

**Donald Joseph Boutilier** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,  
Attorney General of Ontario,  
Attorney General of Saskatchewan,  
Attorney General of Alberta,  
Criminal Lawyers' Association of Ontario,  
Aboriginal Legal Services Inc. and  
Yukon Legal Services Society** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. BOUTILIER**

**2017 SCC 64**

File No.: 37168.

2017: May 23; 2017: December 21.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Overbreadth — Sentencing — Dangerous offender — Designation — Whether sentencing judge precluded from considering future treatment prospects when deciding whether to designate an offender as dangerous — If so, whether s. 753(1) overbroad contrary to s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 753(1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Overbreadth — Cruel and unusual punishment — Sentencing — Dangerous offender — Penalty — Indeterminate detention — Principles governing application of s. 753(4.1) of Criminal Code — Whether s. 753(4.1) overbroad by applying to offenders that could be monitored under long-term offender scheme — Whether s. 753(4.1) leads to grossly disproportionate*

**Donald Joseph Boutilier** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,  
procureur général de l'Ontario,  
procureur général de la Saskatchewan,  
procureur général de l'Alberta,  
Criminal Lawyers' Association of Ontario,  
Aboriginal Legal Services Inc. et  
Société d'aide juridique du Yukon** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. BOUTILIER**

**2017 CSC 64**

N° du greffe : 37168.

2017 : 23 mai; 2017 : 21 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Portée excessive — Détermination de la peine — Délinquant dangereux — Déclaration — Est-il interdit au juge de la peine de prendre en considération les perspectives de traitement futur lorsqu'il décide s'il y a lieu ou non de déclarer un délinquant dangereux? — Dans l'affirmative, l'art. 753(1) a-t-il une portée excessive en contravention avec l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 753(1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Portée excessive — Peines cruelles et inusitées — Détermination de la peine — Délinquant dangereux — Sanction — Détention pour une période indéterminée — Principes régissant l'application de l'art. 753(4.1) du Code criminel — L'article 753(4.1) a-t-il une portée excessive en ce qu'il s'applique à des délinquants qui pourraient être surveillés dans le cadre du*

*sentence by presumptively imposing indeterminate detention and preventing judge from imposing fit sentence consistent with principles and objectives of sentencing under Criminal Code — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 12 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 753(4.1).*

*Criminal law — Sentencing — Dangerous offender — Indeterminate detention — Accused declared to be dangerous offender — Whether sentencing judge erred in imposing indeterminate sentence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 753(4), (4.1).*

B pleaded guilty to six criminal charges arising out of the robbery of a pharmacy with an imitation firearm and an ensuing car chase. The Crown brought an application seeking his designation as a dangerous offender and the imposition of a sentence of indeterminate detention. B challenged the constitutional validity of s. 753(1) and (4.1) of the *Criminal Code* under ss. 7 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Section 753(1) lists the statutory requirements that must be met before a court can designate an offender as dangerous. Section 753(4.1) relates to the sentencing of a dangerous offender. The dangerous offender scheme is designed as a two-stage process: the designation stage and the penalty stage. At the designation stage, if a sentencing judge is satisfied that the statutory criteria under s. 753(1) have been met, the designation as a dangerous offender must follow. At the penalty stage, under s. 753(4.1), a sentencing judge must impose an indeterminate sentence on a designated individual unless he or she is satisfied that there is a reasonable expectation that a lesser measure will adequately protect the public.

The sentencing judge granted B's application in part, finding only that s. 753(1) is unconstitutionally overbroad. Nevertheless, the sentencing judge held that B was a dangerous offender and sentenced him to an indeterminate detention. The Court of Appeal held that the sentencing judge had erred in finding s. 753(1) to be overbroad but agreed with the sentencing judge that s. 753(4.1) did not violate ss. 7 and 12 of the *Charter*. The Court of Appeal dismissed B's appeal of his dangerous offender designation and indeterminate sentence.

*régime des délinquants à contrôler? — L'article 753(4.1) a-t-il pour effet d'entraîner une peine exagérément disproportionnée en imposant par présomption une peine de détention pour une période indéterminée et en empêchant le juge de la peine d'infliger une peine juste conforme aux principes et aux objectifs de la détermination de la peine du Code criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 et 12 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 753(4.1).*

*Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquant dangereux — Détention pour une période indéterminée — Accusé déclaré délinquant dangereux — Le juge de la peine a-t-il fait erreur en imposant une peine de détention pour une période indéterminée? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 753(4), (4.1).*

B a plaidé coupable à six accusations criminelles portées à la suite d'un vol qualifié dans une pharmacie au moyen d'une fausse arme à feu, et de la poursuite automobile qui a suivi. La Couronne a demandé qu'il soit déclaré délinquant dangereux et qu'une peine de détention d'une durée indéterminée lui soit infligée. B a contesté la constitutionnalité des par. 753(1) et (4.1) du *Code criminel* au regard des art. 7 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le paragraphe 753(1) énumère les conditions statutaires qui doivent être réunies pour qu'un tribunal puisse déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux. Le paragraphe 753(4.1) porte sur la peine à infliger à un délinquant dangereux. Le régime des délinquants dangereux se veut un processus en deux étapes : l'étape de la déclaration et celle de la sanction. À l'étape de la déclaration, s'il est convaincu que les conditions énoncées au par. 753(1) sont réunies, le juge de la peine doit déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux. À l'étape de la sanction, le juge de la peine doit, suivant le par. 753(4.1), infliger à un individu déclaré dangereux une peine de détention d'une durée indéterminée, sauf s'il est convaincu que l'on peut vraisemblablement s'attendre à ce que le fait d'infliger une mesure moins sévère protège de façon suffisante le public.

Le juge de la peine a accueilli en partie la demande de B, déclarant que seul le par. 753(1) était inconstitutionnel pour cause de portée excessive. Néanmoins, il a statué que B était un délinquant dangereux et lui a infligé une peine de détention pour une période indéterminée. La Cour d'appel a conclu que le juge de la peine avait fait erreur en concluant à la portée excessive du par. 753(1), mais elle a convenu avec lui que le par. 753(4.1) ne portait pas atteinte aux art. 7 et 12 de la *Charte*. Elle a rejeté l'appel formé par B à l'encontre de sa déclaration de délinquant dangereux et de sa peine de détention d'une durée indéterminée.

*Held* (Karakatsanis J. dissenting in part): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe J.J.: Section 753(1) does not preclude a sentencing judge from considering future treatment prospects before designating an offender as dangerous and therefore is not overbroad under s. 7 of the *Charter*. To obtain a designation of dangerousness resulting from violent behaviour, the Crown must demonstrate beyond a reasonable doubt, *inter alia*, that the offender represents a threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons. Before designating a dangerous offender, a sentencing judge must be satisfied on the evidence that the offender poses a high likelihood of harmful recidivism and that his or her conduct is intractable. Intractable conduct means behaviour that the offender is unable to surmount. Through these two criteria, Parliament requires sentencing judges to conduct a prospective assessment of dangerousness. All of the evidence adduced during a dangerous offender hearing must be considered at both the designation and penalty stages of the sentencing judge's analysis, though for the purpose of making different findings related to different legal criteria. At the designation stage, treatability informs the decision on the threat posed by an offender, whereas at the penalty stage, it helps determine the appropriate sentence to manage this threat. A prospective assessment of dangerousness ensures that only offenders who pose a tremendous future risk are designated as dangerous and face the possibility of being sentenced to an indeterminate detention. A provision imposing an indeterminate detention is therefore not overbroad if it is carefully confined in its application to those habitual criminals who are dangerous to others.

Section 753(4.1) does not lead to a grossly disproportionate sentence, contrary to s. 12 of the *Charter*, by presumptively imposing indeterminate detention and preventing the sentencing judge from imposing a fit sentence. Properly read and applied, s. 753(4.1) does not impose an onus, a rebuttable presumption, or mandatory sanctioning. It provides guidance on how a sentencing judge can properly exercise his or her discretion in accordance with the applicable objectives and principles of sentencing. Sentencing principles and mandatory guidelines outlined in ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code* apply to every sentencing decision, whether made under the regular

*Arrêt* (la juge Karakatsanis est dissidente en partie) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe : Le paragraphe 753(1) n'empêche pas le juge de la peine de prendre en considération les perspectives de traitement futur avant de déclarer un délinquant dangereux et, par conséquent, il n'a pas une portée excessive au regard de l'art. 7 de la *Charte*. Pour obtenir une déclaration de dangerosité résultant d'un comportement violent, la Couronne doit démontrer hors de tout doute raisonnable notamment que le délinquant constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit. Avant de déclarer un délinquant dangereux, le juge de la peine doit être convaincu, sur le fondement de la preuve, que le délinquant présente un risque élevé de récidive préjudiciable et que sa conduite est irréductible. Une conduite irréductible s'entend d'un comportement que le délinquant est incapable de surmonter. Par ces deux conditions, le Parlement oblige le juge de la peine à procéder à une évaluation prospective de la dangerosité. Tous les éléments de preuve produits lors d'une audience quant au statut de délinquant dangereux doivent être pris en considération aux deux étapes — celle de la déclaration et celle de la sanction — de l'analyse qu'effectue le juge de la peine, bien que pour tirer des conclusions différentes se rapportant à des conditions statutaires différentes. À l'étape de la déclaration, la traitabilité guide la décision sur le danger que constitue un délinquant, alors qu'à l'étape de la sanction, elle aide à déterminer la peine appropriée pour permettre de gérer ce danger. Une évaluation prospective de la dangerosité fait en sorte que seuls les délinquants qui présentent un risque futur considérable sont déclarés dangereux et risquent de se voir infliger une peine de détention pour une période indéterminée. Une disposition qui impose une telle peine n'a donc pas une portée excessive si son application est soigneusement limitée aux repris de justice qui présentent un danger pour autrui.

Le paragraphe 753(4.1) n'a pas pour effet d'entraîner une peine exagérément disproportionnée, en contradiction avec l'art. 12 de la *Charte*, en imposant par présomption une peine de détention pour une période indéterminée et en empêchant le juge de la peine d'infliger une peine juste. Interprété et appliqué comme il se doit, le par. 753(4.1) n'impose pas de fardeau de preuve, de présomption réfutable ou de sanction obligatoire. Il donne des indications sur la manière dont le juge de la peine peut exercer comme il se doit son pouvoir discrétionnaire en conformité avec les objectifs et les principes applicables en matière de détermination de

sentencing regime, the dangerous offender regime or the long-term offender regime. Parliament is entitled to decide that protection of the public is an enhanced sentencing objective for individuals who have been designated as dangerous. This does not mean that this objective operates to the exclusion of all others. Indeterminate detention is only one sentencing option among others available under s. 753(4). In lieu of an indeterminate detention, a judge may impose a sentence that is more proportionate, whether it is imprisonment for a minimum of two years followed by long-term supervision — which amounts to a long-term offender sentence — or a sentence under the regular sentencing regime. The sentencing alternatives listed in s. 753(4) therefore encompass the entire spectrum of sentences contemplated by the *Criminal Code*. In order to properly exercise his or her discretion under s. 753(4), the sentencing judge must impose the least intrusive sentence required to achieve the primary purpose of the scheme. Nothing in the wording of s. 753(4.1) removes the obligation incumbent on a sentencing judge to consider all sentencing principles in order to choose a sentence that is fit for a specific offender. An offender's moral culpability, the seriousness of the offence, mitigating factors, and principles developed for Indigenous offenders are each part of the sentencing process under the dangerous offender scheme. Each of these considerations is relevant to deciding whether or not a lesser sentence would sufficiently protect the public.

Section 753(4.1) is not overbroad in violation of s. 7 of the *Charter*. Section 753(1) limits the availability of an indeterminate detention under s. 753(4) and (4.1) to a narrow group of offenders that are dangerous *per se*. The dangerous offender designation criteria are more onerous than the long-term offender criteria. It therefore cannot be said that both regimes target the same offenders. Furthermore, s. 753(4.1) does not create a presumption that indeterminate detention is the appropriate sentence — the sentencing judge is under the obligation to conduct a thorough inquiry that considers all the evidence presented during the hearing in order to decide the fittest sentence for the offender. Under s. 753(4), a long-term

la peine. Les principes de détermination de la peine et les directives obligatoires prévues aux art. 718 à 718.2 du *Code criminel* s'appliquent à toute décision relative à la peine, qu'elle soit prise en vertu du régime ordinaire de détermination de la peine, du régime des délinquants dangereux ou de celui des délinquants à contrôler. Le Parlement a le droit de décider que la protection du public constitue un objectif accru de détermination de la peine pour les personnes qui sont déclarées dangereuses. Cela ne signifie pas que cet objectif opère à l'exclusion de tous les autres. La peine de détention pour une période indéterminée n'est qu'une option en matière de détermination de la peine parmi d'autres offertes au par. 753(4). Au lieu d'une peine de détention pour une période indéterminée, le juge peut imposer une peine qui est davantage proportionnée, qu'il s'agisse d'une peine minimale d'emprisonnement de deux ans suivie d'une surveillance de longue durée — ce qui équivaut à une peine de délinquant à contrôler — ou d'une peine suivant le régime ordinaire de détermination de la peine. Les différentes options en matière de détermination de la peine énoncées au par. 753(4) englobent donc l'éventail complet des peines envisagées par le *Code criminel*. Pour exercer comme il se doit le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le par. 753(4), le juge de la peine doit imposer la peine la moins contraignante possible pour réaliser l'objet principal du régime. Rien dans le texte du par. 753(4.1) n'élimine l'obligation incombant au juge de la peine de prendre en considération tous les principes de détermination de la peine afin de choisir une peine qui est juste dans le cas du délinquant en cause. La culpabilité morale du délinquant, la gravité de l'infraction, les facteurs atténuants et les principes établis pour les délinquants autochtones font chacun partie du processus de détermination de la peine dans le cadre du régime des délinquants dangereux. Chacune de ces considérations est pertinente lorsqu'il s'agit de décider si une peine moins sévère protégerait de façon suffisante le public.

Le paragraphe 753(4.1) n'a pas une portée excessive en contravention avec l'art. 7 de la *Charte*. Le paragraphe 753(1) limite à un groupe restreint de délinquants, dangereux *per se*, le risque de se voir imposer une peine de détention pour une période indéterminée en vertu des par. 753(4) et (4.1). Les conditions d'une déclaration de délinquant dangereux sont plus exigeantes que celles d'une déclaration de délinquant à contrôler. On ne peut donc pas dire que les deux régimes visent les mêmes délinquants. En outre, le par. 753(4.1) ne crée pas de présomption selon laquelle une peine de détention pour une période indéterminée constitue la peine appropriée — le juge de la peine est tenu de procéder à

offender sentence remains available for dangerous offenders who can be controlled in the community in a manner that adequately protects the public from murder or a serious personal injury offence.

In this case, although the sentencing judge committed an error of law, since he failed to consider B's treatment prospects before designating him as a dangerous offender, this error has not resulted in a substantial wrong or miscarriage of justice. This error of law does not change the sentencing judge's conclusion regarding B's dangerousness. The judge found B's conduct to be intractable because his prospect of overcoming his addictions, the source of his dangerousness, was nothing more than an expression of hope. The sentencing judge explained that his analysis would remain unchanged even if he considered B's treatment prospects at the designation stage. Absent any material error of law, a dangerous offender designation is a question of fact. The role of an appellate court is therefore to determine if the designation was reasonable. Based on the sentencing judge's findings of fact, the designation of B as a dangerous offender and the imposition of an indeterminate detention cannot be said to be unreasonable.

*Per Karakatsanis J. (dissenting in part):* There is agreement with the majority that s. 753(1) of the *Criminal Code* calls for consideration of the offender's future treatment prospects, and thus is not unconstitutionally overbroad on that basis. However, s. 753(4.1) should be declared to be of no force and effect as it violates s. 12 of the *Charter* and cannot be saved by s. 1. A new hearing should be ordered to determine the appropriate penalty under s. 753(4).

By demanding a singular focus on public safety, s. 753(4.1) imposes indeterminate detention in cases where it is grossly disproportionate to the sentence mandated by the sentencing principles in the *Criminal Code* and the public protection objective of the dangerous offender scheme. The mandatory designation stage, which captures a broad group of offenders, combined with the

une analyse approfondie et de prendre en considération tous les éléments de preuve présentés à l'audience afin de déterminer la peine qui est la plus juste dans le cas du délinquant. Suivant le par. 753(4), la peine qui est infligée aux délinquants à contrôler peut aussi être infligée aux délinquants dangereux susceptibles d'être maîtrisés au sein de la collectivité de manière à protéger de façon suffisante le public contre la perpétration d'un meurtre ou d'une infraction qui constitue des sévices graves à la personne.

En l'espèce, bien que le juge de la peine ait commis une erreur de droit en ne prenant pas en considération les perspectives de traitement de B avant de déclarer celui-ci délinquant dangereux, cette erreur n'a donné lieu à aucun tort important ni à aucune erreur judiciaire grave. Cette erreur de droit ne change rien à la conclusion du juge de la peine concernant la dangerosité de B. Le juge a conclu que la conduite de B était irréductible parce que les perspectives qu'il vainque ses dépendances — lesquelles sont à l'origine de sa dangerosité — n'étaient rien de plus qu'un vœu pieux. Le juge de la peine a expliqué que son analyse demeurerait inchangée même s'il prenait en considération les perspectives de traitement de B à l'étape de la déclaration. En l'absence de toute erreur de droit importante, une déclaration de délinquant dangereux est une question de fait. Le rôle du tribunal d'appel est donc de décider si la déclaration était raisonnable. Eu égard aux conclusions de fait tirées par le juge de la peine, la déclaration de délinquant dangereux prononcée contre B et l'imposition d'une peine de détention pour une période indéterminée ne peuvent être considérées comme déraisonnables.

*La juge Karakatsanis (dissidente en partie) :* Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que le par. 753(1) du *Code criminel* oblige le juge à prendre en considération les perspectives de traitement futur du délinquant et que cette disposition n'est donc pas inconstitutionnelle pour cause de portée excessive. Toutefois, le par. 753(4.1) doit être déclaré inopérant car il viole l'art. 12 de la *Charte* et ne peut être justifié au regard de l'article premier. Il y a lieu d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience afin de déterminer la peine appropriée au titre du par. 753(4).

Parce qu'il exige que l'on mette l'accent uniquement sur la sécurité du public, le par. 753(4.1) impose une peine pour une période indéterminée dans les cas où celle-ci est exagérément disproportionnée à la peine que commandent les principes de détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel* et l'objectif de protection du public que vise le régime des délinquants dangereux.

narrow, structured discretion at the penalty stage has created a legislative context that fails to ensure offenders are only sentenced to indeterminate incarceration if this sentence is appropriate. The dangerous offender scheme removes all judicial discretion at the designation stage. Thus, an offender who meets the legislative criteria for dangerousness must be designated a dangerous offender under s. 753(1). At the penalty stage, s. 753(4) provides the sentencing judge with broad discretion; however, s. 753(4.1) curtails this discretion significantly — if there is not a reasonable expectation that the public will be adequately protected against the commission of another serious personal injury offence, indeterminate detention must be imposed, even if this sentence is disproportionate to the gravity of the predicate offence and the offender's degree of responsibility. Proportionality is not reflected in the s. 753(4.1) public safety threshold. Section 753(4.1) may also preclude a sentence that respects the principle of restraint as it creates a presumption for an indeterminate sentence that is only rebuttable by evidence adduced during the hearing. If no evidence of community supervision programs is presented, or if it is unknown whether the offender will be amenable to treatment, s. 753(4.1) mandates indeterminate detention. Life experiences and systemic factors that may have contributed to bringing a dangerous offender before the courts cannot be considered in the s. 753(4.1) analysis.

Indeterminate detention is so excessive as to outrage standards of decency in cases where the offender's degree of responsibility and the gravity of the predicate offence are on the low end of the spectrum, especially where alternative measures, including lengthy sentences of incarceration with long-term supervision orders, permit public safety concerns to be addressed. While Parliament is entitled to take steps to protect Canadians against the threat posed by the most dangerous criminals, the current scheme goes too far. Indeterminate detention — the most severe penalty, apart perhaps from life sentences — is grossly disproportionate to the sentence some offenders would otherwise receive under the sentencing principles in the *Criminal Code*. In applying s. 753(4.1), a sentencing judge must ask whether the offender, due to

L'étape de la déclaration obligatoire, qui vise un large groupe de délinquants, combinée au pouvoir discrétionnaire limité et structuré à l'étape de la sanction, a créé un contexte législatif qui ne permet pas de voir à ce que les délinquants n'écopent d'une peine de détention pour une période indéterminée que si cette peine est appropriée. Le régime des délinquants dangereux élimine tout pouvoir discrétionnaire du juge à l'étape de la déclaration de délinquant dangereux. Ainsi donc, le délinquant qui satisfait aux critères législatifs de la dangerosité doit être déclaré délinquant dangereux en application du par. 753(1). À l'étape de la sanction, le par. 753(4) confère au juge un vaste pouvoir discrétionnaire; toutefois, le par. 753(4.1) restreint considérablement ce pouvoir discrétionnaire — si l'on ne peut vraisemblablement s'attendre à ce que le public soit suffisamment protégé contre la perpétration d'une autre infraction qui constitue des sévices graves à la personne, le juge doit infliger une peine de détention pour une période indéterminée, même si cette peine est disproportionnée à la gravité de l'infraction sous-jacente et au degré de responsabilité du délinquant. Le critère de la sécurité publique au par. 753(4.1) ne fait pas état de la proportionnalité. Le paragraphe 753(4.1) pourrait aussi fermer la porte à une peine qui respecte le principe de la modération car il crée une présomption en faveur d'une peine de détention pour une période indéterminée qui ne peut être réfutée qu'au moyen d'éléments mis en preuve lors de l'audition. Si aucune preuve relative à l'existence de programmes de surveillance dans la collectivité n'est produite, ou l'on ne sait pas si le délinquant répondra à un traitement, le par. 753(4.1) commande une détention pour une période indéterminée. Les vécus et les facteurs systémiques qui pourraient avoir contribué à amener le délinquant dangereux devant les tribunaux ne peuvent être pris en considération dans l'analyse fondée sur le par. 753(4.1).

La détention pour une période indéterminée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine dans les cas où le degré de responsabilité du délinquant et la gravité de l'infraction sous-jacente se situent à l'extrémité inférieure du spectre, surtout lorsque d'autres mesures, notamment de longues peines d'emprisonnement assorties d'ordonnances de surveillance de longue durée, permettent de répondre aux préoccupations en matière de sécurité du public. Même si le Parlement peut prendre des mesures pour protéger les Canadiens et les Canadiennes contre la menace que posent les criminels les plus dangereux, le régime actuel va trop loin. La détention pour une période indéterminée — la peine la plus sévère, exception faite peut-être des peines d'emprisonnement à perpétuité — est

the level of the risk and the nature of future harm likely to be caused, falls within the small group of truly dangerous offenders who must be imprisoned indefinitely in order to protect the public.

In this case, the evidence suggests there may be a reasonable possibility that B's risk could be controlled in the community. The record before the sentencing judge suggests that a determinate sentence with a long-term supervision order may well have been appropriate and been adequate for public protection had the sentencing judge not proceeded on the basis that his discretion was curtailed by s. 753(4.1), an unconstitutional provision. A new hearing is therefore required to determine the appropriate sentence.

#### Cases Cited

By Côté J.

**Overruled:** *R. v. Szostak*, 2014 ONCA 15, 118 O.R. (3d) 401; **applied:** *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Johnson*, 2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357; **referred to:** *R. v. Sipos*, 2014 SCC 47, [2014] 2 S.C.R. 423; *Hatchwell v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 39; *R. v. Currie*, [1997] 2 S.C.R. 260; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Carleton* (1981), 32 A.R. 181, aff'd [1983] 2 S.C.R. 58; *R. v. Sullivan* (1987), 20 O.A.C. 323; *R. v. Newman* (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 197; *R. v. Oliver* (1997), 114 C.C.C. (3d) 50; *R. v. Neve*, 1999 ABCA 206, 137 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180; *R. v. Steele*, 2014 SCC 61, [2014] 3 S.C.R. 138; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *R. v. Warawa*, 2011 ABCA 294, 278 C.C.C. (3d) 409; *R. v. Osborne*, 2014 MBCA 73, 314 C.C.C. (3d) 57; *R. v. Bragg*, 2015 BCCA 498, 332 C.C.C. (3d) 145; *R. v. Smarch*, 2015 YKCA 13, 374 B.C.A.C. 291; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. Crowe*, Ont. Ct. J., No. 10-10013990, March 22, 2017.

By Karakatsanis J. (dissenting in part)

*R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Johnson*, 2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15,

exagérément disproportionnée à la peine qui serait par ailleurs imposée à certains délinquants selon les principes de détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel*. Lorsqu'il applique le par. 753(4.1), le juge de la peine doit se demander si, en raison du niveau de risque qu'il présente et de la nature des sévices qu'il pourrait vraisemblablement causer à l'avenir, le délinquant appartient au groupe restreint de délinquants véritablement dangereux que l'on doit incarcérer pour une durée indéterminée afin de protéger le public.

La preuve en l'espèce indique qu'il pourrait être réellement possible de maîtriser au sein de la collectivité le risque que présente B. Le dossier dont le juge était saisi indique qu'une peine pour une période déterminée assortie d'une ordonnance de surveillance de longue durée aurait bien pu se révéler appropriée et suffire pour protéger le public si le juge n'avait pas tenu pour acquis que son pouvoir discrétionnaire était restreint par le par. 753(4.1), une disposition inconstitutionnelle. Il faut donc tenir une nouvelle audience pour décider de la peine appropriée.

#### Jurisprudence

Citée par la juge Côté

**Arrêt rejeté :** *R. c. Szostak*, 2014 ONCA 15, 118 O.R. (3d) 401; **arrêts appliqués :** *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Johnson*, 2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sipos*, 2014 CSC 47, [2014] 2 R.C.S. 423; *Hatchwell c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 39; *R. c. Currie*, [1997] 2 R.C.S. 260; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. Carleton* (1981), 32 A.R. 181, conf. par [1983] 2 R.C.S. 58; *R. c. Sullivan* (1987), 20 O.A.C. 323; *R. c. Newman* (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 197; *R. c. Oliver* (1997), 114 C.C.C. (3d) 50; *R. c. Neve*, 1999 ABCA 206, 137 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180; *R. c. Steele*, 2014 CSC 61, [2014] 3 R.C.S. 138; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. Warawa*, 2011 ABCA 294, 278 C.C.C. (3d) 409; *R. c. Osborne*, 2014 MBCA 73, 314 C.C.C. (3d) 57; *R. c. Bragg*, 2015 BCCA 498, 332 C.C.C. (3d) 145; *R. c. Smarch*, 2015 YKCA 13, 374 B.C.A.C. 291; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. Crowe*, C.J. Ont., n° 10-10013990, 22 mars 2017.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente en partie)

*R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Johnson*, 2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15,

[2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Wiles*, 2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *R. v. Steele*, 2014 SCC 61, [2014] 3 S.C.R. 138; *R. v. Currie*, [1997] 2 S.C.R. 260; *R. v. Taillefer*, 2015 ONSC 2357; *R. v. S.M.* (2005), 196 O.A.C. 127; *R. v. Langevin* (1984), 45 O.R. (2d) 705; *R. v. Neve*, 1999 ABCA 206, 137 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Szostak*, 2014 ONCA 15, 118 O.R. (3d) 401; *R. v. Shea*, 2017 NSCA 43, 349 C.C.C. (3d) 231; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Walsh*, 2017 BCCA 195, 348 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Payne* (2001), 41 C.R. (5th) 156; *R. v. Radcliffe*, 2017 ONCA 176, 347 C.C.C. (3d) 3; *R. v. B. (D.V.)*, 2010 ONCA 291, 100 O.R. (3d) 736, leave to appeal refused, [2011] 3 S.C.R. vii; *Re Moore and the Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306; *R. v. R.S.*, 2016 ONSC 7767; *R. v. Smarch*, 2015 YKCA 13, 374 B.C.A.C. 280; *R. v. Goodwin*, 2002 BCCA 513, 168 C.C.C. (3d) 14; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *R. v. Sipos*, 2014 SCC 47, [2014] 2 S.C.R. 423; *R. v. Horvath* (1997), 117 C.C.C. (3d) 110.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Criminal Code (high risk offenders), the Corrections and Conditional Release Act, the Criminal Records Act, the Prisons and Reformatories Act and the Department of the Solicitor General Act*, S.C. 1997, c. 17.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 12.

*Constitution Act, 1982*, s. 52(1).

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 688 [rep. & sub. 1976-77, c. 53, s. 14].

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718 to 718.2, 718, 718.1, 718.2, 718.3, 742.1, Part XXIV, 752 to 761, 752 “serious personal injury offence”, 752.1, 753, 753.01, 753.1, 757(a), 759, 761(1).

*Tackling Violent Crime Act*, S.C. 2008, c. 6.

### Authors Cited

Canada. Public Safety Canada Portfolio Corrections Statistics Committee. *Corrections and Conditional Release Statistical Overview*, 2008 Annual Report. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2008.

[2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *R. c. Steele*, 2014 CSC 61, [2014] 3 R.C.S. 138; *R. c. Currie*, [1997] 2 R.C.S. 260; *R. c. Taillefer*, 2015 ONSC 2357; *R. c. S.M.* (2005), 196 O.A.C. 127; *R. c. Langevin* (1984), 45 O.R. (2d) 705; *R. c. Neve*, 1999 ABCA 206, 137 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Szostak*, 2014 ONCA 15, 118 O.R. (3d) 401; *R. c. Shea*, 2017 NSCA 43, 349 C.C.C. (3d) 231; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Walsh*, 2017 BCCA 195, 348 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Payne* (2001), 41 C.R. (5th) 156; *R. c. Radcliffe*, 2017 ONCA 176, 347 C.C.C. (3d) 3; *R. c. B. (D.V.)*, 2010 ONCA 291, 100 O.R. (3d) 736, autorisation d’appel refusée, [2011] 3 R.C.S. vii; *Re Moore and the Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306; *R. c. R.S.*, 2016 ONSC 7767; *R. c. Smarch*, 2015 YKCA 13, 374 B.C.A.C. 280; *R. c. Goodwin*, 2002 BCCA 513, 168 C.C.C. (3d) 14; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *R. c. Sipos*, 2014 CSC 47, [2014] 2 R.C.S. 423; *R. c. Horvath* (1997), 117 C.C.C. (3d) 110.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 12.

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 718 à 718.2, 718, 718.1, 718.2, 718.3, 742.1, partie XXIV, 752 à 761, 752 « sévices graves à la personne », 752.1, 753, 753.01, 753.1, 757a), 759, 761(1).

*Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 688 [abr. & rempl. 1976-77, c. 53, art. 14].

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).

*Loi modifiant le Code criminel (délinquants présentant un risque élevé de récidive), la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, la Loi sur le casier judiciaire, la Loi sur les prisons et les maisons de correction et la Loi sur le ministère du Solliciteur général*, L.C. 1997, c. 17.

*Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, c. 6.

### Doctrine et autres documents cités

Canada. Comité de la statistique correctionnelle du portefeuille ministériel de Sécurité publique Canada. *Aperçu statistique : Le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, Rapport annuel 2008, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2008.

Canada. Public Safety Canada Portfolio Corrections Statistics Committee. *Corrections and Conditional Release Statistical Overview*, 2015 Annual Report. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2016.

Canada. Public Safety Canada Portfolio Corrections Statistics Committee. *Corrections and Conditional Release Statistical Overview*, 2016 Annual Report. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2017.

Canada. Royal Commission to Investigate the Penal System of Canada. *Report of the Royal Commission to Investigate the Penal System of Canada*. Ottawa: King's Printer, 1938.

Neuberger, Joseph A. *Assessing Dangerousness: Guide to the Dangerous Offender Application Process*. Toronto: Carswell, 2011 (loose-leaf updated 2017).

Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Smith, Groberman and Goepel J.J.A.), 2016 BCCA 235, 336 C.C.C. (3d) 293, 356 C.R.R. (2d) 275, 29 C.R. (7th) 419, 388 B.C.A.C. 264, 670 W.A.C. 264, [2016] B.C.J. No. 1116 (QL), 2016 CarswellBC 1487 (WL Can.), setting aside in part the decisions of Voith J., 2015 BCSC 901, 325 C.C.C. (3d) 345, [2015] B.C.J. No. 1102 (QL), 2015 CarswellBC 1464 (WL Can.); and 2014 BCSC 2187, 317 C.C.C. (3d) 1, 324 C.R.R. (2d) 221, [2014] B.C.J. No. 2867 (QL), 2014 CarswellBC 3475 (WL Can.). Appeal dismissed, Karakatsanis J. dissenting in part.

*Eric Purtzki, Gary N. A. Botting and Michael Sobkin*, for the appellant.

*Rodney Garson and Michael Brundrett*, for the respondent.

*Diba B. Majzub*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Gregory J. Tweney and Jennifer A. Crawford*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*W. Dean Sinclair, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Canada. Comité de la statistique correctionnelle du portefeuille ministériel de Sécurité publique Canada. *Aperçu statistique : Le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, Rapport annuel 2015, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2016.

Canada. Comité de la statistique correctionnelle du portefeuille ministériel de Sécurité publique Canada. *Aperçu statistique : Le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, Rapport annuel 2016, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2016.

Canada. Commission royale d'enquête sur le système pénal du Canada. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le système pénal du Canada*, Ottawa, Imprimerie du Roi, 1938.

Neuberger, Joseph A. *Assessing Dangerousness : Guide to the Dangerous Offender Application Process*, Toronto, Carswell, 2011 (loose-leaf updated 2017).

Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Smith, Groberman et Goepel), 2016 BCCA 235, 336 C.C.C. (3d) 293, 356 C.R.R. (2d) 275, 29 C.R. (7th) 419, 388 B.C.A.C. 264, 670 W.A.C. 264, [2016] B.C.J. No. 1116 (QL), 2016 CarswellBC 1487 (WL Can.), qui a infirmé en partie les décisions du juge Voith, 2015 BCSC 901, 325 C.C.C. (3d) 345, [2015] B.C.J. No. 1102 (QL), 2015 CarswellBC 1464 (WL Can.); et 2014 BCSC 2187, 317 C.C.C. (3d) 1, 324 C.R.R. (2d) 221, [2014] B.C.J. No. 2867 (QL), 2014 CarswellBC 3475 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge Karakatsanis est dissidente en partie.

*Eric Purtzki, Gary N. A. Botting et Michael Sobkin*, pour l'appelant.

*Rodney Garson et Michael Brundrett*, pour l'intimée.

*Diba B. Majzub*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Gregory J. Tweney et Jennifer A. Crawford*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*W. Dean Sinclair, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Sarah Clive*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Catriona Verner and Corbin Cawkell*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

*Jonathan Rudin and Caitlyn E. Kasper*, for the intervener the Aboriginal Legal Services Inc.

*Vincent Larochelle*, for the intervener the Yukon Legal Services Society.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ. was delivered by

CÔTÉ J. —

## I. Overview

[1] The appellant, Mr. Boutilier, challenges the constitutional validity of s. 753(1) and (4.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, two provisions at the core of the dangerous offender regime, under ss. 7 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[2] Mr. Boutilier pleaded guilty to six criminal charges arising out of the robbery of a pharmacy with an imitation firearm and an ensuing car chase. In turn, the Crown brought an application seeking his designation as a dangerous offender and the imposition of a sentence of indeterminate detention. After the close of evidence in the dangerous offender hearing, Mr. Boutilier served a notice of constitutional question challenging the constitutionality of the provisions.

[3] The impugned *Criminal Code* provisions, which were most recently amended in 2008 by the *Tackling Violent Crime Act*, S.C. 2008, c. 6 ("2008 amendments"), authorize the most extreme and clearest form of preventive sentence that can be imposed on an offender, indeterminate detention, in order to protect the public from a small group of

*Sarah Clive*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Catriona Verner et Corbin Cawkell*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

*Jonathan Rudin et Caitlyn E. Kasper*, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services Inc.

*Vincent Larochelle*, pour l'intervenante la Société d'aide juridique du Yukon.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Moldaver, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe rendu par

LA JUGE CÔTÉ —

## I. Aperçu

[1] L'appelant, M. Boutilier, conteste la constitutionnalité des par. 753(1) et (4.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 — deux dispositions au cœur du régime des délinquants dangereux —, au regard des art. 7 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[2] Monsieur Boutilier a plaidé coupable à six accusations criminelles portées à la suite d'un vol qualifié perpétré dans une pharmacie au moyen d'une fausse arme à feu, et de la poursuite automobile qui a suivi. Par la suite, la Couronne a demandé qu'il soit déclaré délinquant dangereux et qu'une peine de détention d'une durée indéterminée lui soit infligée. Après la clôture de la preuve lors de l'audience sur le statut de délinquant dangereux, M. Boutilier a fait signifier un avis de question constitutionnelle contestant la constitutionnalité des dispositions en cause.

[3] Les dispositions du *Code criminel* qui sont contestées, et auxquelles les modifications les plus récentes ont été apportées en 2008 par la *Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, c. 6 (« modifications de 2008 »), autorisent la forme extrême et la plus manifeste de peine préventive susceptible d'être infligée à un délinquant, à savoir

persistent criminals with a propensity for committing violent crimes against the person.

[4] Mr. Boutilier submits that s. 753(1) is overbroad and violates s. 7 on the basis that a sentencing judge is precluded from considering an offender's future treatment prospects in conducting a prospective risk assessment. He further submits that s. 753(4.1) is overbroad and violates s. 7 as it may result in the imposition of an indeterminate sentence on an offender who can be controlled under the long-term supervision provisions of the *Criminal Code*. He also submits that s. 753(4.1) imposes "grossly disproportionate" punishment contrary to s. 12 on the basis that it heavily curtails judicial discretion at the sentencing stage in favour of indeterminate detention. Finally, he submits that the sentencing judge erred in imposing an indeterminate sentence.

[5] The sentencing judge granted Mr. Boutilier's application in part, finding only that s. 753(1) is unconstitutionally overbroad. The Court of Appeal held that the sentencing judge had erred in finding s. 753(1) to be overbroad but agreed with the sentencing judge that s. 753(4.1) did not violate ss. 7 and 12 of the *Charter*. The Court of Appeal dismissed Mr. Boutilier's appeal of his indeterminate sentence.

[6] The appeal to this Court raises four issues, which I resolve as follows:

A. Does s. 753(1) preclude a sentencing judge from considering future treatment prospects before designating an offender as dangerous? If so, is this section overbroad under s. 7 of the *Charter*?

la détention pour une période indéterminée, afin de protéger le public contre un petit groupe de récidivistes ayant une propension à perpétrer des crimes violents contre la personne.

[4] Monsieur Boutilier fait valoir que le par. 753(1) a une portée excessive et viole l'art. 7, car il a pour effet d'empêcher le juge de la peine de prendre en considération les perspectives de traitement futur du délinquant lors de l'évaluation prospective des risques. Il ajoute que le par. 753(4.1) a lui aussi une portée excessive et viole l'art. 7, au motif qu'il risque d'entraîner l'imposition d'une peine de détention pour une période indéterminée à un délinquant qui pourrait être contrôlé sous le régime des dispositions du *Code criminel* relatives à la surveillance de longue durée. Il prétend en outre que le par. 753(4.1) impose une peine « exagérément disproportionnée », en contravention avec l'art. 12, du fait qu'il limite considérablement le pouvoir discrétionnaire du juge à l'étape de la détermination de la peine en favorisant la détention pour une période indéterminée. Enfin, il soutient que le juge de la peine a commis une erreur en lui infligeant une peine pour une période indéterminée.

[5] Le juge de la peine a accueilli en partie la demande de M. Boutilier, déclarant que seul le par. 753(1) était inconstitutionnel pour cause de portée excessive. La Cour d'appel a statué que le juge de la peine avait fait erreur en concluant à la portée excessive du par. 753(1), mais elle a convenu avec lui que le par. 753(4.1) ne portait pas atteinte aux art. 7 et 12 de la *Charte*. La Cour d'appel a rejeté l'appel formé par M. Boutilier à l'encontre de sa peine de détention d'une durée indéterminée.

[6] Le pourvoi formé devant notre Cour soulève quatre questions, auxquelles je répondrai comme suit :

A. Le paragraphe 753(1) empêche-t-il le juge de la peine de prendre en considération les perspectives de traitement futur avant de déclarer un délinquant dangereux? Dans l'affirmative, cette disposition a-t-elle une portée excessive au regard de l'art. 7 de la *Charte*?

In my view, consideration of future treatment prospects has always been part of the prospective assessment of risk required by s. 753(1). There is no overbreadth.

- B. Does s. 753(4.1) lead to a grossly disproportionate sentence, contrary to s. 12 of the *Charter*, by presumptively imposing indeterminate detention and preventing the sentencing judge from imposing a fit sentence consistent with the principles and objectives of sentencing?

In my view, s. 753(4.1) does not impose punishment that is grossly disproportionate. It does not create a presumption in favour of indeterminate detention, and the sentencing judge must apply the principles and objectives of sentencing to impose a fit sentence.

- C. Is s. 753(4.1) overbroad in violation of s. 7 of the *Charter* because it applies to offenders that could have been monitored under the long-term offender scheme?

In my view, it is not.

- D. Did the sentencing judge err by sentencing Mr. Boutilier to an indeterminate period of detention?

In my view, he did not.

[7] For these reasons, the appeal should be dismissed.

## II. Judgments Below

- A. *Sentencing Judgment — Supreme Court of British Columbia, 2014 BCSC 2187, 317 C.C.C. (3d) 1, and 2015 BCSC 901, 325 C.C.C. (3d) 345, per Voith J. (November 21, 2014 and May 29, 2015)*

[8] The sentencing judge found that s. 753(1) is overbroad and thus violates s. 7 of the *Charter*. In his view, this subsection does not allow a

À mon avis, la prise en considération des perspectives de traitement futur a toujours constitué un élément de l'évaluation prospective des risques requise par le par. 753(1). Il n'y a pas de portée excessive.

- B. Le paragraphe 753(4.1) a-t-il pour effet d'entraîner une peine exagérément disproportionnée, en contravention avec l'art. 12 de la *Charte*, en imposant par présomption une peine de détention pour une période indéterminée et en empêchant le juge de la peine d'infliger une peine juste conforme aux principes et aux objectifs de la détermination de la peine?

À mon avis, le par. 753(4.1) n'impose pas de peine exagérément disproportionnée. Il ne crée pas de présomption en faveur d'une peine de détention pour une période indéterminée, et le juge de la peine doit appliquer les principes et objectifs de la détermination de la peine pour infliger une peine juste.

- C. Le paragraphe 753(4.1) a-t-il une portée excessive, en contravention avec l'art. 7 de la *Charte*, en ce qu'il s'applique à des délinquants qui auraient pu être surveillés dans le cadre du régime des délinquants à contrôler?

Je suis d'avis que non.

- D. Le juge de la peine a-t-il fait erreur en condamnant M. Boutilier à une peine de détention pour une période indéterminée?

Je suis d'avis que non.

[7] Pour ces motifs, le pourvoi devrait être rejeté.

## II. Décisions des juridictions inférieures

- A. *Jugement sur la peine — Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2014 BCSC 2187, 317 C.C.C. (3d) 1, et 2015 BCSC 901, 325 C.C.C. (3d) 345, le juge Voith (21 novembre 2014 et 29 mai 2015)*

[8] Le juge de la peine a conclu que le par. 753(1) a une portée excessive et viole de ce fait l'art. 7 de la *Charte*. À son avis, cette disposition ne permet pas

sentencing judge to consider an offender's future treatment prospects before designating him or her as dangerous. Consequently, an offender who may not necessarily be dangerous in the future could still be designated under the scheme and face the risk of a sentence of indeterminate detention. Additionally, he found that the designation under s. 753(1) is permanent and can have downstream consequences under s. 753.01, potentially leading the accused to be sentenced to an indeterminate sentence for a subsequent offence without necessarily being redesignated as dangerous. He held that the s. 7 breach was not justified under s. 1 of the *Charter* as Parliament could have enacted legislation addressing the legitimate objectives of the scheme while infringing offenders' rights to a lesser extent. He declared s. 753(1) to be invalid but suspended this declaration of invalidity for one year.

[9] The sentencing judge found that the other impugned subsection, s. 753(4.1), does not violate s. 7 or 12 of the *Charter*. First, he held that this provision does not impose a persuasive or evidentiary burden on the accused to rebut the presumption of indeterminate detention. Second, he held that a judge's residual discretion under s. 753(4.1) ensures that indeterminate detention will not be imposed where it is unnecessary to protect the public.

[10] Despite the suspended declaration of invalidity, the sentencing judge found that, in this case, the Crown had established the statutory criteria under s. 753(1) beyond a reasonable doubt. The sentencing judge held that Mr. Boutilier was a dangerous offender and sentenced him to an indeterminate detention, finding that his prospect of successful treatment was nothing more than an "expression of hope" and, therefore, that no lesser sentence would adequately protect the public: s. 753(4.1).

au juge de la peine de prendre en considération les perspectives de traitement futur du délinquant avant de déclarer celui-ci délinquant dangereux. Il s'ensuit qu'un délinquant qui ne serait pas nécessairement dangereux dans le futur pourrait tout de même être déclaré tel dans le cadre du régime et risquer une peine de détention pour une période indéterminée. De plus, il a considéré que la déclaration de délinquant dangereux visée au par. 753(1) est permanente et peut avoir des conséquences en aval en vertu de l'art. 753.01, puisqu'elle pourrait faire en sorte que l'accusé soit condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée pour une infraction subséquente, sans nécessairement être déclaré de nouveau délinquant dangereux. Le juge a statué que la violation de l'art. 7 n'était pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, étant donné que le Parlement aurait pu édicter des dispositions législatives propres à permettre la réalisation des objectifs légitimes du régime, mais moins attentatoires aux droits du délinquant. Il a déclaré le par. 753(1) invalide, mais a suspendu l'effet de cette déclaration d'invalidité pendant un an.

[9] Le juge de la peine a conclu que l'autre disposition contestée, le par. 753(4.1), ne violait ni l'art. 7 ni l'art. 12 de la *Charte*. Premièrement, il a statué que cette disposition n'obligeait pas l'accusé à s'acquitter d'un fardeau de présentation ou de persuasion afin de réfuter la présomption de détention pour une période indéterminée. Deuxièmement, il a estimé que le pouvoir discrétionnaire résiduel dont dispose le juge en vertu du par. 753(4.1) fait en sorte qu'une peine de détention pour une période indéterminée ne sera pas infligée dans les cas où elle n'est pas nécessaire pour protéger le public.

[10] Malgré la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité, le juge de la peine a conclu qu'en l'espèce, la Couronne avait démontré hors de tout doute raisonnable l'existence des conditions énoncées au par. 753(1). Il a statué que M. Boutilier était un délinquant dangereux et lui a infligé une peine de détention pour une période indéterminée après avoir conclu que les perspectives de réussite de son traitement n'étaient rien de plus qu'un [TRADUCTION] « vœu pieux » et, par conséquent, qu'aucune peine moins sévère ne protégerait de façon suffisante le public (par. 753(4.1)).

B. *Court of Appeal for British Columbia, 2016 BCCA 235, 336 C.C.C. (3d) 293, per Smith J.A. (Groberman and Goepel J.J.A. Concurring) (June 2, 2016)*

[11] The Crown appealed the declaration of constitutional invalidity with respect to s. 753(1). In turn, Mr. Boutilier appealed the sentencing judge's decision on the constitutionality of s. 753(4.1) as well as his dangerous offender designation and his indeterminate sentence. The Crown's appeal was allowed and Mr. Boutilier's appeal was dismissed.

[12] The Court of Appeal held that the sentencing judge had erred in finding s. 753(1) to be unconstitutionally overbroad. Although it found that treatment prospects have a limited role to play at the designation stage, its ultimate conclusion was that consideration of future treatment prospects at the sentencing stage is sufficient to avoid capturing offenders who may not be dangerous. The Court of Appeal upheld the sentencing judge's decision regarding s. 753(4.1) and Mr. Boutilier's sentence.

### III. The Statutory Scheme

[13] The dangerous offender scheme is designed as a "two stage" process.

[14] Section 753(1) lists the statutory requirements that must be met before a court can designate an offender as dangerous ("designation stage"):

**753 (1)** On application made under this Part after an assessment report is filed under subsection 752.1(2), the court shall 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

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2016 BCCA 235, 336 C.C.C. (3d) 293, la juge d'appel Smith (avec l'appui des juges d'appel Groberman et Goepel) (2 juin 2016)*

[11] La Couronne a interjeté appel de la déclaration d'inconstitutionnalité du par. 753(1). Pour sa part, M. Boutilier a fait appel de la décision du juge de la peine concernant la constitutionnalité du par. 753(4.1), ainsi que de sa déclaration de délinquant dangereux et de sa peine de détention pour une période indéterminée. L'appel de la Couronne a été accueilli et celui de M. Boutilier a été rejeté.

[12] La Cour d'appel a statué que le juge de la peine avait fait erreur en concluant à l'inconstitutionnalité du par. 753(1) pour cause de portée excessive. Bien qu'elle ait jugé que les perspectives de traitement jouent un rôle limité à l'étape de la déclaration de délinquant dangereux, elle est arrivée finalement à la conclusion que la prise en considération des perspectives de traitement futur à l'étape de la détermination de la peine suffit pour éviter que soient déclarés délinquants dangereux des délinquants qui ne le sont peut-être pas. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge de la peine en ce qui concerne le par. 753(4.1), ainsi que la peine infligée à M. Boutilier.

### III. Le régime législatif

[13] Le régime des délinquants dangereux se veut un processus « en deux étapes ».

[14] Le paragraphe 753(1) énumère les conditions statutaires qui doivent être réunies pour qu'un tribunal puisse déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux (« étape de la déclaration ») :

**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 doit 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

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

(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.

[15] Subsections (4) and (4.1) of s. 753 relate to the sentencing of a dangerous offender ("penalty stage"):

(4) If the court finds an offender to be a dangerous offender, it shall

(a) impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period;

(b) impose a sentence for the offence for which the offender has been convicted — which must be a minimum punishment of imprisonment for a term of two years — and order that the offender be subject to long-term supervision for a period that does not exceed 10 years; or

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 continue 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) 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.

[15] Les paragraphes (4) et (4.1) de l'art. 753 portent sur la peine à infliger à un délinquant dangereux (« étape de la sanction ») :

(4) S'il déclare que le délinquant est un délinquant dangereux, le tribunal :

a) soit lui inflige une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée;

b) soit lui inflige 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 de longue durée;

(c) impose a sentence for the offence for which the offender has been convicted.

(4.1) The court shall impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period unless it is satisfied by the evidence adduced during the hearing of the application that there is a reasonable expectation that a lesser measure under paragraph (4)(b) or (c) will adequately protect the public against the commission by the offender of murder or a serious personal injury offence.

[16] Section 753(1) contemplates two categories of dangerousness: (a) dangerousness resulting from violent behaviour (as in Mr. Boutilier’s case), and (b) dangerousness ensuing from sexual behaviour. Only the former category is at issue in this appeal.

[17] The Crown must demonstrate two elements to obtain a designation of dangerousness resulting from violent behaviour. First, the offence for which the offender has been convicted must be “a serious personal injury offence”: s. 753(1)(a). This first criterion is objective. There is no room for judicial discretion, since s. 752 defines the list of serious personal injury offences.

[18] Second, the offender must represent “a threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons”. This second element, the requisite threat level, requires that the judge evaluate the threat posed by the offender on the basis of evidence establishing one of the following three violent patterns of conduct:

(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

c) soit lui inflige une peine pour l’infraction dont il a été déclaré coupable.

(4.1) Le tribunal inflige une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée sauf s’il est convaincu, sur le fondement des éléments mis en preuve lors de l’audition de la demande, que l’on peut vraisemblablement s’attendre à ce que le fait d’infliger une mesure moins sévère en vertu des alinéas (4)b) ou c) protège de façon suffisante le public contre la perpétration par le délinquant d’un meurtre ou d’une infraction qui constitue des sévices graves à la personne.

[16] Le paragraphe 753(1) envisage deux catégories de dangerosité : a) la dangerosité résultant d’un comportement violent (comme dans le cas de M. Boutilier) et b) la dangerosité résultant d’un comportement sexuel. Seule la première catégorie est en cause dans le présent pourvoi.

[17] Pour obtenir une déclaration de dangerosité résultant d’un comportement violent, la Couronne doit établir deux éléments. Premièrement, il faut que l’infraction commise constitue « des sévices graves à la personne » (al. 753(1)a)). Cette première condition est objective. Le juge ne jouit d’aucun pouvoir discrétionnaire, étant donné que l’art. 752 dresse la liste des sévices graves à la personne.

[18] Deuxièmement, le délinquant doit constituer « un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit ». Ce second élément — le degré de danger requis — oblige le juge à évaluer le danger que constitue le délinquant sur la base de preuves établissant l’un ou l’autre des trois comportements violents suivants :

(i) . . . 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) . . . 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) 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;

These subparagraphs are disjunctive — they provide three standalone grounds for finding that the offender is a “threat” under s. 753(1).

[19] These grounds have not changed since the enactment of the scheme in 1977. Indeed, a brief overview of the scheme's legislative history is in order.

[20] The scheme was first introduced in 1977, subsequently amended in 1997, and amended again in 2008. When the scheme was enacted in 1977, it was referred to as a “two stage” process. At the designation stage, the sentencing judge had to determine if the statutory criteria were satisfied and then had the discretion to designate the individual. At the sentencing stage, the sentencing judge had to exercise his or her discretion again to decide whether to impose an indeterminate sentence. In 1997, the scheme became a “one stage” process. The judge had discretion to designate an offender as dangerous, but there was no discretion at the sentencing stage — an indeterminate sentence flowed as a consequence of the designation. The current version of the scheme reverts to a “two stage” process but removes the discretionary language from the designation stage. If a sentencing judge is satisfied that the statutory criteria have been met, the designation must follow. There is, however, some discretion remaining at the sentencing stage. Under s. 753(4.1), a sentencing judge must impose an indeterminate sentence on a designated individual *unless* he or she is satisfied that there is a reasonable expectation that a lesser measure will adequately protect the public.

(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;

Ces sous-alinéas ont un caractère disjonctif — ils énoncent trois motifs autonomes permettant de conclure que le délinquant constitue un « danger » visé au par. 753(1).

[19] Ces motifs n'ont pas changé depuis la promulgation du régime en 1977. En effet, il y a lieu de procéder à un bref survol de l'historique législatif du régime.

[20] Instauré en 1977, le régime a été modifié en 1997, puis de nouveau en 2008. Lorsqu'il a été promulgué en 1977, il était qualifié de processus « en deux étapes ». À l'étape de la déclaration, le juge de la peine devait déterminer si les conditions statutaires étaient rencontrées, puis il avait le pouvoir discrétionnaire de déclarer l'individu dangereux. À l'étape de la détermination de la peine, le juge devait encore une fois exercer son pouvoir discrétionnaire pour décider s'il y avait lieu d'imposer une peine de détention pour une période indéterminée. En 1997, le régime est devenu un processus « en une étape ». Le juge avait le pouvoir discrétionnaire de déclarer un délinquant dangereux, mais il ne possédait aucun pouvoir discrétionnaire à l'étape de la détermination de la peine — une telle déclaration emportait l'imposition d'une peine de détention pour une période indéterminée. La version actuelle du régime constitue un retour au processus « en deux étapes », mais elle élimine le libellé conférant un pouvoir discrétionnaire à l'étape de la déclaration. S'il est convaincu que les conditions statutaires sont rencontrées, le juge de la peine doit déclarer le délinquant dangereux. Il conserve toutefois un certain pouvoir discrétionnaire à l'étape de la détermination de la peine. Suivant le par. 753(4.1), un juge de la peine doit infliger à un individu déclaré dangereux une peine de détention d'une durée indéterminée *sauf* s'il est convaincu que l'on peut vraisemblablement s'attendre à ce que le fait d'infliger une mesure moins sévère protège de façon suffisante le public.

#### IV. Analysis

##### A. *Does Section 753(1) Preclude a Sentencing Judge From Considering Future Treatment Prospects Before Designating an Offender as Dangerous? If So, Is This Section Overbroad Under Section 7 of the Charter?*

[21] Mr. Boutilier's contention is as follows. Under the current "two stage" approach, prospective evidence of future treatment cannot be considered at the designation stage and is relevant only at the penalty stage under s. 753(4.1). As a result, the provision is overbroad since it captures offenders who do not pose a future threat to public safety. Mr. Boutilier concedes that, should the Court find that prospective evidence must be considered at the designation stage, his overbreadth argument must fail.

[22] The sentencing judge agreed with Mr. Boutilier. He assumed that, with the passing of the 2008 amendments, the designation criteria now only allow for the consideration of retrospective evidence at the designation stage. This led him to find that, absent any consideration of an offender's treatment prospects, the statutory criteria for designation under s. 753(1) are so broad in scope that they capture offenders who do not pose a future risk to public safety. This overbreadth is contrary to the principles of fundamental justice and to s. 7 of the *Charter*. The Court of Appeal, while of the view that consideration of future treatment prospects at the penalty stage does not result in overbreadth, found that the designation stage has never required consideration of an offender's future treatment prospects.

[23] In my view, Mr. Boutilier's arguments are unavailing. A prospective assessment of risk has always been part of s. 753(1). The 2008 amendments

#### IV. Analyse

##### A. *Le paragraphe 753(1) empêche-t-il le juge de la peine de prendre en considération les perspectives de traitement futur avant de déclarer un délinquant dangereux? Dans l'affirmative, cette disposition a-t-elle une portée excessive au regard de l'art. 7 de la Charte?*

[21] Voici ce que soutient M. Boutilier. À son avis, suivant la démarche actuelle « en deux étapes », la preuve prospective d'un traitement futur ne peut être prise en considération à l'étape de la déclaration et elle n'est pertinente qu'à l'étape de la sanction prévue au par. 753(4.1). La disposition a donc selon lui une portée excessive, car elle vise des délinquants qui ne représentent pas un danger futur pour la sécurité publique. M. Boutilier concède que, si la Cour conclut que la preuve prospective doit être prise en compte à l'étape de la déclaration, son argument de la portée excessive doit être écarté.

[22] Le juge de la peine a donné raison à M. Boutilier. Il a tenu pour acquis que, depuis l'adoption des modifications de 2008, les conditions applicables à la déclaration de délinquant dangereux ne permettent la prise en compte que des éléments de preuve rétrospectifs à l'étape de la déclaration, ce qui l'a amené à conclure qu'en ne tenant pas compte des perspectives de traitement du délinquant, les conditions statutaires applicables à la déclaration de délinquant dangereux énoncées au par. 753(1) ont une portée si large qu'elles visent des délinquants qui ne présentent aucun risque futur pour la sécurité publique. Cette portée excessive est, à son avis, contraire aux principes de justice fondamentale et à l'art. 7 de la *Charte*. Bien qu'elle soit d'avis que la prise en considération des perspectives de traitement futur du délinquant à l'étape de la sanction ne résulte pas en une portée excessive, la Cour d'appel a conclu que la prise en compte de telles perspectives n'a jamais été requise à l'étape de la déclaration.

[23] À mon avis, les arguments de M. Boutilier ne peuvent être retenus. Une évaluation prospective des risques a toujours fait partie du par. 753(1). Les

did not change the requirements for this assessment. In line with the purpose and wording of s. 753(1) as well as the consistent jurisprudence of this Court, an offender cannot be designated as dangerous unless the judge concludes that he or she is a *future* “threat” after a prospective assessment of risk. Contrary to the divided jurisprudence on this point and the reasons of the Court of Appeal in this matter, this future risk assessment has always required consideration of future treatment prospects. This, in turn, means that the designation provision is not overbroad as it does not capture offenders who, though currently a threat to others, may cease to be in the future, notably after successful treatment.

(1) The Requirements for Prospective Assessment of Risk Under Section 753(1) Remain Unchanged

[24] Mr. Boutilier’s submissions and the sentencing judge’s conclusions relating to overbreadth rely on the assumption that the required assessment of prospective risk under s. 753(1) changed with the 2008 amendments, increasing the scope of the provision. This is not the case. The consistent language and the purpose of the provision both lead to the conclusion that the prospective risk assessment remains the same.

[25] This Court considered the constitutionality of this statutory scheme in the leading case of *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309.

[26] In *Lyons*, Justice La Forest read the objective element of the designation — the requirement that the predicate offence be a “serious personal injury offence” — together with the subjective element — the “threat” assessment — and concluded that four criteria were “explicit” from the language of s. 753(1): (1) the offender has been convicted of, and has to be sentenced for, a “serious personal injury offence”; (2) this predicate offence is part of a

modifications de 2008 n’ont rien changé aux exigences liées à cette évaluation. Conformément à l’objet et au libellé du par. 753(1) ainsi qu’à la jurisprudence constante de notre Cour, un délinquant ne peut être déclaré dangereux que si le juge conclut qu’il constitue un « danger » *futur* après avoir procédé à une évaluation prospective des risques. Contrairement à ce qui ressort de la jurisprudence contradictoire sur ce point et des motifs de la Cour d’appel en l’espèce, cette évaluation du risque futur a toujours exigé la prise en considération des perspectives de traitement futur du délinquant, ce qui signifie que la disposition concernant la déclaration de délinquant dangereux n’a pas une portée excessive, puisqu’elle ne vise pas des délinquants qui, bien qu’ils constituent à l’heure actuelle un danger pour autrui, pourraient cesser de constituer un tel danger à l’avenir, notamment après un traitement réussi.

(1) Les exigences relatives à l’évaluation prospective des risques en vertu du par. 753(1) demeurent les mêmes

[24] Les arguments de M. Boutilier et les conclusions du juge de la peine quant à la portée excessive reposent sur l’hypothèse selon laquelle l’évaluation prospective des risques requise par le par. 753(1) a changé à la suite des modifications de 2008, élargissant la portée de la disposition. Ce n’est pas le cas. Le libellé constant et l’objet de la disposition mènent tous deux à la conclusion que l’évaluation prospective des risques demeure la même.

[25] La Cour a examiné la constitutionnalité de ce régime statutaire dans l’arrêt de principe *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309.

[26] Dans cet arrêt, le juge La Forest a lu ensemble l’élément objectif de la déclaration de délinquant dangereux — l’exigence que l’infraction sous-jacente constitue des « sévices graves à la personne » — et son élément subjectif — l’évaluation du « danger » —, et il a conclu que quatre conditions « explicites » ressortaient du libellé du par. 753(1) : (1) le délinquant a été reconnu coupable et doit recevoir une peine pour « sévices

broader pattern of violence; (3) there is a high likelihood of harmful recidivism; and (4) the violent conduct is intractable (p. 338). The last three criteria are part of the assessment of the “threat” posed by the offender. The last two of these are future-oriented, and Justice La Forest explained them as follows:

Thirdly, it must be established that the pattern of conduct is very likely to continue and to result in the kind of suffering against which the section seeks to protect, namely, conduct endangering the life, safety or physical well-being of others or, in the case of sexual offences, conduct causing injury, pain or other evil to other persons. Also explicit in one form or another in each subparagraph of s. [688, now 753] is the requirement that the court must be satisfied that the pattern of conduct is substantially or pathologically intractable. [Emphasis added; p. 338.]

[27] The language of s. 753(1), which led Justice La Forest to develop the four criteria outlined above, has never been amended since its enactment in 1977. Before designating a dangerous offender, a sentencing judge must still be satisfied on the evidence that the offender poses a high likelihood of harmful recidivism and that his or her conduct is intractable. I understand “intractable” conduct as meaning behaviour that the offender is unable to surmount. Through these two criteria, Parliament requires sentencing judges to conduct a prospective assessment of dangerousness.

[28] Justice La Forest concluded what would today be referred to as an overbreadth analysis by finding that the four s. 753(1) criteria define a very small group of offenders for whom the risk of indeterminate preventive detention is constitutional:

Not only has a diligent attempt been made to carefully define a very small group of offenders whose personal characteristics and particular circumstances militate

graves à la personne »; (2) cette infraction sous-jacente fait partie d’un comportement général violent; (3) la probabilité d’une récidive préjudiciable est élevée; (4) le comportement violent est irréductible (p. 338). Les trois dernières conditions font partie de l’évaluation du « danger » que constitue le délinquant, tandis que les deux dernières sont prospectives. Le juge La Forest a fourni l’explication suivante à cet égard :

En troisième lieu, on doit établir qu’il est fort probable que ce type de comportement se poursuivra et causera le genre de souffrances contre lesquelles la disposition en cause cherche à offrir une protection, c’est-à-dire les actes constituant une conduite qui met en danger la vie, la sécurité ou le bien-être physique d’autrui ou, dans le cas des infractions sexuelles, une conduite qui cause des sévices ou d’autres maux à autrui. De plus, chaque alinéa de l’art. [688, aujourd’hui l’art. 753] contient sous une forme ou une autre une exigence explicite que la cour soit convaincue qu’il s’agit d’un type de comportement qui est essentiellement ou pathologiquement irréductible. [Je souligne; p. 338.]

[27] Le texte du par. 753(1), qui a amené le juge La Forest à énoncer les quatre conditions susmentionnées, n’a jamais été modifié depuis sa promulgation en 1977. Avant de déclarer un délinquant dangereux, le juge de la peine doit encore être convaincu, sur le fondement de la preuve, que le délinquant présente un risque élevé de récidive préjudiciable et que sa conduite est irréductible. Selon moi, une conduite « irréductible » s’entend d’un comportement que le délinquant est incapable de surmonter. Par ces deux conditions, le législateur fédéral oblige le juge de la peine à procéder à une évaluation prospective de la dangerosité du délinquant.

[28] Au terme de ce que l’on appellerait aujourd’hui une analyse de la portée excessive, le juge La Forest a conclu que les quatre conditions énoncées au par. 753(1) définissent un groupe très restreint de délinquants à l’égard desquels le risque de se voir infliger une peine de détention préventive pour une période indéterminée est constitutionnel :

En effet, non seulement le législateur s’est-il efforcé de définir soigneusement un groupe très restreint de délinquants dont les caractéristiques personnelles et la

strenuously in favour of preventive incarceration, but it would be difficult to imagine a better tailored set of criteria that could effectively accomplish the purposes sought to be attained. [p. 339]

He held that the designation criteria are sufficiently narrow and precise so as to apply *only* to offenders that pose a future threat to other persons, such that the risk of indeterminate detention is rationally tied to the public protection purpose of the scheme. Since these criteria have not subsequently been amended, the Court's conclusion that s. 753(1) does not overreach still applies.

[29] Mr. Boutilier relies on *R. v. Szostak*, 2014 ONCA 15, 118 O.R. (3d) 401, for the proposition that intractability is no longer a requirement under the current dangerous offender regime. In my view, it is *Lyons* and not *Szostak* that remains authoritative on this issue.

[30] The Ontario Court of Appeal in *Szostak*, at paras. 53-55, concluded that intractability is no longer an element of dangerousness because it is incompatible with the exercise of discretion to impose a determinate sentence at the penalty stage. The Court of Appeal considered that an offender whose conduct is intractable should rarely, if ever, be eligible to receive a lesser sentence.

[31] I respectfully disagree with this conclusion. As I will discuss below, the purposes of prospective evidence at the designation and sentencing stages are different. The designation stage is concerned with assessing the future threat posed by an offender. The penalty stage is concerned with imposing the appropriate sentence to manage the established threat. Though evidence may establish that an offender is unable to surmount his or her violent conduct, the sentencing judge must, at the penalty stage, turn his or her mind to whether the risk arising from the offender's behaviour can be adequately managed outside of an indeterminate sentence.

situation particulière militent fortement en faveur d'une incarcération préventive, mais encore il serait difficile d'imaginer un ensemble de critères mieux conçus pour atteindre les objectifs fixés. [p. 339]

Il a estimé que les conditions applicables à la déclaration de délinquant dangereux sont suffisamment restrictives et précises pour s'appliquer *uniquement* aux délinquants qui constituent un danger futur pour autrui, de telle sorte que le risque de détention pour une période indéterminée est rationnellement lié à l'objectif de la protection du public visé par le régime. Comme ces conditions n'ont pas été modifiées depuis, la conclusion de la Cour selon laquelle le par. 753(1) n'a pas une portée excessive demeure applicable.

[29] M. Boutilier s'appuie sur l'arrêt *R. c. Szostak*, 2014 ONCA 15, 118 O.R. (3d) 401, pour affirmer que l'irréductibilité n'est plus une exigence du régime actuel des délinquants dangereux. À mon avis, c'est toujours l'arrêt *Lyons*, et non l'arrêt *Szostak*, qui fait autorité sur cette question.

[30] Dans l'arrêt *Szostak*, par. 53-55, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que l'irréductibilité n'est plus un élément de dangerosité, car elle est incompatible avec l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'imposer une peine de détention d'une durée déterminée à l'étape de la sanction. La Cour d'appel a estimé que le délinquant dont la conduite est irréductible devrait rarement, voire jamais, être admissible à une peine moins sévère.

[31] Avec égards, je ne puis souscrire à cette conclusion. Comme je l'expliquerai plus loin, les buts de la preuve prospective à l'étape de la déclaration et à celle de la détermination de la peine diffèrent. L'étape de la déclaration porte sur l'évaluation du danger futur que présente le délinquant. L'étape de la sanction a trait à l'imposition de la peine appropriée pour gérer le danger établi. Bien qu'il soit possible que la preuve démontre que le délinquant est incapable de surmonter son comportement violent, le juge de la peine doit, à l'étape de la sanction, se demander si le risque découlant du comportement du délinquant peut être géré adéquatement autrement que par une peine de détention d'une durée indéterminée.

[32] The elements of the dangerous offender designation as set out in *Lyons* are therefore not incompatible with the exercise of discretion at the penalty stage. Indeed, there was also discretion at the penalty stage under the 1977 regime. This did not prevent this Court from concluding that intractability was a requirement in *Lyons*. More importantly, this Court in *Lyons* clearly grounded the intractability requirement in the statutory language, which has not changed since 1977. I therefore cannot see how it can be said that intractability has ceased to be a requirement of the designation.

[33] There are therefore four designation criteria under s. 753(1) — two of which are meant to limit designation to offenders posing a real future threat to other persons. These limits on designation align with the provision’s purpose, which has also been consistent over time. This Court has characterized the sentence of indeterminate detention as being a preventive sentence “in its clearest and most extreme form”: *R. v. Sipos*, 2014 SCC 47, [2014] 2 S.C.R. 423, at para. 19. The purpose of this type of sentence has always been “neither punitive nor reformatory but primarily [the offender’s] segregation from society”: *Report of the Royal Commission to Investigate the Penal System of Canada* (1938), at p. 223. This preventive sanction can be imposed only upon offenders for whom segregation from society is a rational means to achieve the overriding purpose of public safety.

[34] A provision imposing an indeterminate detention is therefore not overbroad if it is carefully “confined in its application to those habitual criminals who are dangerous to others”: *Lyons*, at p. 323. For an offender to be so “dangerous” as to render the “clearest and most extreme form” of preventive sentence a rational means to achieve the purpose of public safety, the offender must pose a future “threat” to public safety. This threat, characterized by the elements set out in *Lyons*, must consequently elevate the sentencing objective of segregation from

[32] Les éléments de la déclaration de délinquant dangereux énoncés dans *Lyons* ne sont donc pas incompatibles avec l’exercice du pouvoir discrétionnaire à l’étape de la sanction. D’ailleurs, le régime de 1977 prévoyait également l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire à l’étape de la sanction, ce qui n’a pas empêché la Cour dans *Lyons* de conclure que l’irréductibilité était requise. Plus important encore, la Cour a, dans cet arrêt, clairement fondé l’exigence en matière d’irréductibilité sur le libellé de la loi, lequel n’a pas changé depuis 1977. Je ne vois donc pas comment on peut affirmer que l’irréductibilité ne constitue plus une exigence pour qu’un délinquant puisse être déclaré dangereux.

[33] Il existe donc quatre conditions applicables à la déclaration de délinquant dangereux sous le régime du par. 753(1), dont deux visant à faire en sorte que seuls les délinquants qui constituent réellement un danger futur pour autrui soient déclarés tels. Ces limites sont conformes à l’objet de la disposition, qui lui aussi est resté le même au fil du temps. Notre Cour a dit de la peine de détention pour une période indéterminée qu’elle constituait « la forme extrême et la plus manifeste » de détention préventive (*R. c. Sipos*, 2014 CSC 47, [2014] 2 R.C.S. 423, par. 19). L’objet de ce type de peine a toujours été non « pas de punir ni de réformer [les délinquants] mais avant tout de les isoler de la société » (*Rapport de la Commission royale d’enquête sur le système pénal du Canada* (1938), p. 233-234). Cette peine préventive peut être imposée seulement aux délinquants à l’égard desquels l’isolement de la société est un moyen rationnel d’atteindre l’objectif primordial de la sécurité du public.

[34] Une disposition qui impose une peine de détention pour une période indéterminée n’a donc pas une portée excessive si son application est « soigneusement [. . .] limit[ée] aux repris de justice qui présentent un danger pour autrui » (*Lyons*, p. 323). Pour être considéré « dangereux » au point où « la forme extrême et la plus manifeste » de peine préventive devient un moyen rationnel de réaliser l’objectif de sécurité du public, le délinquant doit constituer un « danger » futur pour la sécurité du public. Ce danger, caractérisé par les éléments énoncés dans *Lyons*,

society, at least in part, over the other objectives: *Lyons*, at pp. 328-29.

[35] Determining whether or not a high risk of recidivism and intractability are present necessarily involves a prospective inquiry into whether an offender will continue to be, in Justice Dickson's words (as he then was), "a real and present danger to life or limb": *Hatchwell v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 39, at p. 43. For the Court in *Lyons*, this prospective inquiry was critical to the constitutionality of the scheme. An entirely retrospective assessment could not ensure that indeterminate sentences were rationally connected to the objective of public safety going forward. Nor could it avoid catching offenders who had proved violent in the past but who presented no future threat.

[36] The jurisprudence of this Court subsequent to *Lyons* has consistently considered a prospective assessment of risk to be a component of dangerous offender applications. In *R. v. Currie*, [1997] 2 S.C.R. 260, Lamer C.J. said that a judge has to "be satisfied beyond a reasonable doubt of the likelihood of future danger that an offender presents to society before he or she can impose the dangerous offender designation and an indeterminate sentence": para. 25.<sup>1</sup> In *Sipos*, at para. 20, which concerned s. 753(1)(b), this Court explained that designation requires evidence on both the retrospective and the prospective elements.

<sup>1</sup> While the Crown must prove every dangerousness criterion beyond a reasonable doubt (*R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229), what must be proven beyond a reasonable doubt with respect to these two prospective criteria is not their certainty, but their likelihood: *Currie*, at para. 42. This is so because "as a matter of practicality, the most that can be established in a future context is a likelihood of certain events occurring": *Lyons*, at p. 364.

doit en conséquence élever au-dessus des autres objectifs — à tout le moins en partie — l'objectif de la détermination de la peine qui consiste à isoler le délinquant de la société (*Lyons*, p. 328-329).

[35] Pour déterminer si un délinquant présente un risque élevé de récidive et si sa conduite est irréductible, il faut nécessairement procéder à une analyse prospective de la question de savoir si celui-ci continuera de constituer, pour reprendre les termes du juge Dickson (plus tard Juge en chef), « un danger réel et actuel pour la vie et l'intégrité physique des gens » (*Hatchwell c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 39, p. 43). Pour la Cour dans l'arrêt *Lyons*, cette analyse prospective est essentielle à la constitutionnalité du régime. Une évaluation entièrement rétrospective ne pourrait garantir que les peines de détention pour une période indéterminée sont rationnellement liées à l'objectif de sécurité du public à l'avenir. Elle ne permettrait pas non plus d'éviter l'inclusion de délinquants qui ont été violents par le passé, mais qui ne constituent pas un danger à l'avenir.

[36] Après l'arrêt *Lyons*, la Cour a, dans sa jurisprudence, toujours considéré l'évaluation prospective des risques comme une composante des demandes visant à faire déclarer un délinquant dangereux. Dans l'arrêt *R. c. Currie*, [1997] 2 R.C.S. 260, le juge en chef Lamer a affirmé qu'un juge doit, « avant de pouvoir déclarer le délinquant en cause dangereux et lui infliger une peine de détention pour une période indéterminée, être convaincu hors de tout doute raisonnable que celui-ci présentera vraisemblablement un danger à l'avenir pour la société » (par. 25)<sup>1</sup>. Au paragraphe 20 de l'arrêt *Sipos*, qui portait sur l'al. 753(1)(b), notre Cour a expliqué que, pour qu'il y ait déclaration, il fallait une preuve tant sur les éléments rétrospectifs que prospectifs.

<sup>1</sup> Si la Couronne doit prouver chaque condition de la dangerosité hors de tout doute raisonnable (*R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229), ce qu'il faut prouver hors de tout doute raisonnable en ce qui concerne ces deux conditions prospectives est non pas une certitude, mais bien une probabilité (*Currie*, par. 42). En effet, « du point de vue pratique, tout ce qu'on peut établir concernant l'avenir est une probabilité que certains événements se produiront » (*Lyons*, p. 364).

[37] Indeed, three features of the designation scheme demonstrate the importance of prospective evidence to a finding of dangerousness. First, the pattern of violence that is proven through evidence of past conduct is future-oriented — it must show a “likelihood” of harmful recidivism “in the future”: see the language in s. 753(1)(a). As Neuberger put it, “[t]hough a past pattern may be proved by the Crown, if there is no evidence that such a pattern will necessarily lead to a likelihood of re-offence, the dangerous offender application will fail”: J. A. Neuberger, *Assessing Dangerousness: Guide to the Dangerous Offender Application Process* (loose-leaf), at p. 4-27. A past pattern of violence is considered in the global assessment of an offender’s future behaviour, which, in turn, is considered by the court in determining whether the offender constitutes a “threat”.

[38] Reference to the other category of dangerousness based on sexual conduct, under s. 753(1)(b), reinforces the conclusion that s. 753(1)(a) mandates a prospective assessment. This category requires, in addition to evidence of a pattern of past conduct, an independent assessment of future risk:

The offender must be shown to have failed in the past “to control his or her sexual impulses” and, in the future, that there is “a likelihood of causing injury, pain or other evil to other persons through failure in the future to control his or her sexual impulses”. [Emphasis added; citation omitted.]

(*Sipos*, at para. 20)

[39] Second, the *Criminal Code* requires that an assessment report be filed before a dangerous offender application can proceed: ss. 752.1 and 753(1). Usually, the assessment is conducted by a psychiatrist or psychologist: Neuberger, at p. 2-1. This report includes expert evidence on prospective aspects of dangerousness, such as risk factors, probabilities

[37] En fait, trois caractéristiques du régime de déclaration de délinquant dangereux démontrent l’importance de la preuve prospective pour tirer une conclusion de dangerosité. Premièrement, le comportement violent qui est établi au moyen d’une preuve de la conduite antérieure est prospectif — celui-ci doit démontrer qu’il y aura « vraisemblablement » récurrence préjudiciable à l’avenir (voir le texte de l’al. 753(1)a)). Comme l’a expliqué l’auteur Neuberger, [TRADUCTION] « [b]ien que la Couronne puisse établir l’existence d’un comportement antérieur similaire, s’il n’y a aucune preuve que ce comportement mènera nécessairement à un risque de récurrence, la demande de déclaration de délinquant dangereux sera rejetée » (J. A. Neuberger, *Assessing Dangerousness: Guide to the Dangerous Offender Application Process* (feuilles mobiles), p. 4-27). Les antécédents de violence sont pris en compte dans l’évaluation globale du comportement futur du délinquant, laquelle est ensuite prise en considération par le tribunal lorsqu’il décide si le délinquant constitue ou non un « danger ».

[38] Le renvoi à l’autre catégorie de dangerosité — fondée sur le comportement sexuel —, à l’al. 753(1)b), renforce la conclusion selon laquelle l’al. 753(1)a) commande une évaluation prospective. Cette catégorie requiert, en plus de la preuve d’un comportement antérieur similaire, une évaluation indépendante du risque futur :

Il faut que le délinquant ait démontré dans le passé son incapacité « à contrôler ses impulsions sexuelles » et qu’il « laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l’avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d’autres personnes ». [Je souligne; référence omise.]

(*Sipos*, par. 20)

[39] Deuxièmement, le *Code criminel* prescrit qu’un rapport d’évaluation doit être déposé avant qu’une demande de déclaration de délinquant dangereux puisse être entendue (art. 752.1 et par. 753(1)). Normalement, l’évaluation est effectuée par un psychiatre ou un psychologue (Neuberger, p. 2-1). Ce rapport contient une preuve d’expert sur les aspects

of recidivism, and treatment prospects: *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; see also *Lyons*, at pp. 364-65.

[40] Third, s. 757(a) provides that “evidence of character and repute may be admitted on the question of whether the offender is or is not a dangerous offender”. Such evidence, while grounded in past conduct, is future-oriented — it speaks to the likelihood of harmful recidivism and the intractability of the violent pattern of conduct. If a dangerousness finding could be made without any prospective assessment of risk, this type of reputational evidence would be irrelevant to the designation, since it tends to show the offender’s propensity for future bad acts. Indeed, it is not highly probative of past conduct, which is better proven by evidence of the prior bad acts themselves. Thus, by making evidence of character and repute relevant to the designation, this provision strongly suggests that a prospective assessment of future risk is part of the inquiry.

[41] Section 753(1) states that, once the judge is satisfied that the designation criteria are met, the judge “shall” designate the offender as dangerous. Recall that before the 2008 amendments, the legislation provided that, once these criteria were met, the judge “may” make the designation. Some interveners suggested that this amendment requires the judge to declare an offender dangerous as soon as the statutory criteria are met, even if the judge is not satisfied of his or her future dangerousness. This argument is based on the premise that the statutory criteria for designation are overbroad and might apply to non-dangerous offenders. However, as explained above, a prospective assessment of the future risk posed by an offender is embedded within the dangerous offender criteria. Thus, a judge “shall” designate an offender as dangerous only if he or she is satisfied beyond a reasonable doubt that the offender actually constitutes a future

prospectif de la dangerosité, dont les facteurs de risque, les probabilités de récidive et les perspectives de traitement (*R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; voir aussi *Lyons*, p. 364-365).

[40] Troisièmement, l’al. 757a) prévoit qu’une « preuve concernant [l]a moralité ou [l]a réputation » du délinquant peut être admise « sur la question de savoir si le délinquant est ou non un délinquant dangereux ». Cette preuve, bien qu’elle repose sur un comportement passé, est prospective — elle porte sur la probabilité d’une récidive préjudiciable et l’irréductibilité du comportement violent. Si une conclusion de dangerosité pouvait être tirée sans une évaluation prospective des risques, ce type de preuve de réputation serait sans pertinence en matière de déclaration de délinquant dangereux, parce qu’elle tend à démontrer la propension du délinquant à commettre de futurs actes répréhensibles. En effet, elle n’a pas une très grande valeur probante pour l’établissement du comportement antérieur du délinquant, lequel est davantage prouvé par les actes répréhensibles antérieurs eux-mêmes. Par conséquent, en rendant la preuve relative à la moralité et à la réputation pertinente en matière de déclaration de délinquant dangereux, cette disposition tend fortement à indiquer que l’évaluation prospective du risque futur fait partie de l’analyse.

[41] Suivant le par. 753(1), le juge « doit » déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux lorsqu’il est convaincu que les conditions pour le faire sont rencontrées. Rappelons qu’avant les modifications de 2008, la loi prescrivait qu’une fois ces conditions rencontrées, le juge « peut » déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux. Certains intervenants ont affirmé que cette modification oblige le juge à déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux dès que les conditions statutaires sont rencontrées, même si le juge n’est pas convaincu de sa dangerosité future. Cet argument repose sur la prémisse selon laquelle les conditions statutaires applicables à la déclaration de délinquant dangereux ont une portée excessive et pourraient viser des délinquants non dangereux. Toutefois, comme je l’ai expliqué précédemment, l’évaluation prospective du risque futur que présente le délinquant est intégrée aux conditions applicables à la

threat to safety in light of all the relevant evidence. Once a judge finds an offender to be a “threat” after a prospective assessment of harmful recidivism and intractability, requiring a further exercise of discretion to determine whether the offender poses a future risk would be unnecessary and would contradict the very conclusion the judge has just reached.

(2) Evidence of Future Treatment Prospects Remains Relevant at Both Stages of the Statutory Scheme

[42] This brings us to the central issue in the instant case, namely whether a sentencing judge is entitled to consider evidence of future treatment prospects when deciding whether to designate an offender as opposed to when imposing a sentence. Though I recognize that the jurisprudence on this question has been divided, with some courts finding future treatment prospects to be irrelevant at the designation stage (*R. v. Carleton* (1981), 32 A.R. 181 (C.A.), at para. 13, aff’d [1983] 2 S.C.R. 58; *R. v. Sullivan* (1987), 20 O.A.C. 323, at para. 23; *R. v. Newman* (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 197 (C.A.), at para. 127; *R. v. Oliver* (1997), 114 C.C.C. (3d) 50 (Alta. C.A.), at p. 57), and some finding them to be a relevant consideration (*R. v. Neve*, 1999 ABCA 206, 137 C.C.C. (3d) 97, at para. 241), I cannot agree with the Court of Appeal that the criteria for designation “have never included the future treatability of the offender”: para. 53. An offender’s future treatment prospects are, and have always been, a relevant consideration at the designation stage.

[43] As the assessment of prospective risk described above is concerned with whether an offender will continue to be “a real and present danger”, being unable to surmount his or her violent

déclaration de délinquant dangereux. Par conséquent, un juge ne « doit » déclarer un délinquant dangereux que s’il est convaincu hors de tout doute raisonnable que celui-ci constitue bel et bien un danger futur pour la sécurité eu égard à tous les éléments de preuve pertinents. Lorsque le juge conclut qu’un délinquant constitue un « danger » après avoir procédé à une évaluation prospective portant sur le risque d’une récidive préjudiciable et l’irréductibilité, l’obliger à exercer de nouveau son pouvoir discrétionnaire pour déterminer si le délinquant constitue un risque futur ne servirait à rien et irait à l’encontre de la conclusion même qu’il vient de tirer.

(2) La preuve des perspectives de traitement futur demeure pertinente aux deux étapes du régime statutaire

[42] Ceci nous amène à la question au cœur du présent pourvoi, soit celle de savoir si le juge de la peine peut prendre en considération la preuve des perspectives de traitement futur lorsqu’il décide s’il y a lieu ou non de déclarer un délinquant dangereux, plutôt qu’au moment où il impose la peine. Bien que je reconnaisse que la jurisprudence sur ce point est divisée — certains tribunaux estimant que les perspectives de traitement futur ne sont pas pertinentes à l’étape de la déclaration (*R. c. Carleton* (1981), 32 A.R. 181 (C.A.), par. 13, conf. par [1983] 2 R.C.S. 58; *R. c. Sullivan* (1987), 20 O.A.C. 323, par. 23; *R. c. Newman* (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 197 (C.A.), par. 127; *R. c. Oliver* (1997), 114 C.C.C. (3d) 50 (C.A. Alb.), p. 57), et certains jugeant qu’il s’agit d’une considération pertinente (*R. c. Neve*, 1999 ABCA 206, 137 C.C.C. (3d) 97, par. 241) —, je ne puis convenir avec la Cour d’appel que les conditions applicables à la déclaration de délinquant dangereux [TRADUCTION] « n’ont jamais inclus la traitabilité future du délinquant » (par. 53). Les perspectives de traitement futur du délinquant sont, et ont toujours été, une considération pertinente à l’étape de la déclaration.

[43] Comme l’évaluation prospective des risques décrite ci-dessus porte sur la question de savoir si le délinquant continuera de constituer « un danger réel et actuel » parce qu’il est incapable de surmonter

conduct, the sentencing judge must consider all retrospective and prospective evidence relating to the continuing nature of this risk, including future treatment prospects. Furthermore, I am of the view that confining the consideration of treatability to the choice of penalty under s. 753(4.1) rests on a theoretical distinction between the designation stage and the penalty stage that is neither practical nor useful.

[44] Given that a dangerous offender application is typically conducted in one hearing, it would be artificial to distinguish evidence that should be considered to designate an offender as dangerous from evidence that should be considered to determine the appropriate sentence. All of the evidence adduced during a dangerous offender hearing must be considered at both stages of the sentencing judge's analysis, though for the purpose of making different findings related to different legal criteria. During the application hearing, the Crown or the accused must present any prospective evidence concerning risk, intractability, or treatment programs, including the required assessment report addressing prospective treatment options. Many aspects of clinical evaluations provide evidence going to both the assessment of the offender's future risk and the sentence necessary to manage this risk:

Clinical evaluations identifying the presence of enduring mental illnesses and their treatability, presence of deeply ingrained personality traits or personality disorders that are likely to persist with time, sexual deviations, and substance-use disorders all become relevant in understanding the meaning of repetitive behaviours, persistent aggressive behaviours, and their relationship to the predicate offence/offences. The presence of impulsivity, lack of empathy, and need for immediate gratification at the expense of others will assist the court in examining whether the risk assessment and management of risk factors are related to the statutory tests concerned. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(Neuberger, at p. 2-37)

son comportement violent, le juge de la peine doit prendre en considération tous les éléments de preuve rétrospectifs et prospectifs liés à la continuité de ce risque, y compris les perspectives de traitement futur. De plus, je suis d'avis que confiner la prise en considération de la traitabilité à l'étape du choix de la sanction prévue au par. 753(4.1) repose sur une distinction théorique entre l'étape de la déclaration et celle de la sanction, distinction qui n'est ni pratique ni utile.

[44] Étant donné que la présentation d'une demande visant à faire déclarer un délinquant dangereux se fait habituellement en une seule audience, il serait artificiel de distinguer la preuve à prendre en considération pour déclarer un délinquant dangereux et celle dont il faut tenir compte pour déterminer la peine appropriée. Tous les éléments de preuve produits lors d'une audience quant au statut de délinquant dangereux doivent être pris en considération aux deux étapes de l'analyse qu'effectue le juge de la peine, bien que pour tirer des conclusions différentes se rapportant à des conditions statutaires différentes. Lors de l'audience sur la demande, la Couronne ou l'accusé doit présenter toute preuve prospective relative au risque, à l'irréductibilité ou aux programmes de traitement, y compris le rapport d'évaluation requis faisant état des options de traitement futur. De nombreux aspects des évaluations cliniques offrent une preuve concernant à la fois l'évaluation du risque futur que présente le délinquant et la peine à imposer pour gérer ce risque :

[TRADUCTION] Les évaluations cliniques indiquant la présence de maladies mentales persistantes et leur traitabilité, la présence de traits de personnalité profondément enracinés ou de troubles de personnalité susceptibles de persister avec le temps, de déviations sexuelles et de troubles de consommation de substances deviennent toutes pertinentes lorsqu'il s'agit de comprendre le sens de comportements répétitifs et de comportements agressifs persistants, et leur relation avec la ou les infractions sous-jacentes. La présence d'une impulsivité, d'un manque d'empathie et d'un besoin d'assouvir immédiatement ses désirs aux dépens d'autrui aidera le tribunal dans l'examen de la question de savoir si l'évaluation du risque et la gestion des facteurs de risque sont liées aux critères légaux en cause. [Je souligne; notes en bas de page omises.]

(Neuberger, p. 2-37)

[45] The same prospective evidence of treatability plays a different role at the different stages of the judge's decision-making process. At the designation stage, treatability informs the decision on the threat posed by an offender, whereas at the penalty stage, it helps determine the appropriate sentence to manage this threat. Thus, offenders will not be designated as dangerous if their treatment prospects are so compelling that the sentencing judge cannot conclude beyond a reasonable doubt that they present a high likelihood of harmful recidivism or that their violent pattern is intractable: see Neuberger, at p. 7-1, by M. Henschel. However, even where the treatment prospects are not compelling enough to affect the judge's conclusion on dangerousness, they will still be relevant in choosing the sentence required to adequately protect the public.

### (3) Conclusion

[46] In sum, a finding of dangerousness has always required that the Crown demonstrate, beyond a reasonable doubt, a high likelihood of harmful recidivism and the intractability of the violent pattern of conduct. A prospective assessment of dangerousness ensures that only offenders who pose a tremendous future risk are designated as dangerous and face the possibility of being sentenced to an indeterminate detention. This necessarily involves the consideration of future treatment prospects. Had the prospective aspects of the dangerousness criteria been removed by the 2008 amendments, the constitutionality of the provision might have required a deeper analysis. But that is not the case. The sentencing judge erred in concluding otherwise. Accordingly, this Court need not revisit its decision in *Lyons* as to the constitutionality of s. 753(1).

[47] A final point must be addressed. The 2008 amendments also introduced s. 753.01. The sentencing judge found that this provision made the s. 753(1) designation permanent and imposed new

[45] La même preuve prospective de traitabilité joue un rôle différent aux différentes étapes du processus décisionnel du juge. À l'étape de la déclaration, la traitabilité guide la décision sur le danger que constitue un délinquant, alors qu'à l'étape de la sanction, elle aide à déterminer la peine appropriée pour permettre de gérer ce danger. En conséquence, un délinquant ne sera pas déclaré dangereux si ses perspectives de traitement sont à ce point convaincantes que le juge de la peine ne peut conclure hors de tout doute raisonnable qu'il présente un risque élevé de récidive préjudiciable ou que son comportement violent est irréductible (voir Neuberger, p. 7-1, par M. Henschel). Cependant, même si elles ne sont pas suffisamment convaincantes pour influencer sur la conclusion du juge relative à la dangerosité, les perspectives de traitement seront quand même pertinentes dans la détermination de la peine qui doit être imposée pour protéger de façon suffisante le public.

### (3) Conclusion

[46] En résumé, pour obtenir une conclusion de dangerosité, la Couronne a toujours été tenue de démontrer, hors de tout doute raisonnable, un risque élevé de récidive préjudiciable et l'irréductibilité du comportement violent. Une évaluation prospective de la dangerosité fait en sorte que seuls les délinquants qui présentent un risque futur considérable sont déclarés dangereux et risquent de se voir infliger une peine de détention pour une période indéterminée. Cela implique nécessairement la prise en considération des perspectives de traitement futur. Si les modifications de 2008 avaient éliminé les aspects prospectifs des conditions de la dangerosité, la constitutionnalité de la disposition aurait pu nécessiter une analyse plus approfondie. Or ce n'est pas le cas. Le juge de la peine a erré en concluant différemment. En conséquence, la Cour n'a pas besoin de revoir la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Lyons* en ce qui a trait à la constitutionnalité du par. 753(1).

[47] Un dernier point doit être abordé. Les modifications de 2008 ont également entraîné l'adoption de l'art. 753.01. Le juge de la peine a conclu que cette disposition rendait la déclaration de délinquant

consequences on the offender. The dangerous offender regime, however, has had permanent effect since *Lyons*: p. 342. The change has to do with the potential consequences of that designation as a result of s. 753.01. That being said, the constitutionality of those consequences is not at stake in this case. Mr. Boutilier was not sentenced to an indeterminate detention on the basis of s. 753.01, but rather after a regular application for a dangerous offender designation pursuant to s. 753. It would be imprudent for this Court to rule on the constitutionality of s. 753.01 without a concrete example of its real effects. It is therefore unnecessary to consider the constitutional validity of the interaction between s. 753(1) and s. 753.01, a provision applying to later convictions of dangerous offenders.

B. *Does Section 753(4.1) Lead to a Grossly Disproportionate Sentence, Contrary to Section 12 of the Charter, by Presumptively Imposing Indeterminate Detention and Preventing the Sentencing Judge From Imposing a Fit Sentence Consistent With the Principles and Objectives of Sentencing?*

[48] The current s. 753(4.1) was introduced in 2008. This Court has not yet considered its constitutionality. It reads as follows:

(4.1) The court shall impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period unless it is satisfied by the evidence adduced during the hearing of the application that there is a reasonable expectation that a lesser measure under paragraph (4)(b) or (c) will adequately protect the public against the commission by the offender of murder or a serious personal injury offence.

[49] Mr. Boutilier contends that s. 753(4.1) infringes s. 12 of the *Charter*.

[50] McLachlin C.J. recently summarized the framework applicable to a claim of cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter*:

dangereux visée au par. 753(1) permanente et imposait de nouvelles conséquences au délinquant. Cependant, le régime des délinquants dangereux a un effet permanent depuis l'arrêt *Lyons* (p. 342). Le changement porte sur les conséquences éventuelles de cette déclaration eu égard à l'art. 753.01. Cela dit, la constitutionnalité de ces conséquences n'est pas en cause en l'espèce. M. Boutilier a été condamné à une peine de détention pour une période indéterminée non pas sur le fondement de l'art. 753.01, mais plutôt à l'issue d'une demande régulière de déclaration de délinquant dangereux en vertu de l'art. 753. Il serait imprudent pour la Cour de statuer sur la constitutionnalité de l'art. 753.01 sans exemple concret de ses effets réels. Il est donc inutile d'examiner la constitutionnalité de l'interaction entre le par. 753(1) et l'art. 753.01, une disposition qui s'applique aux déclarations de culpabilité ultérieures prononcées contre des délinquants dangereux.

B. *Le paragraphe 753(4.1) a-t-il pour effet d'entraîner une peine exagérément disproportionnée, en contravention avec l'art. 12 de la Charte, en imposant par présomption une peine de détention pour une période indéterminée et en empêchant le juge de la peine d'infliger une peine juste conforme aux principes et aux objectifs de la détermination de la peine?*

[48] Le paragraphe 753(4.1) actuel a été adopté en 2008. Notre Cour ne s'est pas encore penchée sur sa constitutionnalité. Il est rédigé ainsi :

(4.1) Le tribunal inflige une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée sauf s'il est convaincu, sur le fondement des éléments mis en preuve lors de l'audition de la demande, que l'on peut vraisemblablement s'attendre à ce que le fait d'infliger une mesure moins sévère en vertu des alinéas (4)b) ou c) protège de façon suffisante le public contre la perpétration par le délinquant d'un meurtre ou d'une infraction qui constitue des sévices graves à la personne.

[49] M. Boutilier soutient que le par. 753(4.1) contrevient à l'art. 12 de la *Charte*.

[50] La juge en chef McLachlin a récemment résumé le cadre applicable à une allégation de peine cruelle et inusitée fondée sur l'art. 12 de la *Charte* :

A sentence will infringe s. 12 if it is “grossly disproportionate” to the punishment that is appropriate, having regard to the nature of the offence and the circumstances of the offender: [*R. v. Nur* [2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773], at para. 39; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1073. A law will violate s. 12 if it imposes a grossly disproportionate sentence on the individual before the court, or if the law’s reasonably foreseeable applications will impose grossly disproportionate sentences on others: *Nur*, at para. 77.

(*R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at para. 22)

[51] Mr. Boutilier argues that the reasonably foreseeable applications of s. 753(4.1) lead to grossly disproportionate sentences because the provision presumptively imposes indeterminate detention on designated offenders each time there are public safety concerns, even when such a sentence would be unfit in a specific case. This argument rests on two premises. First, Mr. Boutilier argues that s. 753(4.1) is properly read as impeding the discretion of a sentencing judge to impose a fit sentence in light of all relevant factors and circumstances and the principles and objectives of sentencing. Second, he says that s. 753(4.1) imposes a *presumption* of indeterminate detention for designated offenders.

[52] Having carefully read my colleague’s reasons, I cannot, for the reasons outlined below, agree that s. 753(4.1) imposes indeterminate detention in cases where it is grossly disproportionate to the sentence mandated by sentencing principles. The sentencing principles and objectives set out in the *Criminal Code*, including the fundamental principle of proportionality in s. 718.1, do not have constitutional status and may be limited by Parliament where necessary to achieve a valid penal purpose, so long as a sentencing judge is not required to impose a sentence that is “grossly disproportionate” to the sentence normally mandated by ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code*: *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016

Une peine contrevient à l’art. 12 lorsqu’elle est « exagérément disproportionnée » à la peine qui convient, eu égard à la nature de l’infraction et à la situation du délinquant ([*R. c. Nur* [2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773], par. 39; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1073). Une règle de droit porte atteinte à l’art. 12 lorsqu’elle a pour effet d’infliger à l’accusé une peine exagérément disproportionnée ou que ses applications raisonnablement prévisibles infligeront à d’autres personnes des peines exagérément disproportionnées (*Nur*, par. 77).

(*R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 22)

[51] M. Boutilier fait valoir que les applications raisonnablement prévisibles du par. 753(4.1) ont pour effet d’entraîner des peines exagérément disproportionnées parce que la disposition impose par présomption une peine de détention pour une période indéterminée aux délinquants déclarés dangereux chaque fois qu’il existe des préoccupations relatives à la sécurité du public, et ce, même lorsqu’une telle peine ne serait pas une peine juste dans un cas donné. Cet argument repose sur deux prémisses. D’une part, M. Boutilier soutient qu’interprété adéquatement, le par. 753(4.1) est une disposition qui limite le pouvoir discrétionnaire du juge de la peine d’imposer une peine juste à la lumière de tous les facteurs et circonstances applicables, et des principes et objectifs de la détermination de la peine. D’autre part, il affirme que le par. 753(4.1) impose une *présomption* de détention pour une période indéterminée à l’égard des délinquants déclarés dangereux.

[52] Après avoir lu attentivement les motifs de ma collègue, je ne peux, pour les motifs énoncés ci-dessous, convenir que le par. 753(4.1) impose la détention pour une période indéterminée lorsqu’une telle peine est exagérément disproportionnée à celle prescrite par les principes de détermination de la peine. Les principes et les objectifs de détermination de la peine énoncés au *Code criminel*, y compris le principe fondamental de la proportionnalité inscrit à l’art. 718.1, ne bénéficient pas de la protection constitutionnelle, et ils peuvent être restreints, au besoin, par le législateur pour atteindre un objectif pénal régulier, tant que le juge de la peine n’est pas tenu d’imposer une peine « exagérément

SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180, at para. 71; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at paras. 40-42. In *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, this Court referred to three factors that are useful in determining whether punishment is “grossly disproportionate” to what would have been appropriate: “. . . whether the punishment is necessary to achieve a valid penal purpose, whether it is founded on recognized sentencing principles, and whether there exist valid alternatives to the punishment impose . . .” (p. 1074). Considering the provision’s heightened preventive purpose, recognized by s. 718(c), as well as the sentencing judge’s duty to carefully inquire into the appropriateness of alternatives to indeterminate detention in light of the full range of sentencing principles, I cannot conclude that s. 753(4.1) imposes punishment that is “grossly disproportionate” to the extent that Canadians would find it abhorrent or intolerable.

(1) The Sentencing Judge’s Discretion to Impose a Fit Sentence Under Section 753(4.1)

[53] This Court has consistently affirmed that dangerous offender proceedings are sentencing proceedings: *R. v. Steele*, 2014 SCC 61, [2014] 3 S.C.R. 138, at para. 40; *Jones*, at pp. 279-80 and 294-95; *Lyons*, at p. 350. Accordingly, a sentencing judge in a dangerous offender proceeding must apply the sentencing principles and mandatory guidelines outlined in ss. 718 to 718.2: *R. v. Johnson*, 2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357, at para. 23; Neuberger, at p. 3-4. These sections of the *Criminal Code* set out the purpose and objectives of sentencing (s. 718), the fundamental principle of proportionality (s. 718.1) — “the *sine qua non* of a just sanction” (*R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 37) — and the other sentencing principles that a court “shall” consider before imposing any sentence on an offender (s. 718.2). An error in the application of these

disproportionnée » à celle normalement prescrite par les art. 718 à 718.2 du *Code criminel* (*R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180, par. 71; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 40-42). Dans *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, la Cour a mentionné trois facteurs qui sont utiles au moment de décider si la peine est « exagérément disproportionnée » à ce qui aurait été approprié : « . . . les questions de savoir si la peine est nécessaire pour atteindre un objectif pénal régulier, si elle est fondée sur des principes reconnus en matière de détermination de la peine et s’il existe des solutions de rechange valables à la peine imposée . . . » (p. 1074). Compte tenu de l’objectif préventif élevé de la disposition, reconnu à l’al. 718c), ainsi que de l’obligation du juge de la peine de se pencher attentivement sur le caractère approprié des solutions de rechange à la détention pour une durée indéterminée eu égard à la gamme complète des principes de détermination de la peine, je ne peux conclure que l’art. 753(4.1) impose une peine « exagérément disproportionnée » au point où les Canadiens et les Canadiennes considéreraient celle-ci comme odieuse ou intolérable.

(1) Le pouvoir discrétionnaire du juge de la peine d’infliger une peine juste en vertu du par. 753(4.1)

[53] Notre Cour a constamment affirmé que les procédures relatives au statut de délinquant dangereux sont des procédures de détermination de la peine (*R. c. Steele*, 2014 CSC 61, [2014] 3 R.C.S. 138, par. 40; *Jones*, p. 279-280 et 294-295; *Lyons*, p. 350). Dans une procédure relative au statut de délinquant dangereux, le juge de la peine doit donc appliquer les principes de détermination de la peine et les directives obligatoires prévues aux art. 718 à 718.2 (*R. c. Johnson*, 2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357, par. 23; Neuberger, p. 3-4). Ces dispositions du *Code criminel* énoncent le but et les objectifs de la détermination de la peine (art. 718), le principe fondamental de la proportionnalité (art. 718.1) — « la condition *sine qua non* d’une sanction juste » (*R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 37) — et les principes de détermination de la peine

principles is reviewable by an appellate court: *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089.

[54] Mr. Boutilier’s position that, under the dangerous offender scheme, a sentencing judge lacks discretion to impose an appropriate sentence in light of the principles and objectives of sentencing has no support in the jurisprudence. Appellate courts have continued to apply these principles under s. 753 since the 2008 amendments: *R. v. Warawa*, 2011 ABCA 294, 278 C.C.C. (3d) 409, at para. 40; *R. v. Osborne*, 2014 MBCA 73, 314 C.C.C. (3d) 57, at paras. 90-91; *R. v. Bragg*, 2015 BCCA 498, 332 C.C.C. (3d) 145, at para. 26; *R. v. Smarch*, 2015 YKCA 13, 374 B.C.A.C. 291, at paras. 46-47. These sentencing principles apply to every sentencing decision, whether made under the regular sentencing regime, the dangerous offender regime or the long-term offender regime. One example is provided by *Ipeelee*, in which Manasie Ipeelee and Frank Ralph Ladue were sentenced under the long-term offender regime. Nevertheless, this Court reviewed the fitness of their sentence according to sentencing principles, and more specifically the principle in s. 718.2(e) requiring judges to pay attention to the circumstances of Aboriginal offenders in sentencing proceedings: see *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688.

[55] Mr. Boutilier’s contention is also not supported by the principles underlying indeterminate detention. This exceptional sentence is not an exception to the principles of sentencing, but rather a sentence mandated by their proper application. As La Forest J. explained in *Lyons*, preventive detention “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”: p. 329. To conclude that

qu’un tribunal doit prendre en considération avant d’imposer une peine, quelle qu’elle soit, à un délinquant (art. 718.2). Une erreur dans l’application de ces principes est susceptible de révision par un tribunal d’appel (*R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089).

[54] La prétention de M. Boutilier selon laquelle, dans le cadre du régime des délinquants dangereux, le juge de la peine n’a pas le pouvoir discrétionnaire d’imposer une peine appropriée à la lumière des principes et des objectifs de la détermination de la peine ne trouve aucun appui dans la jurisprudence. Depuis les modifications de 2008, les tribunaux d’appel ont continué à appliquer ces principes sous le régime de l’art. 753 (*R. c. Warawa*, 2011 ABCA 294, 278 C.C.C. (3d) 409, par. 40; *R. c. Osborne*, 2014 MBCA 73, 314 C.C.C. (3d) 57, par. 90-91; *R. c. Bragg*, 2015 BCCA 498, 332 C.C.C. (3d) 145, par. 26; *R. c. Smarch*, 2015 YKCA 13, 374 B.C.A.C. 291, par. 46-47). Ces principes de détermination de la peine s’appliquent à toute décision relative à la peine, qu’elle soit prise en vertu du régime ordinaire de détermination de la peine, du régime des délinquants dangereux ou de celui des délinquants à contrôler. L’affaire *Ipeelee* en est un exemple. Dans ce dossier, Manasie Ipeelee et Frank Ralph Ladue ont été condamnés à une peine sous le régime des délinquants à contrôler. Notre Cour a néanmoins examiné la justesse de leur peine en fonction des principes de détermination de la peine, et plus précisément du principe énoncé à l’al. 718.2e), qui oblige les juges à porter attention aux circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones dans les procédures de détermination de la peine (voir *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688).

[55] La prétention de M. Boutilier n’est pas non plus appuyée par les principes qui sous-tendent la détention pour une période indéterminée. Cette peine exceptionnelle ne constitue pas une exception aux principes de détermination de la peine, mais plutôt une peine que commande la bonne application de ces principes. Comme l’a expliqué le juge La Forest dans l’arrêt *Lyons*, la détention préventive « représente [. . .] un jugement que l’importance relative des objectifs de réinsertion sociale, de dissuasion et de châtement peut diminuer sensiblement

the objectives of rehabilitation and retribution are trumped by that of prevention in a given case, the sentencing judge must assess the relative importance of the sentencing objectives in that particular case.

[56] Mr. Boutilier contends that, by referring solely to the objective of public protection, the wording of s. 753(4.1) excludes other sentencing objectives and principles from the sentencing judge's discretion. In my view, a fair reading of s. 753(4.1) does not result in the exclusion of these principles. Parliament is entitled to decide that protection of the public is an enhanced sentencing objective for individuals who have been designated as dangerous. This does not mean that this objective operates to the exclusion of all others. It is permissible for Parliament to guide the courts to emphasize certain sentencing principles in certain circumstances without curtailing their ability to look at the whole picture. Emphasis on the public safety component is consistent with the fact that public protection is the general purpose of Part XXIV of the *Code: Steele*, at para. 27. Further, because the enhanced objective of public safety parallels the justification for imposing an indeterminate detention, such emphasis is also consistent with the principles of sentencing generally.

[57] It follows that, if the goal of public protection could be achieved in a given case without imposing indeterminate detention, a dangerous offender provision requiring a sentencing judge to declare an offender dangerous and then sentence him or her to an indeterminate period of detention would “overshoot the public protection purpose of the dangerous offender regime”: *Johnson*, at para. 20. This accords with the principle in s. 718.2(d) that “an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances”. Even though the current sentencing mechanism for dangerous offenders differs from the one in place

dans un cas particulier et celle de la prévention s'accroître proportionnellement » (p. 329). Pour conclure que les objectifs de réinsertion sociale et de châtement sont supplantés par les objectifs de la prévention dans un cas donné, le juge de la peine doit évaluer l'importance relative des objectifs de la détermination de la peine dans ce cas en particulier.

[56] M. Boutilier soutient qu'en mentionnant uniquement l'objectif de la protection du public, le texte du par. 753(4.1) exclut les autres objectifs et principes de détermination de la peine de la portée du pouvoir discrétionnaire du juge de la peine. À mon avis, une interprétation raisonnable du par. 753(4.1) n'entraîne pas l'exclusion de ces principes. Le législateur a le droit de décider que la protection du public constitue un objectif accru de détermination de la peine pour les personnes qui sont déclarées dangereuses. Cela ne signifie pas que cet objectif opère à l'exclusion de tous les autres. Le législateur peut guider les tribunaux de manière à ce que ceux-ci mettent l'accent sur certains principes de détermination de la peine dans certaines circonstances, sans restreindre la capacité de ceux-ci de prendre en considération la situation dans son ensemble. L'emphase sur la sécurité du public est compatible avec le fait que la partie XXIV du *Code* vise généralement la protection du public (*Steele*, par. 27). En outre, elle est aussi compatible avec les principes de détermination de la peine de manière générale, puisque l'objectif accru de la sécurité du public se rapproche de la raison qui justifie l'imposition d'une peine de détention pour une période indéterminée.

[57] Il s'ensuit que, si l'on pouvait réaliser l'objectif de la protection du public dans un cas donné sans imposer une peine de détention pour une période indéterminée, une disposition relative aux délinquants dangereux qui oblige le juge de la peine à déclarer qu'un délinquant est dangereux et à ensuite lui imposer une peine de détention pour une période indéterminée irait « au-delà de l'objectif de la protection du public, qui sous-tend le régime applicable aux délinquants dangereux » (*Johnson*, par. 20). Ceci est conforme au principe énoncé à l'al. 718.2d), à savoir « l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité

when *Johnson* was decided, the Court's reasoning in *Johnson* is still applicable. Let me explain.

[58] Since the 2008 amendments, indeterminate detention is no longer automatic for a dangerous offender. Rather, this sentence is only one option among others available under s. 753(4). In lieu of an indeterminate detention, a judge may impose a sentence that is more proportionate to the predicate offence for which the offender is being sentenced, whether it is imprisonment for a minimum of two years followed by long-term supervision — which amounts to a long-term offender sentence — or a sentence under the regular sentencing regime. The sentencing alternatives listed in s. 753(4) therefore encompass the entire spectrum of sentences contemplated by the *Criminal Code*.

[59] When *Johnson* was decided, indeterminate detention was the only sentence available for dangerous offenders under s. 753. Nonetheless, this Court did not interpret this provision as requiring indeterminate detention for every designated offender. It refused to do so because this would have been “in direct conflict with the underlying principle that the sentence must be appropriate in the circumstances of the individual case”: *Johnson*, at para. 24.

[60] Section 753(4) and (4.1) should therefore be read as a codification of *Johnson*: the first subsection lists the alternatives available to a sentencing judge, while the second codifies the exercise of the sentencing judge's discretion required by *Johnson*. In order to properly exercise his or her discretion under s. 753(4), the sentencing judge must impose the least intrusive sentence required to achieve the primary purpose of the scheme.

de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient ». Bien que le régime actuel de détermination de la peine pour les délinquants dangereux diffère de celui qui était en place lorsque l'arrêt *Johnson* a été rendu, le raisonnement de la Cour dans cet arrêt continue de s'appliquer. Je m'explique.

[58] Depuis les modifications de 2008, la peine de détention pour une période indéterminée n'est plus imposée automatiquement au délinquant dangereux. Cette peine est plutôt une option parmi d'autres options offertes au par. 753(4). Au lieu d'une peine de détention pour une période indéterminée, le juge peut imposer une peine qui est davantage proportionnée à l'infraction sous-jacente pour laquelle le délinquant se voit infliger une peine, qu'il s'agisse d'une peine minimale d'emprisonnement de deux ans suivie d'une surveillance de longue durée — ce qui équivaut à une peine de délinquant à contrôler — ou d'une peine suivant le régime ordinaire de détermination de la peine. Les différentes options en matière de détermination de la peine énoncées au par. 753(4) englobent donc l'éventail complet des peines envisagées par le *Code criminel*.

[59] Lorsque l'arrêt *Johnson* a été rendu, la détention pour une période indéterminée était la seule peine qui pouvait être imposée aux délinquants dangereux en vertu de l'art. 753. Néanmoins, la Cour n'a pas considéré que cette disposition commandait l'imposition d'une peine de détention pour une durée indéterminée à tous les délinquants déclarés dangereux. Elle a refusé de le faire parce que cela eût été « directement à l'encontre du principe sous-jacent que la peine doit être appropriée aux circonstances de l'espèce » (*Johnson*, par. 24).

[60] Les paragraphes 753(4) et (4.1) devraient donc être considérés comme une codification de l'arrêt *Johnson* : le premier paragraphe énumère les différentes options qui s'offrent au juge de la peine, alors que le second codifie l'exercice par le juge de la peine du pouvoir discrétionnaire exigé dans cet arrêt. Pour exercer comme il se doit le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le par. 753(4), le juge de la peine doit imposer la peine la moins contraignante possible pour réaliser l'objet principal du régime.

[61] Against this backdrop, it would strain credibility to suggest that the principles enumerated in ss. 718 to 718.2 are irrelevant to the exercise of the sentencing judge's newly codified discretion in s. 753(4) and (4.1) when they were relevant even under the former scheme, which imposed automatic indeterminate detention for every dangerous offender. The 2008 amendments replaced mandatory indeterminate detention with a codification of the principle that a sentencing judge must impose a sentence that is tailored to the specific offender and consistent with the principles of sentencing. When considered in its historical context, the current s. 753(4.1) confers a discretion to apply general sentencing principles more explicitly than the former scheme did. It does so for the benefit of the offender, who cannot complain of a discretion that can only operate to his or her benefit: see *Lyons*, at pp. 348-49.

[62] Further, nothing in the wording of s. 753(4.1) removes the obligation incumbent on a sentencing judge to consider all sentencing principles in order to choose a sentence that is fit for a specific offender.

[63] For all these reasons, an offender's moral culpability, the seriousness of the offence, mitigating factors, and principles developed for Indigenous offenders are each part of the sentencing process under the dangerous offender scheme. Each of these considerations is relevant to deciding whether or not a lesser sentence would sufficiently protect the public. Mr. Boutilier's suggestion to the contrary has been repeatedly rejected by this Court in relation to any of the *Criminal Code's* sentencing regimes and, in effect, seeks to read a prohibition into s. 753(4.1) where none exists.

[61] Dans ce contexte, il serait peu crédible d'affirmer que les principes énoncés aux art. 718 à 718.2 ne sont pas pertinents pour l'exercice par le juge de la peine du pouvoir discrétionnaire nouvellement codifié aux par. 753(4) et (4.1), alors que ceux-ci étaient pertinents même sous l'ancien régime, qui prévoyait qu'une peine de détention pour une période indéterminée devait être imposée automatiquement à chaque délinquant dangereux. Les modifications de 2008 ont remplacé la peine obligatoire de détention pour une période indéterminée par une codification du principe selon lequel le juge de la peine doit imposer une peine adaptée à la situation du délinquant en cause et compatible avec les principes de détermination de la peine. Considéré dans son contexte historique, le par. 753(4.1) actuel confère un pouvoir discrétionnaire d'appliquer les principes généraux de détermination de la peine de manière plus explicite que ne le faisait le régime antérieur. Il le fait au profit du délinquant, lequel ne peut se plaindre d'un pouvoir discrétionnaire qui ne peut jouer qu'en sa propre faveur (voir *Lyons*, p. 348-349).

[62] En outre, rien dans le texte du par. 753(4.1) n'élimine l'obligation incombant au juge de la peine de prendre en considération tous les principes de détermination de la peine afin de choisir une peine qui est juste dans le cas du délinquant en cause.

[63] Pour tous ces motifs, la culpabilité morale du délinquant, la gravité de l'infraction, les facteurs atténuants et les principes établis pour les délinquants autochtones font chacun partie du processus de détermination de la peine dans le cadre du régime des délinquants dangereux. Chacune de ces considérations est pertinente lorsqu'il s'agit de décider si une peine moins sévère protégerait de façon suffisante le public. La prétention de M. Boutilier à l'effet contraire a été rejetée à maintes reprises par la Cour relativement à tout régime de détermination de la peine du *Code criminel*, et vise, dans les faits, à lire au par. 753(4.1) une interdiction, alors qu'il n'en existe aucune.

(2) The Question of the Presumption of an Indeterminate Period of Detention Under Section 753(4.1)

[64] Section 753(4.1) states that a judge “shall” impose an indeterminate sentence unless he or she is satisfied on the evidence “that there is a reasonable expectation that a lesser measure . . . will adequately protect the public against the commission by the offender of murder or a serious personal injury offence”. Mr. Boutilier contends that this provision enacts a presumption that an indeterminate sentence is a fit sentence for a dangerous offender and imposes a burden on the offender to adduce evidence to demonstrate “a reasonable expectation” that a lesser measure will adequately protect the public. He also argues that this burden extends beyond the one envisioned by this Court in *Johnson*. Again, I disagree.

[65] Section 753(4.1) guides the discretion of the judge, who ultimately must determine the fittest sentence in a given case based on the evidence adduced during the sentencing hearing. This Court in *Johnson* stated that the “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”: para. 44. Again, s. 753(4.1) is simply a codification of the exercise of discretion required by *Johnson* in light of the regime’s general purpose of public protection in dealing with offenders presenting a very high likelihood of harmful recidivism.

[66] This interpretation of s. 753(4.1) is consistent with s. 718.3:

(2) La question de la présomption de détention pour une période indéterminée au par. 753(4.1)

[64] Le paragraphe 753(4.1) prévoit que le juge « inflige » une peine de détention pour une période indéterminée sauf s’il est convaincu, au vu de la preuve, « que l’on peut vraisemblablement s’attendre à ce que le fait d’infliger une mesure moins sévère [. . .] protège de façon suffisante le public contre la perpétration par le délinquant d’un meurtre ou d’une infraction qui constitue des sévices graves à la personne ». M. Boutilier soutient que cette disposition édicte une présomption selon laquelle une peine de détention pour une période indéterminée constitue une peine juste dans le cas d’un délinquant dangereux et qu’elle impose au délinquant le fardeau d’administrer des éléments de preuve visant à démontrer que l’on peut « vraisemblablement s’attendre » à ce que le fait d’imposer une mesure moins sévère protège de façon suffisante le public. Il soutient également que ce fardeau va au-delà de celui qui est envisagé par la Cour dans *Johnson*. Encore une fois, je ne suis pas d’accord.

[65] Le paragraphe 753(4.1) guide le juge dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, celui-ci devant ultimement déterminer la peine qui est la plus juste dans un cas donné eu égard aux éléments mis en preuve au cours de l’audience sur la détermination de la peine. Dans l’arrêt *Johnson*, la Cour a déclaré que 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 » (par. 44). Rappelons que le par. 753(4.1) est simplement une codification de l’exercice du pouvoir discrétionnaire exigé dans *Johnson* à la lumière de l’objectif général de protection du public que poursuit le régime à l’égard des délinquants qui présentent un risque très élevé de récidive préjudiciable.

[66] Cette interprétation du par. 753(4.1) est conforme à l’art. 718.3 :

**718.3 (1)** Where an enactment prescribes different degrees or kinds of punishment in respect of an offence, the punishment to be imposed is, subject to the limitations prescribed in the enactment, in the discretion of the court that convicts a person who commits the offence.

(2) Where an enactment prescribes a punishment in respect of an offence, the punishment to be imposed is, subject to the limitations prescribed in the enactment, in the discretion of the court that convicts a person who commits the offence, but no punishment is a minimum punishment unless it is declared to be a minimum punishment.

[67] It is also consistent with this Court's interpretation of s. 742.1 — a provision requiring judges to be “satisfied that the service of the sentence in the community would not endanger the safety of the community” before imposing a conditional sentence. As Lamer C.J. explained:

The wording used in s. 742.1 does not attribute to either party the onus of establishing that the offender should or should not receive a conditional sentence. To inform his or her decision about the appropriate sentence, the judge can take into consideration all the evidence, no matter who adduces it ([R. v.] *Ursel* [(1997), 96 B.C.A.C. 241], at pp. 264-65 and 287).

In matters of sentencing, while each party is expected to establish elements in support of its position as to the appropriate sentence that should be imposed, the ultimate decision as to what constitutes the best disposition is left to the discretion of the sentencing judge. [Emphasis added.]

(*R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at paras. 120-21)

[68] Under s. 753(4.1), the sentencing judge is under the obligation to conduct a “thorough inquiry” into the possibility of control in the community: *Johnson*, at para. 50. The judge considers all the evidence presented during the hearing in order to determine the fittest sentence for the offender:

The judge should . . . take into account all the evidence available before making a determination, which will inevitably require a thorough investigation. Once such an

**718.3 (1)** Lorsqu'une disposition prescrit différents degrés ou genres de peine à l'égard d'une infraction, la punition à infliger est, sous réserve des restrictions contenues dans la disposition, à la discrétion du tribunal qui condamne l'auteur de l'infraction.

(2) Lorsqu'une disposition prescrit une peine à l'égard d'une infraction, la peine à infliger est, sous réserve des restrictions contenues dans la disposition, laissée à l'appréciation du tribunal qui condamne l'auteur de l'infraction, mais nulle peine n'est une peine minimale à moins qu'elle ne soit déclarée telle.

[67] Elle est conforme également à l'interprétation donnée par la Cour à l'art. 742.1 — une disposition obligeant le juge à être « convaincu que la mesure [purger la peine dans la collectivité] ne met pas en danger la sécurité de la collectivité » avant de pouvoir octroyer le sursis à l'emprisonnement. Comme l'a expliqué le juge en chef Lamer :

Le texte de l'art. 742.1 n'impose à aucune des parties la charge de prouver qu'il y a lieu ou non d'octroyer au délinquant le sursis à l'emprisonnement. Pour décider de la peine appropriée, le juge peut prendre en considération tous les éléments de preuve, peu importe qui les a produits ([R. c.] *Ursel* [(1997), 96 B.C.A.C. 241], p. 264-265 et 287).

En matière de détermination de la peine, quoique l'on attende de chaque partie qu'elle produise des éléments au soutien de sa position en ce qui concerne la peine appropriée, la décision finale quant à ce qui constitue la meilleure peine est laissée à l'appréciation du juge. [Je souligne.]

(*R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 120-121)

[68] Suivant le par. 753(4.1), le juge de la peine est tenu de procéder à un « examen approfondi » de la possibilité de contrôle au sein de la collectivité (*Johnson*, par. 50). Il prend en considération l'ensemble de la preuve lui ayant été présentée à l'audience de manière à déterminer la peine qui est la plus juste dans le cas du délinquant :

[TRADUCTION] Le juge devrait [. . .] prendre en considération l'ensemble de la preuve avant de prendre une décision, ce qui nécessitera inévitablement un examen

investigation has been conducted, it will be up to the judge to determine the sentence; there is no obligation on any of the parties to prove on any standard the adequate sentence one way or another.

(Neuberger, at p. 4-4.1; see also p. 10-10.)

[69] In other words, s. 753(4.1) provides guidance on how a sentencing judge can properly exercise his or her discretion in accordance with the applicable objectives and principles of sentencing. As explained above, it is permissible for Parliament to guide the courts to emphasize certain sentencing principles in certain circumstances without curtailing their discretion. Once the sentencing judge has exhausted the least coercive sentencing options to address the question of risk based on the evidence, indeterminate detention in a penitentiary is the last option.

[70] The framework a sentencing judge should adopt in exercising his or her discretion under s. 753(4.1) has been aptly explained by Justice Tuck-Jackson of the Ontario Court of Justice: *R. v. Crowe*, No. 10-10013990, March 22, 2017. First, if the court is satisfied that a conventional sentence, which may include a period of probation, if available in law, will adequately protect the public against the commission of murder or a serious personal injury offence, then that sentence must be imposed. If the court is not satisfied that this is the case, then it must proceed to a second assessment and determine whether it is satisfied that a conventional sentence of a minimum of 2 years of imprisonment, followed by a long-term supervision order for a period that does not exceed 10 years, will adequately protect the public against the commission by the offender of murder or a serious personal injury offence. If the answer is “yes”, then that sentence must be imposed. If the answer is “no”, then the court must proceed to the third step and impose a detention in a penitentiary for an indeterminate period of time. Section 753(4.1) reflects the fact

approfondi. À l’issue de cet examen, il appartiendra au juge de déterminer la peine à infliger; ni l’une ni l’autre des parties n’a à prouver en fonction de quelque norme que ce soit la peine qu’il convient d’imposer d’une manière ou d’une autre.

(Neuberger, p. 4-4.1; voir aussi p. 10-10.)

[69] Autrement dit, le par. 753(4.1) donne des indications sur la manière dont le juge de la peine peut exercer comme il se doit son pouvoir discrétionnaire en conformité avec les objectifs et les principes applicables en matière de détermination de la peine. Comme il a été expliqué précédemment, le législateur peut guider les tribunaux de manière à ce que ceux-ci mettent l’accent sur certains principes de détermination de la peine dans certaines circonstances, sans restreindre leur pouvoir discrétionnaire. Lorsque le juge de la peine a épuisé les options les moins contraignantes en matière de détermination de la peine pour résoudre la question du risque en se fondant sur la preuve, il peut, comme dernière option, infliger une peine de détention pour une période indéterminée dans un pénitencier.

[70] La juge Tuck-Jackson de la Cour de justice de l’Ontario a bien expliqué le cadre d’analyse que devrait adopter le juge de la peine dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 753(4.1) (*R. c. Crowe*, n° 10-10013990, 22 mars 2017). Premièrement, si le tribunal est convaincu qu’une peine traditionnelle — laquelle peut inclure une période de probation lorsque possible juridiquement — protégera de façon suffisante le public contre la perpétration d’un meurtre ou d’une infraction qui constitue des sévices graves à la personne, il doit alors imposer cette peine. Dans le cas contraire, il doit procéder à une deuxième évaluation et déterminer s’il est convaincu qu’une peine d’emprisonnement traditionnelle d’une durée minimale de 2 ans, suivie d’une surveillance de longue durée pour une période maximale de 10 ans, protégera de façon suffisante le public contre la perpétration par le délinquant d’un meurtre ou d’une infraction qui constitue des sévices graves à la personne. Dans l’affirmative, le tribunal doit imposer cette peine. Dans la négative, il doit alors passer à la troisième étape et imposer une peine de détention dans un pénitencier pour une

that, just as nothing less than a sentence reducing the risk to an acceptable level is required for a dangerous offender, so too is nothing more required.

[71] In sum, Mr. Boutilier’s s. 12 argument is grounded in an erroneous reading of the impugned provision. Properly read and applied, s. 753(4.1) does not impose an onus, a rebuttable presumption, or mandatory sanctioning. Nor does it prevent a sentencing judge from considering sentencing objectives and principles. Every sentence must be imposed after an individualized assessment of all of the relevant factors and circumstances. Seen in this way, s. 753(4.1) will not result in grossly disproportionate sentences or in the imposition of a detention of indeterminate duration in cases where such a sentence is unfit. The sentencing judge and the British Columbia Court of Appeal therefore rightly rejected Mr. Boutilier’s position on this point.

C. *Is Section 753(4.1) Overbroad in Violation of Section 7 of the Charter Because It Applies to Offenders That Could Have Been Monitored Under the Long-Term Offender Scheme?*

[72] Mr. Boutilier also argues that s. 753(4.1) is overbroad in a manner contrary to s. 7 on the basis that some offenders who are designated as dangerous meet the statutory criteria for a long-term offender designation under s. 753.1. He argues that the provision is overbroad because these offenders, who could have been properly monitored under the long-term offender regime, face the risk of an indeterminate detention under s. 753(4.1). He argues that an anomaly flows from the fact that, under the dangerous offender regime, offenders must satisfy the higher standard of a “reasonable expectation” of control to obtain a lower sentence, whereas under the long-term offender regime, they would need to meet the lower standard of a “reasonable possibility” of control. As such, Mr. Boutilier contends that the risk of indeterminate detention under s. 753(4) and (4.1) depends only on whether

période indéterminée. Le paragraphe 753(4.1) reflète le fait que la peine à imposer au délinquant dangereux doit être une peine susceptible d’abaisser le risque à un niveau acceptable, ni plus ni moins.

[71] Bref, l’argument de M. Boutilier fondé sur l’art. 12 repose sur une interprétation erronée de la disposition contestée. Interprété et appliqué comme il se doit, le par. 753(4.1) n’impose pas de fardeau de preuve, de présomption réfutable ou de sanction obligatoire. Il n’empêche pas non plus le juge de la peine de prendre en considération les principes et les objectifs de détermination de la peine. Chaque peine doit être imposée après évaluation individuelle de tous les facteurs et circonstances applicables. Vu sous cet angle, le par. 753(4.1) n’aura pas pour effet d’entraîner une peine exagérément disproportionnée ou l’imposition d’une peine de détention pour une période indéterminée dans les cas où telle peine n’est pas une peine juste. Le juge de la peine et la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ont donc à juste titre rejeté la thèse de M. Boutilier sur ce point.

C. *Le paragraphe 753(4.1) a-t-il une portée excessive, en contravention avec l’art. 7 de la Charte, en ce qu’il s’applique à des délinquants qui auraient pu être surveillés dans le cadre du régime des délinquants à contrôler?*

[72] M. Boutilier soutient également que le par. 753(4.1) a une portée excessive, en contravention avec l’art. 7, au motif que certains délinquants déclarés dangereux satisfont aux conditions légales applicables à la déclaration de délinquant à contrôler prévues à l’art. 753.1. Selon lui, la disposition a une portée excessive parce que ces délinquants, qui auraient pu être surveillés de manière appropriée dans le cadre du régime des délinquants à contrôler, risquent de se voir imposer une peine de détention pour une période indéterminée en vertu du par. 753(4.1). Il ajoute qu’une anomalie découle du fait que, dans le cadre du régime des délinquants dangereux, les délinquants doivent satisfaire à la norme plus exigeante de l’« attente vraisemblable » de contrôle pour obtenir une peine moins sévère alors que, dans le cadre du régime des délinquants à contrôler, ils doivent satisfaire à la norme moins

the Crown uses its discretion to place the offender within the dangerous offender scheme or the long-term offender stream.

[73] The criteria to be designated as a long-term offender are in s. 753.1(1):

**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 re-offend; and
- (c) there is a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community.

[74] While it is true that this Court in *Johnson* found that “[a]lmost every offender who satisfies the dangerous offender criteria will satisfy the first two criteria in the long-term offender provisions” (para. 31) and that, in some cases, an offender designated as dangerous may establish “a reasonable possibility of eventual control” so as to fall within the long-term offender regime, this is of no relevance to the constitutionality of s. 753(4.1).

[75] Undoubtedly, the dangerous offender designation criteria are more onerous than the long-term offender criteria. In particular, under s. 753(1), 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”, whereas under s. 753.1, the sentencing judge must

exigeante de la « possibilité réelle » de contrôle. M. Boutilier fait donc valoir que le risque de se voir imposer une peine de détention pour une période indéterminée aux par. 753(4) et (4.1) tient uniquement à la question de savoir si la Couronne exerce son pouvoir discrétionnaire d’assujettir le délinquant au régime des délinquants dangereux ou à celui des délinquants à contrôler.

[73] Les conditions applicables pour être déclaré délinquant à contrôler sont énoncées au par. 753.1(1) :

**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.

[74] Même s’il est vrai que la Cour dans l’arrêt *Johnson* a conclu que « [l]a 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 » (par. 31) et que, dans certains cas, un délinquant déclaré dangereux peut établir l’existence d’« une possibilité réelle que [l]e risque puisse être maîtrisé » — de sorte qu’il relèverait du régime des délinquants à contrôler —, cette conclusion n’a aucune pertinence en ce qui a trait à la constitutionnalité du par. 753(4.1).

[75] Il ne fait aucun doute que les conditions d’une déclaration de délinquant dangereux sont plus exigeantes que celles d’une déclaration de délinquant à contrôler. Plus particulièrement, aux termes du par. 753(1), le juge de la peine doit être convaincu que « le délinquant [. . .] constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental

merely be satisfied that “there is a substantial risk that the offender will reoffend”. As explained above, when read properly, s. 753(1) limits the availability of an indeterminate detention under s. 753(4) and (4.1) to a narrow group of offenders that are dangerous *per se*. It therefore cannot be said that both regimes target the same offenders.

[76] Furthermore, as I have already concluded, s. 753(4.1) does not create a presumption that indeterminate detention is the appropriate sentence — the sentencing judge is under the obligation to conduct a thorough inquiry that considers all the evidence presented during the hearing in order to decide the fittest sentence for the offender. Indeed, under s. 753(4), a long-term offender sentence remains available for dangerous offenders who can be controlled in the community in a manner that adequately protects the public from murder or a serious personal injury offence.

[77] Imposing indeterminate detention where the sentencing judge is not satisfied that there is a “reasonable expectation” that a lesser sentence “will adequately protect the public against the commission by the offender of murder or a serious personal injury offence” is a rational means to achieve the public protection objective of Part XXIV of the *Criminal Code* insofar as such detention is limited to habitual criminals who pose a tremendous risk to public safety. A rigorous application of the designation criteria under s. 753(1) ensures that the provision does not overreach by capturing offenders that should not face the risk of a sentence of indeterminate detention.

de qui que ce soit », tandis que, suivant l’art. 753.1, il doit être simplement convaincu que le délinquant « présente un risque élevé de récidive ». Comme je l’ai expliqué précédemment, lorsqu’il est interprété correctement, le par. 753(1) limite à un groupe restreint de délinquants, dangereux *per se*, le risque de se voir imposer une peine de détention pour une période indéterminée en vertu des par. 753(4) et (4.1). On ne peut donc pas dire que les deux régimes visent les mêmes délinquants.

[76] En outre, comme je l’ai déjà conclu, le par. 753(4.1) ne crée pas de présomption selon laquelle une peine de détention pour une période indéterminée constitue la peine appropriée — le juge de la peine est tenu de procéder à une analyse approfondie et de prendre en considération tous les éléments de preuve présentés à l’audience afin de déterminer la peine qui est la plus juste dans le cas du délinquant. D’ailleurs, suivant le par. 753(4), la peine qui est infligée aux délinquants à contrôler peut aussi être infligée aux délinquants dangereux susceptibles d’être maîtrisés au sein de la collectivité de manière à protéger de façon suffisante le public contre la perpétration d’un meurtre ou d’une infraction qui constitue des sévices graves à la personne.

[77] Le fait pour le juge de la peine d’imposer une peine de détention pour une période indéterminée s’il n’est pas convaincu que l’on peut « vraisemblablement s’attendre » à ce que l’imposition d’une peine moins sévère « protège de façon suffisante le public contre la perpétration par le délinquant d’un meurtre ou d’une infraction qui constitue des sévices graves à la personne » constitue un moyen rationnel de réaliser l’objectif de la protection du public que poursuit la partie XXIV du *Code criminel*, dans la mesure où une telle peine ne peut être infligée qu’aux repris de justice qui constituent un risque énorme pour la sécurité du public. Une application rigoureuse des conditions applicables à la déclaration de délinquant dangereux prévues au par. 753(1) permet d’éviter que la disposition ait une portée excessive et qu’elle vise des délinquants qui ne devraient pas être exposés au risque de se voir imposer une peine de détention pour une période indéterminée.

D. *Did the Sentencing Judge Err by Sentencing Mr. Boutilier to an Indeterminate Period of Detention?*

[78] Mr. Boutilier pleaded guilty to six criminal charges arising out of the robbery of a pharmacy with an imitation firearm and an ensuing car chase. He was 41 years old at the time of the predicate offences and 46 at the time of sentencing.

[79] His criminal record is lengthy, and he has spent the majority of his life incarcerated for similar robbery-related offences committed in Seattle in 1988 and in Brantford in 2000-2001. His adult record, excluding the offences for which the sentencing judge sentenced him, includes 24 convictions for several instances of breaking and entering and other property-related offences, robberies, conspiracy to commit robbery, escape from lawful custody, assault, assault with a weapon, and kidnapping.

[80] Mr. Boutilier was assessed by Dr. Schweighofer, a forensic psychologist who found that his tendency to commit dangerous criminal offences flowed from his drug addictions. On this basis, Dr. Schweighofer found that he was very likely to continue committing criminal offences to fund his drug use in the future. He explained that Mr. Boutilier had had little success with the wide variety of drug treatment programs he had been through in his life, with the exception of a program at a halfway house in Vancouver (Belkin House) where he had stayed for several months in 2007-2008, to which he had responded well.

[81] While Mr. Boutilier's appeal is limited to the imposition of an indeterminate sentence, I must first consider his designation as a dangerous offender. Section 759 of the *Criminal Code* regulates the right to appeal in such cases. On the basis of the broad language of this section, this Court has stated that "appellate review of a dangerous offender

D. *Le juge de la peine a-t-il fait erreur en condamnant M. Boutilier à une peine de détention pour une période indéterminée?*

[78] M. Boutilier a plaidé coupable à six accusations criminelles portées à la suite d'un vol qualifié dans une pharmacie au moyen d'une fausse arme à feu, et de la poursuite automobile qui a suivi. Il était âgé de 41 ans au moment des infractions sous-jacentes et de 46 ans lors du prononcé de la peine.

[79] Il a un lourd casier judiciaire et il a passé la majeure partie de sa vie derrière les barreaux pour des infractions semblables liées à des vols qualifiés qu'il a perpétrés à Seattle en 1988 et à Brantford en 2000-2001. Son casier judiciaire d'adulte, à l'exclusion des infractions pour lesquelles le juge de la peine lui a imposé une peine, comprend 24 déclarations de culpabilité pour plusieurs cas d'introduction par effraction et autres infractions relatives à des biens, des vols qualifiés, un complot en vue de commettre un vol qualifié, l'évasion d'une garde légale, des voies de fait, une agression armée et un enlèvement.

[80] M. Boutilier a été évalué par le D<sup>r</sup> Schweighofer, un psychologue judiciaire qui a conclu que sa tendance à commettre des infractions criminelles dangereuses était attribuable à sa toxicomanie. Sur ce fondement, le D<sup>r</sup> Schweighofer a estimé qu'il était très probable qu'il continue à commettre des infractions criminelles pour financer sa consommation de drogues. Il a expliqué le peu de succès du vaste éventail de programmes de traitement de la toxicomanie auxquels M. Boutilier a participé au cours de sa vie, à l'exception d'un programme offert dans une maison de transition à Vancouver (la Belkin House), où il est resté pendant plusieurs mois en 2007-2008, et auquel il a bien répondu.

[81] Bien que le pourvoi de M. Boutilier porte uniquement sur l'imposition d'une peine de détention d'une durée indéterminée, je dois d'abord me pencher sur sa déclaration de délinquant dangereux. L'article 759 du *Code criminel* régit le droit d'appel dans de tels cas. Se fondant sur le libellé général de cette disposition, notre Cour a affirmé

designation is somewhat more robust” than regular appellate review of a sentence: *Sipos*, at para. 26. Nonetheless, the appellate court must give some deference to the findings of the sentencing judge. In sum, errors of law will be reviewed on a correctness standard, while errors of fact will be reviewed on a reasonableness standard: *Neuberger*, at p. 9-2.

[82] The sentencing judge committed an error of law, since he failed to consider Mr. Boutilier’s treatment prospects before designating him as a dangerous offender. However, not every error of law requires that a new hearing be ordered. In rare circumstances, where the error of law has not resulted in a substantial wrong or miscarriage of justice, a court of appeal may dismiss an appeal against a declaration that an offender is dangerous under s. 759(3)(b):

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

(*Johnson*, at para. 49; see also *Sipos*, at para. 35.)

[83] The instant case involves such a rare circumstance. Here, the error of law does not change the sentencing judge’s conclusion regarding Mr. Boutilier’s dangerousness. The judge found Mr. Boutilier’s conduct to be intractable because his prospect of overcoming his addictions, the source of his dangerousness, was nothing more than an “expression of hope”.

que « le contrôle en appel d’une déclaration de délinquant dangereux est un peu plus vigoureux » que le contrôle normal en appel d’une peine (*Sipos*, par. 26). Néanmoins, le tribunal d’appel doit faire preuve d’une certaine retenue envers les conclusions du juge de la peine. En résumé, les erreurs de droit seront contrôlées suivant la norme de la décision correcte, tandis que les erreurs de fait seront contrôlées selon la norme de la décision raisonnable (*Neuberger*, p. 9-2).

[82] Le juge de la peine a commis une erreur de droit parce qu’il n’a pas pris en considération les perspectives de traitement de M. Boutilier avant de déclarer celui-ci délinquant dangereux. Toutefois, ce ne sont pas toutes les erreurs de droit qui requièrent qu’une nouvelle audience soit ordonnée. Dans de rares cas, où l’erreur de droit n’a donné lieu à aucun tort important ni à aucune erreur judiciaire grave, un tribunal d’appel peut, en vertu de l’al. 759(3)b), rejeter l’appel d’une déclaration portant qu’un délinquant est dangereux :

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

(*Johnson*, par. 49; voir aussi *Sipos*, par. 35.)

[83] La présente affaire constitue l’un de ces rares cas. En l’espèce, l’erreur de droit ne change rien à la conclusion du juge de la peine concernant la dangerosité de M. Boutilier. Le juge a conclu que la conduite de M. Boutilier était irréductible parce que les perspectives qu’il vainque ses dépendances — lesquelles sont à l’origine de sa dangerosité — n’étaient rien de plus qu’un [TRADUCTION] « vœu pieux ».

[84] The sentencing judge anticipated a potential disagreement on appeal as to whether s. 753(1) still includes “intractability”. Accordingly, he explained that his analysis would remain unchanged even if he considered Mr. Boutilier’s treatment prospects at the designation stage:

I note for completeness, that even were it possible to consider future treatment prospects as part of the designation stage under s. 753(1), an expression of hope would not alter my conclusion of a “likelihood” of future harm, as described earlier. [2015 BCSC 901, at para. 210]

[85] Absent any material error of law, a dangerous offender designation is a question of fact. The role of an appellate court is therefore to determine if the designation was reasonable: *Currie*, at para. 33. Mr. Boutilier did not direct the attention of this Court to any aspect of the sentencing judge’s decision that would render it unreasonable. The most favourable evidence presented to the sentencing judge concerned Mr. Boutilier’s conduct during the period from November 2007 to August 2008, when he resided at Belkin House in Vancouver. Mr. Boutilier relies heavily on this period in his submissions. However, as the Crown rightly noted during the hearing, the Belkin House period is just one aspect of an overall bleak picture.

[86] The judge concluded that Mr. Boutilier is not a psychopath or a sexual offender, but rather a drug addict that becomes impulsive and dangerous when using drugs — one who is at a high risk of committing offences when he is in a state of relapse, since he will do whatever is needed to obtain drugs. The judge concluded that, when he commits offences, he puts other people’s physical safety and lives at risk. The judge inferred the depth and intractability of his addiction in part from the fact that he continued to use drugs while in custody despite having overdosed numerous times in his life. The judge concluded that the prospect of successful treatment of Mr. Boutilier’s addiction did not rise above an expression of hope, as his positive experience at Belkin House was a brief positive interlude in a

[84] Le juge de la peine a prévu qu’il pourrait y avoir un désaccord en appel sur la question de savoir si le par. 753(1) inclut encore le facteur de l’« irréductibilité ». En conséquence, il a expliqué que son analyse demeurerait inchangée même s’il prenait en considération les perspectives de traitement de M. Boutilier à l’étape de la déclaration :

[TRADUCTION] Par souci d’exhaustivité, je souligne que, même s’il était possible de prendre en considération les perspectives de traitement futur à l’étape de la déclaration prévue au par. 753(1), un vœu pieux ne changerait rien à ma conclusion selon laquelle un préjudice sera « vraisemblablement » causé à l’avenir, comme il a été expliqué précédemment. [2015 BCSC 901, par. 210]

[85] En l’absence de toute erreur de droit importante, une déclaration de délinquant dangereux est une question de fait. Le rôle du tribunal d’appel est donc de décider si la déclaration était raisonnable (*Currie*, par. 33). M. Boutilier n’a attiré l’attention de la Cour sur aucun aspect de la décision du juge de la peine qui rendrait celle-ci déraisonnable. La preuve la plus favorable présentée au juge de la peine portait sur la conduite de M. Boutilier entre novembre 2007 et août 2008, lorsqu’il a séjourné à la Belkin House à Vancouver. M. Boutilier attache une très grande importance à cette période dans ses arguments. Or, comme la Couronne l’a souligné à juste titre à l’audience, cette période ne constitue qu’un aspect d’un tableau global plutôt sombre.

[86] Le juge a conclu que M. Boutilier n’est pas un psychopathe ni un délinquant sexuel, mais plutôt un toxicomane qui devient impulsif et dangereux lorsqu’il consomme de la drogue — il présente un risque élevé de perpétrer des infractions lorsqu’il fait une rechute, puisqu’il va faire tout ce qu’il faut pour obtenir de la drogue. Le juge a statué que M. Boutilier met la sécurité physique et la vie d’autrui en danger lorsqu’il commet des infractions. Le juge a inféré l’ampleur et l’irréductibilité de sa dépendance en partie du fait que M. Boutilier a continué de consommer de la drogue pendant sa détention, malgré les nombreuses surdoses qu’il a faites dans sa vie. Le juge a estimé que les perspectives de réussite du traitement de la dépendance de M. Boutilier n’étaient rien de plus qu’un vœu

35-year history: 2015 BCSC 901, at paras. 203-10. Mr. Boutilier does not argue that these findings of fact are unsupported by the evidence.

[87] Since Mr. Boutilier had consistently failed to adhere to the conditions of his release, the sentencing judge found it impossible to conclude that a determinate sentence and a period of supervision would adequately protect the public from the commission of a serious personal injury offence.

[88] Based on these findings of fact, the designation of Mr. Boutilier as a dangerous offender and the imposition of an indeterminate detention cannot be said to be unreasonable.

[89] For these reasons, the appeal is dismissed. Sections 753(1) and 753(4.1) of the *Criminal Code* are constitutional. The sentencing judge did not err by sentencing Mr. Boutilier to an indeterminate period of detention.

The following are the reasons delivered by

KARAKATSANIS J. (dissenting in part) —

#### I. Overview

[90] Thirty years ago, this Court held that a narrowly tailored scheme for the indefinite imprisonment of a very small group of highly dangerous offenders was constitutionally permissible (*R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309). Broad judicial discretion was a key safeguard. But legislative changes have since removed much of the judicial discretion on which *Lyons* was premised. The dangerous offender scheme now mandates indeterminate detention — one of the most extreme sanctions in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 — even when it is grossly disproportionate to the offender's moral blameworthiness.

pieux, son expérience positive à la Belkin House n'ayant constitué qu'un bref intermède positif sur une période de 35 ans (2015 BCSC 901, par. 203-210). M. Boutilier ne soutient pas que ces conclusions de fait ne sont pas étayées par la preuve.

[87] Comme M. Boutilier a systématiquement omis de se conformer aux conditions de sa mise en liberté, le juge de la peine a jugé impossible de conclure qu'une peine de détention d'une durée déterminée suivie d'une période de surveillance protégerait de façon suffisante le public contre la perpétration d'une infraction qui constitue des sévices graves à la personne.

[88] Eu égard à ces conclusions de fait, la déclaration de délinquant dangereux prononcée contre M. Boutilier et l'imposition d'une peine de détention pour une période indéterminée ne peuvent être considérées comme déraisonnables.

[89] Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté. Les paragraphes 753(1) et 753(4.1) du *Code criminel* sont constitutionnels. Le juge de la peine n'a pas fait erreur en condamnant M. Boutilier à une peine de détention pour une période indéterminée.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente en partie) —

#### I. Aperçu

[90] Il y a 30 ans, notre Cour a jugé qu'un régime de détention pour une période indéterminée conçu pour ne viser qu'un très petit groupe de délinquants très dangereux était constitutionnel (*R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309). Le vaste pouvoir discrétionnaire qui était alors conféré aux juges offrait une protection clé. Or, des modifications législatives ont depuis éliminé une bonne part du pouvoir discrétionnaire sur lequel reposait l'arrêt *Lyons*. Aujourd'hui, le régime des délinquants dangereux rend obligatoire la détention pour une période indéterminée — l'une des peines les plus lourdes prévues au *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 — même dans les cas où une telle peine est exagérément disproportionnée à la culpabilité morale du délinquant.

[91] I agree with my colleague that s. 753(1) of the *Criminal Code* calls for consideration of the offender's future treatment prospects, and thus is not unconstitutionally overbroad on that basis. But given that s. 753(1) provides *no* judicial discretion, and that Mr. Boutilier has not successfully challenged its constitutionality, I cannot agree that s. 753(4.1) passes constitutional muster. By demanding a singular focus on public safety, this provision imposes indeterminate detention in cases where it is grossly disproportionate to the sentence mandated by the sentencing principles in the *Criminal Code*. Section 753(4.1) violates s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be saved by s. 1. I would therefore declare it of no force or effect.

[92] Mr. Boutilier was sentenced to indeterminate detention on the basis of an unconstitutional provision. There is a reasonable possibility that a determinate sentence with a long-term supervision order would have been imposed had the sentencing judge not proceeded on the basis that his discretion was curtailed by s. 753(4.1). A new hearing is therefore required to determine the appropriate sentence.

## II. Legislative Evolution

[93] The dangerous offender provisions are found in ss. 752 to 761 of the *Criminal Code*. On the application of a prosecutor, after an expert psychological assessment, a hearing is held to determine whether the offender should be designated as dangerous and, if so, whether he or she should be sentenced to indeterminate detention (s. 753).

[94] When this Court first assessed the constitutionality of the dangerous offender scheme in *Lyons*, the legislation provided the sentencing judge with

[91] À l'instar de ma collègue, je suis d'avis que le par. 753(1) du *Code criminel* oblige le juge à prendre en considération les perspectives de traitement futur du délinquant et que cette disposition n'est donc pas inconstitutionnelle pour cause de portée excessive. Toutefois, étant donné que le par. 753(1) ne confère *aucun* pouvoir discrétionnaire au juge et que M. Boutilier n'a pas contesté sa constitutionnalité avec succès, je ne peux accepter que le par. 753(4.1) résiste à l'examen de sa constitutionnalité. Parce qu'elle exige que l'on mette l'accent uniquement sur la sécurité du public, cette disposition impose une peine pour une période indéterminée dans les cas où celle-ci est exagérément disproportionnée à la peine que commandent les principes de détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel*. Le paragraphe 753(4.1) viole l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne peut être justifié au regard de l'article premier. Je suis donc d'avis de le déclarer inopérant.

[92] M. Boutilier a été condamné à purger une peine de détention pour une période indéterminée sur le fondement d'une disposition inconstitutionnelle. Si le juge n'avait pas tenu pour acquis que le par. 753(4.1) restreint son pouvoir discrétionnaire, il aurait probablement imposé une peine pour une période déterminée assortie d'une ordonnance de surveillance de longue durée. Il faut donc tenir une nouvelle audience afin de déterminer la peine appropriée.

## II. Historique des dispositions législatives

[93] Les dispositions sur les délinquants dangereux figurent aux art. 752 à 761 du *Code criminel*. Sur demande du poursuivant et au terme d'une évaluation psychologique effectuée par un expert, une audience est tenue pour déterminer s'il y a lieu de déclarer le délinquant dangereux et, dans l'affirmative, si ce dernier devrait être condamné à une peine de détention pour une période indéterminée (art. 753).

[94] Lorsque notre Cour a pour la première fois examiné la constitutionnalité du régime des délinquants dangereux dans l'affaire *Lyons*, les

discretion at both the designation and the penalty stages. The legislation stated that a sentencing judge “may” designate an offender as dangerous if the legislative criteria for dangerousness were met. In addition, the sentencing judge had discretion as to whether to impose indeterminate detention on a designated dangerous offender (*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 688 [rep. & sub. 1976-77, c. 53, s. 14]).

[95] Changes were made to the dangerous offender scheme in 1997 by the *Act to amend the Criminal Code (high risk offenders), the Corrections and Conditional Release Act, the Criminal Records Act, the Prisons and Reformatory Act and the Department of the Solicitor General Act*, S.C. 1997, c. 17. The legislative amendments removed the discretion at the penalty stage. While sentencing judges retained discretion on whether to designate an offender as dangerous when the statutory criteria for dangerousness were met (s. 753(1)), the legislation stated that a judge “shall” sentence designated dangerous offenders to indeterminate detention (s. 753(4)). In *R. v. Johnson*, 2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357, this Court confirmed that, under this legislative scheme, judges could not impose an indeterminate sentence if they were “satisfied that the sentencing options available under the long-term offender provisions [were] sufficient to reduce the threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons to an acceptable level” (para. 40). This ensured that offenders who met the statutory criteria were only designated as dangerous and sentenced to indeterminate detention if their risk could not be adequately managed through the long-term offender scheme. Although there was no discretion at the penalty stage, discretion at the designation stage ensured that the sentencing principles in ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code* continued to guide decisions under the dangerous offender scheme (*Johnson*, at para. 28). Once again, judicial discretion helped guarantee that only “a small group of highly dangerous criminals posing threats to the physical or mental well-being of their victims”

dispositions législatives en cause conféraient au juge de la peine un pouvoir discrétionnaire tant à l’étape de la déclaration de délinquant dangereux qu’à l’étape de la sanction. En effet, la loi prescrivait alors que, lorsqu’il est satisfait aux critères d’origine législative relatifs à la dangerosité, le juge de la peine « peut » déclarer qu’un délinquant est dangereux. Le même juge avait aussi le pouvoir discrétionnaire d’imposer une peine de détention pour une période indéterminée au délinquant déclaré dangereux (*Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 688 [abr. & rempl. 1976-77, c. 53, art. 14]).

[95] En 1997, le régime des délinquants dangereux a été modifié par la *Loi modifiant le Code criminel (délinquants présentant un risque élevé de récidive), la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, la Loi sur le casier judiciaire, la Loi sur les prisons et les maisons de correction et la Loi sur le ministère du Solliciteur général*, L.C. 1997, c. 17. Ces modifications législatives ont eu pour effet d’éliminer le pouvoir discrétionnaire à l’étape de la sanction. En fait, s’il conservait son pouvoir discrétionnaire de déclarer ou non un délinquant dangereux dans les cas où il était satisfait aux critères législatifs liés à la dangerosité (par. 753(1)), le juge de la peine n’avait toutefois d’autre choix aux termes de la loi que de condamner le délinquant déclaré dangereux à une détention pour une période indéterminée (par. 753(4)). Dans l’arrêt *R. c. Johnson*, 2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357, notre Cour a confirmé que ce nouveau régime législatif ne permettait pas au juge d’imposer une peine de détention pour une période indéterminée s’il était « 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 » (par. 40). Ainsi, les délinquants qui satisfaisaient aux critères d’origine législative n’étaient déclarés délinquants dangereux et condamnés à purger une peine de détention pour une période indéterminée que s’il était impossible de bien gérer le risque qu’ils présentaient par la voie du régime des délinquants à contrôler. Il n’y avait aucun pouvoir discrétionnaire à l’étape de la sanction, mais le pouvoir discrétionnaire à l’étape de la déclaration

would be sentenced to indefinite imprisonment (*Lyons*, at p. 347; *Johnson*, at para. 19).

[96] The dangerous offender scheme was amended again in 2008 when the *Tackling Violent Crime Act*, S.C. 2008, c. 6, came into force. It removed all judicial discretion at the designation stage. Thus, an offender who meets the legislative criteria for dangerousness *must* be designated a dangerous offender (s. 753(1)). At the penalty stage, s. 753(4) provides the sentencing judge with broad discretion to impose either an indeterminate sentence, a determinate sentence with a long-term supervision order of a maximum of 10 years, or a determinate sentence alone. However, s. 753(4.1) curtails this discretion significantly. It mandates an indeterminate sentence unless the sentencing judge is satisfied by the evidence presented at the hearing “that there is a reasonable expectation that [either a determinate sentence followed by a long-term supervision order or a determinate sentence alone] will adequately protect the public against the commission by the offender of murder or a serious personal injury offence”. If the evidence on the application does not satisfy this threshold, a judge must impose indeterminate detention. These changes have dramatically altered the legislative scheme this Court deemed constitutional in *Lyons*.

de délinquant dangereux faisait en sorte que les principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2 du *Code criminel* continuaient de guider les décisions prises dans le cadre du régime des délinquants dangereux (*Johnson*, par. 28). Encore une fois, le pouvoir discrétionnaire des juges permettait de garantir que seul « un petit groupe de criminels extrêmement dangereux qui présentent un danger pour le bien-être physique ou mental de leurs victimes » seraient condamnés à une peine d’emprisonnement pour une période indéterminée (*Lyons*, p. 347; *Johnson*, par. 19).

[96] Le régime des délinquants dangereux a été modifié à nouveau en 2008, lorsque la *Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, c. 6, est entrée en vigueur. Cette loi a éliminé tout pouvoir discrétionnaire du juge à l’étape de la déclaration de délinquant dangereux. Ainsi donc, le délinquant qui satisfait aux critères législatifs de la dangerosité *doit* être déclaré délinquant dangereux (par. 753(1)). À l’étape de la sanction, le par. 753(4) confère au juge le vaste pouvoir discrétionnaire d’imposer une peine de détention pour une période indéterminée, une peine de détention pour une période déterminée assortie d’une ordonnance de surveillance d’une durée d’au plus 10 ans, ou une simple peine de détention pour une période déterminée. Toutefois, le par. 753(4.1) restreint considérablement ce pouvoir discrétionnaire. En effet, le juge doit imposer une peine pour une période indéterminée, sauf s’il est convaincu, sur le fondement des éléments mis en preuve lors de l’audition, « que l’on peut vraisemblablement s’attendre à ce que [soit une peine pour une période déterminée suivie d’une ordonnance de surveillance de longue durée, soit une simple peine pour une période déterminée] protège de façon suffisante le public contre la perpétration par le délinquant d’un meurtre ou d’une infraction qui constitue des sévices graves à la personne ». Si la preuve produite dans le cadre de la demande ne satisfait pas à ce critère, le juge doit imposer une peine de détention pour une période indéterminée. Ces changements ont modifié profondément le régime législatif que notre Cour avait déclaré constitutionnel dans l’arrêt *Lyons*.

### III. Analysis

[97] Mr. Boutilier argues that s. 753(4.1) is overbroad and mandates grossly disproportionate sentences in reasonably foreseeable circumstances, in violation of ss. 7 and 12 of the *Charter*. I agree that s. 753(4.1) violates s. 12, and that this violation cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. Given these conclusions, it is unnecessary to consider whether the provision also violates s. 7.

#### A. Section 753(4.1) Violates Section 12 of the Charter

[98] Section 12 of the *Charter* states: “Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.” A law violates s. 12 if it mandates a sentence that is “grossly disproportionate to the sentence the conduct would otherwise merit under the sentencing provisions of the *Criminal Code*” (*R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 82). The appropriate sentence, for comparative purposes, is determined in light of the relevant sentencing principles and objectives set out in ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code* (*Nur*, at paras. 40-42). A mere distinction between the sentence imposed by the challenged provision and the appropriate sentence does not suffice to render the provision unconstitutional. The sentence imposed must be “disproportionate to the extent that Canadians ‘would find the punishment abhorrent or intolerable’” in order to constitute cruel and unusual punishment (*R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, at para. 14, quoting *R. v. Wiles*, 2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895, at para. 4). The law violates s. 12 if it imposes a grossly disproportionate sentence on the individual before the court or in reasonably foreseeable cases (*R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at paras. 22-23).

[99] I agree with Mr. Boutilier that s. 753(4.1) violates the *Charter* protection against cruel and unusual punishment. To explain why, this challenged

### III. Analyse

[97] M. Boutilier soutient que le par. 753(4.1) a une portée excessive et qu’il emporte des peines exagérément disproportionnées dans des circonstances raisonnablement prévisibles, en contravention des art. 7 et 12 de la *Charte*. Je conviens que le par. 753(4.1) viole l’art. 12 et que cette violation ne peut se justifier au regard de l’article premier de la *Charte*. Étant donné mes conclusions à cet égard, il n’est pas nécessaire de décider si la disposition viole aussi l’art. 7.

#### A. Le paragraphe 753(4.1) viole l’art. 12 de la Charte

[98] L’article 12 de la *Charte* prescrit ceci : « Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités. » Une loi viole l’art. 12 si elle commande une peine qui est « totalement disproportionnée à la peine qui serait infligée conformément aux dispositions du *Code criminel* sur la détermination de la peine » (*R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 82). La peine appropriée, à des fins de comparaison, est déterminée à la lumière des principes et des objectifs de la détermination de la peine applicables qui sont énoncés aux art. 718 à 718.2 du *Code criminel* (*Nur*, par. 40-42). La seule distinction entre la peine imposée par la disposition contestée et la peine appropriée ne suffit pas à rendre la disposition inconstitutionnelle. Pour être cruelle et inusitée, la peine imposée doit être « disproportionnée au point où les Canadiens “considéreraient cette peine odieuse ou intolérable” » (*R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, par. 14, citant *R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895, par. 4). La loi viole l’art. 12 si elle emporte l’imposition d’une peine exagérément disproportionnée à l’accusé ou dans les cas raisonnablement prévisibles (*R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 22-23).

[99] Je suis d’accord avec M. Boutilier que le par. 753(4.1) viole la protection qu’offre la *Charte* contre une peine cruelle et inusitée. L’explication

provision must be interpreted and considered in the context of the dangerous offender scheme.

(1) Section 753(1)

[100] Section 753(1), the dangerous offender designation provision, is the gateway to indeterminate detention. As decisions of this Court since *Lyons* make clear, the degree of responsibility of the offenders caught by s. 753(1) and the gravity of their offences vary greatly.

[101] For an offender to be designated as dangerous, he or she must have been convicted of a “serious personal injury offence” as defined in s. 752 of the *Criminal Code*. Serious personal injury offences include offences involving violence or attempted violence against another person (s. 752(a)(i)) and offences likely to endanger life or safety or cause severe psychological damage (s. 752(a)(ii)) for which the maximum penalty is at least 10 years in prison. As this Court acknowledged in *R. v. Steele*, 2014 SCC 61, [2014] 3 S.C.R. 138, the predicate offence must be violent to qualify under s. 752(a)(i), but the violence need not be serious (paras. 38-39; see also *R. v. Currie*, [1997] 2 S.C.R. 260, at para. 28). Serious personal injury offences include criminal harassment, obstruction of justice, offences involving threats of violence (but no physical harm), and some negligence-based offences, such as dangerous operation of a motor vehicle causing bodily harm (see, e.g., *R. v. Taillefer*, 2015 ONSC 2357; *R. v. S.M.* (2005), 196 O.A.C. 127, at para. 11; *Steele*, at paras. 3-4 and 58; s. 752(a)(i) and (ii)). As well, all sexual assault offences — regardless of the degree of harm they cause — are serious personal injury offences (s. 752(b)). Thus, in some cases, the dangerous offender regime allows for the imposition of what can effectively be life sentence even when this far exceeds the maximum sentence

tient à l’interprétation et à l’examen de cette disposition contestée dans le contexte du régime des délinquants dangereux.

(1) Paragraphe 753(1)

[100] Le paragraphe 753(1), la disposition qui porte sur la déclaration de délinquant dangereux, est la porte d’entrée vers la peine de détention pour une période indéterminée. Ainsi que l’établissent clairement les décisions rendues par notre Cour depuis l’arrêt *Lyons*, le degré de responsabilité des délinquants visés par le par. 753(1) et la gravité des infractions qu’ils ont perpétrées varient considérablement.

[101] Pour être déclaré dangereux, le délinquant doit avoir été reconnu coupable de « sévices graves à la personne » au sens de l’art. 752 du *Code criminel*. Les sévices graves à la personne comprennent les infractions impliquant l’emploi ou la tentative d’emploi de la violence contre une autre personne (sous-al. 752a)(i)) ainsi que les infractions impliquant une conduite dangereuse ou susceptible de l’être pour la vie ou la sécurité d’une autre personne ou une conduite ayant infligé ou susceptible d’infliger des dommages psychologiques graves à une autre personne (sous-al. 752a)(ii)), infractions punissables d’un emprisonnement d’au moins 10 ans. Ainsi que notre Cour l’a reconnu dans *R. c. Steele*, 2014 CSC 61, [2014] 3 R.C.S. 138, pour être visée par le sous-al. 752a)(i), l’infraction sous-jacente doit être violente, mais cette violence n’a pas à être grave (par. 38-39; voir aussi *R. c. Currie*, [1997] 2 R.C.S. 260, par. 28). Les infractions qui constituent des sévices graves à la personne incluent le harcèlement criminel, l’entrave à la justice, les infractions impliquant des menaces de violence (mais aucune blessure corporelle), et certaines infractions fondées sur la négligence, comme la conduite dangereuse d’un véhicule automobile causant des lésions corporelles (voir p. ex. *R. c. Taillefer*, 2015 ONSC 2357; *R. c. S.M.* (2005), 196 O.A.C. 127, par. 11; *Steele*, par. 3-4 et 58; sous-al. 752a)(i) et (ii)). En outre, toutes les

normally available for the predicate offence under the *Criminal Code*.

[102] The other dangerous offender designation criteria in s. 753(1) are also fairly broad. A conviction for a serious personal injury offence will lead to a dangerous offender designation if the offender is a threat to the “physical or mental well-being of other persons” and the offence is part of a pattern of repetitive behaviour showing a likelihood of causing future injury to others through the offender’s failure to restrain his or her behaviour (s. 753(1)(a)(i)). The future injury does not need to be serious injury. Two similar incidents may suffice to constitute a pattern (*R. v. Langevin* (1984), 45 O.R. (2d) 705 (C.A.), at p. 717). For sexual offences, a single conviction can give rise to a dangerous offender designation (s. 753(1)(b)). In short, s. 753(1) does not exclusively catch highly dangerous and morally blameworthy offenders.

[103] Furthermore, s. 753(1) is mandatory — the sentencing judge *must* designate the offender as dangerous if the legislative criteria are met. In contrast, the 1977 and 1997 versions of the legislation provided judicial discretion at the designation stage. This ensured that sentencing principles in the *Criminal Code* guided designation decisions (*Johnson*, at paras. 28-34). Judicial discretion required sentencing judges to “step back and reassess” whether a dangerous offender designation was truly warranted when the designation criteria were met (*R. v. Neve*, 1999 ABCA 206, 137 C.C.C. (3d) 97, at para. 229). In *Lyons*, this Court cited this discretion as a key reason that the legislation did not lead to cruel and unusual punishment (pp. 337-38). As this Court later recognized in *Johnson*, “the discretion helped ensure the dangerous offender provisions’ constitutionality”

infractions d’agression sexuelle — sans égard à l’importance du préjudice causé — constituent des sévices graves à la personne (al. 752b)). Par conséquent, dans certains cas, le régime des délinquants dangereux permet que soit imposé ce qui, dans les faits, constitue une peine d’emprisonnement à perpétuité même lorsque celle-ci excède de beaucoup la peine maximale que prévoit normalement le *Code criminel* pour l’infraction sous-jacente.

[102] Les autres critères de déclaration de délinquant dangereux que l’on trouve au par. 753(1) sont eux aussi assez généraux. La déclaration de culpabilité pour sévices graves à la personne emportera déclaration de délinquant dangereux si le délinquant constitue un danger pour le « bien-être physique ou mental de qui que ce soit » et que l’infraction s’inscrit dans une série d’actes répétitifs qui démontrent que le délinquant est incapable de contrôler ses actes et causera vraisemblablement des sévices à d’autres personnes (sous-al. 753(1)a(i)). Les sévices futurs ne doivent pas nécessairement être des sévices graves. En outre, deux incidents similaires pourraient suffire pour constituer une répétition (*R. c. Langevin* (1984), 45 O.R. (2d) 705 (C.A.), p. 717). En ce qui concerne les infractions de nature sexuelle, une seule déclaration de culpabilité peut donner lieu à une déclaration de délinquant dangereux (al. 753(1)b)). Bref, le par. 753(1) ne vise pas exclusivement les délinquants très dangereux et moralement blâmables.

[103] Par ailleurs, le par. 753(1) est impératif — le juge de la peine *doit* déclarer le délinquant dangereux s’il est satisfait aux critères législatifs. À l’inverse, les versions de 1977 et de 1997 de la loi conféraient au juge un pouvoir discrétionnaire à l’étape de la déclaration de délinquant dangereux. Elles faisaient ainsi en sorte que les principes de détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel* fondent les décisions relatives à la déclaration de délinquant dangereux (*Johnson*, par. 28-34). Du fait qu’il détenait un pouvoir discrétionnaire, le juge de la peine était appelé [TRADUCTION] « à prendre un certain recul et à se poser à nouveau la question de savoir » si la déclaration de délinquant dangereux était véritablement justifiée lorsqu’il était satisfait aux critères relatifs à cette déclaration (*R. c. Neve*, 1999 ABCA 206, 137 C.C.C. (3d) 97, par. 229). Dans l’arrêt *Lyons*, notre Cour a

(para. 36). It helped guarantee that designations were made based on “accepted standards of rationality and proportionality” rather than “on the basis of rigid classifications” (*Neve*, at para. 228).

[104] Since the legislative change from “may” to “shall” in s. 753(1) of the *Criminal Code* was implemented, the number of designated dangerous offenders has risen.<sup>2</sup> Indeed, with the 2008 changes, Parliament intended to capture a broader group of offenders (*R. v. Szostak*, 2014 ONCA 15, 118 O.R. (3d) 401, at para. 54; *R. v. Shea*, 2017 NSCA 43, 349 C.C.C. (3d) 231, at para. 16). Of course, not all designated dangerous offenders will be sentenced to indeterminate detention. But s. 753(1) creates a broad pool of offenders who may be subjected to this extreme sanction. Furthermore, the vast majority of dangerous offenders are currently serving indeterminate sentences.<sup>3</sup>

(2) Section 753(4)

[105] Once an offender has been designated as dangerous, the sentencing judge has discretion to determine the appropriate sentence under s. 753(4):

<sup>2</sup> According to statistics relied on by the Attorney General of Canada in this appeal, there were 394 dangerous offenders in 2008 (2.8 percent of the total federal inmate population). That number rose to 622 dangerous offenders in 2015 (3.9 percent of the total federal inmate population) (Canada, Public Safety Canada Portfolio Corrections Statistics Committee, *Corrections and Conditional Release Statistical Overview* (2008 and 2015 Annual Reports)). While the number of dangerous offenders designated per year ranged from 3 to 28 between 1978 and 2008, those numbers have since increased, peaking at 65 in 2015 (2016 Annual Report).

<sup>3</sup> At the end of fiscal year 2015-2016, 86 percent of the dangerous offenders under the responsibility of Correctional Service Canada were serving indeterminate sentences (2016 Annual Report).

dit de ce pouvoir discrétionnaire qu’il était la principale raison pour laquelle la loi ne menait pas à une peine cruelle et inusitée (p. 337-338). Ainsi que notre Cour l’a reconnu par la suite dans l’arrêt *Johnson*, « ce pouvoir discrétionnaire contribuait à la constitutionnalité du régime applicable aux délinquants dangereux » (par. 36). Il a permis de garantir que les déclarations de délinquant dangereux soient faites sur le fondement de « normes reconnues de rationalité et de proportionnalité » plutôt que « sur le fondement de classifications rigides » (*Neve*, par. 228).

[104] Depuis que le terme « peut » a été remplacé par « doit » au par. 753(1) du *Code criminel*, le nombre de délinquants déclarés dangereux a augmenté<sup>2</sup>. En effet, par la voie des modifications apportées en 2008, le législateur souhaitait viser un groupe plus large de délinquants (*R. c. Szostak*, 2014 ONCA 15, 118 O.R. (3d) 401, par. 54; *R. c. Shea*, 2017 NSCA 43, 349 C.C.C. (3d) 231, par. 16). Bien entendu, les délinquants déclarés dangereux ne seront pas tous condamnés à purger une peine de détention pour une période indéterminée, mais il reste que le par. 753(1) crée un vaste bassin de délinquants susceptibles de se voir imposer cette sanction extrême. En outre, la grande majorité des délinquants dangereux purgent actuellement des peines pour une période indéterminée<sup>3</sup>.

(2) Paragraphe 753(4)

[105] Dès que le délinquant a été déclaré délinquant dangereux, le juge a le pouvoir discrétionnaire de déterminer la peine appropriée en vertu du par. 753(4) :

<sup>2</sup> D’après les statistiques invoquées par le procureur général du Canada dans le présent pourvoi, il y avait 394 délinquants dangereux en 2008 (2,8 pour 100 de la population totale des pénitenciers fédéraux). Ce nombre est passé à 622 en 2015 (3,9 pour 100 de la population totale des pénitenciers fédéraux) (Canada, Comité de la statistique correctionnelle du portefeuille ministériel de Sécurité publique Canada, *Aperçu statistique : Le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (rapports annuels de 2008 et de 2015)). Le nombre de délinquants déclarés dangereux se situait entre 3 et 28 par année entre 1978 et 2008, mais ces chiffres ont depuis connu une hausse et ont atteint un sommet (65) en 2015 (rapport annuel de 2016).

<sup>3</sup> À la clôture de l’exercice financier 2015-2016, 86 pour 100 des délinquants dangereux sous la responsabilité du Service correctionnel du Canada purgeaient une peine de détention pour une période indéterminée (rapport annuel de 2016).

(4) If the court finds an offender to be a dangerous offender, it shall

(a) impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period;

(b) impose a sentence for the offence for which the offender has been convicted — which must be a minimum punishment of imprisonment for a term of two years — and order that the offender be subject to long-term supervision for a period that does not exceed 10 years; or

(c) impose a sentence for the offence for which the offender has been convicted.

[106] The sentencing judge’s discretion under s. 753(4) must be guided by the relevant sentencing principles and purposes in the *Criminal Code* (see *Johnson*, at para. 23). The predominant purpose of the dangerous offender scheme is public protection, and this must be respected in the sentencing judge’s choice under s. 753(4) (*Johnson*, at para. 29; *Lyons*, at p. 329; *Steele*, at para. 29; *Criminal Code*, s. 718(c)).

[107] While public safety is the predominant objective of the dangerous offender scheme, the fundamental principle of sentencing — proportionality — must guide the sentencing judge’s discretion in selecting the appropriate penalty for a dangerous offender. This principle is set out in s. 718.1 of the *Criminal Code*: “A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.” Proportionality is “the *sine qua non* of a just sanction” (*R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at paras. 36-37). “It is grounded in elemental notions of justice and fairness, and is indispensable to the public’s confidence in the justice system” (*R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180, at para. 70). Proportionality reconciles the disparate sentencing goals of the *Criminal Code*: “Whatever weight a judge may wish to accord to the various objectives and other principles listed in the *Code*, the resulting sentence must respect the fundamental principle of proportionality” (*Ipeelee*, at para. 37; *R. v.*

(4) S’il déclare que le délinquant est un délinquant dangereux, le tribunal :

a) soit lui inflige une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée;

b) soit lui inflige 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 de longue durée;

c) soit lui inflige une peine pour l’infraction dont il a été déclaré coupable.

[106] Le pouvoir discrétionnaire que le par. 753(4) confère au juge de la peine doit être exercé conformément aux principes et aux objectifs de détermination de la peine pertinents qui sont énoncés dans le *Code criminel* (voir *Johnson*, par. 23). L’objectif prédominant du régime des délinquants dangereux est la protection du public, et le juge de la peine doit respecter cet objectif lorsqu’il exerce le choix que lui donne le par. 753(4) (*Johnson*, par. 29; *Lyons*, p. 329; *Steele*, par. 29; *Code criminel*, al. 718c)).

[107] Même si la sécurité du public est l’objectif prédominant du régime des délinquants dangereux, le principe fondamental de la détermination de la peine — la proportionnalité — doit guider le juge dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de sélectionner la peine qui convient à un délinquant dangereux en particulier. Ce principe est énoncé à l’art. 718.1 du *Code criminel* : « La peine est proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant. » La proportionnalité représente « la condition *sine qua non* d’une sanction juste » (*R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 36-37). « Elle est enracinée dans les notions élémentaires que sont la justice et l’équité et elle est indispensable à la confiance du public dans le système de justice » (*R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180, par. 70). La proportionnalité fait le lien entre les objectifs divers de la détermination de la peine qui sont fixés dans le *Code criminel* : « Quel que soit le poids qu’un juge souhaite accorder aux

*Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, at para. 40; see also *Nur*, at para. 42).

[108] If the offender is an Indigenous person, *Gladue* principles are important in crafting a proportionate sentence. Indigenous persons are greatly overrepresented in prisons and especially in the dangerous offender population (Canada, Public Safety Canada Portfolio Corrections Statistics Committee, *Corrections and Conditional Release Statistical Overview* (2015 Annual Report), at p. 107). This Court has recognized that racism, colonialism, and intergenerational trauma inform this disturbing statistic (*R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, at para. 58; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 65; *Ipeelee*, at para. 61). Through s. 718.2(e) of the *Criminal Code*, Parliament has directed sentencing judges to pay particular attention to the circumstances of Indigenous offenders. This recognizes that the systemic disadvantages and marginalization faced by Indigenous people inform moral blameworthiness and therefore the proportionality of sentences for Indigenous offenders (*Ipeelee*, at para. 73). In *Gladue*, this Court interpreted s. 718.2(e) as requiring sentencing judges to consider the following principles in sentencing decisions for Indigenous offenders:

- (A) The unique systemic or background factors which may have played a part in bringing the particular aboriginal offender before the courts; and
- (B) The types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances for the offender because of his or her particular aboriginal heritage or connection. [para. 66]

[109] The sentencing judge must also be guided by the principle of restraint (s. 718.2(d) and (e)) in sentencing a dangerous offender. This principle

différents objectifs et aux autres principes énoncés dans le *Code*, la peine qu'il inflige doit respecter le principe fondamental de proportionnalité » (*Ipeelee*, par. 37; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206, par. 40; voir aussi *Nur*, par. 42).

[108] Si le délinquant est un Autochtone, les principes de *Gladue* jouent un rôle important dans l'établissement d'une peine proportionnée. Les Autochtones sont largement surreprésentés dans les prisons et surtout au sein de la population des délinquants dangereux (Canada, Comité de la statistique correctionnelle du portefeuille ministériel de Sécurité publique Canada, *Aperçu statistique : Le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (Rapport annuel de 2015), p. 107). Notre Cour a reconnu que cette statistique troublante est le fruit du racisme, du colonialisme et du traumatisme intergénérationnel (*R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 58; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 65; *Ipeelee*, par. 61). Au moyen de l'al. 718.2e) du *Code criminel*, le législateur contraint le juge de la peine à porter une attention particulière à la situation des délinquants autochtones. Il reconnaît ainsi que les désavantages systémiques et la marginalisation auxquels doivent faire face les Autochtones mettent en lumière leur culpabilité morale et, partant, la proportionnalité des peines qui sont infligées aux délinquants autochtones (*Ipeelee*, par. 73). Dans l'arrêt *Gladue*, notre Cour a conclu que l'al. 718.2e) enjoint au juge de la peine de prendre en considération les principes suivants dans la détermination de la peine à imposer aux délinquants autochtones :

- (A) les facteurs systémiques ou historiques distinctifs qui peuvent être une des raisons pour lesquelles le délinquant autochtone se retrouve devant les tribunaux;
- (B) les types de procédures de détermination de la peine et de sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées à l'égard du délinquant en raison de son héritage ou de ses attaches autochtones. [par. 66]

[109] Le juge de la peine doit s'inspirer également du principe de la modération (al. 718.2d) et e)) lorsqu'il détermine la peine à imposer à un

“dictate[s] 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” (*Johnson*, at para. 29).

(3) Section 753(4.1)

[110] These objectives and principles guide sentencing judges in selecting the appropriate sentence under s. 753(4). However, s. 753(4.1) significantly curtails judicial discretion at the penalty stage:

(4.1) The court shall impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period unless it is satisfied by the evidence adduced during the hearing of the application that there is a reasonable expectation that a lesser measure under paragraph (4)(b) or (c) will adequately protect the public against the commission by the offender of murder or a serious personal injury offence.

[111] Section 753(4.1) imposes indeterminate detention unless the sentencing judge is satisfied that there is a reasonable expectation that a lesser measure is adequate for public protection. In assessing whether a lesser measure “will adequately protect the public against the commission by the offender of murder or a serious personal injury offence”, sentencing judges must consider both the *level* of the risk presented by the offender and the *nature* of the harm the offender is likely to cause. The specific reference to murder in s. 753(4.1) suggests that indeterminate detention should only be imposed in cases where the offender’s risk is expected to manifest itself in the most severe forms of serious personal injury offences. For example, if there is a high risk that the offender will commit another serious personal injury offence, but this offence is not likely to involve significant violence (e.g. criminal harassment, obstruction of justice), s. 753(4.1) does not necessarily mandate indeterminate detention. Indeed, the principle of restraint bars sentencing judges from imposing indeterminate detention on offenders who are not likely to commit very serious crimes in the future (see *Johnson*, at para. 40). As

délinquant dangereux. Ce principe « exig[e] [. . .] 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 » (*Johnson*, par. 29).

(3) Paragraphe 753(4.1)

[110] Ces objectifs et principes guident le juge dans la sélection de la peine appropriée en vertu du par. 753(4). Toutefois, le par. 753(4.1) restreint sensiblement le pouvoir discrétionnaire du juge à l’étape de la sanction :

(4.1) Le tribunal inflige une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée sauf s’il est convaincu, sur le fondement des éléments mis en preuve lors de l’audition de la demande, que l’on peut vraisemblablement s’attendre à ce que le fait d’infliger une mesure moins sévère en vertu des alinéas (4)b) ou c) protège de façon suffisante le public contre la perpétration par le délinquant d’un meurtre ou d’une infraction qui constitue des sévices graves à la personne.

[111] Le paragraphe 753(4.1) impose une peine de détention pour une période indéterminée à moins que le juge de la peine ne soit convaincu que l’on peut vraisemblablement s’attendre à ce qu’une mesure moins sévère protège le public de façon suffisante. Afin de déterminer si une mesure moins sévère « protège de façon suffisante le public contre la perpétration par le délinquant d’un meurtre ou d’une infraction qui constitue des sévices graves à la personne », le juge doit prendre en compte et le *niveau* du risque que présente le délinquant et la *nature* du préjudice que le délinquant causera vraisemblablement. La mention explicite du meurtre au par. 753(4.1) porte à croire que la peine de détention pour une période indéterminée ne devrait être imposée que dans les cas où l’on s’attend à ce que le risque que représente le délinquant se manifeste dans les formes les plus critiques de sévices graves à la personne. Ainsi, s’il existe un risque élevé que le délinquant commette une autre infraction qui constitue des sévices graves à la personne, mais que cette infraction n’impliquera vraisemblablement aucune grande violence (p. ex. harcèlement criminel, entrave à la justice), le par. 753(4.1) ne commande

discussed above, serious personal injury offences include offences that do not involve serious violence. The question a sentencing judge must ask in applying s. 753(4.1) is this: Does this offender, due to the level of the risk and the nature of future harm likely to be caused, fall within the small group of truly dangerous offenders who must be imprisoned indefinitely in order to protect the public?

[112] I agree with Mr. Boutilier that s. 753(4.1) prevents sentencing judges from imposing appropriate sentences on dangerous offenders in some cases. This provision imposes indeterminate detention on some offenders for whom this sentence is unfit in light of all the sentencing principles and the public protection objective of the scheme. This is because s. 753(4.1) mandates indeterminate detention even where it is disproportionate to the offender's degree of responsibility and the gravity of the predicate offence. And, given the legislative changes since *Lyons*, no judicial discretion is available to preclude such a sentence.

[113] While proportionality — the fundamental principle of sentencing — obviously governs under s. 753(4), it is not reflected in the s. 753(4.1) public safety threshold. Section 753(4.1) is imperative — if there is not a reasonable expectation that the public will be adequately protected against the commission of another serious personal injury offence, indeterminate detention must be imposed, *even if* this sentence is disproportionate to the gravity of the predicate offence and the offender's degree of responsibility. Like mandatory minimum sentencing provisions, s. 753(4.1) overrides the fundamental principle of sentencing. It “function[s] as a blunt

pas nécessairement une peine de détention pour une période indéterminée. En fait, le principe de la modération empêche le juge d'imposer cette peine aux délinquants qui ne commettront vraisemblablement pas des crimes très graves à l'avenir (voir *Johnson*, par. 40). Tel qu'il est indiqué précédemment, les sévices graves à la personne incluent des infractions qui ne comportent aucune violence grave. La question que le juge de la peine doit se poser lorsqu'il applique le par. 753(4.1) est celle-ci : en raison du niveau de risque qu'il présente et de la nature des sévices qu'il pourrait vraisemblablement causer à l'avenir, le délinquant appartient-il au groupe restreint de délinquants véritablement dangereux que l'on doit incarcérer pour une durée indéterminée afin de protéger le public?

[112] J'estime, comme M. Boutilier, que le par. 753(4.1) empêche le juge d'infliger la peine qui convient aux délinquants dangereux dans certains cas. Cette disposition impose une détention pour une période indéterminée à certains délinquants pour qui cette peine est injuste compte tenu de tous les principes de détermination de la peine et de l'objectif de protection du public que vise le régime. En effet, le par. 753(4.1) emporte une peine de détention pour une période indéterminée même lorsque celle-ci est disproportionnée au degré de responsabilité du délinquant et à la gravité de l'infraction sous-jacente. Et, compte tenu des modifications législatives apportées depuis l'arrêt *Lyons*, le juge ne possède aucun pouvoir discrétionnaire lui permettant d'écarter une telle peine.

[113] Si la proportionnalité — le principe fondamental de la détermination de la peine — joue manifestement un rôle de premier plan au par. 753(4), le critère de la sécurité du public au par. 753(4.1) n'en fait cependant pas état. D'ailleurs, le par. 753(4.1) est impératif — si l'on ne peut vraisemblablement s'attendre à ce que le public soit suffisamment protégé contre la perpétration d'une autre infraction qui constitue des sévices graves à la personne, le juge doit imposer une peine de détention pour une période indéterminée, *même si* cette peine est disproportionnée à la gravité de l'infraction sous-jacente et au degré de responsabilité du

instrument that may deprive courts of the ability to tailor proportionate sentences” (see *Nur*, at para. 44).

[114] Given the severity of indeterminate detention, this sentence will only be proportionate when the offender is very blameworthy and the offence is quite grave. Apart perhaps from life imprisonment, an indeterminate sentence is the harshest sanction available under the *Criminal Code*. Testimony in a recent case indicated that only 4-5 percent of dangerous offenders are ever released on parole (*R. v. Walsh*, 2017 BCCA 195, 348 C.C.C. (3d) 1, at para. 22). In addition, they are viewed as low priority for placement in treatment programs in prison, contributing to their poor prospects for rehabilitation and release (*ibid.*; *R. v. Payne* (2001), 41 C.R. (5th) 156 (Ont. Sup. Ct.)). In effect, an indeterminate sentence amounts “to a life sentence with little chance of parole” (*Walsh*, at para. 22). This Court has characterized the effects of indeterminate detention as “profoundly devastating” (*Lyons*, at p. 339).

[115] The respondent, the Crown in right of British Columbia, asserts that subs. (1), (4) and (4.1) of s. 753 “embody the proportionality principle” and the dangerous offender scheme mandates indeterminate detention only when it is consistent with the sentencing principles. Similarly, my colleague Côté J. says s. 753(4.1) sets out the inevitable application of the sentencing principles for an offender who has been designated as dangerous. If this is correct, s. 753(4.1) would be redundant in light of s. 753(4). In any event, I cannot agree.

délinquant. À l’instar des dispositions sur la peine minimale obligatoire, le par. 753(4.1) l’emporte sur le principe fondamental de la détermination de la peine. « Implacable, [ce paragraphe] est susceptible d’empêcher le tribunal d’arrêter une peine proportionnelle » (voir *Nur*, par. 44).

[114] Étant donné sa gravité, la peine de détention pour une période indéterminée ne sera proportionnée que dans les cas où la conduite du délinquant est hautement blâmable et l’infraction très grave. Mis à part peut-être l’emprisonnement à perpétuité, la peine de détention pour une période indéterminée est la peine la plus sévère que prévoit le *Code criminel*. D’après les témoignages qui ont été entendus dans une affaire récente, seulement 4-5 pour 100 des délinquants dangereux bénéficient d’une libération conditionnelle (*R. c. Walsh*, 2017 BCCA 195, 348 C.C.C. (3d) 1, par. 22). En outre, ils sont considérés comme étant une faible priorité aux fins d’inscription aux programmes de traitement offerts en prison, ce qui contribue à leurs faibles perspectives de réadaptation et de libération (*ibid.*; *R. c. Payne* (2001), 41 C.R. (5th) 156 (C. sup. Ont.)). Dans les faits, la peine de détention pour une période indéterminée équivaut [TRADUCTION] « à une peine d’emprisonnement à perpétuité assortie d’une faible possibilité de libération conditionnelle » (*Walsh*, par. 22). Notre Cour a qualifié de « profondément bouleversants » (*Lyons*, p. 339) les effets de la peine de détention pour une période indéterminée.

[115] L’intimée, la Couronne du chef de la Colombie-Britannique, fait valoir que les par. (1), (4) et (4.1) de l’art. 753 [TRADUCTION] « posent le principe de la proportionnalité » et que le régime des délinquants dangereux commande une peine de détention pour une période indéterminée uniquement lorsque celle-ci est conforme aux principes de détermination de la peine. De même, ma collègue la juge Côté affirme que le par. 753(4.1) prévoit l’application inévitable des principes de détermination de la peine à l’égard du délinquant qui a été déclaré dangereux. Si cela est exact, le par. 753(4.1) serait redondant à la lumière du par. 753(4). Quoi qu’il en soit, je ne peux être d’accord à cet égard.

[116] Proportionality is the governing principle in sentencing — s. 718.1 says that a sentence *must* be proportionate to the gravity of the offence and the offender’s degree of responsibility. Outside the dangerous offender scheme, sentencing judges cannot impose a disproportionate sentence in the name of public protection. But once an offender is designated as dangerous, they are sometimes required to.

[117] The offender’s degree of responsibility is not reflected in the s. 753(4.1) public safety threshold (see *R. v. Radcliffe*, 2017 ONCA 176, 347 C.C.C. (3d) 3, at para. 57; *R. v. B. (D.V.)*, 2010 ONCA 291, 100 O.R. (3d) 736, at para. 80, leave to appeal refused, [2011] 3 S.C.R. vii). And given the broad definition of serious personal injury offences (which, despite their name, need not necessarily entail serious injury), indeterminate detention will be disproportionate to the gravity of the offence for many offenders who meet the designation criteria. But a sentencing judge is required to impose indeterminate detention on offenders whose moral blameworthiness is limited if the public safety threshold in s. 753(4.1) is not met, even if this sentence is inconsistent with *Gladue* principles.

[118] Of course, Parliament is entitled “to identify those offenders who, in the interests of protecting the public, ought to be sentenced according to considerations which are not entirely reactive or based on a ‘just deserts’ rationale” (*Lyons*, at pp. 328-29), truly dangerous individuals who should receive a sentence which “is partly punitive but is mainly imposed for the protection of the public” (*Lyons*, at p. 329, quoting *Re Moore and the Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (Ont. H.C.)). Parliament can dictate that public protection, which is recognized as a sentencing objective in s. 718(c), is an enhanced objective for dangerous offenders (see *Lyons*, at p. 329). But s. 12 of the *Charter* limits this power. While Parliament can impose sentences that depart from the principle of proportionality, grossly disproportionate sentences are unconstitutional (*Safarzadeh-Markhali*, at

[116] La proportionnalité est le principe directeur de la détermination de la peine — l’art. 718.1 prescrit qu’une peine *doive* être proportionnée à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant. En dehors du cadre du régime des délinquants dangereux, le juge ne peut imposer une peine disproportionnée au nom de la protection du public. En revanche, si le délinquant est déclaré dangereux, le juge n’a parfois d’autre choix que de le faire.

[117] Le critère de la sécurité du public énoncé au par. 753(4.1) ne tient pas compte du degré de responsabilité du délinquant (voir *R. c. Radcliffe*, 2017 ONCA 176, 347 C.C.C. (3d) 3, par. 57; *R. c. B. (D.V.)*, 2010 ONCA 291, 100 O.R. (3d) 736, par. 80, autorisation d’appel refusée, [2011] 3 R.C.S. vii). Et étant donné la large définition des infractions constituant des sévices graves à la personne (qui, en dépit de leur nom, ne doivent pas nécessairement occasionner de graves blessures), la détention pour une période indéterminée sera disproportionnée à la gravité de l’infraction pour de nombreux délinquants qui satisfont aux critères relatifs à la déclaration de délinquant dangereux. Toutefois, le juge est tenu d’imposer une peine de détention pour une période indéterminée aux délinquants dont la culpabilité morale est limitée s’il n’est pas satisfait au critère de la sécurité du public prévu au par. 753(4.1), même si cette peine n’est pas conforme aux principes énoncés dans l’arrêt *Gladue*.

[118] Évidemment, le législateur a le droit d’« identif[ie] les délinquants dont la peine devrait, dans l’intérêt de la protection du public, être établie en fonction de facteurs qui ne sont pas entièrement réactifs ou fondés sur le principe du “châtiment mérité” » (*Lyons*, p. 328-329), les individus véritablement dangereux qui devraient écopier d’une peine qui « est punitive en partie, mais qui vise surtout à protéger le public » (*Lyons*, p. 329, citant *Re Moore and the Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (H.C. Ont.)). Le législateur peut prescrire que la protection du public, reconnue comme étant un objectif de la détermination de la peine à l’al. 718c), est un objectif plus important en ce qui concerne les délinquants dangereux (voir *Lyons*, p. 329). L’article 12 de la *Charte* limite toutefois ce pouvoir. Bien que le législateur puisse imposer des peines qui dérogent

para. 73). Moral blameworthiness is the bedrock of our criminal law tradition, and it has been since long before the principle of proportionality in sentencing was codified in 1995 (*Ipeelee*, at para. 36). The *Charter* thus ensures that Canada does not come to resemble Philip K. Dick's *Minority Report*, a frightening dystopia in which citizens who have done no wrong are arrested for crimes they are predicted to commit.

[119] Section 753(4.1) may also preclude a sentence that respects the principle of restraint. This provision resolves any uncertainty about the offender's amenability to treatment in favour of indeterminate detention (*R. v. R.S.*, 2016 ONSC 7767, at paras. 51 and 102 (CanLII)). Section 753(4.1) creates a presumption for an indeterminate sentence that is only rebuttable by "evidence adduced during the hearing". The Crown will often know about the existence of community-based supervision programs, but it is not required to lead evidence on this point, and if no relevant evidence is provided to the court, the appropriate sentence is an indeterminate one (*Radcliffe*, at para. 58; *R. v. Smarch*, 2015 YKCA 13, 374 B.C.A.C. 280, at para. 48). As one of the interveners, the Yukon Legal Services Society, points out, the absence of evidence that suitable community supervision programs exist is sometimes attributable to an offender's limited resources or the lack of programming in a particular community, rather than to the inability to manage the offender's risk.

[120] In short, the mandatory designation stage in the dangerous offender scheme, which captures a broad group of offenders, combined with the narrow, structured discretion at the penalty stage, has created a legislative context that fails to ensure offenders are only sentenced to indeterminate incarceration if this sentence is appropriate. While judicial discretion in sentencing is not a general constitutional imperative, Parliament cannot curtail this discretion in a manner

au principe de la proportionnalité, les peines exagérément disproportionnées sont inconstitutionnelles (*Safarzadeh-Markhali*, par. 73). La culpabilité morale est l'assise de notre tradition de droit criminel, et elle l'est depuis bien avant que le principe de la proportionnalité dans la détermination de la peine ait été codifié en 1995 (*Ipeelee*, par. 36). La *Charte* empêche donc le Canada de ressembler à la société dépeinte dans *Minority Report*, de Philip K. Dick, une dystopie terrifiante dans laquelle des citoyens n'ayant absolument rien à se reprocher sont arrêtés pour des crimes dont on a prédit la perpétration.

[119] Le paragraphe 753(4.1) pourrait aussi fermer la porte à une peine qui respecte le principe de la modération. Cette disposition dissipe toute incertitude au sujet de l'aptitude du délinquant à répondre au traitement en faveur d'une détention pour une période indéterminée (*R. c. R.S.*, 2016 ONSC 7767, par. 51 et 102 (CanLII)). Le paragraphe 753(4.1) crée une présomption en faveur d'une peine de détention pour une période indéterminée qui ne peut être réfutée qu'au moyen d'« éléments mis en preuve lors de l'audition ». La Couronne connaît souvent l'existence de programmes de surveillance dans la collectivité, mais elle n'est pas tenue de produire une preuve à cet égard, et si aucune preuve pertinente n'est produite devant le tribunal, la peine appropriée est la détention pour une période indéterminée (*Radcliffe*, par. 58; *R. c. Smarch*, 2015 YKCA 13, 374 B.C.A.C. 280, par. 48). En sa qualité d'intervenante, la Société d'aide juridique du Yukon signale que l'absence d'une preuve de l'existence de programmes de surveillance adéquats dans la collectivité est parfois imputable aux ressources limitées d'un délinquant ou au manque de programmes dans une collectivité en particulier, plutôt qu'à l'incapacité de gérer le risque que présente le délinquant.

[120] Bref, l'étape de la déclaration obligatoire dans le régime des délinquants dangereux, qui vise un large groupe de délinquants, combinée au pouvoir discrétionnaire limité et structuré à l'étape de la sanction, a créé un contexte législatif qui ne permet pas de voir à ce que les délinquants n'écopent d'une peine de détention pour une période indéterminée que si cette peine est appropriée. Bien que le pouvoir discrétionnaire du juge au chapitre

that requires judges to impose grossly disproportionate sentences.

[121] Given the design of the dangerous offender scheme, it is not difficult to foresee circumstances where s. 753(4.1) will impose grossly disproportionate sentences. This may happen notably where the gravity of the predicate offence is on the low end of the spectrum and the offender's degree of responsibility is minimal. The indeterminate detention of such offenders is particularly troubling if their risk will likely manifest itself in crimes that fall on the lower end of the "serious personal injury offence" spectrum.

[122] On the low end of the spectrum, serious personal injury offences include criminal harassment and obstruction of justice. They can also include robbery where the victim is threatened, but the offender does not have a weapon and no one is injured (*Steele*). If an offender commits one of these offences twice, a pattern may be established. If the Crown seeks this designation and there is a likelihood that the offender will cause injury or severe psychological damage in the future, the offender must be designated as dangerous. At the penalty stage, if no evidence of community supervision programs is presented, or if it is unknown whether the offender will be amenable to treatment, s. 753(4.1) mandates indeterminate detention.

[123] These offenders must be imprisoned indefinitely, regardless of their degree of responsibility. The fact that an offender is youthful, has pled guilty (as in this case), or commits crimes due to developmental disability (*R. v. Goodwin*, 2002 BCCA 513, 168 C.C.C. (3d) 14) or addiction (as in this case) has no bearing in the s. 753(4.1) analysis or on

de la détermination de la peine ne constitue pas une obligation constitutionnelle générale, le législateur ne peut pas restreindre ce pouvoir discrétionnaire de manière à obliger un juge à imposer des peines exagérément disproportionnées.

[121] Étant donné la conception du régime des délinquants dangereux, il n'est pas difficile de prévoir des situations où le par. 753(4.1) donnera lieu à l'imposition de peines exagérément disproportionnées. Cela pourrait se produire notamment dans les cas où la gravité de l'infraction sous-jacente figure à l'extrémité inférieure du spectre et où le degré de responsabilité du délinquant est minimal. La détention pour une période indéterminée de tels délinquants est particulièrement troublante si le risque qu'ils présentent se manifestera vraisemblablement sous forme de crimes se situant à l'extrémité inférieure du spectre des « sévices graves à la personne ».

[122] À l'extrémité inférieure du spectre, les infractions qui constituent des sévices graves à la personne incluent le harcèlement criminel et l'entrave à la justice. Elles peuvent inclure aussi le vol qualifié au cours duquel la victime est menacée, même si le délinquant n'est pas armé, et au terme duquel personne ne subit de blessure (*Steele*). Si un délinquant commet l'une de ces infractions à deux reprises, il est alors possible d'établir une répétition d'actes. Si la Couronne demande que ce dernier soit déclaré dangereux et qu'il est vraisemblable que le délinquant cause des blessures ou des dommages psychologiques graves à l'avenir, le délinquant doit être déclaré tel. À l'étape de la sanction, si aucune preuve relative à l'existence de programmes de surveillance dans la collectivité n'est produite, ou l'on ne sait pas si le délinquant répondra au traitement, le par. 753(4.1) commande une détention pour une période indéterminée.

[123] Ces délinquants doivent être incarcérés pour une période indéterminée, peu importe leur degré de responsabilité. Le fait qu'un délinquant est jeune, qu'il a plaidé coupable (comme en l'espèce), ou qu'il commet des crimes en raison d'une déficience développementale (*R. c. Goodwin*, 2002 BCCA 513, 168 C.C.C. (3d) 14) ou d'une dépendance (comme

designation decisions. Addiction is often linked to poverty and childhood abuse, and while these experiences speak to the offender's moral blameworthiness (*Ipeelee*, at para. 73), they are irrelevant under s. 753(4.1). Such life experiences are not rare. Criminal courts in this country are tragically filled with offenders whose crimes are linked to the disease of addiction and the consequences of marginalization.

[124] If the dangerous offender is an Indigenous person, systemic factors that may have contributed to bringing him or her before the courts, such as the roots of the offender's criminality in intergenerational trauma, cannot be considered in the s. 753(4.1) analysis, even though Parliament has expressly directed sentencing judges to consider these factors for Indigenous offenders (see *Radcliffe*, at para. 63; s. 718.2(e)). This is particularly concerning because there is no judicial discretion at the designation stage, and because Indigenous offenders are significantly overrepresented in the dangerous offender population.

[125] Offenders sentenced to indefinite imprisonment receive low priority for treatment programs in prison, and there is no assurance of addiction treatment before the first Parole Board review seven years after they enter custody (s. 761(1)). Further, the possibility of parole has no bearing on the constitutionality of the challenged provision. In the words of the Chief Justice in *Nur*, “[t]he discretionary decision of the [P]arole [B]oard is no substitute for a constitutional law” (para. 98).

en l'espèce) n'a aucune incidence sur l'analyse relative au par. 753(4.1) ou sur des décisions relatives à la déclaration de délinquant dangereux. La dépendance est souvent liée à la pauvreté et à des mauvais traitements subis pendant l'enfance, et si ces expériences témoignent de la culpabilité morale du délinquant (*Ipeelee*, par. 73), elles n'ont cependant aucune pertinence du point de vue du par. 753(4.1). De tels vécus ne sont pas rares. Les tribunaux criminels de notre pays sont malheureusement remplis de délinquants dont les crimes sont liés à la dépendance, une maladie, et aux conséquences de la marginalisation.

[124] Si le délinquant dangereux est un Autochtone, les facteurs systémiques qui pourraient avoir contribué à l'amener devant les tribunaux, comme l'origine de la criminalité du délinquant dans le traumatisme intergénérationnel, ne peuvent être pris en considération dans l'analyse fondée sur le par. 753(4.1), même si le législateur a expressément ordonné au juge de la peine de prendre ces facteurs en considération dans le cas des délinquants autochtones (voir *Radcliffe*, par. 63; al. 718.2e)). Cela est particulièrement préoccupant étant donné que le juge ne possède aucun pouvoir discrétionnaire à l'étape de la déclaration de délinquant dangereux, et que les délinquants autochtones sont nettement sur-représentés au sein de la population des délinquants dangereux.

[125] Les délinquants condamnés à purger une peine de détention pour une période indéterminée se voient accorder une faible priorité au chapitre des programmes de traitement offerts en prison, et il n'existe aucune garantie de traitement pour toxicomanie avant le premier examen par la Commission des libérations conditionnelles sept ans après leur entrée en milieu carcéral (par. 761(1)). En outre, la possibilité d'une libération conditionnelle n'a aucune incidence sur la constitutionnalité de la disposition contestée. Pour reprendre les termes de la Juge en chef dans l'arrêt *Nur*, « [l]a décision discrétionnaire de la [C]ommission des libérations conditionnelles ne saurait se substituer à une loi constitutionnelle » (par. 98).

[126] By including full discretion at the designation stage (under the 1997 scheme) and at both the designation and penalty stages (under 1977 scheme), previous versions of the dangerous offender scheme ensured that sentencing judges were not required to impose grossly disproportionate sentences on dangerous offenders (*Johnson*, at paras. 28 and 34). Thus in *Neve*, which was decided under the 1977 scheme, the Alberta Court of Appeal overturned a decision designating a 21-year-old Indigenous woman as a dangerous offender and sentencing her to indeterminate detention. Ms. Neve had been a prostitute since she was 12 and she struggled with substance abuse issues. The offence giving rise to the dangerous offender application was a robbery committed when Ms. Neve was 18 during which the victim sustained only a minor injury. The decision ordering Ms. Neve's indeterminate detention was overturned notably because this sentence was not proportionate to the gravity of her offence and her degree of responsibility. Similarly, in *Goodwin*, which was decided under the 1997 scheme, the majority overturned a decision designating a man who had the "mental age of about eight years" as a dangerous offender because "indefinite incarceration [was] disproportionate in light of his low moral culpability" (paras. 1 and 8). But under the current scheme, Ms. Neve and Mr. Goodwin would be sentenced to indeterminate detention if the public safety threshold in s. 753(4.1) is not met.

[127] Thus, consider an Indigenous offender who suffers from serious drug addiction rooted in inter-generational trauma and whose treatment prospects are uncertain. If this offender commits a number of robberies to sustain his addiction, but does not use a real weapon and causes no injury, he may well face indeterminate detention under s. 753(4.1). In this case, the dangerous offender regime requires a sentence that is grossly disproportionate to the gravity

[126] En conférant un plein pouvoir discrétionnaire à l'étape de la déclaration de délinquant dangereux (dans le régime de 1997) et aux étapes de la déclaration de délinquant dangereux et de la détermination de la peine (dans le régime de 1977), les versions précédentes du régime des délinquants dangereux ont fait en sorte que le juge ne soit pas tenu d'imposer des peines exagérément disproportionnées à des délinquants dangereux (*Johnson*, par. 28 et 34). Donc, dans l'arrêt *Neve*, qui a été rendu en application du régime de 1977, la Cour d'appel de l'Alberta a infirmé une décision déclarant une femme autochtone de 21 ans délinquante dangereuse et la condamnant à une peine de détention pour une période indéterminée. M<sup>me</sup> Neve se prostituait depuis l'âge de 12 ans et avait des problèmes de consommation de drogues. L'infraction à l'origine de la demande de déclaration de délinquant dangereux était un vol qualifié commis alors que M<sup>me</sup> Neve avait 18 ans et au cours duquel la victime n'avait subi qu'une blessure légère. La décision d'infliger à M<sup>me</sup> Neve une peine de détention pour une période indéterminée a été infirmée entre autres parce que cette peine n'était pas proportionnée à la gravité de son infraction et à son degré de responsabilité. De même, dans l'arrêt *Goodwin*, rendu en application du régime de 1997, les juges majoritaires ont infirmé une décision déclarant un homme qui avait [TRADUCTION] « l'âge mental d'un garçon de huit ans environ » délinquant dangereux parce qu'une « incarceration pour une période indéterminée [était] disproportionnée compte tenu de sa faible culpabilité morale » (par. 1 et 8). Or, suivant le régime actuel, M<sup>me</sup> Neve et M. Goodwin seraient condamnés à une peine de détention pour une période indéterminée s'il n'était pas satisfait au critère de la sécurité du public énoncé au par. 753(4.1).

[127] En conséquence, prenons l'exemple d'un délinquant autochtone qui a de graves problèmes de toxicomanie tirant leur origine d'un traumatisme intergénérationnel et dont les perspectives de traitement sont incertaines. Si ce délinquant commet plusieurs vols qualifiés pour entretenir sa dépendance, mais n'utilise pas d'arme véritable et ne cause pas de blessure, il pourrait fort bien se voir condamner à une peine de détention pour une période

of the predicate offence and the degree of responsibility of the offender.

[128] In sum, indeterminate detention is “so excessive as to outrage standards of decency” in cases where the offender’s degree of responsibility and the gravity of the predicate offence are on the low end of the spectrum (*Ferguson*, at para. 14, quoting *Wiles*, at para. 4), especially where alternative measures, including lengthy sentences of incarceration with long-term supervision orders, permit public safety concerns to be addressed. While Parliament is, of course, entitled to take steps to protect Canadians against the threat posed by the most dangerous criminals, the current scheme goes too far. Indeterminate detention — the most severe penalty, apart perhaps from life sentences — is grossly disproportionate to the sentence some offenders would otherwise receive under the sentencing principles in the *Criminal Code*.

**B. Section 753(4.1) Is Not Saved by Section 1 of the Charter**

[129] Violations of s. 12 of the *Charter* can rarely be justified under s. 1. This Court recently recognized that it will be difficult for the government to establish that a sentencing provision that is grossly disproportionate under s. 12 nevertheless represents a proportionate balancing between the deleterious and salutary effects of the law under the s. 1 analysis (*Nur*, at para. 111).

[130] The dangerous offender scheme advances the laudable goal of protecting the public from violent offenders likely to reoffend (*Steele*, at para. 29). But while there is a rational connection between s. 753(4.1) and its intended purpose, the provision fails the second branch of the *Oakes* test

indéterminée en application du par. 753(4.1). Dans ce cas, le régime des délinquants dangereux exige une peine qui est exagérément disproportionnée à la gravité de l’infraction sous-jacente et au degré de responsabilité du délinquant.

[128] En résumé, la détention pour une période indéterminée est « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » dans les cas où le degré de responsabilité du délinquant et la gravité de l’infraction sous-jacente se situent à l’extrémité inférieure du spectre (*Ferguson*, par. 14, citant *Wiles*, par. 4), surtout lorsque d’autres mesures, notamment de longues peines d’emprisonnement assorties d’ordonnances de surveillance de longue durée, permettent de répondre aux préoccupations en matière de sécurité du public. Évidemment, même si le législateur peut prendre des mesures pour protéger les Canadiens et les Canadiennes contre la menace que posent les criminels les plus dangereux, le régime actuel va trop loin. La détention pour une période indéterminée — la peine la plus sévère, exception faite peut-être des peines d’emprisonnement à perpétuité — est exagérément disproportionnée à la peine qui serait par ailleurs imposée à certains délinquants selon les principes de détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel*.

**B. Le paragraphe 753(4.1) n’est pas justifié au regard de l’article premier de la Charte**

[129] Les violations de l’art. 12 de la *Charte* peuvent rarement être justifiées au regard de l’article premier. Notre Cour a récemment reconnu qu’il sera difficile pour le gouvernement d’établir qu’une disposition relative à la détermination de la peine qui est exagérément disproportionnée au sens de l’art. 12 découle néanmoins d’une mise en balance proportionnée entre les effets préjudiciables de la loi et ses effets bénéfiques pour les besoins de l’analyse fondée sur l’article premier (*Nur*, par. 111).

[130] Le régime des délinquants dangereux favorise l’atteinte de l’objectif louable de protéger le public contre les délinquants violents qui récidiveront vraisemblablement (*Steele*, par. 29). Toutefois, s’il existe un lien rationnel entre le par. 753(4.1) et l’objectif qu’il vise, la disposition échoue cependant

(*R. c. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). It does not minimally impair the s. 12 right of dangerous offenders not to be subjected to cruel and unusual punishment. The respondent has not established that the provision is reasonably tailored to the objective of the law (*Nur*, at para. 116). It has not shown that less harmful means for achieving the public protection objective were unavailable. For example, Parliament could have included residual judicial discretion to allow for a lesser sentence to be imposed where indeterminate detention would be grossly disproportionate (see *Lloyd*, at para. 49).

[131] Section 753(4.1) is therefore inconsistent with s. 12 of the *Charter* and is not saved by s. 1. I would therefore declare it of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. It is unnecessary to suspend the declaration of invalidity because immediate invalidity does not pose a danger to the public (*Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679). Without s. 753(4.1), offenders can still be designated as dangerous (under s. 753(1)) and judges must exercise their discretion in determining the appropriate penalty (under s. 753(4)) in accordance with the relevant sentencing goals and principles set out in the *Criminal Code* (*Johnson*, at para. 28). The appropriate sentence must reflect that public protection is the predominate purpose of the dangerous offender scheme. Indeterminate detention remains available for offenders whose risk cannot be adequately managed through the long-term offender scheme. However, indeterminate detention can only be imposed if it is a proportionate sentence.

### C. Application to Mr. Boutilier

[132] The sentencing judge imposed an indeterminate sentence on the basis of an unconstitutional provision, s. 753(4.1). This appeal can nonetheless be dismissed if “there is no reasonable possibility

au deuxième volet du critère énoncé dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Elle ne constitue pas une atteinte minimale au droit que confère l’art. 12 aux délinquants dangereux de ne pas être assujettis à une peine cruelle et inusitée. L’intimée n’a pas établi que la disposition est raisonnablement bien adaptée à l’objectif de la loi (*Nur*, par. 116). Elle n’a pas démontré qu’il n’existait aucun moyen moins préjudiciable de réaliser l’objectif de la protection du public. Par exemple, le législateur aurait pu conférer au juge un pouvoir discrétionnaire résiduel afin de lui permettre d’infliger une peine moins lourde lorsqu’une détention pour une période indéterminée serait exagérément disproportionnée (voir *Lloyd*, par. 49).

[131] Le paragraphe 753(4.1) est par conséquent incompatible avec l’art. 12 de la *Charte* et il n’est pas justifié au regard de l’article premier. Je suis donc d’avis de le déclarer inopérant en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il est inutile de suspendre la déclaration d’invalidité, puisque l’invalidité immédiate ne pose aucun danger pour le public (*Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679). Sans le par. 753(4.1), les délinquants peuvent encore être déclarés délinquants dangereux (en application du par. 753(1)) et les juges doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire pour déterminer la peine à leur imposer (en vertu du par. 753(4)) en conformité avec les objectifs et les principes pertinents de détermination de la peine qui sont énoncés dans le *Code criminel* (*Johnson*, par. 28). La peine appropriée doit témoigner du fait que la protection du public est l’objectif premier du régime des délinquants dangereux. La détention pour une période indéterminée peut encore être imposée aux délinquants qui présentent un risque que le régime des délinquants à contrôler ne permet pas de gérer adéquatement. Cependant, la détention pour une période indéterminée ne peut être imposée que si cette peine est proportionnée.

### C. Application à l’endroit de M. Boutilier

[132] Le juge a imposé une peine de détention pour une période indéterminée sur le fondement d’une disposition inconstitutionnelle, le par. 753(4.1). Le présent pourvoi peut néanmoins être rejeté en

that the verdict would have been any different had the error of law not been made” (*Johnson*, at para. 49; *R. v. Sipos*, 2014 SCC 47, [2014] 2 S.C.R. 423, at para. 35). In my view, this appeal is not one of those rare cases where this curative power should be exercised (*Johnson*, at para. 49). There is a reasonable possibility that a determinate sentence with a long-term supervision order would have been imposed had the sentencing judge not proceeded on the basis that his discretion was curtailed by s. 753(4.1). The record before the sentencing judge suggests that a determinate sentence with a long-term supervision order may well have been appropriate.

[133] Had the sentencing judge declared s. 753(4.1) to be of no force or effect, he could not have imposed indeterminate detention unless it was proportionate to the gravity of the predicate offences and to Mr. Boutilier’s degree of responsibility (s. 718.1). While the sentencing judge made no reference to proportionality in his judgment, his findings suggest that indeterminate detention may not have been proportionate. The predicate offences that gave rise to the dangerous offender application were two robberies and an assault with a weapon. Mr. Boutilier did not injure anyone and the gun he used to threaten the victims was an imitation firearm. His tragic background, addiction, and guilty plea speak to his degree of moral blameworthiness (s. 718.1; *Ipeelee*, at para. 73; *R. v. Horvath* (1997), 117 C.C.C. (3d) 110 (Sask. C.A.), at para. 41; C. C. Ruby, G. J. Chan and N. R. Hasan, *Sentencing* (8th ed. 2012), at §5.211). The sentencing judge explained that “Mr. Boutilier’s childhood, upbringing, and personal circumstances have been extraordinarily difficult” (2015 BCSC 901, 325 C.C.C. (3d) 345, at para. 104). He was physically and sexually abused as a child. “His stepfather . . . began to provide him with alcohol and illegal substances when he was as young as six or seven years old and, as an apparent source of amusement, would watch him become impaired” (para. 104). Mr. Boutilier was using drugs weekly by the time he was 14. The sentencing judge concluded: “Mr. Boutilier’s ongoing drug use, and his inability to overcome his crippling

« l’absence d’une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si l’erreur de droit n’avait pas été commise » (*Johnson*, par. 49; *R. c. Sipos*, 2014 CSC 47, [2014] 2 R.C.S. 423, par. 35). À mon avis, le présent pourvoi n’est pas l’un de ces rares cas où ce pouvoir réparateur devrait être exercé (*Johnson*, par. 49). Il existe une possibilité raisonnable que le juge ait infligé une peine pour une période déterminée assortie d’une ordonnance de surveillance de longue durée s’il n’avait pas tenu pour acquis que son pouvoir discrétionnaire était restreint par l’effet du par. 753(4.1). Le dossier dont le juge était saisi indique qu’une peine pour une période déterminée assortie d’une ordonnance de surveillance de longue durée aurait bien pu se révéler appropriée.

[133] Si le juge de la peine avait déclaré inopérant le par. 753(4.1), il n’aurait pu imposer une peine de détention pour une période indéterminée à moins que celle-ci ne soit proportionnée à la gravité des infractions sous-jacentes et au degré de responsabilité de M. Boutilier (art. 718.1). Bien que le juge de la peine n’ait pas mentionné la proportionnalité dans sa décision, ses conclusions donnent à penser que la détention pour une période indéterminée pourrait ne pas avoir été proportionnée. Les infractions sous-jacentes à l’origine de la demande de déclaration de délinquant dangereux sont deux vols qualifiés et des voies de fait armées. M. Boutilier n’a blessé personne et l’arme à feu dont il s’est servi pour menacer les victimes était une imitation. Son passé tragique, sa dépendance et son plaidoyer de culpabilité témoignent de son degré de culpabilité morale (art. 718.1; *Ipeelee*, par. 73; *R. c. Horvath* (1997), 117 C.C.C. (3d) 110 (C.A. Sask.), par. 41; C. C. Ruby, G. J. Chan et N. R. Hasan, *Sentencing* (8<sup>e</sup> éd. 2012), §5.211). Le juge de la peine a expliqué que [TRADUCTION] « l’enfance de M. Boutilier, son éducation et sa situation personnelle ont été extrêmement difficiles » (2015 BCSC 901, 325 C.C.C. (3d) 345, par. 104). Il a été victime de sévices physiques et sexuels lorsqu’il était enfant. « Son beau-père [...] a commencé à lui offrir de l’alcool et des substances illégales lorsqu’il avait six ou sept ans seulement et s’amusait apparemment à regarder ses facultés s’affaiblir » (par. 104). À 14 ans, M. Boutilier consommait des drogues toutes les semaines. Le juge de la

addictions, is likely the central issue before me” (para. 110). The record showed that addiction was at the root of Mr. Boutilier’s criminality, and that this addiction developed through tragic personal circumstances.

[134] Furthermore, the principle of restraint prevented the sentencing judge from imposing an indeterminate sentence if the long-term offender criteria were met and the sentence available under that scheme was adequate for public protection (*Johnson*, at paras. 29 and 40; s. 718.2(d) and (e)). The sentencing judge did not consider whether the long-term offender criteria were met, and the evidence before him suggested that they may well have been (s. 753.1). The psychiatric evidence was that “the possibility of the eventual management of Mr. Boutilier’s risk in the community is moderate based on the likelihood that he will be amenable to treatment and that he will benefit from treatment” (para. 127). The sentencing judge noted that Mr. Boutilier had expressed a desire to stop taking drugs. Although Mr. Boutilier has a terrible behavioural record in prison, the sentencing judge remarked that “[h]is positive experience at Belkin House was a brief, positive interlude in a 35-year history” (para. 208). While Mr. Boutilier was enrolled in the structured, residential program at Belkin House, he “was able to form positive therapeutic relationships . . . and made some positive changes” (para. 176). Mr. Boutilier’s age at the time that a 10-year long-term supervision order would expire (over 50) also indicates a greater chance that his risk could be managed. The evidence before the sentencing judge was that the risk of reoffending is significantly reduced for most offenders by age 50 and 60. Overall, this evidence suggests there may be a reasonable possibility that Mr. Boutilier’s risk could be controlled in the community (s. 753.1(c)).

[135] The record also suggested that a determinate sentence with a long-term supervision order

peine a conclu que « [l]a consommation continue de drogues de M. Boutilier et son incapacité de surmonter ses problèmes de consommation dévastateurs sont vraisemblablement la question centrale en l’espèce » (par. 110). Le dossier révélait que la dépendance de M. Boutilier était à la source de sa criminalité et que cette dépendance s’était développée par suite de circonstances personnelles tragiques.

[134] En outre, le principe de la modération empêchait le juge d’imposer une peine pour une période indéterminée s’il était satisfait aux critères relatifs au délinquant à contrôler et si la peine susceptible d’être imposée suivant ce régime suffisait pour protéger le public (*Johnson*, par. 29 et 40; al. 718.2d) et e)). Le juge de la peine ne s’est pas demandé s’il était satisfait aux critères relatifs au délinquant à contrôler, et la preuve portée à son attention indiquait qu’il aurait fort bien pu y être satisfait (art. 753.1). Selon la preuve psychiatrique, [TRADUCTION] « la possibilité de gérer à l’avenir le risque que présente M. Boutilier au sein de la collectivité est modérée compte tenu de la probabilité qu’il réponde à un traitement et qu’il en tire profit » (par. 127). Le juge de la peine a signalé que M. Boutilier avait exprimé le désir de cesser de consommer de la drogue. Bien que M. Boutilier se soit par le passé très mal comporté en prison, le juge de la peine a fait remarquer que « [s]on expérience positive à la Belkin House a constitué un bref interlude positif dans une période de 35 années » (par. 208). Lorsqu’il a participé au programme en résidence structuré offert à la Belkin House, il « a su former des relations thérapeutiques positives [. . .] et effectuer des changements bénéfiques » (par. 176). L’âge de M. Boutilier à la date à laquelle une ordonnance de surveillance de longue durée de 10 ans expirerait (plus de 50 ans) indique aussi une possibilité accrue de gérer le risque qu’il pose. D’après la preuve dont le juge de la peine a été saisi, le risque de récidive est considérablement réduit chez la plupart des délinquants à l’âge de 50 et de 60 ans. Dans l’ensemble, cette preuve tend à indiquer qu’il est réellement possible de maîtriser au sein de la collectivité le risque que présente M. Boutilier (al. 753.1c)).

[135] Le dossier tend aussi à indiquer qu’une peine de détention pour une période déterminée

may be adequate for public protection. To determine whether a sentence other than indeterminate detention would be adequate for public protection, both the level of the risk and the nature of harm Mr. Boutilier is likely to cause in the future must be considered. The sentencing judge only considered the level of the risk presented by Mr. Boutilier (i.e. how likely he was to overcome his addiction), and not the nature of the harm Mr. Boutilier was likely to cause (i.e. the gravity of the offences Mr. Boutilier would commit in the future if he did not), in deciding to impose indeterminate detention. In assessing whether a lesser measure would be adequate for public protection, it is significant that Mr. Boutilier's criminal record is not characterized by offences that caused serious harm.

[136] A new hearing is therefore required under s. 759(3)(a)(ii) to determine which penalty should be imposed under s. 753(4).

#### IV. Conclusion

[137] For the foregoing reasons, I would allow the appeal in part and declare s. 753(4.1) of the *Criminal Code* to be of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. I would also order a new hearing under s. 759(3)(a)(ii) of the *Criminal Code* to determine the appropriate penalty under s. 753(4).

*Appeal dismissed, KARAKATSANIS J. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellant: Eric Purtzki, Vancouver; Gary N. A. Botting, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.*

assortie d'une ordonnance de surveillance de longue durée pourrait suffire pour protéger le public. Pour déterminer si une autre peine que la détention pour une période indéterminée serait suffisante pour protéger le public, le niveau de risque et la nature du préjudice que M. Boutilier est susceptible de causer à l'avenir doivent être pris en considération. Le juge de la peine n'a pris en considération que le niveau de risque présenté par M. Boutilier (c.-à-d. la probabilité qu'il surmonte sa dépendance), et non pas la nature du préjudice que M. Boutilier était susceptible de causer (c.-à-d. la gravité des infractions qu'il commettrait à l'avenir s'il ne surmontait pas sa toxicomanie), pour en arriver à imposer une détention pour une période indéterminée. Dans l'examen du point de savoir si une mesure moins grave serait suffisante pour protéger le public, le fait qu'aucune infraction ayant causé un préjudice grave ne ressort du casier judiciaire de M. Boutilier est important.

[136] Il faut donc tenir une nouvelle audience en application du sous-al. 759(3)a)(ii) pour décider quelle peine doit être imposée en vertu du par. 753(4).

#### IV. Conclusion

[137] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de déclarer le par. 753(4.1) du *Code criminel* inopérant en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je suis également d'avis d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience en vertu du sous-al. 759(3)a)(ii) du *Code criminel* afin de déterminer la peine appropriée au titre du par. 753(4).

*Pourvoi rejeté, la juge KARAKATSANIS est dissidente en partie.*

*Procureurs de l'appellant : Eric Purtzki, Vancouver; Gary N. A. Botting, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

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

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

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

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

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Lockyer, Campbell, Posner, Toronto; Corbin Cawkell, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Lockyer, Campbell, Posner, Toronto; Corbin Cawkell, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services Inc.: Aboriginal Legal Services Inc., Toronto.*

*Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services Inc. : Aboriginal Legal Services Inc., Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Yukon Legal Services Society: Tutshi Law Centre, Whitehorse.*

*Procureur de l'intervenante la Société d'aide juridique du Yukon : Tutshi Law Centre, Whitehorse.*