aucun titre la partie adverse du requérant.

Selon les intimés, le rôle de la Commission est de nature inquisitoire entre autres, mais non antagonique. Aux termes de l'article 100 de la Loi, la mise en liberté vise au maintien d'une société juste, paisible et sûre en favorisant, par la prise de décisions appropriées quant au moment et aux conditions de leur mise en liberté, la réadaptation et la réinsertion sociale des délinquants en tant que citoyens respectueux des lois. Il ressort aussi de l'article 101 que la Commission doit voir dans la protection de la société le critère déterminant dans l'examen du dossier de libération conditionnelle.

La décision que doit rendre la Commission sur la question de savoir si la mise en liberté est ce qui faci-

of society generally would be best served by the discontinuance of imprisonment is difficult. Clearly, the Board in making such decisions is not restricted by the rules of evidence or procedure which are more or less designed for determining difficult legal or trial-like issues. No doubt many non-legal factors must be considered by the Board in rendering a decision. These include the inmate's clinical reports, his moral attitude, his behaviour in prison, his emotional and physical condition, and his inter-personal relationships with inmates and prison staff. Of course, there are other issues which must be considered but it is obvious that not all of them are strictly legal or factual in the traditional sense. For an applicant who is in jail on an indeterminate sentence, the stakes in a parole hearing could not be higher. He has an obvious concern in assuring that his case is at least presented as fully and effectively as possible.

The applicant is seeking an enhanced role by counsel at the hearing rather than the limited role of an assistant as provided in subsection 140(8) of the Act. Moreover, the applicant seeks the right to examine the authors of those reports that were provided to the Board. These are clinical reports regarding the condition of the applicant. It is clear from the record that while the Board noted that the presence or absence of psychological or psychiatric concerns is only one of the many factors used in determining whether the Board should grant parole, the Board did note that, with respect to the 1991 hearing, in the applicant's case "all that can be certain is that there is no certainty." In other words, there was a difference of opinion among the expert opinions regarding the condition of the applicant.

It is apparent that psychiatric and psychological reports are important components of the evidence weighed by the Board. In this case, there are conflicting reports describing the condition of the applicant. Should the Board have the benefit of the examination of these experts in order to assess the basis for their clinical opinions? While this would increase the administrative burden on the Board, it would likely, in the Court's opinion, result in a more informed

lite le mieux la réadaptation du détenu et sert le mieux l'intérêt de la société, est indéniablement une décision difficile. Il est évident que pour les décisions de ce genre, la Commission n'est pas astreinte aux règles de preuve ou de procédure, qui sont plus ou moins conçues pour le jugement des questions juridiques ou contentieuses difficiles. Nul doute qu'elle doit tenir compte d'un grand nombre de facteurs non juridiques dans sa décision, par exemple les rapports cliniques concernant le détenu, sa mentalité, son comportement en prison, son état affectif ou physique, ses relations avec les autres détenus et le personnel de la prison. Il y a bien entendu d'autres facteurs à prendre en considération, mais il est manifeste qu'ils ne se rapportent pas tous aux points strictement de droit ou de fait au sens traditionnel. Pour un requérant qui purge une sentence de durée indéterminée, l'enjeu ne saurait être plus élevé dans une audience d'examen du dossier de libération conditionnelle. Il a évidemment intérêt à ce que ses conclusions et arguments au moins soient présentés de la façon la plus complète et la plus efficace possible.

En l'espèce, le requérant conclut aux services plus étendus d'un avocat, au lieu de l'aide limitée d'un défenseur, telle que la prévoit le paragraphe 140(8) de la Loi. En outre, il prétend au droit d'interroger les auteurs des rapports qui ont été soumis à la Commission. Il s'agit de rapports cliniques sur son état. D'après le dossier, la Commission a bien noté que l'existence ou l'absence de considérations psychologiques ou psychiatriques n'était que l'un des nombreux facteurs qu'elle prenait en compte pour juger s'il y avait lieu à libération conditionnelle, mais elle a noté aussi, au sujet de l'audience de 1991 sur le cas du requérant, que [TRADUCTION] «tout ce dont on peut être certain, c'est qu'il n'y a pas de certitude». Autrement dit, il y avait divergence entre les experts qui se sont prononcés sur l'état du requérant.

Il est manifeste que les rapports psychiatriques et psychologiques étaient d'importants éléments de preuve pris en compte par la Commission. En l'espèce, les rapports sur l'état du requérant sont contradictoires. Y a-t-il lieu pour la Commission d'être éclairée par l'interrogatoire de ces experts pour juger du fondement de leurs consultations cliniques? Si pareille éventualité ajoute au fardeau administratif de la Commission, la Cour estime qu'elle l'aiderait à

decision. An informed decision does not mean that the decision will be positive or negative, it will simply mean that it will be more informed: *R. v. Lyons, supra*, at page 368.

Parliament has determined that the National Parole Board proceedings are not to be adversarial in nature. On the other hand, Parliament has not legislated any alternative procedures for dangerous offenders. This is so despite the recognition by the Supreme Court that, from the perspective of the deprivation of liberty, there is a difference between inmates serving a determinate versus an indeterminate sentence: *R. v. Lyons, supra*, pages 345 and 362. In my opinion, hearings before the Board must reflect the differences associated with such status. The question is not whether the legislation is to be impugned but rather whether the Board should adopt procedures that are fully consistent with the requirements of section 7 of the Charter for this inmate who is serving an indeterminate sentence. The Court is not advocating the full menu of procedural rights associated with a trial-like proceeding. This would be unwise. Counsel are now permitted to be present only as an assistant within the meaning of subsection 140(8) of the Act. It is the Court's opinion that, given the liberty issues at stake, when reviewing the status of a dangerous offender, counsel can be of assistance to the Board, as well as the inmate, in ensuring that important factual matters are not overlooked or that the Board does not adopt procedures which are basically unfair to the inmate. Counsel can assist by ensuring that facts that are relevant to the "condition" and "circumstances" of the inmate are properly before the Board. In essence, if one can avoid a cynical view regarding the role of counsel, counsel can assist the Board in making a more informed decision regarding parole. However, I do not see the need for the hearing to become adversarial or trial-like. This would be inconsistent with the manner in which the Board views its statutory mandate. The Court is of the same opinion regarding the right to examine the experts on their clinical reports.

The applicant also seeks a declaration that if examination of the authors of the clinical reports is not permitted, then the Board should not receive those reports to which the applicant objects and therefore

parvenir à une décision plus éclairée. Décision plus éclairée ne signifie pas qu'elle sera favorable ou défavorable, mais seulement qu'elle sera plus éclairée; voir *R. c. Lyons, supra*, en page 368.

a Le législateur a décidé que les audiences de la Commission nationale des libérations conditionnelles ne seront pas contradictoires. Par contre, il n'a prévu aucune procédure spéciale pour les délinquants dangereux. Et ce malgré la différence reconnue par la Cour suprême, en matière de privation de liberté, entre détenus ordinaires et détenus purgeant une sentence de durée indéterminée; voir *R. c. Lyons, supra*, en pages 345 et 362. À mon avis, les audiences de la Commission doivent traduire cette différence de statut. Il s'agit de savoir non pas s'il faut invalider la législation, mais si la Commission doit adopter des procédures entièrement conformes aux impératifs de l'article 7 de la Charte à l'égard de ce détenu qui purge une peine de durée indéterminée. La Cour ne préconise pas l'observation intégrale de tous les droits de procédure propres aux instances contentieuses. Pareil jugement serait imprudent. Un avocat n'est à l'heure actuelle autorisé à intervenir qu'à titre d'assistant au sens du paragraphe 140(8) de la Loi. La Cour estime, étant donné les questions de liberté en jeu, qu'à l'examen du statut d'un délinquant dangereux, l'avocat peut aider la Commission tout comme le détenu lui-même en faisant de telle sorte que les points de fait importants ne soient pas oubliés ou que la Commission n'adopte pas de procédures qui soient essentiellement iniques pour ce dernier. Sa contribution peut consister à veiller à ce que la Commission soit régulièrement saisie des faits se rapportant à l'«état» et au «cas» du détenu. Donc, si on peut envisager sans cynisme le rôle de l'avocat, on voit que celui-ci peut aider la Commission à rendre une décision plus éclairée en matière de libération conditionnelle. Cependant, je ne vois pas pourquoi l'audience devrait être contradictoire et contentieuse. Pareille éventualité ne serait pas conforme à la façon dont la Commission interprète le mandat qu'elle tient de la loi. La Cour est du même avis pour ce qui est du droit d'interroger les experts sur leurs rapports cliniques.

j Le requérant conclut aussi à ordonnance déclarant que si l'interrogatoire des auteurs des rapports cliniques n'est pas permis, la Commission ne doit pas admettre les rapports que le requérant conteste et qui,

should be excluded from evidence. Given the decision of the Court regarding the right to examine on the clinical reports, it is unnecessary for the Court to answer this question.

The applicant also notes that if the Court finds that the procedure provided by the Board is inappropriate regarding a breach of procedural fairness, then the declaration should issue that the Board cannot properly consider the Board's November 22, 1991, decision regarding the parole of the applicant. It is the opinion of the Court that paragraph 101(b) of the Act requires that the Board consider all information relevant to a case. A previous decision regarding the same individual must be relevant given the responsibilities of the Board under the Act. Accordingly, there is no reason why the Board should not consider its previous decisions regarding this applicant. While the procedures required by this decision were not included in the 1991 hearing, any matters of concern to the applicant can be addressed at the next parole hearing of Mr. MacInnis.

The applicant also raises constitutional arguments regarding other provisions of the Charter, in particular section 9 and section 15. Given the decision of the Court regarding section 7 of the Charter, the Court is of the opinion that it is unnecessary to answer the questions regarding section 9 and section 15 of the Charter.

CONCLUSION

In summary, fairness under section 7 must be fundamental to justice: *R. v. S. (R.J.)*, *supra*, at page 45 [of L'Heureux-Dubé J.'s reasons]. With respect to this inmate, serving an indeterminate sentence, the principles of fundamental justice mandate both the right to appear by counsel as well as the right to examine the authors on the clinical reports.

Accordingly, the application for judicial review is allowed. The matter is referred back to the Board for a rehearing in accordance with the reasons for decision and order.

de ce fait, doivent être exclus des preuves. Vu la décision de la Cour sur le droit d'interroger les auteurs de ces rapports cliniques, il ne lui est pas nécessaire de répondre à cette question.

^a Le requérant fait encore valoir que si la Cour juge que la procédure observée par la Commission constitue un manquement à l'équité procédurale, il y a lieu à ordonnance déclarant que la Commission ne peut pas prendre en considération sa décision du 22 novembre 1991 sur la demande de libération conditionnelle du requérant. La Cour conclut cependant que l'alinéa 101b) de la Loi impose à la Commission de prendre en considération tous les éléments de preuve concernant un cas donné. Une décision antérieure concernant le même individu doit être pertinente vu les responsabilités dont la Loi a investi la Commission. Il n'y a donc aucune raison pour que celle-ci ne tienne pas compte de ses décisions antérieures concernant ce requérant. Bien qu'il ne fût nullement question lors de l'audience de 1991 des mesures de procédure requises à l'égard de la décision contestée en l'espèce, tout sujet de préoccupation du requérant peut être soulevé à la prochaine audience d'examen de son dossier de libération conditionnelle.

^b Le requérant soulève aussi des questions constitutionnelles au regard d'autres dispositions de la Charte, en particulier des articles 9 et 15. Vu la décision de la Cour à l'égard de l'article 7 de la Charte, elle estime qu'il n'est pas nécessaire de répondre aux questions touchant les articles 9 et 15.

CONCLUSION

^c En résumé, l'équité prescrite par l'article 7 doit être un élément fondamental de la justice; voir *R. c. S. (R.J.)*, *supra*, en page 46 [des motifs du juge l'Heureux-Dubé]. En ce qui concerne ce détenu qui purge une peine de durée indéterminée, les principes de justice fondamentale imposent à la fois le droit au ministère d'avocat et le droit d'interroger les auteurs sur leurs rapports cliniques.

^d En conséquence, la demande de contrôle judiciaire est accueillie. L'affaire est renvoyée à la Commission pour nouvelle instruction dans le sens de la présente ordonnance et des motifs y afférents.