

James Peter Sipos *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Criminal Lawyers’
Association (Ontario)** *Intervener*

INDEXED AS: R. v. SIPOS

2014 SCC 47

File No.: 35310.

2014: April 15; 2014: July 10.

Present: LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Appeals — Dangerous offenders — Courts — Curative powers — Fresh evidence — Trial judge declaring accused to be dangerous offender without considering long-term offender designation — Whether trial judge committed error of law — Whether Court of Appeal erred by using curative powers and upholding dangerous offender designation — Role of fresh evidence in dangerous offender designation appeals — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753, 759.

In 1996, a jury convicted the accused of multiple sexual offences and physical assaults. In 1998, the accused was declared a dangerous offender and given an indeterminate sentence. Between the time of the convictions and the decision on the dangerous offender proceeding, the *Criminal Code* was amended to add a new designation of long-term offenders. The sentencing judge did not consider a long-term offender designation before declaring the accused to be a dangerous offender. In 2012, the Court of Appeal heard an appeal from the sentence. The accused filed fresh evidence consisting of a risk assessment created in 2010 and information about his performance in sexual offender programs while in custody. A psychiatrist opined that the accused continued to meet the standard for being found a dangerous offender

James Peter Sipos *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Criminal Lawyers’
Association (Ontario)** *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : R. c. SIPOS

2014 CSC 47

N° du greffe : 35310.

2014 : 15 avril; 2014 : 10 juillet.

Présents : Les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

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

Droit criminel — Appels — Délinquants dangereux — Cours — Pouvoirs réparateurs — Nouveaux éléments de preuve — Accusé déclaré délinquant dangereux par le juge du procès sans qu’il soit tenu compte de la possibilité d’une déclaration de délinquant à contrôler — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit? — La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en appliquant ses pouvoirs réparateurs et en confirmant la déclaration de délinquant dangereux? — Quel rôle doivent jouer les nouveaux éléments de preuve dans le cadre de l’appel d’une déclaration de délinquant dangereux? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753, 759.

En 1996, un jury a déclaré l’accusé coupable de multiples infractions de nature sexuelle et d’agressions physiques. En 1998, l’accusé a été déclaré délinquant dangereux et s’est vu infliger une peine de détention d’une durée indéterminée. Entre les prononcés de culpabilité et la décision sur le statut de délinquant dangereux, le *Code criminel* a été modifié pour y ajouter la possibilité de déclarer un délinquant « délinquant à contrôler ». Le juge chargé de statuer sur la peine n’a pas tenu compte de cette possibilité avant de déclarer l’accusé délinquant dangereux. En 2012, la Cour d’appel a été saisie d’un appel relatif à la peine. L’accusé a déposé de nouveaux éléments de preuve, soit des renseignements concernant sa performance dans le cadre des programmes de traitement des délinquants sexuels qu’il avait suivis durant

but also that some factors suggested suitability for release in 2016 with 10 years long-term supervision. The Court of Appeal admitted the fresh evidence. It held that the sentencing judge committed a legal error by not considering the long-term offender provisions. However, it applied its curative powers and upheld the dangerous offender designation.

Held: The appeal should be dismissed.

An offender may appeal a dangerous offender designation on any ground of law or fact or mixed law and fact. Appellate review is concerned with legal errors and whether the designation was reasonable. An appellate court may exercise its curative power despite a legal error if there is no reasonable possibility that the verdict would have been different had the error not been made. On dangerous offender appeals, the test set out in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, governs the admissibility of fresh evidence. Fresh evidence addressing events between the time of sentencing and the time of the appeal raises competing values. Changes cannot be ignored but routinely deciding sentence appeals on the basis of after-the-fact developments could jeopardize the integrity of the criminal process by undermining its finality and could surpass the appropriate bounds of appellate review. The appellate process should be both responsive to the demands of justice and respectful of the limits of appellate review.

Fresh evidence generally has little role to play when determining whether the curative power should be exercised. In dangerous offender appeals, an appellate court may use its curative power only where there is no reasonable possibility that the result would have been different had the error not been made. The exercise is necessarily focused on the record before the sentencing judge because the question concerns what that judge might have done had he or she applied correct legal principles. The appellate court must consider whether the legal error may have resulted in exclusion of evidence that ought to have been admitted or otherwise affected the evidentiary

sa détention, ainsi qu'une évaluation du risque préparée en 2010. Un psychiatre a exprimé l'opinion que l'accusé satisfaisait toujours à la norme applicable pour être déclaré délinquant dangereux, mais aussi que, selon certains facteurs, il y avait une possibilité qu'il puisse être remis en liberté vers 2016, s'il faisait ensuite l'objet d'une surveillance de longue durée de 10 ans. La Cour d'appel a admis les nouveaux éléments de preuve et a conclu que le juge qui a prononcé la peine a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte des dispositions sur les délinquants à contrôler. Cependant, elle a exercé ses pouvoirs réparateurs et confirmé la déclaration de délinquant dangereux.

Arrêt : L'appel est rejeté.

Un délinquant peut interjeter appel d'une déclaration de délinquant dangereux sur toute question de droit ou de fait ou toute question mixte de droit et de fait. Le contrôle en appel porte sur les erreurs de droit et vise à déterminer si la déclaration de délinquant dangereux était raisonnable. Une cour d'appel peut exercer son pouvoir réparateur même en présence d'une erreur de droit s'il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si l'erreur n'avait pas été commise. Dans le contexte de l'appel d'une déclaration de délinquant dangereux, c'est le test énoncé dans *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, qui régit l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve. L'introduction de nouveaux éléments de preuve portant sur des événements survenus entre le prononcé de la peine et l'appel met en présence des valeurs opposées. Il n'est pas possible de faire abstraction des changements, mais trancher régulièrement des appels de sentence sur le fondement d'événements survenus après le fait pourrait à la fois menacer l'intégrité du processus criminel — en compromettant son caractère définitif — et outrepasser les limites appropriées du contrôle en appel. Le processus d'appel doit répondre aux exigences de la justice tout en respectant les limites auxquelles doit être assujéti le contrôle en appel.

Les nouveaux éléments de preuve jouent généralement un rôle négligeable lorsqu'il s'agit de décider si le pouvoir réparateur devrait être exercé. La cour d'appel peut utiliser ce pouvoir pour rejeter l'appel interjeté à l'égard d'une déclaration de délinquant dangereux seulement s'il n'y a aucune possibilité raisonnable que le résultat eût été différent si l'erreur n'avait pas été commise. Cet exercice est nécessairement axé sur le dossier dont était saisi le juge ayant statué sur la peine, car il s'agit de déterminer ce que celui-ci aurait fait s'il avait appliqué les bons principes juridiques. La cour d'appel doit se demander si cette erreur de droit a pu entraîner

record or the judge's assessment of it. Fresh evidence meeting the *Palmer* test might be admitted but where new evidence has nothing to do with the possible impact of the legal error on the sentencing decision, it should not be considered.

In this case, the fresh evidence has nothing to do with the impact of the legal error made by the sentencing judge. The sentencing judge's only realistic option was a dangerous offender designation. There is no suggestion that the failure to consider a long-term offender designation affected the evidentiary record. The correct focus is on the possible impact of the error on the sentencing judge's decision, not on the accused's current prospects for control in the community.

On the other hand, an offender may appeal a dangerous offender designation on the basis that it is unreasonable. There is a wider role for fresh evidence in appellate review on this basis. The appellate court may review the sentence in light of the whole record, including admissible fresh evidence. In dangerous offender appeals, appellate courts are frequently confronted with evidence about an offender's rehabilitation efforts and prospects. Appellate courts generally take a very cautious approach to intervening solely on the basis of evidence of this nature but in exceptional and proper cases, in which the evidence is sufficiently compelling, they may intervene on the basis of after-the-fact evidence. The focus is still on the impact of the new evidence on the sentencing proceeding, viewed in the context of the whole record.

The accused's fresh evidence indicates a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community if he were released from incarceration in about 2016 with a further period of 10 years long-term supervision, subject to many qualifications. However, viewed in light of the full record before the sentencing judge, the fresh evidence falls considerably short of showing that the dangerous offender designation was unreasonable. Placing ourselves in the position of the sentencing judge with the added information from the fresh evidence, there is no reasonable possibility that the result of the dangerous

l'exclusion d'éléments de preuve qui auraient dû être admis, ou pu par ailleurs influencer sur l'état du dossier de preuve ou l'appréciation de celui-ci par le juge. Les nouveaux éléments de preuve qui satisfont au test de l'arrêt *Palmer* pourraient être admis, mais lorsque les nouveaux éléments de preuve n'ont rien à voir avec l'incidence possible de l'erreur de droit sur la peine, ils ne devraient pas être pris en considération.

En l'espèce, les nouveaux éléments de preuve n'ont rien à voir avec l'incidence de l'erreur de droit commise par le juge ayant prononcé la peine, dont la seule option réaliste consistait à déclarer l'appelant délinquant dangereux. Rien ne donne à penser que l'omission d'envisager la possibilité d'une déclaration de délinquant à contrôler a eu quelque incidence sur le dossier de preuve. L'élément central reste l'incidence possible de l'erreur sur la décision du juge chargé de déterminer la peine, et non pas les perspectives actuelles de contrôle du délinquant au sein de la collectivité.

Par contre, un délinquant peut interjeter appel d'une déclaration portant qu'il est un délinquant dangereux au motif que cette décision est déraisonnable. Les nouveaux éléments de preuve ont un rôle plus important à jouer lorsque la cour d'appel effectue un contrôle sur ce fondement. La cour d'appel peut examiner la peine au regard de l'ensemble du dossier, notamment de nouveaux éléments de preuve admissibles. Dans un appel interjeté à l'égard d'une déclaration de délinquant dangereux, les cours d'appel sont souvent saisies d'éléments de preuve relatifs aux efforts et aux perspectives de réadaptation du délinquant. Les cours d'appel adoptent généralement une approche très prudente lorsqu'elles sont appelées à intervenir sur le seul fondement d'éléments de preuve de cette nature. Cela dit, dans des cas exceptionnels où il convient de le faire et où la preuve est suffisamment convaincante, elles peuvent intervenir sur le fondement d'éléments de preuve relatifs à des événements survenus après le fait. Là encore, l'accent est mis sur l'incidence de la nouvelle preuve sur la procédure de détermination de la peine, eu égard à l'ensemble du dossier.

Sous de nombreuses réserves, les nouveaux éléments de preuve produits par l'accusé indiquent qu'il y avait une possibilité raisonnable de contrôle du risque au sein de la collectivité s'il était remis en liberté vers 2016 et était assujéti à une ordonnance de surveillance de longue durée de 10 ans. Cependant, examinés à la lumière de l'ensemble du dossier dont disposait le juge chargé de déterminer la peine, les nouveaux éléments de preuve sont loin d'établir que la déclaration de délinquant dangereux était déraisonnable. Il n'y a aucune possibilité raisonnable que le résultat de la procédure relative au

offender proceedings would have been different. The evidence does not show that the dangerous offender designation was unreasonable and this is not a case that demands appellate intervention.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Johnson*, 2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357; *R. v. Currie*, [1997] 2 S.C.R. 260; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; *R. v. Lévesque*, 2000 SCC 47, [2000] 2 S.C.R. 487; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Angelillo*, 2006 SCC 55, [2006] 2 S.C.R. 728; *R. v. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1; *R. v. Smith* (2005), 376 A.R. 389; *R. v. Riley* (1996), 150 N.S.R. (2d) 390; *R. v. Faid* (1984), 52 A.R. 338; *R. v. Jimmie*, 2009 BCCA 215, 270 B.C.A.C. 301; *R. v. Halliday*, 2012 ONCA 351 (CanLII); *R. v. N.A.S.*, 2007 MBCA 97, 220 Man. R. (2d) 43; *R. v. Martin*, 2012 QCCA 2223 (CanLII); *R. v. Williamson*, 2003 BCCA 673, 191 B.C.A.C. 208; *R. v. Ferguson* (2005), 207 O.A.C. 380; *R. v. B.J.M.*, 2007 ONCA 221 (CanLII); *R. v. T.L.*, 2008 ONCA 766 (CanLII); *R. v. Mason* (2001), 147 O.A.C. 388; *R. v. Henry*, 2002 BCCA 575, 174 B.C.A.C. 238; *R. v. Armistead*, 2003 BCCA 699, 192 B.C.A.C. 227.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 675(1)(b), 683(1), 687, Part XXIV, 752, 753 [ad. 1997, c. 17, s. 4], 753.1(1) [*idem*], 759(1), (3)(a), (7).
Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6.

Authors Cited

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

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Watt and Pepall JJ.A.), 2012 ONCA 751, 298 O.A.C. 233, 297 C.C.C. (3d) 22, [2012] O.J. No. 5212 (QL), 2012 CarswellOnt 13907, affirming a sentencing decision of Lofchik J. (1998), 54 O.T.C. 241, [1998] O.J. No. 985 (QL), 1998 CarswellOnt 1219. Appeal dismissed.

Michael Dineen and Jonathan Dawe, for the appellant.

statut de délinquant dangereux eût été différent si le juge chargé de prononcer la peine avait été saisi de ce complément d'information. La preuve n'établit pas que la déclaration de délinquant dangereux était déraisonnable et la présente cause n'est pas de celles qui justifient une intervention en appel.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Johnson*, 2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357; *R. c. Currie*, [1997] 2 R.C.S. 260; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *R. c. Lévesque*, 2000 CSC 47, [2000] 2 R.C.S. 487; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Angelillo*, 2006 CSC 55, [2006] 2 R.C.S. 728; *R. c. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1; *R. c. Smith* (2005), 376 A.R. 389; *R. c. Riley* (1996), 150 N.S.R. (2d) 390; *R. c. Faid* (1984), 52 A.R. 338; *R. c. Jimmie*, 2009 BCCA 215, 270 B.C.A.C. 301; *R. c. Halliday*, 2012 ONCA 351 (CanLII); *R. c. N.A.S.*, 2007 MBCA 97, 220 Man. R. (2d) 43; *R. c. Martin*, 2012 QCCA 2223 (CanLII); *R. c. Williamson*, 2003 BCCA 673, 191 B.C.A.C. 208; *R. c. Ferguson* (2005), 207 O.A.C. 380; *R. c. B.J.M.*, 2007 ONCA 221 (CanLII); *R. c. T.L.*, 2008 ONCA 766 (CanLII); *R. c. Mason* (2001), 147 O.A.C. 388; *R. c. Henry*, 2002 BCCA 575, 174 B.C.A.C. 238; *R. c. Armistead*, 2003 BCCA 699, 192 B.C.A.C. 227.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C 46, art. 675(1)(b), 683(1), 687, partie XXIV, 752, 753 [aj. 1997, ch. 17, art. 4], 753.1(1) [*idem*], 759(1), (3)(a), (7).
Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, ch. 6.

Doctrine et autres documents cités

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 l'Ontario (les juges Doherty, Watt et Pepall), 2012 ONCA 751, 298 O.A.C. 233, 297 C.C.C. (3d) 22, [2012] O.J. No. 5212 (QL), 2012 CarswellOnt 13907, qui a confirmé une décision du juge Lofchik relative à la détermination de la peine (1998), 54 O.T.C. 241, [1998] O.J. No. 985 (QL), 1998 CarswellOnt 1219. Pourvoi rejeté.

Michael Dineen et Jonathan Dawe, pour l'appellant.

Roger A. Pinnock, for the respondent.

Nader R. Hasan and Gerald Chan, for the interveners.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] This appeal poses two related questions about appellate review of a dangerous offender designation. The first is whether the sentencing judge’s legal error in the course of imposing the designation on the appellant, Mr. Sipos, was “harmless” in the sense that it had no impact on the ultimate decision. A related question concerns the role on the appeal of fresh evidence about the offender’s current treatment and prospects.

[2] The Ontario Court of Appeal held that an error is harmless if there is no reasonable possibility that the sentencing judge’s decision would have been different had he not made the legal error. Where there is fresh evidence, this standard is applied as if the sentencing judge had access to it at the time of the original sentencing. Approaching the matter in this way, the Court of Appeal dismissed Mr. Sipos’ appeal. The Court of Appeal rejected Mr. Sipos’ position that the appeal should be allowed if the fresh evidence raises any reasonable possibility that the outcome of a new dangerous offender proceeding could be different from the original one.

[3] Mr. Sipos appeals by leave of the Court. He submits that the Court of Appeal was wrong in two respects. First, he says that the Court of Appeal was wrong to dismiss his appeal in light of the fresh evidence suggesting that there is a reasonable possibility that a new dangerous offender hearing might

Roger A. Pinnock, pour l’intimée.

Nader R. Hasan et Gerald Chan, pour l’intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi porte sur deux questions connexes relatives au contrôle en appel d’une déclaration selon laquelle un délinquant est un délinquant dangereux. Tout d’abord, il s’agit de savoir si l’erreur de droit commise par le juge qui a déclaré M. Sipos, l’appelant, délinquant dangereux était « inoffensive », en ce sens qu’elle n’a pas eu d’incidence sur la décision finale. Ensuite, il s’agit de trancher la question connexe du rôle qu’il faut accorder en appel à de nouveaux éléments de preuve relatifs au traitement actuel du délinquant et à ses perspectives d’avenir.

[2] La Cour d’appel de l’Ontario a jugé qu’une erreur de droit est inoffensive s’il n’existe pas de possibilité raisonnable que la décision du juge qui a prononcé la peine ait été différente s’il n’avait pas commis l’erreur en question. En présence de nouveaux éléments de preuve, cette norme s’applique comme si le juge qui a prononcé la peine y avait eu accès au moment où il a rendu cette décision. En appliquant cette approche, la Cour d’appel n’a pas fait droit à l’appel de M. Sipos. Elle a rejeté l’argument de ce dernier selon lequel l’appel devrait être accueilli si les nouveaux éléments de preuve soulèvent une possibilité raisonnable que l’issue d’une nouvelle procédure sur le statut de délinquant dangereux puisse être différente de celle de la première procédure.

[3] M. Sipos a interjeté appel devant la Cour sur autorisation. Il fait valoir que la Cour d’appel a eu tort de rejeter son appel compte tenu des nouveaux éléments de preuve qui suggèrent qu’il existe une possibilité raisonnable qu’une nouvelle procédure sur le statut de délinquant dangereux puisse aboutir

produce a different result from that reached at the original hearing. He further submits that the Court of Appeal erred by holding that the record in this case met the high standard required to conclude that the sentencing judge's legal error was harmless. The appellant's submissions are best considered by addressing the role of fresh evidence when the Court of Appeal is asked to use its curative powers in relation to dangerous offender appeals and by reviewing whether the Court of Appeal erred in using those curative powers in this case.

[4] I agree with the result reached by the Court of Appeal and would dismiss the appeal. However, as I will explain, I take a somewhat narrower view of the role of fresh evidence in relation to the question of whether the sentencing judge's legal error was harmless.

II. Overview of the Facts and Proceedings

A. *Procedural History*

[5] The appeal has followed a long and complicated path before arriving here. This is a result of the intersection of developments in the legislation and case law coupled with very long delays in moving the appeal forward. I say this not to attribute fault to anyone, but to underline the unusual circumstances before us. The result is that the Court of Appeal in 2012 had before it a dangerous offender designation made in 1998, roughly 14 years earlier, and fresh evidence created in 2010, roughly 12 years after the conclusion of the proceedings before the sentencing judge.

[6] The beginning of the most relevant part of the story takes us back to April of 1996. Lofchik J. sitting with a jury convicted Mr. Sipos of multiple sexual offences and physical assaults against three

à un résultat différent de celui auquel en est venu le juge lors de la première procédure. Il soutient en outre que la Cour d'appel a commis une erreur en statuant que le dossier, en l'espèce, satisfait à la norme exigeante à laquelle il faut satisfaire pour conclure que l'erreur de droit commise par le juge qui a prononcé la peine était inoffensive. Pour traiter au mieux des arguments de l'appelant, il convient, d'une part, de se pencher sur le rôle des nouveaux éléments de preuve lorsque la Cour d'appel est appelée à utiliser ses pouvoirs réparateurs dans le cadre de l'appel d'une déclaration de délinquant dangereux et, d'autre part, d'examiner si la Cour d'appel a commis une erreur dans l'utilisation de ces pouvoirs réparateurs en l'espèce.

[4] Je souscris à la conclusion de la Cour d'appel et je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Cela dit, comme je l'expliquerai, j'accorde un rôle quelque peu plus ténu qu'elle aux nouveaux éléments de preuve lorsqu'il s'agit de déterminer si l'erreur de droit commise par le juge qui a prononcé la peine est inoffensive.

II. Aperçu des faits et de l'historique judiciaire

A. *Historique judiciaire*

[5] Le pourvoi a parcouru un chemin long et semé d'embûches avant d'aboutir ici. Cette situation est le résultat d'un ensemble de modifications législatives et d'évolutions jurisprudentielles, combinées à de très longs délais durant le processus d'appel. Par ces propos, je ne cherche pas à attribuer une faute à qui que ce soit, mais plutôt à souligner combien les circonstances de l'affaire dont nous sommes saisis sont inhabituelles. En 2012, la Cour d'appel s'est ainsi trouvée à statuer sur une déclaration selon laquelle l'appelant était un délinquant dangereux datant de 1998, quelque 14 ans plus tôt, et sur de nouveaux éléments de preuve créés en 2010, soit approximativement 12 ans après la fin des procédures qui se sont déroulées devant le juge chargé de statuer sur la peine.

[6] Le début de la portion la plus pertinente de l'histoire nous reporte à avril 1996. Le juge Lofchik, qui siégeait alors avec un jury, a déclaré M. Sipos coupable de multiples infractions de nature sexuelle

women committed from the mid-1970s to the mid-1980s. The convictions included attempted buggery, indecent assault, rape, sexual assault, assault causing bodily harm and common assault. Mr. Sipos also had a considerable record of other offences of violence against women between the late 1970s and the mid-1980s.

[7] Nearly two years after his conviction at trial, that is, in March of 1998, the judge found that Mr. Sipos was a dangerous offender and imposed an indeterminate sentence ([1998] O.J. No. 985 (QL)).

[8] Between the time of the convictions and the ultimate decision nearly two years later on the dangerous offender proceeding, new legislation that is important to the case intervened. The *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, was amended to add a new designation of long-term offenders (S.C. 1997, c. 17, s. 4). These new provisions were in force at the time Mr. Sipos was found to be a dangerous offender but the judge did not consider them in reaching his decision. There are many differences in both substance and procedure between the two designations. But the main one is that in order to be found to be a long-term offender, the judge must be satisfied that “there is a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community”: s. 753.1(1)(c).

[9] Mr. Sipos appealed from the convictions and sentence, but indicated that his sentence appeal was contingent on his convictions appeal being at least partially successful. The Court of Appeal dismissed the convictions appeal and did not deal with the sentence appeal (2001 CanLII 8541). The judgment of the Court of Appeal was delivered in May of 2001 but, as noted, Mr. Sipos’ sentence appeal remained outstanding and undecided.

et d’agressions physiques contre trois femmes, infractions qui ont été perpétrées du milieu des années 70 au milieu des années 80. Les déclarations de culpabilité concernaient des infractions de tentative de sodomie, d’attentat à la pudeur, de viol, d’agression sexuelle, d’agression causant des lésions corporelles et de voies de fait simples. M. Sipos avait aussi un lourd casier judiciaire, ayant été trouvé coupable d’autres infractions de violence à l’endroit de femmes entre la fin des années 70 et le milieu des années 80.

[7] Près de deux ans après avoir été déclaré coupable à son procès, soit en mars 1998, M. Sipos a été déclaré délinquant dangereux et s’est vu infliger une peine de détention d’une durée indéterminée ([1998] O.J. No. 985 (QL)).

[8] Entre les prononcés de culpabilité et la décision finale par laquelle l’accusé a été déclaré délinquant dangereux, il s’est écoulé deux ans. Dans l’intervalle, de nouvelles dispositions législatives, importantes pour la présente cause, ont été adoptées. Le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, a été modifié pour y ajouter la possibilité de déclarer un délinquant « délinquant à contrôler » (L.C. 1997, ch. 17, art. 4). Ces nouvelles dispositions étaient en vigueur au moment où M. Sipos a été déclaré délinquant dangereux, mais le juge n’en a pas tenu compte pour rendre sa décision. Il existe de nombreuses différences tant sur le plan du fond que sur celui de la procédure entre les deux déclarations. La distinction principale entre ces deux régimes est cependant celle voulant que, pour conclure qu’un inculpé est un délinquant à contrôler, le juge doit être convaincu qu’il « existe une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité » : al. 753.1(1)c).

[9] M. Sipos a interjeté appel des déclarations de culpabilité et de la peine, mais il a indiqué que l’appel concernant sa peine était conditionnel au succès au moins partiel de celui sur les déclarations de culpabilité. La Cour d’appel a rejeté ce premier appel et ne s’est pas penchée sur l’appel de la peine (2001 CanLII 8541). Ce jugement a été rendu en mai 2001, mais, comme il a été souligné, l’appel de M. Sipos sur la peine est resté pendant et n’a fait l’objet d’aucune décision.

[10] The next relevant event came about five years after Mr. Sipos' dangerous offender designation. In 2003, this Court released its decision in *R. v. Johnson*, 2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357. It decided that in dangerous offender proceedings that occurred after the new long-term offender provisions came into force — in other words, in cases like Mr. Sipos' — judges must consider the option of a long-term offender designation, which may lead to a determinate sentence followed by long-term community supervision, before declaring a defendant to be a dangerous offender and imposing an indeterminate sentence. Failure to do this is a legal error, often referred to as a “*Johnson* error”.

[11] As noted, the judge in 1998 did not consider the recently enacted long-term offender provisions and, with the benefit of hindsight, this constituted a legal error in light of the 2003 judgment in *Johnson*. On the basis of this error and other considerations, the Court of Appeal granted leave to reopen Mr. Sipos' unresolved sentence appeal (2008 ONCA 325, 235 O.A.C. 277). But it took more than four years for this occur, so that the appeal was reopened only in late April of 2008.

[12] There was a further long delay: the appeal on the merits was not heard for more than four years, in August of 2012 (2012 ONCA 751, 298 O.A.C. 233). With the Crown's consent, Mr. Sipos filed fresh evidence in the appeal proceedings. The fresh evidence consisted of a risk assessment, prepared by Dr. Jeff McMaster in 2010, and information about his performance in sexual offender maintenance programs while in custody.

[13] This is how the Court of Appeal came to address in 2012 a dangerous offender designation that had been made roughly 14 years earlier and had

[10] L'événement pertinent suivant a eu lieu environ cinq ans après la déclaration selon laquelle M. Sipos était un délinquant dangereux. En 2003, la Cour a rendu sa décision dans *R. c. Johnson*, 2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357. Elle y a décidé que les procédures relatives aux délinquants dangereux qui se sont déroulées après l'entrée en vigueur des dispositions sur les délinquants à contrôler — autrement dit, dans les causes comme celle de M. Sipos —, les juges doivent examiner la possibilité de déclarer le délinquant « délinquant à contrôler » — ce qui peut donner lieu au prononcé d'une peine d'incarcération d'une durée déterminée suivie d'une longue période de vie supervisée dans la collectivité — avant de le déclarer délinquant dangereux et de lui infliger une peine d'une durée indéterminée. Ne pas le faire constitue une erreur de droit, souvent appelée l'« erreur *Johnson* ».

[11] Comme nous l'avons mentionné, en 1998, le juge n'a pas tenu compte des dispositions adoptées depuis peu portant sur les délinquants à contrôler. Or, avec le recul, vu la décision de 2003 dans *Johnson*, nous devons convenir qu'il a ainsi commis une erreur de droit. Compte tenu de cette erreur et d'autres considérations, la Cour d'appel a donné l'autorisation de rouvrir l'appel non tranché interjeté par M. Sipos quant à la peine qui lui avait été infligée (2008 ONCA 325, 235 O.A.C. 277). Il s'est toutefois écoulé plus de quatre ans avant que cela ne se fasse et l'appel n'a été rouvert qu'à la fin du mois d'avril 2008.

[12] Il y a eu un autre long délai : l'appel sur le fond n'a été entendu que plus de quatre ans plus tard, soit en août 2012 (2012 ONCA 751, 298 O.A.C. 233). Avec le consentement du ministère public, M. Sipos a déposé de nouveaux éléments de preuve durant les procédures d'appel, soit des renseignements concernant sa performance dans le cadre des programmes de traitement des délinquants sexuels qu'il avait suivis durant sa détention, ainsi qu'une évaluation du risque préparée par le D^r Jeff McMaster en 2010.

[13] C'est ainsi que la Cour d'appel en est venue à se pencher, en 2012, sur une décision ayant déclaré un délinquant « délinquant dangereux » rendue

evidence before it that was created in 2010, roughly 12 years after the designation.

B. Judgment of the Court of Appeal

[14] The Court of Appeal concluded that, in light of *Johnson*, there was clearly a legal error in not considering the long-term offender option before designating Mr. Sipos as a dangerous offender. The Court of Appeal noted, however, that this error does not automatically compel a new dangerous offender hearing. Rather, the appellate court has a curative power: it may dismiss the appeal if persuaded that there is no reasonable possibility that the sentence would have been different had the legal error not been made (see *Johnson*, at paras. 47-50).

[15] Putting aside the fresh evidence, the Court of Appeal concluded that there was no such reasonable possibility, noting that Mr. Sipos did not contend otherwise. The sentencing judge, in comprehensive reasons, found that the evidence before him did not support the view that, at some determinate point in the future, the risk that Mr. Sipos posed to society could be reduced to an acceptable level if he were to be allowed to live in the community. The sentencing judge's analysis of the evidence would have inevitably led him to reject a long-term offender designation for the same reasons that he rejected the determinate sentence option: sentencing judge's reasons, at paras. 199-207; Court of Appeal reasons, at para. 29.

[16] The question then arose as to how the Court of Appeal should use the new evidence in considering whether to exercise this curative power. The new evidence suggests that there is *now* a possibility that the risk that Mr. Sipos poses can be controlled in the community by 2016 with appropriate supervision. The Court of Appeal held that, while the new evidence must be considered, appellate review is fundamentally an error-correcting exercise that

quelque 14 ans plus tôt et qu'elle a dû se pencher, à cette fin, sur des éléments de preuve créés en 2010, soit environ 12 ans après la déclaration en question.

B. Jugement de la Cour d'appel

[14] La Cour d'appel a conclu que, à la lumière de la décision dans *Johnson*, ne pas avoir tenu compte de l'option d'une déclaration comme délinquant à contrôler avant de désigner M. Sipos délinquant dangereux avait manifestement constitué une erreur de droit. Toutefois, la Cour d'appel a souligné que cette erreur n'entraînait pas automatiquement la tenue d'une nouvelle audience sur le statut de délinquant dangereux. En effet, le tribunal d'appel dispose plutôt d'un pouvoir réparateur : il peut rejeter l'appel s'il est convaincu qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que la peine ait été différente si l'erreur de droit n'avait pas été commise (voir *Johnson*, par. 47-50).

[15] Mettant de côté dans un premier temps les nouveaux éléments de preuve, la Cour d'appel a conclu qu'il n'existait aucune possibilité raisonnable de ce type, soulignant au passage que M. Sipos ne prétendait pas le contraire. Dans des motifs très étoffés, le juge qui a statué sur la peine a conclu que la preuve portée à sa connaissance ne permettait pas d'étayer le point de vue selon lequel, à un moment déterminé dans le futur, le risque que pose M. Sipos pour la société pourrait être réduit à un niveau acceptable s'il était autorisé à vivre dans la collectivité. Cette analyse l'aurait inévitablement mené à rejeter la possibilité de déclarer M. Sipos délinquant à contrôler pour les mêmes motifs qu'il a rejetés celle de prononcer une peine d'une durée déterminée : motifs du juge qui a statué sur la peine, par. 199-207; motifs de la Cour d'appel, par. 29.

[16] La Cour d'appel avait ensuite à déterminer comment elle devait utiliser les nouveaux éléments de preuve pour décider s'il convenait d'exercer son pouvoir réparateur. Ces nouveaux éléments de preuve suggèrent qu'il existe *maintenant* une possibilité que le risque que pose M. Sipos puisse être maîtrisé au sein de la collectivité, à compter de 2016, s'il faisait l'objet d'une surveillance adéquate. La Cour d'appel a jugé que, bien qu'il faille

looks backward to the decision under appeal, in order to determine whether the court below fell into reversible error when it made the decision being reviewed. It held that the possibility that a different decision might be made if a new dangerous offender hearing were held now is irrelevant. The question on appeal was whether, having regard to the evidence before the sentencing judge, and the fresh evidence admitted on appeal, there was any reasonable possibility that the result of the dangerous offender hearing would have been any different had the judge considered the long-term offender provisions.

[17] The Court of Appeal answered this question in the negative. The court noted that the new evidence from Dr. McMaster consisted of his assessment as of 2010 and pertained to whether Mr. Sipos could meet the criteria for a long-term offender. Even on Dr. McMaster's "best case" scenario, his potential release into the community was at least some 18 years away in 1998 (para. 34). Considering the report in light of the other evidence before the sentencing judge, the Court of Appeal concluded that Dr. McMaster's risk assessment did not cast any doubt on the sentencing judge's conclusion that as of 1998, an indeterminate sentence was appropriate.

III. Analysis

[18] Before returning to the two issues in detail, it will be helpful to place them in their proper legal framework. That, in turn, requires a brief review of the difference between long-term offender and dangerous offender status, this Court's decision in *Johnson*, the nature of appellate review and the

tenir compte des nouveaux éléments de preuve, le contrôle en appel est fondamentalement un exercice de correction d'erreurs qui jette un regard rétrospectif sur la décision portée en appel, de manière à décider si le tribunal d'instance inférieure a commis une erreur susceptible de révision lorsqu'il a rendu la décision qui fait l'objet du contrôle. La Cour d'appel a conclu que la possibilité qu'une décision différente puisse être rendue si une nouvelle audience était tenue aujourd'hui sur le statut de délinquant dangereux était sans pertinence. En appel, la question qui devait être tranchée était celle de savoir si, eu égard à la preuve dont était saisi le juge qui a prononcé la peine et aux nouveaux éléments de preuve admis en appel, il existait une possibilité raisonnable que l'issue de l'audience sur le statut de délinquant dangereux ait pu être différente si le juge avait tenu compte des dispositions sur les délinquants à contrôler.

[17] La Cour d'appel a répondu à cette question par la négative. Elle a souligné que le rapport du D^r McMaster déposé comme nouvel élément de preuve consignait son évaluation, en date de 2010, et portait sur la question de savoir si M. Sipos satisfaisait au test pour être déclaré délinquant à contrôler. Or, même selon le [TRADUCTION] « scénario "le plus optimiste" » du D^r McMaster, la possible remise de M. Sipos dans la collectivité n'était, en 1998, pas envisageable avant au moins environ 18 ans (par. 34). Après avoir examiné le rapport conjointement avec le reste de la preuve dont disposait le juge chargé de statuer sur la peine, la Cour d'appel a conclu que l'évaluation du risque du D^r McMaster ne soulevait aucun doute quant à la conclusion du juge selon laquelle, en 1998, il était approprié d'infliger une peine de détention d'une durée indéterminée.

III. Analyse

[18] Avant d'examiner en détail les deux questions en litige, il est utile de les replacer dans le contexte légal approprié. Cela suppose qu'il faille, au préalable, mener un bref examen de la différence entre le statut de délinquant à contrôler et celui de délinquant dangereux, de la décision de la Cour

powers of the court of appeal on dangerous offender appeals.

A. *Legal Framework*

(1) The Two Regimes

[19] The dangerous offender and long-term offender provisions found in Part XXIV of the *Criminal Code* are both examples of preventive sanctions. While they may only come into play once the offender has been convicted of offences of a certain degree of seriousness, their focus is on imposing special measures on the offender in order to address an elevated risk of future offending. A dangerous offender may be sentenced to an indeterminate sentence of imprisonment; this is preventive detention in its clearest and most extreme form. A long-term offender may be sentenced for the underlying offence and, in addition, to a long-term supervision order not to exceed 10 years. This is a preventive sanction that is finite in length and built on supervision in the community.

[20] For the purposes of this appeal, s. 753(1)(b) is the relevant provision in relation to Mr. Sipos' designation as a dangerous offender. Before the designation may be imposed, the offence for which the offender has been convicted must be a "serious personal injury offence". Serious personal injury offences include offences involving the use or attempted use of violence for which the offender may be sentenced to imprisonment for at least 10 years and a number of specified sexual offences: s. 752. There is no question that Mr. Sipos' convictions qualify. The remaining elements required for the designation are both retrospective and prospective. 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": s. 753(1)(b).

dans *Johnson*, de la nature du contrôle en appel et des pouvoirs d'une cour d'appel dans des instances sur le statut de délinquant dangereux.

A. *Le cadre législatif*

(1) Les deux régimes

[19] Les dispositions de la partie XXIV du *Code criminel* sur les délinquants dangereux et les délinquants à contrôler créent deux exemples de sanctions préventives. Même si elles n'entrent en jeu qu'une fois que le délinquant a été déclaré coupable d'infractions d'une certaine gravité, elles visent surtout à imposer des mesures spéciales au délinquant de manière à parer le risque élevé de récidives. Un délinquant dangereux peut être condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée; il s'agit de la forme extrême et la plus manifeste de détention préventive. Un délinquant à contrôler peut, pour sa part, être condamné pour l'infraction qu'il a commise et, en plus, faire l'objet d'une ordonnance enjoignant qu'il soit soumis à une surveillance de longue durée, d'une période maximale de 10 ans. Cette sanction préventive est limitée dans le temps et conçue en fonction d'une surveillance dans la collectivité.

[20] Aux fins du présent appel, l'al. 753(1)(b) est la disposition pertinente en ce qui a trait à la déclaration selon laquelle M. Sipos est un délinquant dangereux. Pour qu'une telle déclaration soit prononcée, l'infraction commise doit constituer « des sévices graves à la personne ». Ce type d'infractions comprend celles qui supposent l'emploi ou la tentative d'emploi de la violence pour lesquelles le délinquant est passible d'une peine d'emprisonnement d'au moins 10 ans ainsi qu'un certain nombre d'infractions de nature sexuelle : art. 752. Il ne fait aucun doute que les infractions pour lesquelles M. Sipos a été déclaré coupable sont du nombre. Les autres éléments exigés pour qu'il y ait déclaration sont à la fois rétrospectifs et prospectifs. 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 » : al. 753(1)(b).

[21] The long-term offender provisions permit the court to impose a sentence for the offence for which the offender has been convicted *and* order that he or she be subject to long-term supervision for a period that does not exceed 10 years: s. 753.1(3). In order to make a long-term offender designation, the court must be satisfied that it would be appropriate to impose a sentence of imprisonment of at least two years for the offence for which the offender has been convicted, that there is a substantial risk that the offender will reoffend, and that there is a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community: s. 753.1(1).

(2) Johnson and the “Johnson Error”

[22] The two regimes must be considered together. At the time of the sentencing judge’s decision, the version of s. 753 in force was the same as the one interpreted by this Court in *Johnson*. The Court held that if a sentencing judge is satisfied that the long-term offender provisions are sufficient to reduce the risk to the life, safety or physical or mental well-being of other persons to an acceptable level, the judge “cannot properly declare an offender dangerous and thereupon impose an indeterminate sentence, even if all of the statutory criteria have been satisfied”: *Johnson*, at para. 40. Failure to consider these options became known as the “Johnson error”. There is no dispute between the parties that the sentencing judge made it in this case and it has not been suggested that the 2008 amendments to the provisions (S.C. 2008, c. 6) affect that conclusion in this case.

(3) Dangerous Offender Appeals

[23] A person who has been found to be a dangerous offender may appeal to the court of appeal on any ground of law or fact or mixed law and fact: s. 759(1). The appellate court has the statutory power to dismiss the appeal or to allow it. If the court allows the appeal, it may find that the offender is not

[21] Les dispositions sur les délinquants à contrôler permettent à la cour d’infliger une peine pour l’infraction dont le délinquant a été déclaré coupable *et* d’ordonner que ce dernier soit soumis à une surveillance de longue durée pour une période maximale de 10 ans : par. 753.1(3). Avant de rendre une ordonnance déclarant que le délinquant est un délinquant à contrôler, le tribunal doit être convaincu qu’il y a lieu de lui infliger une peine minimale d’emprisonnement de deux ans pour l’infraction dont il a été déclaré coupable, qu’il présente un risque élevé de récidive et qu’il existe une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité : par. 753.1(1).

(2) Johnson et l’« erreur Johnson »

[22] Les deux régimes doivent être examinés conjointement. La version de l’art. 753 qui était en vigueur au moment où le juge chargé de prononcer la peine a rendu sa décision était la même que celle qui a été interprétée par la Cour dans *Johnson*. La Cour y avait conclu que le juge qui est convaincu que les dispositions applicables aux délinquants à contrôler permettent d’abaisser à un niveau acceptable le risque pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit « ne peut à bon droit déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux et lui infliger de ce fait une peine de détention d’une durée indéterminée, même lorsque sont réunies toutes les conditions légales pour le faire » : *Johnson*, par. 40. Le fait de ne pas examiner ces options constitue ce qu’on a appelé l’« erreur Johnson ». Les parties ne contestent pas que le juge qui a prononcé la peine a commis une telle erreur en l’espèce et elles n’ont pas laissé entendre que les modifications législatives de 2008 (L.C. 2008, ch. 6) changeaient quoi que ce soit à cette conclusion dans la présente affaire.

(3) Appel interjeté par le délinquant dangereux

[23] Le délinquant déclaré délinquant dangereux peut interjeter appel à la cour d’appel sur toute question de droit ou de fait ou toute question mixte de droit et de fait : par. 759(1). La cour d’appel a le pouvoir légal de rejeter l’appel ou d’y faire droit. Si elle admet l’appel, elle peut soit déclarer que le

a dangerous offender or a long-term offender, make an order that the trial court could make or order a new hearing: s. 759(3)(a). There is no explicit reference to appellate review of the fitness of the designation. This Court has determined that appellate review is concerned with legal errors and whether the dangerous offender designation was reasonable: *R. v. Currie*, [1997] 2 S.C.R. 260, at para. 33.

[24] Consistent with this broad understanding of the appellate court's review of the sentence, this Court in *Johnson* interpreted the power to dismiss an appeal as including the power to do so even in the face of a legal error, provided that the error occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice. The Court emphasized, however, that this will be so "in only the rarest of circumstances, if any": para. 50. For the court to exercise this curative power, the Crown must show that there is "no reasonable possibility that the verdict would have been any different had the error of law not been made": para. 49.

[25] It is worth pausing here to contrast appellate review of a dangerous offender designation with that of what I will refer to as "regular" sentence appeals. In indictable matters, the offender may appeal the sentence passed by the trial court unless the sentence is one fixed by law: s. 675(1)(b). On the appeal, the court of appeal is to "consider the fitness of the sentence" and may "on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive", vary the sentence or dismiss the appeal: s. 687(1). This allows for appellate review for error in principle and for whether the sentence is demonstrably unfit or manifestly wrong. This is a highly deferential standard of review. As Lamer C.J. put it in *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 90:

... absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary a

délinquant n'est pas un délinquant dangereux ou un délinquant à contrôler, ou rendre une ordonnance qu'aurait pu rendre le tribunal de première instance, soit ordonner la tenue d'une nouvelle audience : al. 759(3)a). On ne prévoit pas expressément le contrôle en appel de l'opportunité de la déclaration. Selon la Cour, le contrôle en appel porte sur les erreurs de droit et vise à déterminer si la déclaration de délinquant dangereux était raisonnable : *R. c. Currie*, [1997] 2 R.C.S. 260, par. 33.

[24] Conformément à cette conception large du pouvoir de contrôle en appel de la sentence, la Cour dans *Johnson* a interprété le pouvoir de rejeter l'appel comme comportant celui de le faire même en présence d'une erreur de droit, dans la mesure où l'erreur n'a donné lieu à aucun tort important ni à aucune erreur judiciaire grave. La Cour a toutefois souligné que cela « arrivera rarement, sinon jamais » : par. 50. Pour que le tribunal puisse exercer ce pouvoir réparateur, le ministère public doit établir « l'absence d'une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si l'erreur de droit n'avait pas été commise » : par. 49.

[25] Il convient ici de bien différencier le contrôle en appel d'une déclaration de délinquant dangereux de ce que j'appellerai l'appel « normal » d'une sentence. Dans les procédures sur acte d'accusation, le délinquant peut interjeter appel de la sentence rendue par le tribunal de première instance à moins qu'elle ne soit de celles que fixe la loi : al. 675(1)b). La cour saisie de l'appel doit « consid[érer] [. . .] la justesse de la sentence » et peut « d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir », modifier la sentence ou rejeter l'appel : par. 687(1). Cela permet le contrôle en appel d'une erreur de principe et de la question de savoir si la peine n'est manifestement pas indiquée ou est manifestement erronée. Il s'agit là d'une norme de contrôle commandant une très grande déférence. Comme l'a affirmé le juge en chef Lamer dans *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 90 :

... sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel

sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit.

(See also *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at paras. 45-50; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948, at paras. 14-17.)

[26] The Court in *Currie* held that appellate review of a dangerous offender designation is somewhat more robust. Nonetheless, this does not call for a completely fresh look on appeal at the designation (or as lawyers say, a *de novo* assessment). The appellate court must give some deference to the findings of the sentencing judge: *Currie*, at para. 33.

[27] Unlike dangerous offender appeals, there is no curative power on “regular” sentence appeals and the predominant view is that there is no authority in the court of appeal to remit the matter to the trial judge for a new sentencing hearing. On a regular sentence appeal, the appellate court’s role is to determine the legality and fitness of the sentence imposed at trial. If the court of appeal finds that there are grounds requiring its intervention, it imposes a fit sentence in what amounts to a new sentencing hearing: *Criminal Code*, s. 687.

(4) Fresh Evidence on Sentence Appeals

[28] On sentence appeals in indictable offences, the court may consider “such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive”: s. 687(1). There is no parallel provision in relation to appeals of dangerous offender designations. However, on those appeals, the court of appeal may admit fresh evidence when it is in the interests of justice to do so: s. 759(7) and s. 683(1).

[29] The Court established in *R. v. Lévesque*, 2000 SCC 47, [2000] 2 S.C.R. 487, that while the

ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n’est manifestement pas indiquée.

(Voir aussi *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, par. 45-50; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948, par. 14-17.)

[26] La Cour, dans *Currie*, a conclu que le contrôle en appel d’une déclaration de délinquant dangereux est un peu plus vigoureux. Toutefois, cela n’exige pas de la cour saisie de l’appel qu’elle pose un regard entièrement neuf sur la déclaration (ou, comme le disent les avocats, qu’elle procède à un examen *de novo*). Elle doit plutôt faire preuve d’une certaine retenue envers les conclusions du juge qui a statué sur la peine : *Currie*, par. 33.

[27] La cour saisie d’un appel « normal » de sentence — par opposition à l’appel interjeté à l’égard d’une déclaration de délinquant dangereux — ne dispose d’aucun pouvoir réparateur, et n’est pas, selon la position prédominante, autorisée à renvoyer l’affaire au juge du procès pour que celui-ci tienne une nouvelle audience de détermination de la peine. Dans un appel normal de sentence, le rôle de la cour d’appel consiste à juger de la légalité et de la justesse de la peine infligée au procès. Si la cour d’appel conclut que son intervention est justifiée, elle inflige une peine juste dans ce qui équivaut à une nouvelle audience de détermination de la peine : *Code criminel*, art. 687.

(4) Nouveaux éléments de preuve lors d’un appel de sentence

[28] Dans les appels de sentences infligées à l’égard de la perpétration d’actes criminels, la cour peut examiner « la preuve, le cas échéant, qu’elle croit utile d’exiger ou de recevoir » : par. 687(1). Il n’existe pas de disposition analogue pour les appels relatifs aux déclarations de délinquant dangereux. Cependant, dans de tels cas, la cour d’appel peut admettre une nouvelle preuve lorsqu’il est dans l’intérêt de la justice de le faire : par. 759(7) et 683(1).

[29] La Cour a établi dans *R. c. Lévesque*, 2000 CSC 47, [2000] 2 R.C.S. 487, que, bien que les

sources and types of new evidence are more flexible in relation to sentence appeals, the well-known “Palmer” test governs admissibility of fresh evidence. That test, as is well known, sets out four criteria concerned with due diligence, relevance, credibility and impact on the result: *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775. Generally, fresh evidence should not be received if it could have been obtained at trial by exercising due diligence, although this criterion is not strictly applied in criminal matters when it would be contrary to the interests of justice to do so. The evidence must be relevant in the sense that it relates to a potentially decisive issue and reasonably worthy of belief. Finally, the evidence, if accepted, must reasonably be expected to have affected the result when considered along with the trial evidence. As Charron J. explained in *R. v. Angelillo*, 2006 SCC 55, [2006] 2 S.C.R. 728, at para. 15:

In accordance with the last three of the *Palmer* criteria, an appellate court can therefore admit evidence only if it is relevant and credible and if it could reasonably be expected to have affected the result had it been adduced at trial together with the other evidence. [Emphasis added.]

[30] Fresh evidence addressing events that have occurred between the time of sentencing and the time of the appeal may raise difficult issues which bring competing values into sharp relief. On one hand, we must recognize, as Doherty J.A. put it in *R. v. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1, at para. 166, that “[a]ppeals take time. Lives go on. Things change. These human realities cannot be ignored when the Court of Appeal is called upon to impose sentences well after the event.” However, we must equally pay attention to the institutional limitations of appellate courts and the important value of finality. Routinely deciding sentence appeals on the basis of after-the-fact developments could both jeopardize the integrity of the criminal process by undermining its finality and surpass the appropriate bounds of

sources et les genres de preuves soient assouplis lorsque l’appel concerne la sentence, l’admissibilité d’une nouvelle preuve est régie par le test bien connu de l’arrêt *Palmer*. Cet arrêt, comme on le sait, énonce quatre critères portant sur la diligence raisonnable, la pertinence, la crédibilité et l’incidence sur le résultat : *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, p. 775. On ne devrait généralement pas admettre un nouvel élément de preuve qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être obtenu en première instance — ce critère n’étant toutefois pas appliqué de manière stricte dans les affaires criminelles lorsqu’il serait contraire à l’intérêt de la justice de le faire. La preuve doit être pertinente, en ce sens qu’elle doit porter sur une question potentiellement décisive et qu’on peut raisonnablement y ajouter foi. Enfin, la preuve doit être telle que, si on l’accepte, on peut raisonnablement penser que, considérée avec les éléments produits en première instance, elle aurait influé sur le résultat. Comme l’a expliqué le juge Charron dans *R. c. Angelillo*, 2006 CSC 55, [2006] 2 R.C.S. 728, par. 15 :

Conformément aux trois derniers critères de l’arrêt *Palmer*, une cour d’appel ne peut donc admettre que des éléments de preuve qui sont pertinents, plausibles et dont on peut raisonnablement penser qu’ils auraient influé sur le résultat s’ils avaient été produits en première instance avec les autres éléments de preuve. [Je souligne.]

[30] L’introduction de nouveaux éléments de preuve portant sur des événements survenus entre le prononcé de la peine et l’appel peut soulever des problèmes complexes mettant clairement en évidence des valeurs opposées. D’une part, nous devons reconnaître, pour reprendre les termes du juge Doherty dans *R. c. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1, par. 166, que [TRADUCTION] « [L]es appels prennent un certain temps. La vie continue. Les choses changent. La Cour d’appel ne peut faire abstraction de ces réalités humaines lorsqu’elle est appelée à infliger une peine bien après le fait. » Cependant, nous devons également tenir compte des limites institutionnelles des cours d’appel et de la valeur importante du caractère définitif des décisions. Trancher régulièrement des appels de sentence sur

appellate review: *Lévesque*, at para. 20; *R. v. Smith* (2005), 376 A.R. 389 (C.A.), at paras. 21-25.

[31] Given the almost infinite variety of circumstances that may arise, it is neither desirable nor possible to formulate any hard and fast, detailed rules about the sorts of after-the-fact evidence that should or should not be considered in all cases. The abundant appellate jurisprudence cannot be reduced to a tidy set of rules, but rather reflects the courts' attempts to balance these at times competing values in light of particular and widely varying sets of circumstances: see, e.g., *R. v. Riley* (1996), 150 N.S.R. (2d) 390 (C.A.); *R. v. Faid* (1984), 52 A.R. 338 (C.A.); *R. v. Jimmie*, 2009 BCCA 215, 270 B.C.A.C. 301; *R. v. Halliday*, 2012 ONCA 351 (CanLII); and generally, C. C. Ruby, G. J. Chan and N. R. Hasan, *Sentencing* (8th ed. 2012), at §§ 4.49 ff.; *R. v. N.A.S.*, 2007 MBCA 97, 220 Man. R. (2d) 43; *R. v. Martin*, 2012 QCCA 2223 (CanLII). At the level of principle, the approach set out in *Lévesque* and *Angelillo* strikes the balance between the competing values and, when applied thoughtfully to the particular circumstances before the court, provides sufficient flexibility to ensure that the appellate process is both responsive to the demands of justice and respectful of the proper limits of appellate review.

[32] With this legal framework in mind, I now return to the issues raised on appeal by Mr. Sipos.

B. Did the Court of Appeal Err by Using Its Curative Powers?

[33] The appellant's basic point is that the Court of Appeal's error was to limit the application of its curative power by asking whether there was a reasonable possibility that the result at the original hearing would have been different but for the legal error. Instead, the appellant submits that the

le fondement d'événements survenus après le fait pourrait à la fois menacer l'intégrité du processus criminel — en compromettant son caractère définitif — et outrepasser les limites appropriées du contrôle en appel : *Lévesque*, par. 20; *R. c. Smith* (2005), 376 A.R. 389 (C.A.), par. 21-25.

[31] Vu la diversité presque infinie des situations susceptibles de survenir, il n'est ni souhaitable ni possible de formuler des règles absolues ou détaillées quant aux types d'éléments de preuve relatifs à des événements survenus après le fait qui devraient ou ne devraient pas être pris en considération dans tous les cas. La jurisprudence abondante des cours d'appel ne saurait être réduite à un ensemble ordonné de règles, mais montre plutôt qu'elles ont essayé de mettre en balance des valeurs parfois opposées à la lumière de circonstances particulières et très variées : voir, p. ex., *R. c. Riley* (1996) 150 N.S.R. (2d) 390 (C.A.); *R. c. Faid* (1984), 52 A.R. 338 (C.A.); *R. c. Jimmie*, 2009 BCCA 215, 270 B.C.A.C. 301; *R. c. Halliday*, 2012 ONCA 351 (CanLII); et, de façon générale, C. C. Ruby, G. J. Chan et N. R. Hasan, *Sentencing* (8^e éd. 2012), §§ 4.49 et suiv.; *R. c. N.A.S.*, 2007 MBCA 97, 220 Man. R. (2d) 43; *R. c. Martin*, 2012 QCCA 2223 (CanLII). Sur le plan des principes, l'approche énoncée dans *Lévesque* et *Angelillo* établit un équilibre entre ces valeurs opposées et, lorsqu'on l'applique judicieusement aux circonstances particulières soumises aux tribunaux, elle est suffisamment souple pour faire en sorte que le processus d'appel réponde aux exigences de la justice tout en respectant les limites auxquelles doit être assujéti le contrôle en appel.

[32] En tenant compte de ce cadre juridique, je reviens maintenant aux questions soulevées par M. Sipos dans le présent pourvoi.

B. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur dans l'utilisation de ses pouvoirs réparateurs?

[33] L'appelant soutient essentiellement que la Cour d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a limité l'application de son pouvoir réparateur en se demandant s'il y avait une possibilité raisonnable que l'audience initiale eût abouti à un résultat différent si l'erreur de droit n'avait pas été commise.

Court of Appeal ought to have followed what he says is the usual practice on sentence appeals of considering what would be a fit sentence at the time of the appeal: A.F., at paras. 16-17. This position, in my respectful view, is fundamentally flawed.

[34] The appellant's submission in my view confuses appellate review for legal error with appellate review for the reasonableness of the designation. Whether the curative power should be exercised is part of appellate review for legal error. The question essentially involves considering what impact, if any, the legal error had on the outcome. In considering that question, fresh evidence generally has little role to play. On the other hand, whether the designation is reasonable is a more searching form of appellate review and fresh evidence that meets the *Palmer* criterion potentially has a greater role to play in that context.

(1) The Curative Power and Fresh Evidence

[35] In dangerous offender appeals, the appellate court may use its curative power to dismiss an appeal even though there was a legal error at first instance. This power may be used only where the legal error was "harmless" in the sense that there is no reasonable possibility that the result would have been different had the error not been made. It follows that a legal error does not necessarily require reconsideration of the sentence. The appellate court must consider whether the error had any impact on the result. But there is a heavy onus on the Crown: it must show that there is no reasonable possibility that the result would have been different had the error not been made.

[36] This exercise is necessarily focused on the record before the sentencing judge because the question concerns what that judge might have done had he or she applied correct legal principles. Of course,

L'appelant fait valoir que la Cour d'appel aurait plutôt dû suivre la pratique — selon lui habituelle en matière d'appels de sentence — consistant à se demander ce qui constituerait une peine juste au moment de l'appel : m.a., par. 16-17. Ce point de vue est, à mon humble avis, fondamentalement vicié.

[34] Selon moi, l'argument de l'appelant confond le contrôle en appel d'une erreur de droit et celui portant sur le caractère raisonnable d'une déclaration de délinquant dangereux. L'examen de la question de savoir si le pouvoir réparateur devrait être exercé fait partie du contrôle en appel d'une erreur de droit. Il faut alors essentiellement se demander quel effet, s'il en est, cette erreur a eu sur l'issue du procès. Les nouveaux éléments de preuve jouent généralement un rôle négligeable à cet égard. Cependant, l'examen du caractère raisonnable de la déclaration de délinquant dangereux constitue une forme plus poussée de contrôle en appel et les nouveaux éléments de preuve qui satisfont à ce critère de l'arrêt *Palmer* peuvent jouer un rôle plus important dans un tel contexte.

(1) Pouvoir réparateur et nouveaux éléments de preuve

[35] La cour d'appel peut utiliser son pouvoir réparateur pour rejeter l'appel interjeté à l'égard d'une déclaration de délinquant dangereux même s'il y a eu une erreur de droit en première instance. Ce pouvoir ne peut être utilisé que si cette erreur était « inoffensive », en ce sens qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que le résultat eût été différent si l'erreur n'avait pas été commise. Une erreur de droit n'exige donc pas nécessairement un réexamen de la sentence. La cour d'appel doit se demander si l'erreur a eu une incidence sur le résultat. Un lourd fardeau incombe toutefois au ministère public, soit celui d'établir qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que le résultat eût été différent si l'erreur n'avait pas été commise.

[36] Cet exercice est nécessairement axé sur le dossier dont était saisi le juge ayant prononcé la sentence, car il s'agit de déterminer ce que celui-ci aurait fait s'il avait appliqué les bons principes

the appellate court must also consider whether the judge's legal error may have resulted in exclusion of evidence that ought to have been admitted or otherwise affected the state of the evidentiary record or the judge's assessment of it: see, e.g., *R. v. Williamson*, 2003 BCCA 673, 191 B.C.A.C. 208; *R. v. Ferguson* (2005), 207 O.A.C. 380; *R. v. B.J.M.*, 2007 ONCA 221 (CanLII). In cases of that nature, fresh evidence meeting the *Palmer* test might be admitted so that the appellate court can properly consider the impact of the error on the outcome. But generally speaking, where proposed new evidence has nothing to do with the possible impact of the legal error on the sentencing judge's decision, it should not be considered in relation to the use of the curative power. This is nothing more than application of the second *Palmer* criterion: that the evidence be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue relating to the sentence. Evidence that is in no way linked to the legal error made by the sentencing judge is not relevant to the question of whether the curative power should be used.

[37] In this respect, I differ from the view of the Court of Appeal. It held that evidence of the offender's current rehabilitative prospects has a role to play in connection with applying the proviso. In my view, absent some connection between the fresh evidence and the sentencing judge's legal error, it does not.

[38] In this case, the fresh evidence has nothing to do with the impact of the legal error made by the sentencing judge. There is no dispute that, on the record before the sentencing judge, the only realistic option was a dangerous offender designation. There is no suggestion that the judge's failure to consider a long-term offender designation in any way affected the evidentiary record before him or that he might have weighed the evidence differently if he had considered the long-term offender option.

juridiques. Bien entendu, la cour d'appel doit également se demander si cette erreur de droit a pu entraîner l'exclusion d'éléments de preuve qui auraient dû être admis, ou pu par ailleurs influencer sur l'état du dossier de preuve ou l'appréciation de celui-ci par le juge : voir, p. ex., *R. c. Williamson*, 2003 BCCA 673, 191 B.C.A.C. 208; *R. c. Ferguson* (2005), 207 O.A.C. 380; *R. c. B.J.M.*, 2007 ONCA 221 (CanLII). Dans de tels cas, les nouveaux éléments de preuve qui satisfont aux critères de l'arrêt *Palmer* pourraient être admis pour que la cour d'appel puisse dûment évaluer l'incidence de l'erreur sur le résultat. Mais, règle générale, les nouveaux éléments de preuve proposés qui n'ont rien à voir avec l'incidence possible de l'erreur de droit sur la décision rendue par le juge chargé de déterminer la peine ne devraient pas être pris en considération en lien avec l'utilisation du pouvoir réparateur. Il s'agit simplement d'une application du deuxième critère de l'arrêt *Palmer* selon lequel la preuve doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive relativement à la peine. Une preuve qui n'est aucunement liée à l'erreur de droit commise par le juge ayant prononcé la peine n'est pas pertinente quant à savoir si le pouvoir réparateur devrait ou non être utilisé.

[37] À cet égard, je ne suis pas d'accord avec la Cour d'appel. Selon elle, la preuve relative aux perspectives actuelles de réadaptation du délinquant a un rôle à jouer en ce qui concerne l'application de la disposition réparatrice. À mon avis, ce n'est pas le cas lorsqu'il n'y a aucun lien entre les nouveaux éléments de preuve et l'erreur de droit.

[38] En l'espèce, les nouveaux éléments de preuve n'ont rien à voir avec l'incidence de l'erreur de droit commise par le juge ayant prononcé la peine. Il n'est pas contesté qu'eu égard au dossier dont disposait celui-ci, la seule option réaliste consistait à déclarer l'appelant délinquant dangereux. Rien ne donne à penser que le fait que le juge n'a pas envisagé la possibilité d'une déclaration portant que l'appelant est un délinquant à contrôler a eu quelque incidence sur le dossier de preuve dont il disposait ou qu'il aurait pu évaluer la preuve différemment s'il avait envisagé cette option.

[39] The appellant's submission amounts to this: every legal error made by the sentencing judge requires the appellate court to direct a new hearing if there is any reasonable possibility that a different sentence would now be imposed. This approach, in my view, has two flaws. First, it loses entirely the correct focus when exercising the curative power. That focus is on the possible impact of the error on the sentencing judge's decision, not on the offender's *current prospects* for control in the community. Second, losing that focus in effect creates a very low threshold for obtaining a new sentencing hearing. This, in my respectful view, turns the legal framework on its head. The appellate court would no longer be assessing the possible impact of the legal error on the result arrived at by the sentencing judge, but would be using the error to trigger a complete assessment of the current appropriateness of the sentencing judge's decision. In short, any legal error, even though it could have had no conceivable impact on the sentencing judge's decision, would require a new hearing unless the same result would almost inevitably be reached now. This approach, if adopted, would convert appellate review for legal error into sentencing by instalment.

[40] The issue for the appellate court is not, as the appellant contends, what the outcome might conceivably be today. Rather, the issue is whether the past decision would have been the same notwithstanding the error: R.F., at para. 51. I respectfully agree with Doherty J.A., writing for the Court of Appeal in this case, that on the appellant's proposed approach,

the claim is not that the appellant was wrongly sentenced to an indefinite period of incarceration because the trial judge made a legal error, but that because the judge made a legal error the appellant should have his status reassessed as of the time of the appeal.

[39] L'argument de l'appelant se résume à ceci : toute erreur de droit commise par le juge chargé de prononcer la peine oblige la cour d'appel à ordonner la tenue d'une nouvelle audience s'il existe une possibilité raisonnable qu'une sentence différente soit maintenant rendue. À mon avis, cette approche comporte deux lacunes. Premièrement, elle perd complètement de vue ce qui doit demeurer l'élément central de l'exercice du pouvoir réparateur, à savoir l'incidence possible de l'erreur sur la décision du juge chargé de déterminer la peine, et non pas les *perspectives actuelles* de contrôle du délinquant au sein de la collectivité. Deuxièmement, en perdant de vue cet élément, on crée dans les faits un critère très peu exigeant pour l'obtention d'une nouvelle audience de détermination de la peine. À mon humble avis, cela modifierait du tout au tout le cadre juridique applicable. La cour d'appel n'évaluerait plus l'incidence possible de l'erreur de droit sur le résultat auquel est arrivé le juge ayant prononcé la peine, mais utiliserait plutôt cette erreur pour déclencher un examen complet de l'opportunité actuelle de la décision rendue par le juge. En bref, toute erreur de droit — même si elle n'avait aucune incidence possible sur la décision rendue — exigerait la tenue d'une nouvelle audience, à moins que le même résultat ne soit presque inévitablement le même aujourd'hui. Adopter une telle approche transformerait le contrôle en appel des erreurs de droit en détermination par étapes de la peine.

[40] La question soumise à la cour d'appel n'est pas, comme le soutient l'appelant, de savoir ce que pourrait être l'issue du procès aujourd'hui. Il s'agit plutôt de déterminer si la décision rendue aurait été la même, n'eût été l'erreur : m.i., par. 51. J'abonde dans le sens du juge Doherty, s'exprimant au nom de la Cour d'appel en l'espèce, lorsqu'il déclare que, suivant l'approche que propose l'appelant,

[TRADUCTION] [celui-ci] ne prétend pas avoir été condamné à tort à une peine de détention pour une période indéterminée en raison d'une erreur de droit commise par le juge du procès, mais soutient plutôt que cette erreur lui donne droit à une réévaluation de son statut au moment de l'appel.

. . . Where an offender's real claim is that he has progressed to the point that his status should be re-assessed, an appeal from the original decision is not the appropriate mechanism by which to achieve that new assessment. [paras. 20 and 23]

C. *Should the Dangerous Offender Designation Nonetheless Be Set Aside?*

[41] As I have explained, my view is that the Court of Appeal took too expansive a view of the role of fresh evidence in relation to exercising the court's curative power. As I see it, there is no role for the fresh evidence in relation to the curative power in this appeal; the only remaining question is whether the dangerous offender designation should be set aside because it is unreasonable. This, in my respectful view, is the better lens through which to consider whether the Court of Appeal erred in its ultimate conclusion that the appeal should be dismissed. In my view, it did not.

[42] The offender may appeal a dangerous offender designation on the basis that it is unreasonable: *Currie*. There is thus potentially a wider role for fresh evidence in relation to appellate review on this basis than there is when the appellate court is considering whether or not a legal error was harmless. While the new evidence must satisfy the *Palmer* criteria, the appellate court may review the sentence in light of the whole record, including any admissible fresh evidence. However, in the case of review on this basis, the onus is on the offender.

[43] In dangerous offender appeals, the appellate courts are frequently confronted, as we are in this appeal, with evidence about the offender's rehabilitation efforts and prospects long after the initial sentencing. While the *Lévesque/Angelillo* test sets out the applicable legal framework for admitting this sort of evidence, appellate courts generally take a very cautious approach to intervening solely on the

. . . Lorsque la prétention véritable du délinquant est qu'il s'est amélioré au point d'avoir droit à une réévaluation de son statut, un appel de la décision initiale ne constitue pas le mécanisme auquel celui-ci doit recourir pour obtenir cette nouvelle évaluation. [par. 20 et 23]

C. *La déclaration de délinquant dangereux devrait elle néanmoins être annulée?*

[41] Comme je l'ai expliqué, la Cour d'appel a interprété trop largement le rôle joué par les nouveaux éléments de preuve en ce qui concerne l'exercice de son pouvoir réparateur. À mon avis, les nouveaux éléments de preuve n'ont aucun rôle à jouer à cet égard en l'espèce. Il ne reste alors qu'à déterminer si la déclaration de délinquant dangereux devrait être annulée parce qu'elle serait déraisonnable. C'est sous cet angle, à mon avis, qu'il convient de se demander si la Cour d'appel a commis une erreur dans sa conclusion finale selon laquelle l'appel devait être rejeté. À mon avis, elle n'a pas commis d'erreur.

[42] Le délinquant peut interjeter appel d'une déclaration portant qu'il est un délinquant dangereux au motif que cette décision est déraisonnable : *Currie*. Les nouveaux éléments de preuve ont donc peut être un rôle plus important à jouer lorsque la cour d'appel effectue un contrôle sur ce fondement que lorsqu'elle est appelée à se demander si une erreur de droit est ou non inoffensive. Bien que les nouveaux éléments de preuve doivent satisfaire aux critères de l'arrêt *Palmer*, la cour d'appel peut examiner la peine au regard de l'ensemble du dossier, notamment de tout nouvel élément de preuve admissible. Le fardeau de la preuve incombe toutefois au délinquant lors d'un contrôle effectué sur ce fondement.

[43] Dans un appel interjeté à l'égard d'une déclaration de délinquant dangereux, la cour d'appel est souvent saisie longtemps après le prononcé de la sentence initiale — comme nous le sommes en l'espèce — d'éléments de preuve relatifs aux efforts et aux perspectives de réadaptation du délinquant. Bien que le test des arrêts *Lévesque* et *Angelillo* établisse le cadre juridique applicable à l'admission

basis of evidence of this nature: see, e.g., *R. v. T.L.*, 2008 ONCA 766 (CanLII); *R. v. Mason* (2001), 147 O.A.C. 388; *Halliday*; *R. v. Henry*, 2002 BCCA 575, 174 B.C.A.C. 238; *Jimmie*. Appellate courts have also recognized that in a proper case, in which the evidence is sufficiently compelling, they may intervene on the basis of after-the-fact evidence: see, e.g., *Halliday*, at para. 17; *R. v. Armistead*, 2003 BCCA 699, 192 B.C.A.C. 227. However, evidence about the offender's post-sentencing rehabilitative efforts and prospects will only exceptionally meet the *Lévesque/Angelillo* test. Those developments are generally speaking matters for the correctional authorities to consider in the course of administering the offender's indeterminate sentence.

[44] While fresh evidence has a potentially larger role to play in this context, the focus is still to a degree retrospective. The focus is on the impact of the new evidence on the sentencing proceeding, viewed in the context of the whole record.

[45] Mr. Sipos highlights that the thrust of the sentencing judge's reasons was that "[the latter] was unpersuaded on the record before him that [he] would ever be a suitable candidate for release even if a very long determinate sentence were imposed": A.F., at para. 38 (emphasis in original). Mr. Sipos refers to the sentencing judge's conclusion that there was "no hard evidence . . . supporting the probability of a cure" during any determinate sentence that could be imposed: *ibid.*, citing the sentencing judge's reasons, at para. 200. The sentencing judge based this conclusion on the findings that the appellant refused drug therapy and that any positive comments on rehabilitation prospects were "islands of optimism in a sea of pathology": sentencing judge's reasons, at para. 201. Mr. Sipos submits that the new evidence from Dr. McMaster shows that the

de ce type d'éléments de preuve, les cours d'appel adoptent généralement une approche très prudente lorsqu'elles sont appelées à intervenir sur le seul fondement d'éléments de preuve de cette nature : voir, p. ex., *R. c. T.L.*, 2008 ONCA 766 (CanLII); *R. c. Mason* (2001), 147 O.A.C. 388; *Halliday*; *R. c. Henry*, 2002 BCCA 575, 174 B.C.A.C. 238; *Jimmie*. Les cours d'appel ont également reconnu que, dans certains cas où la preuve est suffisamment convaincante, elles peuvent intervenir sur le fondement d'éléments de preuve relatifs à des événements survenus après le fait : voir, p. ex., *Halliday*, par. 17; *R. c. Armistead*, 2003 BCCA 699, 192 B.C.A.C. 227. Toutefois, les éléments de preuve relatifs aux efforts et aux perspectives de réadaptation du délinquant après le prononcé de la sentence ne satisferont au critère des arrêts *Lévesque* et *Angelillo* que dans des cas exceptionnels. Ces faits nouveaux relèvent en général des autorités correctionnelles dans l'administration de la peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée infligée au délinquant.

[44] Bien que les nouveaux éléments de preuve puissent avoir un rôle plus important à jouer dans ce contexte, l'examen demeure dans une certaine mesure rétrospectif. L'accent est mis sur l'incidence de la nouvelle preuve sur la procédure de détermination de la peine, eu égard à l'ensemble du dossier.

[45] M. Sipos souligne que, selon ce qui ressort essentiellement des motifs du juge chargé de déterminer la peine, celui-ci [TRADUCTION] « n'était pas convaincu, au vu du dossier soumis, qu'[il] serait un jour apte à être remis en liberté, même si une très longue peine de détention d'une durée déterminée lui était infligée » : m.a., par. 38 (souligné dans l'original). Il reprend la conclusion du juge selon laquelle il n'y avait « aucune preuve tangible [. . .] étayant la probabilité d'une guérison » pendant la durée d'une peine d'incarcération pour une période déterminée : *ibid.*, citant les motifs du juge ayant statué sur la peine, par. 200. Le juge s'est appuyé à cet égard sur la conclusion selon laquelle l'appellant avait refusé la pharmacothérapie et sur celle portant que les commentaires positifs quant à ses perspectives de réadaptation n'étaient que des « îlots

assessment at the time of the original sentencing hearing was unduly pessimistic.

[46] As the appellant’s case rests on Dr. McMaster’s report, it is useful to summarize its key elements and conclusions. Dr. McMaster produced a comprehensive report in 2010 assessing Mr. Sipos’ psychiatric status. He was asked “whether Mr. Sipos present[ed] with a substantial risk of re-offence [as of 2010] and if there [was] a reasonable possibility of eventual control of that risk in the community”. Dr. McMaster concluded that Mr. Sipos “continue[d] to meet the standard for being found a dangerous offender (D.O.)”.

[47] Dr. McMaster noted that some factors, which he reviewed in detail, suggested that Mr. Sipos was “now suitable for gradual release and reintegration into the community”. These factors included “his increased age, his successful treatment at sex offender and other groups, [his] successful treatment with sex drive reducing medication, and his plans which will assist him in adjusting to living in the community”. Dr. McMaster noted, however, that it was “unclear” whether Mr. Sipos’ success in sex offender groups and lower risk would result in no recidivism in the “real world practical sense” and that any reintegration into the community should be undertaken in a “slow and step-wise fashion” using “extremely close monitoring and structure”. He concluded that from a psychiatric perspective he would not consider Mr. Sipos to be an assumable risk for the community until approximately the age of 60 with a further period of 10 years under a long-term supervision order “for safe measure”. In other words, Dr. McMaster thought there was a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community if Mr. Sipos were released from incarceration in about 2016 and was subject to the maximum 10-year long-term supervision order. This opinion was subject to many qualifications in relation to such matters as whether Mr. Sipos’ advancing age would in fact reduce the risk;

d’optimisme dans un océan de comportements pathologiques » : motifs du juge ayant statué sur la peine, par. 201. Or, selon M. Sipos, les nouveaux éléments de preuve produits par le D^r McMaster illustrent que l’évaluation effectuée au moment de l’audience initiale de détermination de la peine était indûment pessimiste.

[46] Comme la thèse de l’appelant repose sur le rapport du D^r McMaster, il convient d’en résumer les éléments et les conclusions clés. En 2010, le D^r McMaster a produit un rapport exhaustif sur l’état psychiatrique de M. Sipos. On lui a demandé [TRADUCTION] « si M. Sipos présent[ait] un risque élevé de récidive [en 2010] et s’il y a[vait] une possibilité raisonnable que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité ». Le D^r McMaster a conclu que M. Sipos « satisfai[sait] toujours à la norme applicable pour être déclaré délinquant dangereux (D.D.) ».

[47] Le D^r McMaster a souligné que selon certains facteurs, qu’il avait examinés en détail, M. Sipos [TRADUCTION] « était maintenant apte à être progressivement remis en liberté et réinséré dans la collectivité ». Ces facteurs comprenaient « son âge plus avancé, le succès de son traitement dans les groupes de délinquants sexuels et autres, le succès de son traitement à l’aide de médicaments destinés à réduire la pulsion sexuelle, et ses plans en vue de faciliter son adaptation à la vie dans la collectivité ». Le D^r McMaster a toutefois souligné qu’il n’était « pas clair » que la réussite de M. Sipos dans les groupes de délinquants sexuels et la diminution du risque qu’il posait se traduiraient « concrètement » par une absence de récidive, et qu’une réinsertion dans la collectivité devait donc se faire « lentement et progressivement » par la mise en place « d’une surveillance serrée et d’une structure étroitement coordonnée ». D’un point de vue psychiatrique, M. Sipos ne présenterait pas, selon lui, un risque maîtrisable au sein de la collectivité avant d’avoir atteint approximativement l’âge de 60 ans et d’avoir été assujetti — « par mesure de précaution » — à une période de surveillance de longue durée de 10 ans. Autrement dit, le D^r McMaster était d’avis qu’il y avait une possibilité raisonnable de contrôle du risque au sein de la collectivité si M. Sipos était remis en liberté vers 2016 et était assujetti à

whether he would continue to take medication reducing his sex drive; whether his motivation to engage in treatment would be decreased if he were released into the community and whether adequate supervision was available in a community setting.

[48] This evidence shows that Mr. Sipos has made commendable progress in recent years, progress that was not foreseen at the time of his sentencing in 1998. However, Dr. McMaster's report, viewed in light of the full record before the sentencing judge, falls considerably short of showing that the dangerous offender designation was unreasonable. I agree with Doherty J.A. that, placing ourselves in the position of the sentencing judge with the added information from Dr. McMaster's assessment, there is no reasonable possibility that the result would have been different. It follows that there is also insufficient evidence to show that the sentencing judge's decision, even had he had the benefit of Dr. McMaster's report, was unreasonable. As Doherty J.A. put it:

I do not think that Dr. McMaster's risk assessment casts any doubt on the trial judge's assessment that as of 1998, an indeterminate sentence was the appropriate sentence. Despite the positive treatment developments, Dr. McMaster still viewed the appellant's potential release into the community as about six years distant. We now know, with the benefit of hindsight, and accepting Dr. McMaster's opinion, that on a "best case" scenario, the appellant's potential for release into the community was at least some 18 years away in 1998. [Emphasis added; para. 34.]

[49] Nor am I persuaded that this evidence places the appeal in that exceptional category in which the evidence is sufficiently compelling that it demands appellate intervention.

l'ordonnance maximale de surveillance de longue durée de 10 ans. Cette opinion comportait de nombreuses réserves en ce qui a trait notamment aux questions de savoir si le vieillissement de M. Sipos réduirait effectivement le risque, s'il continuerait de prendre ses médicaments destinés à réduire sa pulsion sexuelle, si sa motivation à suivre un traitement diminuerait en cas de remise en liberté dans la collectivité et s'il était possible d'assurer une supervision adéquate dans la collectivité.

[48] Cette preuve montre que M. Sipos a fait des progrès louables au cours des dernières années, progrès qui n'avaient pas été prévus au moment de la détermination de sa peine en 1998. Cependant, examiné à la lumière de l'ensemble du dossier dont disposait le juge chargé de déterminer la peine, le rapport du D^r McMaster est loin d'établir que la déclaration de délinquant dangereux était déraisonnable. Je conviens avec le juge Doherty de la Cour d'appel qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que le résultat eût été différent si le juge chargé de prononcer la peine avait été saisi de ce complément d'information. La preuve est donc également insuffisante pour établir que la décision rendue par le juge ayant prononcé la peine était déraisonnable, même si celui-ci avait pu prendre connaissance du rapport du D^r McMaster. Comme le souligne le juge Doherty :

[TRADUCTION] Je ne crois pas que l'évaluation du risque menée par le D^r McMaster permette de douter de la conclusion du juge de première instance selon laquelle une peine d'incarcération d'une durée indéterminée constituait la sentence appropriée en 1998. Malgré l'évolution positive du traitement, le D^r McMaster considérait néanmoins que l'appelant ne devrait pas pouvoir être libéré dans la collectivité avant environ six ans. Nous savons maintenant, avec le recul, et si l'on accepte l'opinion du D^r McMaster que, dans le « meilleur des cas », l'appelant devait, en 1998, passer au moins 18 ans en détention avant de pouvoir potentiellement être libéré dans la collectivité. [Je souligne; par. 34.]

[49] Je ne suis pas convaincu non plus que l'appel fait partie des cas exceptionnels où les nouveaux éléments de preuve sont suffisamment convaincants pour justifier une intervention.

[50] My view is that the Court of Appeal was correct to uphold the dangerous offender designation in this case.

IV. Disposition

[51] I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Dawe & Dineen, Toronto.

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

Solicitors for the intervener: Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.

[50] À mon avis, la Cour d'appel a eu raison de confirmer en l'espèce la déclaration de délinquant dangereux.

IV. Dispositif

[51] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Dawe & Dineen, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante : Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.