

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jerimiah Josia Johnson *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Attorney
General of Ontario and Attorney General of
Alberta** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. JOHNSON

Neutral citation: 2003 SCC 46.

File No.: 28945.

2003: January 16; 2003: September 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Sentencing — Dangerous offenders and long-term offenders — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — Whether, under current regime, sentencing judge must consider long-term offender provisions prior to declaring offender dangerous — Whether sentencing judge must consider long-term offender provisions when predicate offence occurred prior to enactment of long-term offender provisions — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753, 753.1.

Criminal law — Sentencing — Appeal — Dangerous offenders — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — If sentencing judge's failure to consider long-term offender provisions constituted an error of law, whether appeal should be allowed on basis that error of law resulted in no substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 759(3)(b).

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Jerimiah Josia Johnson *Intimé*

et

**Procureur général du Canada, procureur
général de l'Ontario et procureur général de
l'Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. JOHNSON

Référence neutre : 2003 CSC 46.

N° du greffe : 28945.

2003 : 16 janvier; 2003 : 26 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquants dangereux et délinquants à contrôler — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée — Dans le cadre du régime actuel, le juge chargé de la détermination de la peine doit-il tenir compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler avant de déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux? — Le juge chargé de la détermination de la peine doit-il tenir compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler lorsque l'infraction sous-jacente a été perpétrée avant leur adoption? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753, 753.1.

Droit criminel — Détermination de la peine — Appel — Délinquants dangereux — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée — Si l'omission par le juge chargé de la détermination de la peine de tenir compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler constitue une erreur de droit, le pourvoi doit-il être accueilli au motif que cette erreur de droit n'a entraîné aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 759(3)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Benefit of lesser punishment — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — Sentencing judge did not consider long-term offender provisions enacted in 1997 because predicate offence committed prior to amendments — Whether sentencing judge required to consider applicability of long-term offender provisions — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(i) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753, 753.1.

At the accused's sentencing hearing, the judge did not consider the availability of the long-term offender provisions, added to the *Criminal Code* in 1997, on the basis that the offence for which the accused was convicted was committed prior to these amendments. He held that the accused was a dangerous offender as defined by s. 753(1)(b) of the *Code* and sentenced him to detention for an indeterminate period. The majority of the Court of Appeal allowed the accused's appeal and ordered a new sentencing hearing.

Held: The appeal should be dismissed.

A sentencing judge must take into account the long-term offender provisions prior to declaring an offender dangerous and imposing an indeterminate sentence. The language of s. 753(1) of the *Code* indicates that a sentencing judge retains the discretion not to declare an offender dangerous even if the statutory criteria in para. (a) or (b) are met. On its face, the word "may" in the phrase "[t]he court may . . . find the offender to be a dangerous offender" denotes a discretion. The principles of statutory interpretation, the purpose of the dangerous offenders regime, and the principles of sentencing support that interpretation. The primary purpose of the dangerous offender regime is the protection of the public. The principles underlying the *Code's* sentencing provisions dictate that a sentence must be appropriate in the circumstances of the individual case. The proposition that a court is under a duty to declare an offender dangerous every time the statutory criteria are satisfied would introduce an unnecessary rigidity into the process and overshoot the public protection purpose. It would also undermine a sentencing judge's capacity to fashion a sentence that fits the individual circumstances of a given case.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de bénéficiaire de la peine la moins sévère — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée — Le juge chargé de la détermination de la peine n'a pas tenu compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler adoptées en 1997 parce que l'infraction sous-jacente a été perpétrée avant les modifications — Le juge chargé de la détermination de la peine doit-il se pencher sur l'application éventuelle des dispositions relatives aux délinquants à contrôler? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11i) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753, 753.1.

À l'audience de détermination de la peine de l'accusé, le juge n'a pas envisagé la possibilité d'appliquer les dispositions relatives aux délinquants à contrôler, ajoutées au *Code criminel* en 1997, parce que l'infraction dont l'accusé avait été déclaré coupable avait été perpétrée avant ces modifications. Il a conclu que l'accusé était un délinquant dangereux au sens de l'al. 753(1)b) du *Code* et l'a condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée. La Cour d'appel, à la majorité, a accueilli l'appel de l'accusé et a ordonné la tenue d'une nouvelle audience de détermination de la peine.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le juge chargé de la détermination de la peine doit prendre en considération les dispositions applicables aux délinquants à contrôler avant de déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux et de le condamner à une peine de détention d'une durée indéterminée. Il ressort du libellé du par. 753(1) du *Code* que le juge conserve le pouvoir discrétionnaire de ne pas déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux même lorsque les conditions prévues aux al. a) ou b) sont remplies. De prime abord, le verbe « pouvoir » dans l'énoncé « le tribunal peut déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux » suggère une faculté. Les principes d'interprétation législative, l'objet du régime applicable aux délinquants dangereux et les principes de détermination de la peine appuient une telle interprétation. L'objectif principal du régime applicable aux délinquants dangereux est la protection du public. Les principes qui sous-tendent les dispositions du *Code* relatives à la détermination de la peine exigent que la peine soit appropriée à la situation du délinquant. Obliger le tribunal à déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux chaque fois que sont réunies les conditions légales pour le faire rendrait la procédure inutilement rigide et irait au-delà de l'objectif de la protection du public. Le juge chargé de la détermination de la peine serait en outre empêché de déterminer une peine appropriée à la situation du délinquant.

A judge's discretion whether to declare an offender dangerous must be guided by the relevant principles of sentencing contained in ss. 718 to 718.2 of the *Code*. These include the principle of proportionality and, most relevant to this appeal, the principle of restraint. A sentencing judge must consider the possibility that a less restrictive sanction would attain the same sentencing objectives as one more restrictive. Since the sentencing objective in question is public protection, if a sentencing judge is satisfied that the sentencing options available under the long-term offender provisions are sufficient to reduce the threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons to an acceptable level, the sentencing judge cannot properly declare an offender dangerous and thereupon impose an indeterminate sentence, even if all the statutory criteria have been satisfied. The imposition of an indeterminate sentence is justifiable only insofar as it actually serves the objective of protecting society. Prospective factors, including the possibility of eventual control of the risk in the community, must thus be considered prior to a dangerous offender designation. Lastly, s. 753(5) of the *Code* does not preclude a sentencing judge from considering the long-term offender provisions until after he or she has already determined that the offender is not a dangerous offender. Parliament did not intend the dangerous offender provisions and the long-term offender provisions to be considered in isolation of one another.

Section 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides that any person charged with an offence has the right "if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment". Accordingly, even though the accused's offence was committed prior to the 1997 amendments, the sentencing judge was required to consider the applicability of the long-term offender provisions, since the accused, who may have been declared a dangerous offender under the former provisions, could benefit from the long-term offender designation available under the current provisions. If the long-term offender criteria are satisfied and there is a reasonable possibility that harm could be reduced to an acceptable level under the long-term offender provisions, s. 11(i) dictates that the proper sentence, under the current regime, is a determinate period of detention followed by a long-term supervision order.

Le pouvoir discrétionnaire du tribunal de déclarer ou non qu'un délinquant est un délinquant dangereux doit être exercé conformément aux principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2 du *Code*. Ces principes englobent le principe de la proportionnalité et celui de la modération, le plus à propos dans le présent pourvoi. Le juge qui détermine la peine doit envisager la possibilité qu'une sanction moins contraignante puisse atteindre les mêmes objectifs de la détermination de la peine qu'une sanction plus contraignante. Étant donné qu'en l'espèce l'objectif de la peine infligée est la protection du public, le tribunal qui est convaincu que les sanctions prévues par les dispositions applicables aux délinquants à contrôler permettent d'abaisser à un niveau acceptable le risque pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental d'autrui ne peut à bon droit déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux et lui infliger de ce fait une peine de détention d'une durée indéterminée, même lorsque sont réunies toutes les conditions légales pour le faire. Le tribunal n'est justifié d'infliger une peine de détention d'une durée indéterminée que si cela sert la protection de la société. Les éléments prospectifs, y compris la possibilité réelle que le risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité, doivent par conséquent être examinés avant que le délinquant soit déclaré délinquant dangereux. Enfin, le par. 735(5) du *Code* n'empêche pas le tribunal de se pencher sur les dispositions applicables aux délinquants à contrôler avant d'avoir décidé que le délinquant n'est pas un délinquant dangereux. Le législateur n'a pas voulu que les dispositions relatives aux délinquants dangereux et celles concernant les délinquants à contrôler soient appliquées isolément les unes des autres.

L'alinéa 11*i*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dispose que tout inculpé a le droit « de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence ». En conséquence, même si l'accusé a perpétré son infraction avant les modifications de 1997, le juge chargé de la détermination de la peine devait se pencher sur l'application éventuelle des dispositions relatives aux délinquants à contrôler, car l'accusé qui aurait pu être déclaré délinquant dangereux en application des anciennes dispositions pourrait être déclaré délinquant à contrôler dans le cadre du régime actuel. Lorsque les conditions d'une déclaration portant qu'un accusé est un délinquant à contrôler sont remplies et qu'il existe une possibilité réelle d'abaisser le risque de préjudice à un niveau acceptable en appliquant les dispositions visant les délinquants à contrôler, l'al. 11*i*) prescrit que la peine appropriée, dans le cadre du régime actuel, est une peine de détention d'une durée déterminée assortie d'une ordonnance de surveillance de longue durée.

The curative proviso in s. 759(3)(b) of the *Code* is to be applied only when there is no reasonable possibility that the verdict would have been any different had the error of law not been made. Where the error of law consists of the sentencing judge's failure to consider the availability of the long-term offender provisions, it is only in the rarest of circumstances, if ever, that there will be no reasonable possibility that the sentencing judge would have imposed a different sentence but for the error. Here, in the absence of a full inquiry into the suitability of the long-term offender provisions, it would be improper to reinstate the sentencing judge's finding that the accused was properly classified as a dangerous offender.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Edgar*, [2003] 2 S.C.R. 388, 2003 SCC 47; *R. v. Smith*, [2003] 2 S.C.R. 392, 2003 SCC 48; *R. v. Mitchell*, [2003] 2 S.C.R. 396, 2003 SCC 49, aff'g (2002), 161 C.C.C. (3d) 508, 2002 BCCA 48; *R. v. Kelly*, [2003] 2 S.C.R. 400, 2003 SCC 50; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *Brown v. Metropolitan Authority* (1996), 150 N.S.R. (2d) 43; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306; *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Moore* (1985), 16 C.C.C. (3d) 328; *R. v. Boutilier* (1995), 144 N.S.R. (2d) 293; *R. v. Dow* (1999), 120 B.C.A.C. 16, 1999 BCCA 177; *R. v. J.T.H.* (2002), 209 N.S.R. (2d) 302, 2002 NSCA 138; *R. v. D.W.M.*, [2001] A.J. No. 165 (QL), 2001 ABPC 5; *R. v. N. (L.)* (1999), 71 Alta. L.R. (3d) 92, 1999 ABCA 206; *R. v. Driver*, [2000] B.C.J. No. 63 (QL), 2000 BCSC 69; *R. v. O.G.*, [2001] O.J. No. 1964 (QL); *R. v. Tremblay* (2000), 87 Alta. L.R. (3d) 229, 2000 ABQB 551; *R. v. Roy*, [1999] Q.J. No. 5648 (QL), rev'd (2002), 167 C.C.C. (3d) 203; *R. v. F.W.M.*, [2001] O.J. No. 4591 (QL); *R. v. Morin* (1998), 173 Sask. R. 101; *R. v. R.C.* (1996), 145 Nfld. & P.E.I.R. 271; *Hatchwell v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 39; *R. v. Carleton* (1981), 32 A.R. 181, aff'd [1983] 2 S.C.R. 58; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(i).
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 134.1(2) [am. 1997, c. 17, s. 30].
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 686(1)(b)(iii) [ad. c. 27 (1st Suppl.), ss. 145, 203; 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], 718 [ad. c. 27 (1st Suppl.), s. 155; am. 1995, c. 22, s. 6], 718.1 [ad. c. 27 (1st Suppl.), s. 156; am. 1995, c. 22, s. 6], 718.2 [ad. 1995, c. 22, s. 6], Part XXIV, 752.1 [ad. 1997, c. 17, s. 4], 753 (former), 753(1) [ad. 1997, c. 17, s. 4], (4) [idem], (5) [idem], 753.1(1) [idem], (2) [idem], (3) [idem], 753.2 [idem],

La disposition réparatrice correspondant à l'al. 753(3b) du *Code* ne s'applique qu'en l'absence d'une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si l'erreur de droit n'avait pas été commise. Lorsque l'erreur de droit consiste dans l'omission du tribunal d'examiner l'applicabilité des dispositions relatives aux délinquants à contrôler, il arrivera rarement, sinon jamais, qu'il n'y ait aucune possibilité raisonnable que la sentence eût été différente en l'absence de l'erreur. En l'espèce, faute d'un véritable examen de l'opportunité d'appliquer les dispositions relatives aux délinquants à contrôler, il ne convient pas de rétablir la conclusion du tribunal selon laquelle l'accusé est à juste titre qualifié de délinquant dangereux.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Edgar*, [2003] 2 R.C.S. 388, 2003 CSC 47; *R. c. Smith*, [2003] 2 R.C.S. 392, 2003 CSC 48; *R. c. Mitchell*, [2003] 2 R.C.S. 396, 2003 CSC 49, conf. (2002), 161 C.C.C. (3d) 508, 2002 BCCA 48; *R. c. Kelly*, [2003] 2 R.C.S. 400, 2003 CSC 50; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *Brown c. Metropolitan Authority* (1996), 150 N.S.R. (2d) 43; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306; *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. Moore* (1985), 16 C.C.C. (3d) 328; *R. c. Boutilier* (1995), 144 N.S.R. (2d) 293; *R. c. Dow* (1999), 120 B.C.A.C. 16, 1999 BCCA 177; *R. c. J.T.H.* (2002), 209 N.S.R. (2d) 302, 2002 NSCA 138; *R. c. D.W.M.*, [2001] A.J. No. 165 (QL), 2001 ABPC 5; *R. c. N. (L.)* (1999), 71 Alta. L.R. (3d) 92, 1999 ABCA 206; *R. c. Driver*, [2000] B.C.J. No. 63 (QL), 2000 BCSC 69; *R. c. O.G.*, [2001] O.J. No. 1964 (QL); *R. c. Tremblay* (2000), 87 Alta. L.R. (3d) 229, 2000 ABQB 551; *R. c. Roy*, [1999] J.Q. n° 5648 (QL), inf. par (2002), 167 C.C.C. (3d) 203; *R. c. F.W.M.*, [2001] O.J. No. 4591 (QL); *R. c. Morin* (1998), 173 Sask. R. 101; *R. c. R.C.* (1996), 145 Nfld. & P.E.I.R. 271; *Hatchwell c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 39; *R. c. Carleton* (1981), 32 A.R. 181, conf. par [1983] 2 R.C.S. 58; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11i).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii) [aj. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145, 203; 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], 718 [aj. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 155; mod. 1995, ch. 22, art. 6], 718.1 [aj. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 156; mod. 1995, ch. 22, art. 6], 718.2 [aj. 1995, ch. 22, art. 6], partie XXIV, 752.1 [aj. 1997, ch. 17, art. 4], 753 (ancien), 753(1) [aj. 1997, ch. 17, art. 4], (4) [idem], (5) [idem], 753.1(1) [idem], (2) [idem], (3) [idem], 753.2 [idem], 759(3) [rempl. idem, art. 6], 761(1) (ancien), 761(1) [rempl. 1997, ch. 17, art. 8].

759(3) [repl. *idem*, s. 6], 761(1) (former), 761(1) [repl. 1997, c. 17, s. 8].

Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 11.

Authors Cited

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2001), 158 C.C.C. (3d) 155, 159 B.C.A.C. 255, 259 W.A.C. 255, [2001] B.C.J. No. 2021 (QL), 2001 BCCA 456, reversing a decision of the British Columbia Supreme Court, [1998] B.C.J. No. 3216 (QL). Appeal dismissed.

William F. Ehrcke, Q.C., and *Beverly MacLean*, for the appellant.

Gil D. McKinnon, Q.C., and *James I. S. Sutherland*, for the respondent.

Robert J. Frater and *David Schermbrucker*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Ian W. Bulmer, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Goran Tomljanovic, for the intervener the Attorney General of Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI AND ARBOUR JJ. — This case was heard at the same time as *R. v. Edgar*, [2003] 2 S.C.R. 388, 2003 SCC 47, *R. v. Smith*, [2003] 2 S.C.R. 392, 2003 SCC 48, *R. v. Mitchell*, [2003] 2 S.C.R. 396, 2003 SCC 49, *R. v. Kelly*, [2003] 2 S.C.R. 400, 2003 SCC 50, released concurrently herewith. Each case involves an appeal against a sentencing judge's decision to declare an offender dangerous and sentence him to an indeterminate period of detention. In deciding these appeals, the British Columbia Court of Appeal conducted an extensive review of the dangerous offender provisions in light of amendments to Part XXIV of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 11.

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 134.1(2) [mod. 1997, ch. 17, art. 30].

Doctrine citée

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2001), 158 C.C.C. (3d) 155, 159 B.C.A.C. 255, 259 W.A.C. 255, [2001] B.C.J. No. 2021 (QL), 2001 BCCA 456, qui a infirmé un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [1998] B.C.J. No. 3216 (QL). Pourvoi rejeté.

William F. Ehrcke, c.r., et *Beverly MacLean*, pour l'appelante.

Gil D. McKinnon, c.r., et *James I. S. Sutherland*, pour l'intimé.

Robert J. Frater et *David Schermbrucker*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Ian W. Bulmer, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Goran Tomljanovic, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET ARBOUR — À l'issue d'une audience commune, notre Cour statue simultanément en l'espèce et dans *R. c. Edgar*, [2003] 2 R.C.S. 388, 2003 CSC 47, *R. c. Smith*, [2003] 2 R.C.S. 392, 2003 CSC 48, *R. c. Mitchell*, [2003] 2 R.C.S. 396, 2003 CSC 49, et *R. c. Kelly*, [2003] 2 R.C.S. 400, 2003 CSC 50. Chacune de ces affaires porte sur un appel de la décision du juge chargé de la détermination de la peine de déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux et de le condamner à une peine de détention d'une durée indéterminée. Pour statuer sur ces appels, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a procédé à un examen approfondi des dispositions sur les délinquants

contains the provisions governing dangerous offenders.

2

The amendments, which took effect August 1, 1997, brought a number of changes to Part XXIV of the *Criminal Code*. For instance, the period before a dangerous offender's first parole hearing was extended from three years under the pre-1997 legislation to seven years under the amended legislation. Another change was the addition of the new category of long-term offender to Part XXIV of the *Code*. While Canada has had legislation providing for the indeterminate incarceration of high risk offenders in one form or another since 1947, the 1997 amendments introduced, for the first time, a mechanism to allow for supervision in the community, for a limited period after the expiry of a determinate sentence, of certain offenders who pose a risk of re-offence. This case requires this Court to consider for the first time the interaction between the dangerous offender provisions and the new long-term offender provisions, both of which govern the sentencing of offenders who pose an ongoing public threat.

3

This appeal raises two primary issues. The first issue is whether a sentencing judge must, under the current regime, take into account the possibility of a long-term offender designation when considering a dangerous offender application. The second issue is whether the current provisions, particularly the long-term offender provisions which were absent in the pre-1997 legislation, are available in instances in which the predicate offence occurred prior to the 1997 amendments.

I. Legislative Background

4

Prior to the 1997 amendments, the Crown could bring an application to have an offender declared dangerous pursuant to s. 753 of the *Criminal Code*. There were no long-term offender provisions. Section 753 set out the criteria that the court must be satisfied of for an offender to be found dangerous. If the criteria were satisfied, the sentencing judge

dangereux à la lumière des modifications apportées à la partie XXIV du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui renferme ces dispositions.

Entrées en vigueur le 1^{er} août 1997, les modifications ont notamment eu pour effet de rendre un délinquant dangereux inadmissible à la libération conditionnelle avant l'expiration d'un délai de sept ans, comparativement à trois ans auparavant. En outre, une nouvelle catégorie, celle des délinquants à contrôler, a été intégrée à la partie XXIV du *Code criminel*. Même si le Canada était doté depuis 1947 de dispositions prévoyant sous une forme ou une autre l'incarcération pour une période indéterminée des délinquants présentant un risque élevé de récidive, les modifications de 1997 comportaient un élément nouveau : la surveillance au sein de la collectivité, pendant une période limitée après l'expiration d'une peine d'une durée déterminée, de certains délinquants présentant un risque de récidive. Notre Cour est appelée à se pencher pour la première fois sur l'interaction entre les dispositions applicables aux délinquants dangereux et celles applicables aux délinquants à contrôler, les unes et les autres régissant la détermination de la peine des délinquants qui continuent de poser une menace pour la société.

Le présent pourvoi soulève deux questions fondamentales. La première est de savoir si, dans le régime actuel, lorsqu'il est saisi d'une demande de déclaration portant que le délinquant est un délinquant dangereux, le juge qui détermine la peine doit tenir compte de la possibilité que le délinquant soit déclaré délinquant à contrôler. La deuxième est de savoir si les dispositions actuelles, en particulier celles relatives aux délinquants à contrôler, qui n'existaient pas avant les modifications de 1997, s'appliquent lorsque l'infraction sous-jacente a été perpétrée avant leur adoption.

I. Historique législatif

Avant la réforme de 1997, le ministère public pouvait demander qu'un délinquant soit déclaré un délinquant dangereux en application de l'art. 753 du *Code criminel*. Il n'existait pas de dispositions sur les délinquants à contrôler. L'article 753 énumérait les éléments dont le tribunal devait être convaincu pour qu'un délinquant puisse être déclaré délinquant

could declare the offender dangerous and thereupon impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period:

753. Where, on an application made under this Part following the conviction of a person for an offence but before the offender is sentenced therefor, it is established to the satisfaction of the court

(a) that the offence for which the offender has been convicted is a serious personal injury offence described in paragraph (a) of the definition of that expression in section 752 and the offender constitutes a threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons on the basis of evidence establishing

(i) a pattern of repetitive behaviour by the offender, of which the offence for which he has been convicted forms a part, showing a failure to restrain his behaviour and a likelihood of his causing death or injury to other persons, or inflicting severe psychological damage on other persons, through failure in the future to restrain his behaviour,

(ii) a pattern of persistent aggressive behaviour by the offender, of which the offence for which he has been convicted forms a part, showing a substantial degree of indifference on the part of the offender respecting the reasonably foreseeable consequences to other persons of his behaviour, or

(iii) any behaviour by the offender, associated with the offence for which he has been convicted, that is of such a brutal nature as to compel the conclusion that his behaviour in the future is unlikely to be inhibited by normal standards of behavioural restraint, or

(b) that the offence for which the offender has been convicted is a serious personal injury offence described in paragraph (b) of the definition of that expression in section 752 and the offender, by his conduct in any sexual matter including that involved in the commission of the offence for which he has been convicted, has shown a failure to control his sexual impulses and a likelihood of his causing injury, pain or other evil to other persons through failure in the future to control his sexual impulses,

dangereux. Lorsque ces conditions étaient remplies, le juge chargé de la détermination de la peine pouvait déclarer que le délinquant était un délinquant dangereux et le condamner à une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée :

753. Sur demande faite, en vertu de la présente partie, postérieurement à la déclaration de culpabilité mais avant le prononcé de la sentence, le tribunal, convaincu que, selon le cas :

a) l'infraction commise constitue un sévice grave à la personne, aux termes de l'alinéa a) de la définition de cette expression à l'article 752, et que le délinquant qui l'a commise constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit, en vertu de preuves établissant, selon le cas :

(i) que, par la répétition de ses actes, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il est déclaré coupable, le délinquant démontre qu'il est incapable de contrôler ses actes et permet de croire qu'il causera vraisemblablement la mort de quelque autre personne ou causera des sévices ou des dommages psychologiques graves à d'autres personnes,

(ii) que, par la répétition continue de ses actes d'agression, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il est déclaré coupable, le délinquant démontre une indifférence marquée quant aux conséquences raisonnablement prévisibles que ses actes peuvent avoir sur autrui,

(iii) un comportement, chez ce délinquant, associé à la perpétration de l'infraction dont il vient d'être déclaré coupable, d'une nature si brutale que l'on ne peut s'empêcher de conclure qu'il y a peu de chance pour qu'à l'avenir ce comportement soit inhibé par les normes ordinaires de restriction du comportement;

b) l'infraction commise constitue un sévice grave à la personne, aux termes de l'alinéa b) de la définition de cette expression à l'article 752, et que la conduite antérieure du délinquant dans le domaine sexuel, y compris lors de la perpétration de l'infraction dont il a été déclaré coupable, démontre son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles et laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes,

the court may find the offender to be a dangerous offender and may thereupon impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period, in lieu of any other sentence that might be imposed for the offence for which the offender has been convicted.

If the offender was found dangerous and sentenced to an indeterminate sentence, s. 761(1) required a parole hearing three years after the day on which the offender was taken into custody.

5

The dangerous offender provisions were amended in 1997. Under the amended provisions, the criteria that the court must be satisfied of for an offender to be declared a dangerous offender have remained the same:

753. (1) The court may, on application made under this Part following the filing of an assessment report under subsection 752.1(2), find the offender to be a dangerous offender if it is satisfied

(a) that the offence for which the offender has been convicted is a serious personal injury offence described in paragraph (a) of the definition of that expression in section 752 and the offender constitutes a threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons on the basis of evidence establishing

(i) a pattern of repetitive behaviour by the offender, of which the offence for which he or she has been convicted forms a part, showing a failure to restrain his or her behaviour and a likelihood of causing death or injury to other persons, or inflicting severe psychological damage on other persons, through failure in the future to restrain his or her behaviour,

(ii) a pattern of persistent aggressive behaviour by the offender, of which the offence for which he or she has been convicted forms a part, showing a substantial degree of indifference on the part of the offender respecting the reasonably foreseeable consequences to other persons of his or her behaviour, or

(iii) any behaviour by the offender, associated with the offence for which he or she has been convicted, that is of such a brutal nature as to compel the conclusion that the offender's behaviour in the future is unlikely to be inhibited by normal standards of behavioural restraint; or

peut déclarer qu'il s'agit là d'un délinquant dangereux et lui imposer, au lieu de toute autre peine qui pourrait être imposée pour l'infraction dont il vient d'être déclaré coupable, une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée.

Si le délinquant était déclaré dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée, le par. 761(1) exigeait qu'une audience en vue d'une éventuelle libération conditionnelle ait lieu trois ans à compter du jour où il était mis sous garde.

Les dispositions relatives aux délinquants dangereux ont été modifiées en 1997. Les éléments dont le tribunal doit être convaincu pour qu'un délinquant soit déclaré délinquant dangereux sont demeurés les mêmes :

753. (1) Sur demande faite, en vertu de la présente partie, postérieurement au dépôt du rapport d'évaluation visé au paragraphe 752.1(2), le tribunal peut déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux, s'il est convaincu que, selon le cas :

a) l'infraction commise constitue des sévices graves à la personne, aux termes de l'alinéa a) de la définition de cette expression à l'article 752, et que le délinquant qui l'a commise constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit, en vertu de preuves établissant, selon le cas :

(i) que, par la répétition de ses actes, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il a été déclaré coupable, le délinquant démontre qu'il est incapable de contrôler ses actes et permet de croire qu'il causera vraisemblablement la mort de quelque autre personne ou causera des sévices ou des dommages psychologiques graves à d'autres personnes,

(ii) que, par la répétition continuelle de ses actes d'agression, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il a été déclaré coupable, le délinquant démontre une indifférence marquée quant aux conséquences raisonnablement prévisibles que ses actes peuvent avoir sur autrui,

(iii) un comportement, chez ce délinquant, associé à la perpétration de l'infraction dont il a été déclaré coupable, d'une nature si brutale que l'on ne peut s'empêcher de conclure qu'il y a peu de chance pour qu'à l'avenir ce comportement soit inhibé par les normes ordinaires de restriction du comportement;

(b) that the offence for which the offender has been convicted is a serious personal injury offence described in paragraph (b) of the definition of that expression in section 752 and the offender, by his or her conduct in any sexual matter including that involved in the commission of the offence for which he or she has been convicted, has shown a failure to control his or her sexual impulses and a likelihood of causing injury, pain or other evil to other persons through failure in the future to control his or her sexual impulses.

Under s. 753(4), if the sentencing judge finds the offender to be a dangerous offender, he or she shall impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period. Under s. 761(1), the first parole hearing is required to take place seven years from the day on which the offender was taken into custody.

The most significant amendment, at least insofar as the present appeal is concerned, is the introduction of the long-term offender provisions. The criteria that the court must be satisfied of for an offender to be designated a long-term offender are set out in s. 753.1(1) and (2):

753.1 (1) The court may, on application made under this Part following the filing of an assessment report under subsection 752.1(2), find an offender to be a long-term offender if it is satisfied that

(a) it would be appropriate to impose a sentence of imprisonment of two years or more for the offence for which the offender has been convicted;

(b) there is a substantial risk that the offender will reoffend; and

(c) there is a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community.

(2) The court shall be satisfied that there is a substantial risk that the offender will reoffend if

(a) the offender has been convicted of an offence under section 151 (sexual interference), 152 (invitation to sexual touching) or 153 (sexual exploitation), subsection 173(2) (exposure) or section 271 (sexual assault), 272 (sexual assault with a weapon) or 273 (aggravated sexual assault), or has engaged in serious conduct of a sexual nature in the commission of another offence of which the offender has been convicted; and

b) l'infraction commise constitue des sévices graves à la personne, aux termes de l'alinéa b) de la définition de cette expression à l'article 752, et que la conduite antérieure du délinquant dans le domaine sexuel, y compris lors de la perpétration de l'infraction dont il a été déclaré coupable, démontre son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles et laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes.

Le paragraphe 753(4) dispose que s'il déclare que le délinquant est un délinquant dangereux, le tribunal lui impose une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée. Suivant le par. 761(1), le premier examen de l'opportunité d'une libération conditionnelle ne doit avoir lieu qu'à l'expiration d'un délai de sept ans à compter du jour où le délinquant a été mis sous garde.

La modification la plus importante, du moins pour les besoins du présent pourvoi, est l'ajout des dispositions sur les délinquants à contrôler. Les éléments dont le tribunal doit être convaincu pour déclarer qu'un délinquant est un délinquant à contrôler sont énumérés aux par. 753.1(1) et (2) :

753.1 (1) Sur demande faite, en vertu de la présente partie, postérieurement au dépôt du rapport d'évaluation visé au paragraphe 752.1(2), le tribunal peut déclarer que le délinquant est un délinquant à contrôler, s'il est convaincu que les conditions suivantes sont réunies :

a) il y a lieu d'imposer au délinquant une peine minimale d'emprisonnement de deux ans pour l'infraction dont il a été déclaré coupable;

b) celui-ci présente un risque élevé de récidive;

c) il existe une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité.

(2) Le tribunal est convaincu que le délinquant présente un risque élevé de récidive si :

a) d'une part, celui-ci a été déclaré coupable d'une infraction visée aux articles 151 (contacts sexuels), 152 (incitation à des contacts sexuels) ou 153 (exploitation sexuelle), au paragraphe 173(2) (exhibitionnisme) ou aux articles 271 (agression sexuelle), 272 (agression sexuelle armée) ou 273 (agression sexuelle grave), ou a commis un acte grave de nature sexuelle lors de la perpétration d'une autre infraction dont il a été déclaré coupable;

(b) the offender

(i) has shown a pattern of repetitive behaviour, of which the offence for which he or she has been convicted forms a part, that shows a likelihood of the offender's causing death or injury to other persons or inflicting severe psychological damage on other persons, or

(ii) by conduct in any sexual matter including that involved in the commission of the offence for which the offender has been convicted, has shown a likelihood of causing injury, pain or other evil to other persons in the future through similar offences.

Under s. 753.1(3), if the court finds an offender to be a long-term offender, it shall: “(a) impose a sentence for the offence for which the offender has been convicted, which sentence must be a minimum punishment of imprisonment for a term of two years; and (b) order the offender to be supervised in the community, for a period not exceeding ten years, in accordance with section 753.2 and the *Corrections and Conditional Release Act*”, S.C. 1992, c. 20 (as amended by S.C. 1997, c. 17).

II. Judicial History

7 At the sentencing hearing, Tysoe J. of the Supreme Court of British Columbia did not consider the availability of the long-term offender provisions, on the basis that the offence for which Mr. Johnson was convicted was committed prior to the 1997 amendments. He held that Mr. Johnson was a dangerous offender as defined by s. 753(1)(b) of the *Criminal Code* and sentenced him to detention in a penitentiary for an indeterminate period: [1998] B.C.J. No. 3216 (QL).

8 Ryan J.A., for the majority of the British Columbia Court of Appeal ((2001), 158 C.C.C. (3d) 155, 2001 BCCA 456), concluded that the matter ought to have been determined in accordance with the current regime. Under s. 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, any person charged with an offence has the right “if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser

b) d'autre part :

(i) soit le délinquant a accompli des actes répétés, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il a été déclaré coupable, qui permettent de croire qu'il causera vraisemblablement la mort de quelque autre personne ou causera des sévices ou des dommages psychologiques graves à d'autres personnes,

(ii) soit sa conduite antérieure dans le domaine sexuel, y compris lors de la perpétration de l'infraction dont il a été déclaré coupable, laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes.

Le paragraphe 753.1(3) prévoit que s'il déclare que le délinquant est un délinquant à contrôler, le tribunal « lui impose une peine minimale d'emprisonnement de deux ans pour l'infraction dont il a été déclaré coupable, et ordonne qu'il soit soumis, pour une période maximale de dix ans, à une surveillance au sein de la collectivité en conformité avec l'article 753.2 et la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* », L.C. 1992, ch. 20 (modifiée par L.C. 1997, ch. 17).

II. Jugements dont appel

À l'audience de détermination de la peine, le juge Tysoe, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, ne s'est pas penché sur l'applicabilité des dispositions relatives aux délinquants à contrôler parce que l'infraction dont M. Johnson avait été déclaré coupable avait été perpétrée avant la réforme de 1997. Il a conclu que M. Johnson était un délinquant dangereux au sens de l'al. 753(1)(b) du *Code criminel* et l'a condamné à une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée : [1998] B.C.J. No. 3216 (QL).

La juge Ryan, qui a rédigé l'opinion majoritaire de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ((2001), 158 C.C.C. (3d) 155, 2001 BCCA 456), a estimé que la décision aurait dû se fonder sur les dispositions actuelles. L'alinéa 11(i) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dispose que tout inculpé a le droit « de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence ».

punishment”. Ryan J.A. found that under the current regime the long-term offender provisions narrow the scope of the dangerous offender provisions by providing the sentencing judge with the option of sentencing an offender who would previously have been declared dangerous to a lesser punishment. Ryan J.A. thus concluded that the sentencing judge should have sentenced Mr. Johnson under the current regime, and in so doing should have considered the suitability of the long-term offender provisions.

In reaching this conclusion, Ryan J.A. considered the dangerous offender provisions prior to the amendments. In her view, implicit in one form or another in each of the criteria under s. 753 is the requirement that the pattern of conduct be substantially or pathologically intractable. If the pattern of conduct is substantially or pathologically intractable, the sentencing judge must declare the offender dangerous. The sentencing judge, however, retains the discretion to sentence a dangerous offender to a determinate sentence, but only if a cure for the offender’s behaviour is probable within the parameters of the fixed sentence.

Ryan J.A. then concluded that under the current regime a sentencing judge does not retain the discretion to sentence a dangerous offender to a determinate sentence. However, the sentencing judge must consider the prospects for treatment or cure in order to determine whether the pattern of conduct exhibited by the offender is sufficiently intractable to satisfy the statutory criteria set out in s. 753(1)(a) and (b). If there is a reasonable possibility that a cure will be found within the time-frame of a fixed sentence, or that the offender will be controllable under the long-term offender provisions, the sentencing judge cannot rightly conclude that the offender is a dangerous offender. According to Ryan J.A., the primary distinction between the long-term offender provisions and the dangerous offender provisions, under the current regime, is the absence of a requirement under the long-term offender provisions that the pattern of conduct be substantially or

Elle est arrivée à la conclusion que, dans le régime actuel, les dispositions applicables aux délinquants à contrôler réduisaient la portée des dispositions sur les délinquants dangereux en permettant au tribunal de condamner à une peine moins sévère un délinquant qui, auparavant, aurait été déclaré dangereux. Elle a donc conclu que M. Johnson aurait dû se voir infliger une peine dans le cadre du régime actuel et que l’opportunité d’appliquer les dispositions relatives aux délinquants à contrôler aurait dû alors être examinée.

Pour arriver à cette conclusion, la juge Ryan a examiné les dispositions sur les délinquants dangereux antérieures aux modifications. Selon elle, l’exigence que le type de comportement soit essentiellement ou pathologiquement irréductible sous-tend, d’une manière ou d’une autre, chacune des conditions prévues à l’art. 753. Lorsque le type de comportement est essentiellement ou pathologiquement irréductible, le juge qui détermine la peine doit déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux. Il conserve cependant le pouvoir discrétionnaire de condamner un délinquant dangereux à une peine de détention d’une durée déterminée, mais seulement si, à l’intérieur des paramètres d’une telle peine, il est probable qu’un traitement permette de corriger le comportement du délinquant.

La juge Ryan a ensuite conclu que, dans le régime actuel, le tribunal n’a pas le pouvoir discrétionnaire d’imposer à un délinquant dangereux une peine de détention d’une durée déterminée. Toutefois, il doit tenir compte des perspectives de traitement et de guérison pour décider si le type de comportement du délinquant est suffisamment irréductible pour que soient remplies les conditions énoncées aux al. 753(1)(a) et (b). En présence d’une possibilité réelle qu’un traitement se révèle efficace pendant une peine de détention d’une durée déterminée ou que le délinquant puisse être maîtrisé par l’application des dispositions relatives aux délinquants à contrôler, le juge qui détermine la peine ne peut conclure à juste titre que le délinquant est un délinquant dangereux. De l’avis de la juge Ryan, dans le régime actuel, la principale différence entre les dispositions applicables aux délinquants à contrôler et celles applicables aux délinquants dangereux tient à ce que les

9

10

pathologically intractable. An offender whose conduct is not pathologically intractable may now qualify for long-term offender status rather than dangerous offender status.

11 Saunders J.A. dissented on the basis that she was unable to say with certainty, at the time that the hearing commenced, that the current sentencing regime would result in a lesser punishment than the prior regime. According to Saunders J.A., it is possible that an offender who would have been declared dangerous and sentenced to a fixed term under the former regime would be declared a long-term offender and sentenced to a fixed term with a period of probation under the current regime, or that a person who would not have been declared dangerous under the former regime would be declared a long-term offender under the current regime. If the predicate offence was committed prior to the 1997 amendments, the offender should be sentenced under the former regime.

III. Issues

12 This appeal raises two primary issues: (i) whether, under the current regime, a sentencing judge must take into account the long-term offender provisions prior to declaring an offender dangerous and imposing an indeterminate sentence; and (ii) whether a sentencing judge must take into account the long-term offender provisions in instances in which the predicate offence occurred prior to the enactment of the long-term offender provisions. If the sentencing judge's failure to consider the long-term offender provisions constituted an error of law, a third issue arises as to whether the appeals should be allowed on the basis that the error of law resulted in no substantial wrong or miscarriage of justice.

IV. Analysis

13 Section 11(i) of the *Charter* guarantees that everyone has the right, "if found guilty of the offence

premières n'exigent pas que le type de comportement du délinquant soit essentiellement ou pathologiquement irréductible. Le tribunal peut désormais déclarer que le délinquant dont le comportement n'est pas pathologiquement irréductible est un délinquant à contrôler plutôt qu'un délinquant dangereux.

La juge Saunders a exprimé sa dissidence parce qu'elle ne pouvait affirmer avec certitude, au début de l'audience, que s'il avait appliqué les dispositions actuelles au lieu des dispositions antérieures, le tribunal aurait infligé une peine moins sévère. Selon elle, il est possible qu'un délinquant qui aurait été déclaré dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée déterminée en application de l'ancien régime ait été déclaré délinquant à contrôler et condamné à une peine de détention d'une durée déterminée, suivie d'une période de probation, dans le cadre du régime actuel, ou qu'un délinquant qui n'aurait pas été déclaré délinquant dangereux avant 1997 ait été déclaré délinquant à contrôler en application des dispositions actuelles. Lorsque l'infraction sous-jacente a été perpétrée avant les modifications de 1997, le délinquant doit se voir infliger une peine sous le régime des dispositions antérieures.

III. Questions en litige

Le présent pourvoi soulève deux questions principales : (i) dans le cadre du régime actuel, le juge chargé de la détermination de la peine doit-il tenir compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler avant de déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux et de le condamner à une peine de détention d'une durée indéterminée et (ii) doit-il tenir compte de ces dispositions lorsque l'infraction sous-jacente a été perpétrée avant leur adoption? Dans l'éventualité où l'omission de prendre ces dispositions en compte constituerait une erreur de droit, une troisième question doit être tranchée : les pourvois doivent-ils être accueillis au motif que l'erreur de droit n'a donné lieu à aucun tort important ni à aucune erreur judiciaire grave?

IV. Analyse

L'alinéa 11*i*) de la *Charte* dispose que tout inculpé a le droit « de bénéficier de la peine la moins sévère,

and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment”. The question in this appeal is whether the new provisions offer any benefit to the respondent such that his sentencing must be governed retroactively by the provisions as amended in 1997. In order to answer this question, it is necessary to interpret both the old and the new provisions, to determine which offers the prospect of a lesser punishment to an accused in the position of the respondent who is sentenced under them.

A. *Dangerous Offender Applications under the Current Regime*

The Crown submits that an offender who meets the criteria in s. 753(1)(a) or (b) must be declared a dangerous offender and must be given an indeterminate sentence, without regard to whether the offender might also meet the criteria for a long-term offender designation. There are two branches to this argument: first, that under 753(1), courts have no discretion to decline to declare an offender a dangerous offender once the statutory criteria have been satisfied; and second, that s. 753(5)(a) of the *Criminal Code* prevents a sentencing judge from considering the long-term offender provisions on a dangerous offender application until after the court has already found that an offender is not a dangerous offender. We consider each aspect of the argument in turn.

(1) The Sentencing Judge’s Discretion

Section 753(1) provides that “[t]he court may, on application made under this Part following the filing of an assessment report under subsection 752.1(2), find the offender to be a dangerous offender” if it is satisfied that the statutory criteria set out in paras. (a) or (b) are met. The Crown submits that the word “may” in s. 753(1) does not create a true discretion, but rather grants a power that is contingent only

lorsque la peine qui sanctionne l’infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence ». La question qui se pose en l’espèce consiste à savoir si les nouvelles dispositions accordent à l’intimé le droit de voir sa sentence régie rétroactivement par les dispositions telles qu’elles ont été modifiées en 1997. Pour répondre à cette question, il faut interpréter aussi bien les anciennes dispositions que les nouvelles afin de déterminer lesquelles offrent la perspective d’une peine moins sévère à tout accusé qui, comme l’intimé, est condamné sous leur régime.

A. *Demande de déclaration portant qu’un délinquant est un délinquant dangereux présentée en application des dispositions actuelles*

Le ministère public fait valoir que le délinquant qui remplit les conditions énoncées aux al. 753(1)(a) ou b) doit être déclaré délinquant dangereux et se voir infliger une peine de détention d’une durée indéterminée, sans égard au fait qu’il puisse également remplir les conditions applicables à la désignation d’un délinquant à contrôler. Cet argument comporte deux volets. Premièrement, suivant le par. 753(1), le tribunal n’a pas le pouvoir discrétionnaire de refuser de déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux lorsque sont réunies les conditions légales pour le faire. Deuxièmement, suivant l’al. 753(5)(a) du *Code criminel*, le tribunal saisi d’une demande de déclaration portant que le délinquant est un délinquant dangereux ne peut envisager l’application des dispositions relatives aux délinquants à contrôler qu’après avoir statué que le délinquant n’est pas un délinquant dangereux. Nous examinons successivement chacun de ces volets.

(1) Le pouvoir discrétionnaire du juge qui détermine la peine

Le paragraphe 753(1) dispose que « [s]ur demande faite, en vertu de la présente partie, postérieurement au dépôt du rapport d’évaluation visé au paragraphe 752.1(2), le tribunal peut déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux » s’il est convaincu que sont réunies les conditions énoncées aux al. a) ou b). Le ministère public prétend que le mot « peut » employé au par. 753(1) ne confère pas

14

15

upon proof of the statutory conditions. On this view, the word “may” in the phrase “[t]he court may . . . find the offender to be a dangerous offender” should be treated as imperative; a sentencing judge who finds that the dangerous offender criteria are met must make a dangerous offender designation. For the following reasons, it is our opinion that this submission must fail.

16 The language of s. 753(1) indicates that a sentencing judge retains a discretion whether to declare an offender dangerous who meets the criteria for that designation. As mentioned above, s. 753(1) provides that the court may find an offender to be a dangerous offender if it is satisfied that the statutory criteria set out in paras. (a) or (b) are met. On its face, the word “may” denotes a discretion, while the word “shall” is commonly used to denote an obligation: see for example *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, at p. 549. Indeed, s. 11 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, requires “shall” to be construed as imperative and “may” to be construed as permissive. If Parliament had intended that an offender must be designated dangerous if each of the statutory criteria have been satisfied, one would have expected Parliament to have used the word “shall” rather than “may”.

17 That said, cases do exist in which courts have found that the power conferred by “may” is coupled with a duty once all the conditions for the exercise of the power have been met: *R. Sullivan, Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 58. See for example, *Brown v. Metropolitan Authority* (1996), 150 N.S.R. (2d) 43, in which the Nova Scotia Court of Appeal ruled that Sackville’s Metropolitan Authority was obliged to pay the claimant pursuant to s. 8(1) of the *Community of Sackville Landfill Compensation Act*, S.N.S. 1993, c. 71, despite the fact that the section provided that the Authority may pay an amount to a person who is a resident, or an owner or occupier

un véritable pouvoir discrétionnaire, mais bien un pouvoir dont l’exercice ne dépend que de la preuve des éléments exigés par le législateur. Il soutient que, dans l’énoncé « le tribunal peut déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux », le mot « peut » crée une obligation. Ainsi, le tribunal doit déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux lorsque, à son avis, sont réunies les conditions légales pour le faire. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d’avis que cette prétention doit être rejetée.

Tout d’abord, il ressort du libellé du par. 753(1) que le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de déclarer ou non que le délinquant est un délinquant dangereux. Comme il est mentionné précédemment, cette disposition prévoit que le tribunal peut déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux s’il est convaincu que les conditions énoncées aux al. a) ou b) sont réunies. De prime abord, le verbe « pouvoir » suggère une faculté, alors que l’indicatif présent suppose habituellement l’existence d’une obligation : voir par exemple *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, p. 549. En effet, l’art. 11 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, dispose que l’obligation s’exprime essentiellement par l’indicatif présent et que l’octroi d’une faculté s’exprime essentiellement par le verbe « pouvoir ». Si l’intention du législateur avait été que le tribunal doive déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux lorsque sont remplies toutes les conditions pour le faire, il aurait employé l’indicatif présent et non le verbe « pouvoir ».

Cela étant dit, dans certaines affaires, le tribunal a estimé que le pouvoir conféré par le mot « peut » se doublait d’une obligation lorsque toutes les conditions de l’exercice de ce pouvoir étaient réunies : *R. Sullivan, Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 58. Voir à titre d’exemple *Brown c. Metropolitan Authority* (1996), 150 N.S.R. (2d) 43, où la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a statué que, suivant le par. 8(1) de la *Community of Sackville Landfill Compensation Act*, S.N.S. 1993, ch. 71, l’Administration de Sackville était tenue de verser une indemnité à la partie demanderesse, même si la disposition prévoyait qu’elle pouvait indemniser un résidant de la municipalité,

of real or personal property in the municipality on account of damages arising out of the operation of the landfill. But as Sullivan observes, at pp. 59-60:

In a case like *Brown*, it is wrong to say that “may” means “shall” or “may” is imperative. As Cotton L.J. wrote in *Nichols v. Baker*,

I think that great misconception is caused by saying that in some cases “may” means “must”. It can never mean “must”, so long as the English language retains its meaning; but it gives a power, and then it may be a question in what cases, where a Judge has a power given him by the word “may”, it becomes his duty to exercise it. (*In re Baker; Nichols v. Baker* (1890), 44 Ch. D. 262, at 270.)

The duty, if it arises, is inferred from the purpose and scheme of the Act or from other contextual factors. [Emphasis added.]

In this case, there is no indication of a duty to find an offender dangerous once the statutory criteria have been met. As we will elaborate, neither the purpose of the dangerous offenders regime, nor the principles of sentencing, nor the principles of statutory interpretation suggest that a sentencing judge must designate an offender dangerous if the statutory criteria in s. 753(1)(a) or (b) have been met. On the contrary, each of these factors indicates that a sentencing judge retains the discretion not to declare an offender dangerous even if the statutory criteria are met. This is particularly true now that it is clear that offenders declared dangerous must be given an indeterminate sentence.

In *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, this Court affirmed that the primary purpose of the dangerous offender regime is the protection of the public: see also *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (Ont. H.C.), cited with approval in *Lyons, supra*, at p. 329. In *Lyons*, La Forest J. explained that preventive detention under the dangerous offender regime goes beyond what is justified on a

ou le propriétaire ou l’occupant d’un bien, meuble ou immeuble, qui y était situé du préjudice causé par l’exploitation de la décharge. Mais comme le signale Sullivan, aux p. 59-60 :

[TRADUCTION] Il est erroné de dire, dans une affaire comme *Brown*, que « peut » équivaut à « doit » ou qu’il crée une obligation. Dans *Nichols v. Baker*, le lord juge Cotton a écrit :

Dire que dans certains cas « may » (peut) veut dire « must » (doit) crée une grande confusion. Ce ne peut être le cas tant que sa signification ne change pas en anglais; « peut » dénote une faculté, et dès lors la question peut se poser de savoir dans quelles circonstances le tribunal a l’obligation d’exercer son pouvoir. (*In re Baker; Nichols c. Baker* (1890), 44 Ch. D. 262, p. 270.)

L’obligation, si elle naît, s’infère de l’objet et de l’esprit de la Loi ou d’autres facteurs contextuels. [Nous soulignons.]

En l’espèce, aucun élément ne permet de conclure à l’existence de l’obligation de déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux lorsque sont réunies les conditions légales pour le faire. Comme nous le préciserons, ni l’objet du régime applicable aux délinquants dangereux, ni les principes de la détermination de la peine, ni les principes d’interprétation législative ne donnent à penser que le juge chargé de la détermination de la peine doit déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux lorsque sont réunies les conditions prévues aux al. 753(1)a) ou b). Au contraire, il appert de chacun de ces éléments que le juge conserve le pouvoir discrétionnaire de ne pas déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux même lorsque ces conditions sont remplies. Cela est d’autant plus vrai maintenant qu’il est clair qu’un délinquant déclaré délinquant dangereux doit se voir infliger une peine de détention d’une durée indéterminée.

Dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, notre Cour a affirmé que l’objectif principal du régime applicable aux délinquants dangereux était la protection du public : voir également *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (H.C. Ont.), cité avec approbation dans *Lyons*, précité, p. 329. Dans cet arrêt, le juge La Forest explique que la détention préventive prévue par ce régime va au-delà de ce

“just deserts” rationale based on the reasoning that in a given case, the nature of the crime and the circumstances of the offender call for the elevation of the goal of protection of the public over the other purposes of sentencing. La Forest J. confirmed, at p. 339, that the legislation was designed “to carefully define a very small group of offenders whose personal characteristics and particular circumstances militate strenuously in favour of preventive incarceration”.

20

Indeterminate detention under the dangerous offender regime is warranted only insofar as it actually serves the purpose of protecting the public. As we discuss more thoroughly below, there may be circumstances in which an offender meets the statutory criteria for a dangerous offender designation but the goal of protecting the public can be achieved without indeterminate detention. An interpretation of the dangerous offender provisions that would require a sentencing judge to declare an offender dangerous and sentence him or her to an indeterminate period of detention in each instance in which the statutory criteria for a dangerous offender designation have been satisfied would introduce an unnecessary rigidity into the process and overshoot the public protection purpose of the dangerous offender regime.

21

Nor is there anything in the purposes of the sentencing regime as a whole, as set out both in the decisions of this Court and in ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code*, which would indicate a duty to find an offender dangerous in each circumstance in which the statutory criteria are met. On the contrary, the underlying objectives of the sentencing regime, of which the dangerous offender provisions form a part, indicate a discretion to impose a just and fit sentence in the circumstances of the individual case.

22

In *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, Lamer C.J., writing for the Court, emphasized, at para. 82, that “sentencing is an individualized process, in which the trial judge has considerable

qui est justifié suivant le principe du « châtement mérité » selon lequel, dans un cas donné, la nature du crime et la situation du délinquant font en sorte que l’objectif de la protection du public l’emporte sur les autres objectifs de la détermination de la peine. Il confirme à la p. 339 que la loi visait à « définir soigneusement un groupe très restreint de délinquants dont les caractéristiques personnelles et la situation particulière militent fortement en faveur d’une incarcération préventive ».

La détention d’un délinquant dangereux pendant une période indéterminée n’est justifiée que si elle vise effectivement à protéger le public. Comme le fera ressortir notre analyse plus approfondie, il peut arriver qu’un délinquant remplisse les conditions d’une déclaration portant qu’il est un délinquant dangereux, mais que l’objectif de la protection du public puisse être atteint sans lui infliger une peine de détention d’une durée indéterminée. Une interprétation des dispositions en cause qui exigeraient que le tribunal déclare qu’un délinquant est un délinquant dangereux et qu’il le condamne à une peine de détention d’une durée indéterminée chaque fois que sont réunies les conditions légales pour le faire rendrait la procédure inutilement rigide et irait au-delà de l’objectif de la protection du public, qui sous-tend le régime applicable aux délinquants dangereux.

Les objectifs du régime de détermination de la peine dans son ensemble, établis tant par les arrêts de notre Cour que par les art. 718 à 718.2 du *Code criminel*, ne donnent pas non plus à penser qu’il incombe au tribunal de déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux chaque fois que sont réunies les conditions légales pour le faire. Au contraire, les objectifs qui sous-tendent ce régime, dont font partie les dispositions relatives aux délinquants dangereux, indiquent que le tribunal a le pouvoir discrétionnaire d’infliger une peine juste et appropriée compte tenu des circonstances de l’espèce.

Dans *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, par. 82, le juge en chef Lamer a précisé, au nom de notre Cour, que « la détermination de la peine est un processus individualisé, dans le cadre duquel le

discretion in fashioning a fit sentence”. The rationale flows from the principles of sentencing set out in the *Criminal Code*, including s. 718.1, which states that a sentence “must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender”, and s. 718.2(d), which states that an offender “should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances”.

This Court has previously confirmed that dangerous offender proceedings form part of the sentencing process: see for example *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at pp. 279-80 and 294-95, and *Lyons*, *supra*, at p. 350. As such, their interpretation must be guided by the fundamental purpose and principles of sentencing contained in ss. 718 to 718.2. The role played by the purpose and principles of sentencing in guiding the interpretation of the dangerous offender provisions is reflected in the comments of La Forest J., in *Lyons*, at p. 329, that preventive detention “simply represents a judgment that the relative importance of the objectives of rehabilitation, deterrence and retribution are greatly attenuated in the circumstances of the individual case, and that of prevention, correspondingly increased”.

The proposition that a court is under a duty to declare an offender dangerous in each circumstance in which the statutory criteria are satisfied is in direct conflict with the underlying principle that the sentence must be appropriate in the circumstances of the individual case. A rigid rule that each offender who satisfies the statutory criteria in s. 753(1) must be declared dangerous and sentenced to an indeterminate period of detention undermines a sentencing judge’s capacity to fashion a sentence that fits the individual circumstances of a given case. Thus, rather than suggesting that a sentencing judge is under an obligation to find an offender dangerous once the statutory criteria are met, the principles and purposes underlying the *Criminal Code*’s sentencing provisions actually favour a

juge du procès dispose d’un pouvoir discrétionnaire considérable pour déterminer la peine appropriée ». Cela découle des principes de détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel*, y compris à l’art. 718.1, qui dispose que la peine « est proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant », et à l’al. 718.2d), qui prévoit « l’obligation, avant d’envisager la privation de liberté, d’examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient ».

Notre Cour a déjà confirmé que la procédure par laquelle un délinquant peut être déclaré délinquant dangereux fait partie du processus de détermination de la peine : voir par exemple *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, p. 279-280 et 294-295, et *Lyons*, précité, p. 350. L’interprétation des dispositions en cause doit donc tenir compte de l’objectif essentiel et des principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2. L’incidence de cet objectif et de ces principes sur l’interprétation des dispositions relatives aux délinquants dangereux ressort des observations du juge La Forest dans l’arrêt *Lyons*, p. 329, selon lesquelles la détention préventive « représente simplement un jugement que l’importance relative des objectifs de réinsertion sociale, de dissuasion et de châtiement peut diminuer sensiblement dans un cas particulier et celle de la prévention s’accroît proportionnellement ».

La prétention que le tribunal a l’obligation de déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux chaque fois que sont réunies les conditions légales pour le faire va directement à l’encontre du principe sous-jacent que la peine doit être appropriée aux circonstances de l’espèce. Une règle inflexible selon laquelle tout délinquant qui remplit les conditions énoncées au par. 753(1) doit être déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d’une durée indéterminée empêche le tribunal de déterminer une peine appropriée à la situation du délinquant. Les principes et les objectifs qui sous-tendent les dispositions du *Code criminel* relatives à la détermination de la peine ne permettent donc pas de conclure que le tribunal a l’obligation de déclarer qu’un délinquant est un délinquant

23

24

sentencing judge's discretion whether to declare an offender dangerous who has met the statutory criteria in s. 753(1).

25

The Crown has pointed to a line of lower court judgments, beginning with *R. v. Moore* (1985), 16 C.C.C. (3d) 328 (Ont. C.A.), which say that a sentencing judge must designate an offender dangerous once the statutory criteria for the designation have been satisfied: see also *R. v. Boutillier* (1995), 144 N.S.R. (2d) 293 (C.A.); *R. v. Dow* (1999), 120 B.C.A.C. 16, 1999 BCCA 177, decided under the previous legislation; *R. v. J.T.H.* (2002), 209 N.S.R. (2d) 302, 2002 NSCA 138; *R. v. D.W.M.*, [2001] A.J. No. 165 (QL), 2001 ABPC 5, decided under the current regime. There is also a contrary line of cases affirming the court's discretion to decline to make the designation which relies on *Lyons*: see for example *R. v. N. (L.)* (1999), 71 Alta. L.R. (3d) 92, 1999 ABCA 206, decided under the current and previous legislation; *R. v. Driver*, [2000] B.C.J. No. 63 (QL), 2000 BCSC 69, decided under the previous legislation; *R. v. O.G.*, [2001] O.J. No. 1964 (QL) (C.J.); *R. v. Tremblay* (2000), 87 Alta. L.R. (3d) 229, 2000 ABQB 551; and *R. v. Roy*, [1999] Q.J. No. 5648 (QL) (Sup. Ct.), rev'd on a different issue (2002), 167 C.C.C. (3d) 203 (Que. C.A.), decided under the current regime. Other courts have expressed uncertainty as to which line of cases to follow: see for example *R. v. F.W.M.*, [2001] O.J. No. 4591 (QL) (S.C.J.); *R. v. Morin* (1998), 173 Sask. R. 101 (Q.B.); *R. v. R.C.* (1996), 145 Nfld. & P.E.I.R. 271 (Nfld. C.A.).

26

However, this Court confirmed in *Lyons*, *supra*, that the phrase "the court may find the offender to be a dangerous offender" denotes a discretion. In support of the Court's conclusion that the dangerous offender regime did not violate the prohibition on cruel and unusual punishment, La Forest J. stated, at p. 338, that "the court has the discretion not to designate the offender as dangerous or to impose an indeterminate sentence, even in circumstances where all

dangereux lorsque sont réunies les conditions légales pour le faire, mais militent plutôt en faveur d'un pouvoir discrétionnaire de déclarer ou non que le délinquant est un délinquant dangereux lorsque sont remplies les conditions prévues au par. 753(1).

Le ministère public a cité une série de jugements de tribunaux inférieurs, à commencer par *R. c. Moore* (1985), 16 C.C.C. (3d) 328 (C.A. Ont.), selon lesquels le juge qui détermine la peine doit déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux lorsque sont réunies les conditions légales pour le faire : voir également *R. c. Boutillier* (1995), 144 N.S.R. (2d) 293 (C.A.), et *R. c. Dow* (1999), 120 B.C.A.C. 16, 1999 BCCA 177, arrêts fondés sur les dispositions antérieures; *R. c. J.T.H.* (2002), 209 N.S.R. (2d) 302, 2002 NSCA 138; *R. c. D.W.M.*, [2001] A.J. No. 165 (QL), 2001 ABPC 5, décisions fondées sur les dispositions actuelles. Il existe également un courant contraire confirmant le pouvoir discrétionnaire du tribunal de refuser de déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux et s'appuyant sur *Lyons* : voir par exemple *R. c. N. (L.)* (1999), 71 Alta. L.R. (3d) 92, 1999 ABCA 206, décision fondée sur les dispositions actuelles et antérieures; *R. c. Driver*, [2000] B.C.J. No. 63 (QL), 2000 BCSC 69, décision fondée sur les dispositions antérieures; *R. c. O.G.*, [2001] O.J. No. 1964 (QL) (C.J.); *R. c. Tremblay* (2000), 87 Alta. L.R. (3d) 229, 2000 ABQB 551, et *R. c. Roy*, [1999] J.Q. n° 5648 (QL) (C.S.), inf. sur un autre point (2002), 167 C.C.C. (3d) 203 (C.A. Qué.), décisions fondées sur les dispositions actuelles. D'autres tribunaux ont dit ne pas savoir à quel courant se rallier : voir par exemple *R. c. F.W.M.*, [2001] O.J. No. 4591 (QL) (C.S.J.); *R. c. Morin* (1998), 173 Sask. R. 101 (B.R.), et *R. c. R.C.* (1996), 145 Nfld. & P.E.I.R. 271 (C.A.T.-N.).

Or, dans *Lyons*, précité, notre Cour a confirmé que l'énoncé « le tribunal [. . .] peut déclarer qu'il s'agit là d'un délinquant dangereux » dénotait l'existence d'un pouvoir discrétionnaire. À l'appui de son refus de voir dans les dispositions applicables aux délinquants dangereux une atteinte à la garantie contre les peines cruelles et inusitées, le juge La Forest a dit à la p. 338 que « la cour a le pouvoir discrétionnaire de ne pas désigner le délinquant

of these criteria are met” (emphasis added). He reiterated the point at p. 362, stating that a sentencing judge “does retain a discretion whether or not to impose the designation or indeterminate sentence, or both” (emphasis added). Insofar as *Moore* and its progeny suggest that sentencing judges must declare an offender dangerous if the statutory criteria have been satisfied, they have been overruled by *Lyons*.

Having determined that the phrase “[t]he court may . . . find the offender to be a dangerous offender” denotes a discretion, the next issue that falls to be considered is the legal principles and factors that a sentencing judge must consider in the exercise of that discretion. For the reasons that follow, it is our conclusion that one factor that a sentencing judge must consider is the possibility that the sanctions available pursuant to the long-term offender provisions would be sufficient to achieve the objectives that the dangerous offender provisions seek to advance.

(2) The Exercise of Discretion

Like all discretion exercised in the sentencing context, a judge’s discretion whether to declare an offender dangerous must be guided by the relevant principles of sentencing contained in ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code*. As mentioned above, these include the fundamental principle of proportionality contained in s. 718.1 and, most relevant to the central issue in the present appeal, the principle of restraint enunciated in paras. (d) and (e) of s. 718.2, which provide as follows:

718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

comme dangereux ou de ne pas lui imposer une peine d’une durée indéterminée, et ce, même dans des circonstances où tous les critères susmentionnés ont été remplis » (nous soulignons). Il l’a rappelé à la p. 362 en ajoutant que le juge qui détermine la peine « conserve un pouvoir discrétionnaire de qualifier le délinquant de dangereux ou de lui imposer une peine d’une durée indéterminée, ou les deux à la fois » (nous soulignons). *Lyons* a infirmé l’arrêt *Moore* et les jugements rendus dans sa foulée dans la mesure où ils laissent entendre que le tribunal doit déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux lorsque sont réunies les conditions légales pour le faire.

Maintenant qu’il est établi que l’énoncé « le tribunal peut déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux » confère un pouvoir discrétionnaire, la question est de savoir quels principes juridiques et quels facteurs le tribunal doit prendre en considération dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Pour les motifs qui suivent, nous arrivons à la conclusion que l’un des facteurs à considérer est la possibilité que les sanctions prévues par les dispositions applicables aux délinquants à contrôler permettent d’atteindre les objectifs des dispositions applicables aux délinquants dangereux.

(2) L’exercice du pouvoir discrétionnaire

À l’instar de tout pouvoir discrétionnaire exercé dans le contexte de la détermination de la peine, le pouvoir discrétionnaire du tribunal de déclarer ou non qu’un délinquant est un délinquant dangereux doit être exercé conformément aux principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2 du *Code criminel* et applicables à l’espèce. Rappelons que ces principes englobent le principe fondamental de la proportionnalité, prévu à l’art. 718.1, et celui de la modération — le plus à propos quant à la question qui est au cœur du présent pourvoi — énoncé aux al. 718.2d) et e), dont voici le libellé :

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants :

27

28

(d) an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances; and

(e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.

The joint effect of these principles is that a sentencing judge must consider the possibility that a less restrictive sanction would attain the same sentencing objectives that a more restrictive sanction seeks to attain.

29

In this case, the sentencing objective in question is public protection: see for example *Lyons, supra*, at p. 329, and *Hatchwell v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 39, in which Dickson J. (as he then was) wrote, at p. 43, that the dominant purpose of preventive detention is “to protect the public when the past conduct of the criminal demonstrates a propensity for crimes of violence against the person, and there is a real and present danger to life or limb”. Absent such a danger, there is no basis on which to sentence an offender otherwise than in accordance with the ordinary principles of sentencing. The principles of sentencing thus dictate that a judge ought to impose an indeterminate sentence only in those instances in which there does not exist less restrictive means by which to protect the public adequately from the threat of harm, i.e., where a definite sentence or long-term offender designation are insufficient. The essential question to be determined, then, is whether the sentencing sanctions available pursuant to the long-term offender provisions are sufficient to reduce this threat to an acceptable level, despite the fact that the statutory criteria in s. 753(1) have been met.

30

In order for the sentencing sanctions available pursuant to the long-term offender provisions to reduce the threat associated with an offender who satisfies the dangerous offender criteria to an acceptable level, it must be possible for the same offender to satisfy both the dangerous offender criteria and the long-term offender criteria. To repeat, the three criteria that must be established on a long-term offender application are: (i) it must be appropriate to

d) l’obligation, avant d’envisager la privation de liberté, d’examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient;

e) l’examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

Ensemble, ces principes ont pour effet d’obliger le juge qui détermine la peine à envisager la possibilité qu’une sanction moins contraignante puisse atteindre les mêmes objectifs de la détermination de la peine qu’une sanction plus contraignante.

En l’espèce, l’objectif de la peine infligée est la protection du public : voir par exemple *Lyons*, précité, p. 329, et *Hatchwell c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 39, où le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dit à la p. 43 que le but principal de la détention préventive est « de protéger le public lorsque le comportement antérieur d’un criminel dénote une tendance à commettre des crimes de violence contre la personne et qu’il existe, de ce fait, un danger réel et actuel pour la vie et l’intégrité physique des gens ». En l’absence d’un tel danger, il n’y a aucun motif de déroger aux principes habituels de détermination de la peine. Ces principes exigent donc que le tribunal n’inflige une peine de détention d’une durée indéterminée que dans les cas où d’autres moyens moins contraignants ne permettent pas de protéger adéquatement le public contre le risque de préjudice, c.-à-d. lorsqu’une peine d’une durée déterminée ou la déclaration portant qu’un délinquant est un délinquant à contrôler ne suffisent pas. La question essentielle à trancher est donc de savoir si les sanctions que prévoient les dispositions relatives aux délinquants à contrôler permettent d’abaisser ce risque à un niveau acceptable, même si les conditions énoncées au par. 753(1) sont réunies.

Pour que ces sanctions puissent abaisser à un niveau acceptable le risque que présente un délinquant susceptible d’être déclaré dangereux, ce dernier doit pouvoir remplir à la fois les conditions d’une déclaration de délinquant dangereux et celles d’une déclaration de délinquant à contrôler. Rappelons les trois conditions essentielles pour que le tribunal puisse faire droit à une demande de déclaration portant que le délinquant est un délinquant à

impose a sentence of imprisonment of two or more years in respect of the predicate offence; (ii) there must be a substantial risk that the offender will reoffend; and (iii) there must be a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community. On a dangerous offender application, the sentencing judge must be satisfied that the offender constitutes a threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons, on the basis of a pattern of repetitive or persistent aggressive behaviour, brutal behaviour, or sexual misconduct described in s. 753(1)(a) and (b).

Almost every offender who satisfies the dangerous offender criteria will satisfy the first two criteria in the long-term offender provisions. In virtually every instance in which an offender is declared dangerous, it would have been appropriate to impose a sentence of imprisonment of two or more years in respect of the predicate offence and there will be a substantial risk that the offender will reoffend. In a certain percentage of those cases there will also be a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community. In those instances in which the offender currently constitutes a threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons yet there is a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community, an offender will satisfy the criteria in both the dangerous offender and long-term offender provisions.

In those instances where both the dangerous and long-term offender provisions are satisfied, it may be that the sentencing sanctions available under the long-term offender provisions are capable of reducing the threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons to an acceptable level. Under s. 753.1(3), long-term offenders are sentenced to a definite term of imprisonment followed by a long-term community supervision order of a maximum of ten years in accordance with the *Corrections and Conditional Release Act*. Supervision conditions under s. 134.1(2) of the Act

contrôler : (i) il doit y avoir lieu d'imposer au délinquant une peine d'au moins deux ans d'emprisonnement pour l'infraction sous-jacente, (ii) le délinquant doit présenter un risque élevé de récidive et (iii) il doit y avoir une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité. Dans le cas d'une demande de déclaration portant que le délinquant est un délinquant dangereux, le tribunal doit être convaincu que le délinquant constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit, sur le fondement de preuves établissant la répétition de ses actes, la répétition continuelle de ses actes d'agression, son comportement brutal ou son inconduite sexuelle, comme le prévoient les al. 753(1)a) et b).

La quasi-totalité des délinquants qui remplissent les conditions d'une déclaration de délinquant dangereux rempliront les deux premières conditions d'une déclaration de délinquant à contrôler. Dans presque tous les cas où un délinquant est déclaré dangereux, il y aurait eu lieu de lui imposer une peine d'au moins deux ans d'emprisonnement pour l'infraction sous-jacente et il présentera un risque élevé de récidive. Dans un certain nombre de ces cas, il existera également une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité. Lorsque le délinquant constitue actuellement un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit, mais qu'il existe une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité, le délinquant remplira les conditions d'application des dispositions relatives aux délinquants dangereux et des dispositions concernant les délinquants à contrôler.

En pareils cas, les sanctions prévues par les dispositions relatives aux délinquants à contrôler peuvent abaisser à un niveau acceptable le risque pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental d'autrui. Le paragraphe 753.1(3) dispose que le tribunal impose à un délinquant à contrôler une peine d'emprisonnement d'une durée déterminée et ordonne qu'il soit ensuite soumis, pendant au plus dix ans, à une surveillance au sein de la collectivité en conformité avec la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Le paragraphe 134.1(2) de cette loi précise que les

31

32

may include those that are “reasonable and necessary in order to protect society”. The very purpose of a long-term supervision order, then, is to protect society from the threat that the offender currently poses — and to do so without resort to the blunt instrument of indeterminate detention. If the public threat can be reduced to an acceptable level through either a determinate period of detention or a determinate period of detention followed by a long-term supervision order, a sentencing judge cannot properly declare an offender dangerous and sentence him or her to an indeterminate period of detention.

33

The Crown refutes the conclusion that the long-term offender provisions must be considered before a dangerous offender designation is made with reference to *R. v. Carleton* (1981), 32 A.R. 181 (C.A.), affirmed by this Court in brief oral reasons, [1983] 2 S.C.R. 58. In that case, the Court of Appeal considered whether, prior to the 1997 amendments, prospects of cure or treatment ought to be considered on a dangerous offender application and, if so, at which stage. McGillivray C.J.A. for the majority, held that treatment prospects were irrelevant to the question of whether an offender is a dangerous offender, but that such prospects may be taken into account in determining whether to impose a determinate or indeterminate sentence. The Crown relies on *Carleton* in support of its proposition that it is improper to consider prospective factors, including the possibility of eventual control of the risk in the community, in determining whether an offender is a dangerous offender.

34

However, there is some question as to whether *Carleton* correctly determined that prospective factors were irrelevant at the designation stage. The Court of Appeal’s analysis was based on the assumption that once the statutory criteria were satisfied, the sentencing judge first had to consider

conditions de la surveillance peuvent comprendre celles jugées « raisonnables et nécessaires pour protéger la société ». L’objectif même d’une ordonnance de surveillance de longue durée est donc de protéger la société contre le danger que présente actuellement le délinquant — et ce, sans recourir à la mesure radicale qu’est la peine de détention d’une durée indéterminée. Lorsque le risque pour le public peut être abaissé à un niveau acceptable par l’imposition d’une peine de détention d’une durée déterminée ou d’une peine de détention d’une durée déterminée suivie d’une surveillance de longue durée, le juge chargé de la détermination de la peine ne peut à bon droit déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux et le condamner à une peine de détention d’une durée indéterminée.

Le ministère public rejette la conclusion que les dispositions applicables aux délinquants à contrôler doivent être prises en considération avant qu’un délinquant ne soit déclaré dangereux. Il invoque à l’appui *R. c. Carleton* (1981), 32 A.R. 181 (C.A.), que notre Cour a confirmé succinctement et de vive voix : [1983] 2 R.C.S. 58. Dans cette affaire, la Cour d’appel devait décider si, avant les modifications de 1997, le tribunal saisi d’une demande de déclaration portant qu’un délinquant est un délinquant dangereux devait tenir compte des perspectives de guérison ou de traitement et, dans l’affirmative, à quelle étape. Le juge en chef McGillivray a statué au nom des juges majoritaires que cette considération n’était pas pertinente quant à savoir si le délinquant était ou non un délinquant dangereux, mais qu’elle pouvait jouer dans la décision d’infliger une peine de détention d’une durée déterminée ou indéterminée. Le ministère public invoque *Carleton* à l’appui de sa prétention selon laquelle il n’y a pas lieu de tenir compte d’éléments prospectifs, comme la possibilité que le risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité, pour décider si un délinquant est un délinquant dangereux.

L’on peut cependant se demander si, dans *Carleton*, la Cour d’appel a eu raison de statuer que les facteurs prospectifs ne devaient pas être considérés au moment de décider si un délinquant est un délinquant dangereux. L’analyse de la Cour d’appel se fondait sur l’hypothèse que, une fois les

whether to declare the offender dangerous, and then had to consider whether to impose an indeterminate sentence. But it is unclear that this two-step approach is the proper one. First, the purpose of the dangerous offender provisions is not to designate offenders as dangerous for the sake of designating offenders dangerous, but to protect the public. No sentencing objective is advanced by declaring an offender dangerous and then imposing a determinate sentence. Moreover, the two-stage approach is inconsistent with the French text, which provides that once the statutory criteria in s. 753 are satisfied, the court “*peut déclarer qu’il s’agit là d’un délinquant dangereux et lui imposer, au lieu de toute autre peine qui pourrait être imposée pour l’infraction dont il vient d’être déclaré coupable, une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée*”. This clearly suggests that Parliament intended that a sentencing judge would ask but one question: whether it would be appropriate, in the circumstances of the case, to declare the offender dangerous and thereby impose a period of indeterminate detention.

Carleton thus provides little support for the proposition that a sentencing judge cannot consider treatment prospects at the designation stage. After all, the Court of Appeal was unanimous in *Carleton* that treatment prospects must be considered at some point prior to imposing an indeterminate sentence. If the court had recognized that following a determination that the statutory criteria have been satisfied there is but one question to be asked — whether to declare the offender dangerous and thereupon impose an indeterminate period of detention — it is far from clear that it would subsequently have reached the same conclusion in respect of the relevance of treatment prospects in determining whether to designate an offender dangerous. On the one-stage approach that we have proposed, the Court of Appeal’s concurrent findings that the treatment prospects cannot be considered at the

conditions légales réunies, le tribunal devait se demander s’il y avait lieu tout d’abord de déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux, puis de lui infliger une peine de détention d’une durée indéterminée. Mais il n’est pas certain que cette démarche en deux étapes est celle qui convient. Premièrement, l’objectif des dispositions applicables aux délinquants dangereux n’est pas simplement de déclarer qu’un délinquant est dangereux, mais bien de protéger le public. Aucun objectif de la détermination de la peine n’est atteint par la déclaration portant qu’un délinquant est un délinquant dangereux, puis par l’imposition d’une peine de détention d’une durée déterminée. En outre, la démarche en deux étapes est incompatible avec la version française de la disposition, qui prévoit que lorsque sont réunies les conditions énoncées à l’art. 753, le tribunal « peut déclarer qu’il s’agit là d’un délinquant dangereux et lui imposer, au lieu de toute autre peine qui pourrait être imposée pour l’infraction dont il vient d’être déclaré coupable, une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée ». Ce texte donne clairement à penser que le législateur a voulu que le juge qui détermine la peine se pose seulement une question : est-il opportun, dans les circonstances de l’espèce, de déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux et de lui imposer de ce fait une peine de détention d’une durée indéterminée?

L’arrêt *Carleton* n’étaye donc pas la prétention voulant que le tribunal ne puisse tenir compte des perspectives de traitement au moment de décider si le délinquant est un délinquant dangereux. Après tout, la Cour d’appel y conclut à l’unanimité que les perspectives de traitement doivent être examinées à une étape antérieure à l’imposition d’une peine de détention pour une période indéterminée. Si la Cour d’appel avait reconnu que, une fois établi le respect de toutes les conditions légales, une seule question se posait — y a-t-il lieu de déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux et de le condamner par conséquent à une peine de détention d’une durée indéterminée? — il est loin d’être certain qu’elle serait arrivée à la même conclusion concernant l’opportunité de tenir compte des perspectives de traitement pour décider si un délinquant est un délinquant dangereux. Étant donné la démarche en une étape

designation stage yet must be considered prior to imposing an indeterminate sentence are incompatible.

36

But even if *Carleton* correctly concluded that under the pre-1997 provisions, prospective factors, including the reasonable possibility of eventual control of the risk in the community, could not properly be considered at the stage of designating an offender dangerous, this is no longer the case under the amended provisions. *Lyons* held, at pp. 337-38, that a sentencing judge's discretion not to impose an indeterminate sentence, even where all of the statutory criteria are met, helped ensure proportionality between the goal of protecting the public on the one hand and the serious effect of indeterminate detention on the accused on the other. Consequently, the discretion helped ensure the dangerous offender provisions' constitutionality. In other words, as we state elsewhere in these reasons, the imposition of an indeterminate sentence is justifiable only insofar as it actually serves the objective of protecting society. Now that it is clear that a sentencing judge has but one discretion to exercise, prospective factors, including the possibility of eventual control of the risk in the community, must be considered at some point leading up to a dangerous offender designation. This is necessary to ensure that an indeterminate sentence is imposed only in those circumstances in which the objective of public protection truly requires indeterminate detention. Consequently, under this analysis, *Carleton*, which was decided prior to the 1997 amendments, has no bearing on the above analysis.

(3) Section 753(5)

37

The Crown submits that s. 753(5) precludes a sentencing judge from considering the long-term offender provisions until after he or she has already

que nous préconisons, les conclusions concordantes de la Cour d'appel — les perspectives de traitement ne peuvent être prises en compte à l'étape de la déclaration, mais doivent l'être avant l'imposition d'une peine de détention d'une durée indéterminée — sont incompatibles.

De toute façon même si, dans *Carleton*, la Cour d'appel a conclu à juste titre, sous le régime des dispositions antérieures à 1997, que les facteurs prospectifs, comme la possibilité réelle que le risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité, ne peuvent être pris en considération au moment de décider si le délinquant est un délinquant dangereux, ce n'est plus le cas maintenant. Dans *Lyons*, notre Cour a conclu aux p. 337-338 que le pouvoir discrétionnaire du tribunal de ne pas infliger une peine de détention d'une durée indéterminée, même lorsque sont réunies toutes les conditions légales pour le faire, contribuait à assurer la proportionnalité entre l'objectif de la protection du public, d'une part et les graves conséquences, pour l'accusé, d'une détention dont la durée est indéterminée, d'autre part. Partant, ce pouvoir discrétionnaire contribuait à la constitutionnalité du régime applicable aux délinquants dangereux. En d'autres termes, comme nous le précisons ailleurs dans les présents motifs, le tribunal n'est justifié d'infliger une peine de détention d'une durée indéterminée que si cela sert la protection de la société. Maintenant qu'il est établi que le tribunal n'a qu'un seul pouvoir discrétionnaire à exercer, les éléments prospectifs, y compris la possibilité réelle que le risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité, doivent être examinés à une étape ou une autre du processus menant à la décision que le délinquant est ou n'est pas un délinquant dangereux. Cet examen s'impose pour qu'un délinquant ne soit condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée que lorsque l'objectif de la protection du public l'exige vraiment. Par conséquent, l'arrêt *Carleton*, antérieur aux modifications de 1997, ne pèse aucunement sur l'analyse qui précède.

(3) Le paragraphe 753(5)

Le ministère public soutient que, suivant le par. 753(5), le tribunal ne peut se pencher sur les dispositions applicables aux délinquants à contrôler

determined that the offender is not a dangerous offender. Section 753(5) provides as follows:

If the court does not find an offender to be a dangerous offender,

(a) the court may treat the application as an application to find the offender to be a long-term offender, section 753.1 applies to the application and the court may either find that the offender is a long-term offender or hold another hearing for that purpose; or

(b) the court may impose sentence for the offence for which the offender has been convicted.

It is our view that s. 753(5) has no such effect. The sole purpose of s. 753(5) is to ensure that the Crown need not bring one application for a declaration that an offender is a dangerous offender and then, should that first application fail, a separate application seeking a declaration that an offender is a long-term offender. Section 753(5) thus increases the efficiency of the court system and preserves judicial resources by providing for a substantial degree of procedural integration between the two designations. It does not, however, limit the scope of factors that a sentencing judge might properly take into account when determining whether or not to declare an offender dangerous.

Furthermore, s. 759(3)(a) provides that a court of appeal may allow an appeal against a finding that an offender is a dangerous offender and find that the offender is a long-term offender. If a court of appeal has the power to consider the possibility of a long-term offender designation on an appeal, a sentencing judge must have the same power on the initial application. This supports the conclusion that Parliament did not intend the dangerous offender provisions and the long-term offender provisions to be considered in isolation of one another. On a dangerous offender application, a sentencing judge may consider the possibility that a long-term offender designation is appropriate.

qu'après avoir décidé que le délinquant n'est pas un délinquant dangereux. Voici le libellé de cette disposition :

S'il ne déclare pas que le délinquant est un délinquant dangereux, le tribunal peut, selon le cas :

a) considérer la demande comme une demande de déclaration portant que le délinquant est un délinquant à contrôler, auquel cas l'article 753.1 s'applique, et soit déclarer que le délinquant est un délinquant à contrôler, soit tenir une autre audience à cette fin;

b) lui imposer une peine pour l'infraction dont il a été déclaré coupable.

Nous sommes d'avis que le par. 753(5) n'a pas cet effet. Son unique objet est de faire en sorte que le ministère public n'ait pas à présenter une demande de déclaration portant que le délinquant est un délinquant dangereux puis, s'il est débouté, une demande distincte de déclaration portant que le délinquant est un délinquant à contrôler. Le paragraphe 753(5) accroît ainsi l'efficacité du système judiciaire et évite le gaspillage des ressources judiciaires en prévoyant, dans une large mesure, l'intégration procédurale des deux régimes. Il n'a cependant pas pour effet de limiter les facteurs que le tribunal peut dûment prendre en considération pour décider s'il y a lieu ou non de déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux.

Par ailleurs, l'al. 759(3)a) dispose qu'une cour d'appel peut admettre l'appel d'une déclaration portant qu'un délinquant est un délinquant dangereux et déclarer que le délinquant est un délinquant à contrôler. Si une cour d'appel peut envisager la possibilité de déclarer qu'un délinquant est un délinquant à contrôler lorsqu'elle est saisie d'un appel, le juge qui détermine la peine doit être investi du même pouvoir lorsqu'il statue sur la demande initiale. Ce raisonnement étaye la conclusion selon laquelle le législateur n'a pas voulu que les dispositions relatives aux délinquants dangereux et celles concernant les délinquants à contrôler soient appliquées isolément les unes des autres. Le tribunal saisi d'une demande de déclaration portant qu'un délinquant est un délinquant dangereux peut examiner l'opportunité de déclarer que le délinquant est un délinquant à contrôler.

38

39

(4) Conclusion

40 For the above reasons, the British Columbia Court of Appeal was correct to conclude that a sentencing judge must take into account the long-term offender provisions prior to declaring an offender dangerous and imposing an indeterminate sentence. If a sentencing judge is satisfied that the sentencing options available under the long-term offender provisions are sufficient to reduce the threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons to an acceptable level, the sentencing judge cannot properly declare an offender dangerous and thereupon impose an indeterminate sentence, even if all of the statutory criteria have been satisfied.

B. *Predicate Offences Committed Prior to the 1997 Amendments*

41 As a general matter, persons accused of criminal conduct are to be charged and sentenced under the criminal law provisions in place at the time that the offence allegedly was committed. The *Charter* aside, the four respondents convicted of offences committed prior to the 1997 amendments are properly sentenced under the former regime. However, s. 11(i) of the *Charter* provides that any person charged with an offence has the right “if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment”.

42 Under the former regime, a dangerous offender application results in one of two sentences: (i) a determinate sentence; or (ii) an indeterminate sentence. In those instances in which an offender would receive a determinate sentence, there is no lesser punishment that the offender might receive under the current regime. If the proper sentence under the former regime is a determinate sentence, the offender must receive a determinate sentence. But in each of the four cases where pre-1997 provisions were in issue, the sentencing judge concluded that the proper sentence was an indeterminate sentence.

(4) Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a eu raison de conclure que le tribunal doit prendre en considération les dispositions applicables aux délinquants à contrôler avant de déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux et de le condamner à une peine de détention d'une durée indéterminée. Le tribunal qui est convaincu que les sanctions prévues par les dispositions applicables aux délinquants à contrôler permettent d'abaisser à un niveau acceptable le risque pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit ne peut à bon droit déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux et lui infliger de ce fait une peine de détention d'une durée indéterminée, même lorsque sont réunies toutes les conditions légales pour le faire.

B. *Infraction sous-jacente perpétrée avant la réforme de 1997*

En règle générale, une personne inculpée d'un acte criminel doit être accusée et condamnée conformément aux dispositions pénales en vigueur au moment où aurait été commise l'infraction. Si l'on fait abstraction de la *Charte*, les quatre intimés reconnus coupables d'infractions perpétrées avant les modifications de 1997 ont été dûment condamnés sur le fondement de l'ancien régime. Toutefois, l'al. 11i) de la *Charte* dispose que tout inculpé a le droit « de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence ».

Sous le régime des anciennes dispositions, la demande de déclaration portant qu'un délinquant est un délinquant dangereux donnait lieu à l'imposition d'une peine de détention d'une durée déterminée ou indéterminée. Le délinquant qui se serait vu infliger une peine d'une durée déterminée ne pourrait être condamné à une peine moins sévère dans le cadre du régime actuel. Si une peine de détention d'une durée déterminée était appropriée suivant les anciennes dispositions, le délinquant doit être condamné à une peine de détention d'une durée déterminée. Or, dans chacune des quatre affaires

The question that this appeal raises is whether it is possible that an offender properly sentenced to an indeterminate period of detention under the prior regime would receive a lesser punishment under the current regime.

As the Crown correctly observes, the statutory criteria that must be satisfied under the former s. 753 are precisely the same as the statutory criteria that must be satisfied under the current s. 753(1). The logical inference is that each offender who satisfies the criteria set out in s. 753 must also satisfy the criteria set out in s. 753(1). But it does not thereby follow that every person declared a dangerous offender and sentenced to an indeterminate period of detention under the former regime would continue to be declared a dangerous offender and sentenced to an indeterminate period of detention under the current regime.

As we have discussed, a sentencing judge should declare the offender dangerous and impose an indeterminate period of detention if, and only if, an indeterminate sentence is the least restrictive means by which to reduce the public threat posed by the offender to an acceptable level. The introduction of the long-term offender provisions expands the range of sentencing options available to a sentencing judge who is satisfied that the dangerous offender criteria have been met. Under the current regime, a sentencing judge is no longer faced with the stark choice between an indeterminate sentence and a determinate sentence. Rather, a sentencing judge may consider the additional possibility that a determinate sentence followed by a period of supervision in the community might adequately protect the public. The result is that some offenders who may have been declared dangerous under the former provisions could benefit from the long-term offender designation available under the current provisions.

It thus follows that the Court of Appeal was correct to conclude that the sentencing judges were

tranchées sous le régime des dispositions antérieures à 1997, le tribunal a conclu qu'il convenait d'imposer une peine de détention d'une durée indéterminée. La question que notre Cour doit trancher en l'espèce est de savoir si un délinquant régulièrement condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée en application des dispositions antérieures se verrait infliger une peine moins sévère sur le fondement des dispositions actuelles.

Comme le ministère public le fait observer à juste titre, les conditions qui devaient être réunies suivant l'ancien art. 753 sont précisément les mêmes que celles qui doivent être remplies en application de l'actuel par. 753(1). Cela implique donc que le délinquant qui remplit les conditions de l'art. 753 remplit également celles du par. 753(1). Il ne s'ensuit cependant pas que tout délinquant déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée en application de l'ancien régime le serait également dans le cadre du régime actuel.

Tel qu'il appert de notre analyse, le tribunal ne doit déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux et le condamner à une peine de détention d'une durée indéterminée que s'il s'agit du moyen le moins contraignant d'abaisser à un niveau acceptable le danger que constitue le délinquant pour le public. L'adoption des dispositions applicables aux délinquants à contrôler élargit la gamme des sanctions que le tribunal peut imposer lorsqu'il est convaincu que le délinquant remplit les conditions d'une déclaration de délinquant dangereux. Dans le cadre du régime actuel, le tribunal n'a plus à faire un choix difficile entre une peine d'une durée indéterminée et une peine d'une durée déterminée. Il peut également envisager la possibilité qu'une peine de détention d'une durée déterminée assortie d'une période de surveillance au sein de la collectivité puisse protéger adéquatement le public. Ainsi, certains délinquants déclarés dangereux en application des anciennes dispositions pourraient être déclarés délinquants à contrôler dans le cadre du régime actuel.

Il s'ensuit donc que la Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge chargé de la détermination

43

44

45

required to consider the applicability of the long-term offender provisions. If the respondent satisfies the long-term offender criteria and there is a reasonable possibility that the harm could be reduced to an acceptable level under the long-term offender provisions, the proper sentence, under the current regime, is not an indeterminate period of detention, but, rather, a determinate period of detention followed by a long-term supervision order. If this is the case, s. 11(i) of the *Charter* dictates that the respondent is entitled to be sentenced to a period of determinate detention followed by a long-term supervision order.

46

Importantly, this does not mean that the respondent will, in the end, be sentenced in accordance with the current regime. Under the prior regime, the first parole hearing took place three years after the offender was taken into custody. Under the current regime, an offender sentenced to an indeterminate term is not entitled to a first parole review until the expiration of seven years. If the sentencing judge is not satisfied that the long-term offender criteria have been met, or finds that a determinate sentence followed by a long-term supervision order would not reduce the threat of harm to an acceptable level, the respondent retain the benefit of the early parole hearing.

C. *The Availability of a Curative Proviso*

47

The final issue to be considered in this appeal is the Crown's submission that the Court should reinstate each of the dangerous offender designations on the basis that the sentencing judges' failure to consider the applicability of the long-term offender provisions resulted in no substantial wrong or miscarriage of justice.

de la peine doit se pencher sur l'application éventuelle des dispositions relatives aux délinquants à contrôler. Lorsque le délinquant remplit les conditions d'une déclaration portant qu'il est un délinquant à contrôler et qu'il existe une possibilité réelle d'abaisser le risque de préjudice à un niveau acceptable en appliquant les dispositions pertinentes, dans le cadre du régime actuel, la peine appropriée n'est pas une peine de détention d'une durée indéterminée, mais bien une peine de détention d'une durée déterminée assortie d'une ordonnance de surveillance de longue durée. Le cas échéant, l'al. 11i) de la *Charte* prescrit que le délinquant doit être condamné à une peine de détention d'une durée déterminée suivie d'une surveillance de longue durée.

Il importe de préciser que, en fin de compte, l'intimé ne se verra pas pour autant infliger une peine en conformité avec les dispositions actuelles. Dans le cadre du régime antérieur, le délinquant ne pouvait présenter une demande de libération conditionnelle qu'après l'expiration d'un délai de trois ans à compter du jour de sa mise sous garde. Les dispositions actuellement en vigueur prévoient que le délinquant condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée n'est admissible à la libération conditionnelle qu'après l'expiration d'un délai de sept ans. Si le tribunal n'est pas convaincu que les conditions d'une déclaration de délinquant à contrôler sont réunies ou s'il conclut qu'une peine de détention d'une durée déterminée, suivie d'une surveillance de longue durée, n'aurait pas pour effet d'abaisser le risque de préjudice à un niveau acceptable, le délinquant demeure admissible à la libération conditionnelle après l'expiration du délai le plus court.

C. *L'applicabilité d'une disposition réparatrice*

La dernière question à trancher est de savoir si, comme le prétend le ministère public, notre Cour doit rétablir chacune des déclarations portant que les intimés sont des délinquants dangereux au motif que l'omission du tribunal d'envisager l'applicabilité des dispositions relatives aux délinquants à contrôler n'a donné lieu à aucun tort important ni à aucune erreur judiciaire grave.

Prior to the amendments, s. 759(3)(b) provided that a court of appeal could dismiss an appeal against a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period. The section now provides that a court of appeal may dismiss an appeal against a finding that an offender is a dangerous offender. Neither provision specifies the criteria that a court of appeal must consider. The Crown submits that the power is analogous to that provided for in s. 686(1)(b)(iii), which empowers a court of appeal to dismiss an appeal against a conviction on the basis that the trial court's error of law has resulted in no substantial wrong or miscarriage of justice.

It is a reasonable assumption, in our view, that Parliament would not have intended that any error of law in the course of a dangerous offender application would necessitate a new hearing. As Prowse J.A. correctly concluded in the companion case, *R. v. Mitchell* (2002), 161 C.C.C. (3d) 508, 2002 BCCA 48, at para. 63:

... it would defy common sense to presume that Parliament intended to preclude the court of appeal from dismissing an appeal where a sentencing judge makes a trivial or immaterial error in the course of dangerous or long-term offender proceedings. While the court of appeal is given the power to order a new hearing, it is not bound to do so simply because the appellant is able to point to an error on the part of the sentencing judge. Rather, the court must assess the nature and effect of the error to determine whether it justifies the substitution of a different sentence, a new hearing or a dismissal of the appeal.

But if a court of appeal has the power to dismiss an appeal against a declaration that an offender is dangerous on the basis that the error of law has resulted in no substantial wrong or miscarriage of justice, that power may be exercised in only the rarest of circumstances. In *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 617, the Court concluded that the curative proviso contained in s. 686(1)(b)(iii) is to be applied in only those circumstances in which there is no reasonable possibility that the verdict would have been any

Avant les modifications, l'al. 759(3)b) prévoyait qu'une cour d'appel pouvait rejeter l'appel d'une condamnation à une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée. La nouvelle disposition prévoit maintenant qu'une cour d'appel peut rejeter l'appel d'une déclaration portant qu'un délinquant est un délinquant dangereux. Aucune des dispositions ne précise les critères que la cour d'appel doit prendre en considération. Le ministère public prétend que le pouvoir conféré s'apparente à celui qui découle du sous-al. 686(1)b)(iii) et qui autorise une cour d'appel à rejeter l'appel d'une condamnation au motif que l'erreur de droit commise en première instance n'a donné lieu à aucun tort important ni à aucune erreur judiciaire grave.

À notre avis, il est raisonnable de supposer que le législateur n'a pu vouloir que toute erreur de droit commise dans l'instruction d'une demande de déclaration portant qu'un délinquant est un délinquant dangereux rende nécessaire la tenue d'une nouvelle audience. Comme l'a conclu à juste titre la juge Prowse dans l'affaire connexe *R. c. Mitchell* (2002), 161 C.C.C. (3d) 508, 2002 BCCA 48, par. 63 :

[TRADUCTION] ... il serait contraire au bon sens de supposer que le législateur a voulu empêcher une cour d'appel de rejeter un appel lorsque le tribunal a commis une erreur négligeable ou sans importance dans l'instruction d'une demande de déclaration portant qu'un délinquant est un délinquant dangereux ou un délinquant à contrôler. La cour d'appel peut ordonner la tenue d'une nouvelle audience, mais elle n'est pas tenue de le faire sur simple allégation d'une erreur commise par le tribunal. Elle doit plutôt déterminer la nature de l'erreur et évaluer son incidence afin de décider si elle justifie le prononcé d'une nouvelle condamnation, la tenue d'une nouvelle audience ou le rejet de l'appel.

Une cour d'appel peut certes rejeter l'appel d'une déclaration portant qu'un délinquant est dangereux pour le motif que l'erreur de droit n'a donné lieu à aucun tort important ni à aucune erreur judiciaire grave, mais elle ne peut le faire que très rarement. Dans *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, p. 617, notre Cour a conclu que la disposition réparatrice correspondant au sous-al. 686(1)b)(iii) ne s'applique qu'en l'absence d'une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si l'erreur de droit n'avait

different had the error of law not been made. The same high standard applies in the context of s. 759(3)(b).

50

Where the error of law consists of the sentencing judge's failure to consider the availability of the long-term offender provisions, it is in only the rarest of circumstances, if any, that there will be no reasonable possibility that the sentencing judge would have imposed a different sentence but for the error. The criteria set out in the long-term offender provisions are substantially different from the criteria set out in the dangerous offender provisions. Therefore, the evidence and arguments that are relevant under the long-term offender application are not precisely the same as the evidence and arguments that are relevant under the dangerous offender application. Absent a thorough inquiry into the suitability of the long-term offender provisions at the sentencing hearing, it will be difficult, if not impossible, for an appellate court to be satisfied that the sentencing options available pursuant to the long-term offender provisions would have been incapable of reducing the threat of harm to an acceptable level.

51

In the case presently before the Court, the record discloses insufficient evidence to conclude that there is no reasonable possibility that the respondent would have been declared a long-term offender if the sentencing judge had considered the long-term offender provisions when determining whether to declare him dangerous. In the absence of a full inquiry into the suitability of the long-term offender provisions, it would be improper to reinstate the sentencing judge's finding that the respondent is properly classified as a dangerous offender.

V. Disposition

52

In the result, the appeal is dismissed. We confirm the Court of Appeal's decision to order a new sentencing hearing in accordance with the foregoing principles.

pas été commise. La même norme stricte s'applique pour les besoins de l'al. 759(3)b).

Lorsque l'erreur de droit consiste dans l'omission du tribunal d'examiner l'applicabilité des dispositions relatives aux délinquants à contrôler, il arrivera rarement, sinon jamais, qu'il n'y ait aucune possibilité raisonnable que la sentence eût été différente en l'absence de l'erreur. Les conditions que prévoient les dispositions applicables aux délinquants à contrôler diffèrent sensiblement de celles qu'établissent les dispositions applicables aux délinquants dangereux. Par conséquent, la preuve et l'argumentation susceptibles d'étayer une demande de déclaration portant qu'un délinquant est un délinquant à contrôler ne sont pas exactement les mêmes que celles susceptibles d'étayer une demande de déclaration portant qu'un délinquant est un délinquant dangereux. À défaut d'un examen approfondi, lors de l'audience de la détermination de la peine, de l'opportunité d'appliquer les dispositions relatives aux délinquants à contrôler, il sera difficile, voire impossible, pour une cour d'appel, d'être convaincue que les sanctions prévues par ces dispositions n'auraient pu abaisser le risque de préjudice à un seuil acceptable.

Dans la présente affaire, la preuve versée au dossier ne permet pas de conclure à l'absence d'une possibilité raisonnable que l'intimé eût été déclaré délinquant à contrôler si le tribunal avait pris en considération les dispositions pertinentes pour décider si l'intimé était ou non un délinquant dangereux. Faute d'un véritable examen de l'opportunité d'appliquer les dispositions relatives aux délinquants à contrôler, il ne convient pas de rétablir la conclusion du tribunal selon laquelle l'intimé est à juste titre qualifié de délinquant dangereux.

V. Dispositif

Le pourvoi est donc rejeté. Nous confirmons la décision de la Cour d'appel d'ordonner une nouvelle audience de détermination de la peine, qui devra être tenue conformément aux principes exposés précédemment.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Ministry of Attorney General, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Gil D. McKinnon and James I. S. Sutherland, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Gil D. McKinnon et James I. S. Sutherland, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.