

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Christopher John Whaling *Respondent*

- and -

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Judith Lynn Slobbe *Respondent*

- and -

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Cesar Maidana *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario
and British Columbia Civil
Liberties Association** *Intervenors*

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v.
WHALING**

2014 SCC 20

File No.: 35024.

2013: October 15; 2014: March 20.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Constitutional law — Charter of Rights — Double jeopardy — Repeal of early parole provisions applying retrospectively to offenders already sentenced — Whether retrospective application constitutes “punish[ment] . . . again” thereby infringing s. 11(h) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably

Procureur général du Canada *Appelant*

c.

Christopher John Whaling *Intimé*

- et -

Procureur général du Canada *Appelant*

c.

Judith Lynn Slobbe *Intimée*

- et -

Procureur général du Canada *Appelant*

c.

Cesar Maidana *Intimé*

et

**Procureur général de l’Ontario
et Association des libertés civiles
de la Colombie-Britannique** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c.
WHALING**

2014 CSC 20

N° du greffe : 35024.

2013 : 15 octobre; 2014 : 20 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Double péril — Abrogation de dispositions sur la libération conditionnelle anticipée qui s’applique rétrospectivement aux délinquants déjà condamnés et punis — L’application rétrospective a-t-elle pour effet de « puni[r] de nouveau » le délinquant en contravention à l’art. 11h) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l’affirmative,

justified in free and democratic society under s. 1 of Charter — Abolition of Early Parole Act, S.C. 2011, c. 11, s. 10(1).

W, S and M were all serving federal penitentiary sentences. As first-time, non-violent offenders, all three were eligible for accelerated parole review (“APR”) under the system in place at the time of their sentencing. With the coming into force of the *Abolition of Early Parole Act* (“*AEPA*”), APR was abolished. Section 10(1) of the *AEPA* made the abolition of APR apply retrospectively to offenders already serving their sentences. This changed the timing of eligibility for day parole: eligibility after the offender had served one sixth of the sentence or six months was replaced with eligibility six months before the full parole eligibility date. Because the effect of the APR’s abolition was to delay the day parole eligibility dates of W, S and M, they challenged the constitutionality of s. 10(1). Both the trial judge and the Court of Appeal held that s. 10(1) infringed their right guaranteed by s. 11(h) of the *Charter* not to be “punished . . . again” for an offence and that the infringement was not saved under s. 1.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 10(1) of the *AEPA* infringes s. 11(h) of the *Charter*. The introductory words to s. 11 provide that its subject is a “person charged with an offence”. Paragraph (h) then provides that this person has the right, if found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again. The disjunctive language of the words “tried or punished” indicates that s. 11(h)’s protection against additional punishment is independent of its protection against being tried again. In other words, the protection applies to both the harassment of multiple trials and the harassment of additional punishment. The conjunctive language of the words “found guilty and punished” further accentuates the disjunctive language of “tried or punished”. It is thus clear from the plain meaning of the words that either being tried again or being punished again is sufficient to engage s. 11(h).

While the academic literature focuses on the fine points of what constitutes a second proceeding for the

cette violation constitue-t-elle une restriction établie par une règle de droit dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique conformément à l’article premier de la Charte? — Loi sur l’abolition de la libération anticipée des criminels, L.C. 2011, ch. 11, art. 10(1).

W, S et M purgeaient tous des peines dans des pénitenciers fédéraux. À titre de délinquants non violents qui en étaient à leur première infraction, tous les trois étaient admissibles à la procédure d’examen expéditif (« PEE ») en vertu du régime en vigueur à l’époque où leur peine avait été prononcée. Quand elle est entrée en vigueur, la *Loi sur l’abolition de la libération anticipée des criminels* (« *LALAC* ») a aboli la PEE. Le paragraphe 10(1) de la *LALAC* prévoit que l’abolition de la PEE s’applique rétrospectivement aux délinquants purgeant déjà leur peine. Ce changement a modifié la date d’admissibilité à la semi-liberté — le temps d’épreuve équivalant au sixième de la peine ou à six mois a été remplacé par une période se terminant six mois avant la date d’admissibilité à la libération conditionnelle totale. Puisque l’abolition de la PEE a eu pour effet de retarder leur admissibilité à la semi-liberté, W, S et M ont contesté la constitutionnalité du par. 10(1). La juge de première instance et la Cour d’appel ont toutes deux conclu que le par. 10(1) portait atteinte à leur droit, garanti par l’al. 11(h) de la *Charte*, de ne pas être « puni[s] de nouveau » pour une infraction, et que cette violation ne pouvait se justifier au regard de l’article premier.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le paragraphe 10(1) de la *LALAC* contrevient à l’al. 11(h) de la *Charte*. L’énoncé liminaire de l’art. 11 réfère à « [t]out inculpé ». L’alinéa h) dispose ensuite que l’inculpé a le droit de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été déclaré coupable et puni. L’emploi de la conjonction négative « ni », à caractère disjonctif, dans « jugé ni puni » indique que la protection conférée par l’al. 11(h) contre l’imposition d’une peine supplémentaire diffère de la protection contre un nouveau procès. Autrement dit, la protection prévient l’abus de multiples procès et d’une peine supplémentaire. L’emploi de la conjonction de coordination « et » dans l’expression « déclaré coupable et puni » fait ressortir encore davantage le caractère disjonctif de l’expression « jugé ni puni ». En conséquence, il ressort clairement du sens ordinaire des mots que le fait d’être jugé de nouveau ou le fait d’être puni de nouveau suffit pour que l’al. 11(h) s’applique.

Bien que les auteurs s’attachent essentiellement aux caractéristiques de ce qui constitue une deuxième

purposes of s. 11(h), this does not preclude its application to cases of “punish[ment] . . . again” in which no such proceeding took place. If anything, the lack of literature on this subject speaks less to the scope of the provision than to the relative infrequency of such infringements.

Even in the few s. 11(h) cases, such as *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, this Court found that the protection against double jeopardy could be triggered by proceedings that are criminal in nature or by “true penal consequences”. More recently, in *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, the Court articulated a test for determining whether a given consequence or sanction constitutes punishment. However, the question in this case eludes either test. Rather than requiring us to determine whether a discrete sanction is punitive in nature, this case requires us to determine whether retrospective changes to parole eligibility, which modify the manner in which an existing sanction is carried out, constitute punishment. The alleged punishment is neither a second proceeding nor a sanction in the sense contemplated in *Rodgers*. Rather, the offender’s expectations about the original punishment or sanction have been frustrated and this is said to constitute new punishment.

The effect of every retrospective change will be context-specific. The dominant consideration in each case will be the extent to which an offender’s expectation of liberty has been thwarted by retrospective legislative action. It is the retrospective frustration of an expectation of liberty that constitutes punishment. Indeed, retrospective change that has the effect of automatically lengthening the offender’s period of incarceration represents one of the clearest of cases of retrospective double punishment under of s. 11(h).

Whether less drastic retrospective changes to parole constitute double punishment will depend on the circumstances of the particular case. Generally speaking, a retrospective change to the conditions of a sentence will not be considered punitive if it does not substantially increase the risk of additional incarceration. Indicators of a lower risk of additional incarceration include a process in which individualized decision making focused on the offender’s circumstances continues to prevail and procedural rights continue to be guaranteed in the

instance pour l’application de l’al. 11h), rien dans leur thèse ne fait obstacle à l’application de cette disposition aux situations où le délinquant est « puni de nouveau » en l’absence d’une deuxième instance. En fait, le peu de doctrine qui existe sur le sujet fait ressortir le caractère exceptionnel de telles atteintes plutôt que la portée de la disposition en cause.

Même dans les quelques affaires fondées sur l’al. 11h), comme *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, la Cour a décidé que la protection contre le double péril était mise en jeu par une instance de nature criminelle ou de « véritables conséquences pénales ». Plus récemment, dans *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, la Cour a établi un critère permettant de déterminer si une conséquence ou une sanction en particulier constitue une peine. Toutefois, la question qui nous est soumise en l’espèce déborde le cadre de ces deux critères. En l’espèce, nous devons déterminer, non pas si une sanction donnée est de nature punitive, mais si les changements apportés rétrospectivement aux conditions d’admissibilité à la libération conditionnelle, qui modifient l’application d’une sanction infligée préalablement, emportent l’imposition d’une peine. La peine alléguée ne découle pas d’une deuxième instance, ni ne constitue une sanction au sens où ce terme est défini dans l’arrêt *Rodgers*. Or, ce sont les attentes des délinquants à propos de la peine ou de la sanction initiale qui ont été trompées, et c’est cette situation qui selon eux a l’effet d’une nouvelle peine.

L’effet des divers changements rétrospectifs dépend du contexte de chaque dossier. La principale considération dans chaque cas sera la mesure selon laquelle l’attente en matière de liberté aura été trompée par l’action législative rétrospective. La peine se cristallise par l’effet rétrospectif de l’atteinte aux attentes en matière de liberté. En fait, le changement rétrospectif ayant pour effet de prolonger automatiquement l’incarcération du délinquant représente l’un des cas les plus manifestes d’un changement rétrospectif qui emporte une double peine dans le contexte de l’al. 11h).

La réponse à la question de savoir si des changements moins draconiens apportés rétrospectivement au régime de libération conditionnelle emportent une double peine dépendra des circonstances de chaque affaire. En règle générale, un changement rétrospectif aux conditions de la peine n’est pas punitif s’il n’augmente pas considérablement le risque d’une incarcération prolongée. Une procédure prévoyant une prise de décisions reposant sur la situation particulière du délinquant et le respect des droits procéduraux dans le calcul du temps

determination of parole eligibility. A change that directly results in an extension of the period of incarceration without regard to the offender's individual circumstances and without procedural safeguards in the assessment process will clearly violate s. 11(h).

In this case, the purposes served by applying the *AEPA* to all offenders — rehabilitation, reintegration, public safety and confidence in the administration of justice — are not in issue. However, the fact that Parliament had legitimate authority to legislate for such purposes does not shield the *AEPA* from constitutional scrutiny with regard to its effect.

The effect of the *AEPA* was to deprive W, S and M of the possibility of being considered for early day parole and to extend their minimum period of incarceration. In this way, s. 10(1) had the effect of punishing W, S and M again. Because that effect was automatic and without regard to their individual circumstances, theirs is one of those “clearest of cases”. Indeed, the imposition of delayed parole eligibility in this case is analogous to the imposition of delayed parole eligibility by a judge under the *Criminal Code* as part of the sentence. Imposing this same consequence by means of retrospective legislation triggers the protection against double punishment set out in s. 11(h).

The infringement by s. 10(1) of the *AEPA* of s. 11(h) of the *Charter* cannot be saved under s. 1. The *AEPA*'s objectives to reform parole administration and to maintain confidence in the justice system are pressing and substantial and its retrospective application is rationally connected to those objectives; however, the Crown has not discharged its burden of proving that there was no less intrusive an alternative to that retrospective application. Indeed, prospective application — as opposed to retrospective — was an alternative available to Parliament that would have enabled it to attain its objectives without infringing s. 11(h). The appeal is dismissed and the remedy ordered by the trial judge upheld.

Cases Cited

Distinguished: *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; **referred to:** *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. Chaiisson*, [1995] 2 S.C.R. 1118; *R. v. Zinck*, 2003 SCC 6, [2003] 1 S.C.R. 41; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R.

d'épreuve sont des indices d'un faible risque d'une incarcération prolongée. Un changement qui entraîne directement une prolongation de l'incarcération sans égard à la situation du délinquant et qui ne prévoit pas l'application de garantie procédurale à la procédure d'examen contrevient manifestement à l'al. 11h).

Les objectifs de l'application de la *LALAC* à tous les délinquants — la réadaptation, la réinsertion sociale, la sécurité publique et la confiance du public dans l'administration de la justice — ne sont pas remis en cause en l'espèce. Or, ce n'est pas parce que le législateur a le pouvoir légitime de légiférer à cette fin que la *LALAC* est à l'abri d'un examen qui vise à en déterminer la constitutionnalité sur le plan de son effet.

La *LALAC* a eu pour effet de priver W, S et M de la possibilité de voir leur dossier examiné en vue d'une semi-liberté anticipée et de prolonger leur période minimale d'incarcération. Ainsi, le par. 10(1) a eu pour effet de punir de nouveau W, S et M. Comme cet effet était automatique et qu'il s'appliquait sans égard à leur situation individuelle, l'affaire participait de ces « cas les plus manifestes ». En fait, l'augmentation du temps d'épreuve pour la libération conditionnelle en l'espèce est analogue à l'augmentation du temps d'épreuve pour la libération conditionnelle ordonnée par un juge en vertu du *Code criminel* dans le cadre de la détermination de la peine. La loi rétrospective qui entraîne une telle conséquence enclenche la protection contre la double peine garantie à l'al. 11h).

La violation de l'al. 11h) de la *Charte* par le par. 10(1) de la *LALAC* ne peut se justifier au regard de l'article premier. Les objectifs de la *LALAC* qui consistent à réformer l'administration du système de libération conditionnelle et à maintenir la confiance du public envers le système de justice sont urgents et réels, et son application rétrospective a un lien rationnel avec ces objectifs; toutefois, le ministère public n'a pas réussi à établir qu'il n'existe pas de moyen moins attentatoire que l'application rétrospective. En fait, le législateur aurait pu opter pour une application prospective — plutôt que rétrospective —, ce qui lui aurait permis de réaliser ses objectifs sans contrevénir à l'al. 11h). Le pourvoi est rejeté, et la réparation ordonnée par la juge de première instance est confirmée.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts : *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; **arrêts mentionnés :** *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. Chaiisson*, [1995] 2 R.C.S. 1118; *R. c. Zinck*, 2003 CSC 6, [2003] 1 R.C.S. 41;

143; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Van Rassel*, [1990] 1 S.C.R. 225; *R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Wust*, 2000 SCC 18, [2000] 1 S.C.R. 455; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Abolition of Early Parole Act, S.C. 2011, c. 11, ss. 3, 5, 10(1).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(g), (h), (i).
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 102, 119, 119.1 [ad. 1997, c. 17, s. 21(1); rep. 2011, c. 11, s. 3], 122, 125 [rep. 2011, c. 11, s. 5], 126 [*idem*], 126.1 [*idem*], 140.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 743.6(1).

Treaties and Other International Instruments

International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, art. 14.7.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 145, No. 131, 3rd Sess., 40th Parl., February 15, 2011, p. 8205.
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. Sub-committee on Corrections and Conditional Release Act. “A Work in Progress: The *Corrections and Conditional Release Act*”, May 2000 (online: <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=2537364&Language=E&Mode=1&Parl=36&Ses=2>).
 Canadian Criminal Justice Association. “Comments on ‘Directions for Reform’: A Public Consultation Package on Sentencing, Corrections and Conditional Release”, December 7, 1990.
 Correctional Service of Canada Review Panel. *Report of the Correctional Service of Canada Review Panel: A Roadmap to Strengthening Public Safety*. Ottawa: Minister of Public Works and Government Services Canada, 2007.
 Friedland, M. L. “Legal Rights Under The Charter” (1982), 24 *Crim. L.Q.* 430.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2012, release 1).

Cunningham c. Canada, [1993] 2 R.C.S. 143; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. Van Rassel*, [1990] 1 R.C.S. 225; *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Wust*, 2000 CSC 18, [2000] 1 R.C.S. 455; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11(g), (h), (i).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 743.6(1).
Loi sur l’abolition de la libération anticipée des criminels, L.C. 2011, ch. 11, art. 3, 5, 10(1).
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 102, 119, 119.1 [aj. 1997, ch. 17, art. 21(1); abr. 2011, ch. 11, art. 3], 122, 125 [abr. 2011, ch. 11, art. 5], 126 [*idem*], 126.1 [*idem*], 140.

Traités et autres instruments internationaux

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 14.7.

Doctrine et autres documents cités

Association canadienne de justice pénale. « Comments on “Directions for Reform”: A Public Consultation Package on Sentencing, Corrections and Conditional Release », December 7, 1990.
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. Sous-comité sur la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition. « En constante évolution : La *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* », mai 2000 (en ligne : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=2537364&Mode=1&Parl=36&Ses=2&Language=F>).
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, n° 131, 3^e sess., 40^e lég., 15 février 2011, p. 8205.
 Comité d’examen du Service correctionnel du Canada. *Rapport du Comité d’examen du Service correctionnel du Canada : Feuille de route pour une sécurité publique accrue*. Ottawa : Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2007.
 Friedland, M. L. « Legal Rights Under The Charter » (1982), 24 *Crim. L.Q.* 430.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Toronto : Carswell, 2007 (updated 2012, release 1).

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2010.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Levine, D. Smith and Groberman J.J.A.), 2012 BCCA 435, 329 B.C.A.C. 118, 560 W.A.C. 118, 98 C.R. (6th) 346, 292 C.C.C. (3d) 502, [2012] B.C.J. No. 2258 (QL), 2012 CarswellBC 3357, affirming a decision of Holmes J., 2012 BCSC 944, 264 C.R.R. (2d) 160, [2012] B.C.J. No. 1312 (QL), 2012 CarswellBC 1879. Appeal dismissed.

Cheryl D. Mitchell and Ginette Gobeil, for the appellant.

Eric Purtzki and Garth Barriere, for the respondents.

David Lepofsky and Mabel Lai, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Michael Jackson, Q.C., and *Joana Thackeray*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

WAGNER J. —

I. Introduction

[1] In this appeal, the Court revisits the definition of the term “punishment” in the context of s. 11(h) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The criminal law distinguishes between the sentence imposed on an offender and the conditions of the sentence. Changes to the conditions of a sentence, such as eligibility for parole, do not alter the sentence itself. This Court must decide whether retrospective changes to the conditions of a sentence may in some circumstances constitute “punishment” in violation of the s. 11(h) right not to be punished twice for the same offence.

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 5th ed. Toronto : Carswell, 2010.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Levine, D. Smith et Groberman), 2012 BCCA 435, 329 B.C.A.C. 118, 560 W.A.C. 118, 98 C.R. (6th) 346, 292 C.C.C. (3d) 502, [2012] B.C.J. No. 2258 (QL), 2012 CarswellBC 3357, qui a confirmé une décision de la juge Holmes, 2012 BCSC 944, 264 C.R.R. (2d) 160, [2012] B.C.J. No. 1312 (QL), 2012 CarswellBC 1879. Pourvoi rejeté.

Cheryl D. Mitchell et Ginette Gobeil, pour l’appelant.

Eric Purtzki et Garth Barriere, pour les intimés.

David Lepofsky et Mabel Lai, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Michael Jackson, c.r., et *Joana Thackeray*, pour l’intervenante l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WAGNER —

I. Introduction

[1] Dans le cadre du présent pourvoi, la Cour est appelée à réexaminer la définition du terme « puni » à l’al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le droit criminel établit une distinction entre la peine infligée à un délinquant et les conditions de la peine. Les changements apportés aux conditions, par exemple à l’admissibilité à la libération conditionnelle, ne modifient pas la peine en soi. La Cour est appelée à déterminer si les changements apportés rétrospectivement aux conditions de la peine emportent l’imposition d’une peine, ce qui enfreindrait le droit garanti par l’al. 11h) de ne pas être puni deux fois pour la même infraction.

[2] This appeal results from Parliament's conclusion that accelerated parole review, or APR, was not working. Established by legislation enacted in November 1992, APR was a simplified process that allowed first-time non-violent offenders to be considered for parole on the basis of a single question: Are there no reasonable grounds to believe that the offender, if released, is likely to commit a violent offence? (See the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 ("CCRA").)

[3] The Crown cites criticism of APR that dated back to its inception. Even before the legislation establishing APR was enacted, the Canadian Criminal Justice Association had expressed concerns about the violent recidivism test, noting that "[n]o system of predicting future behaviour can be safely based upon such a single factor." It argued that APR would be available to some offenders who "have records with previous incarceration in Provincial institutions for offences including those of violence" ("Comments on 'Directions for Reform': A Public Consultation Package on Sentencing, Corrections and Conditional Release", December 7, 1990, at p. 29 (A.R., vol. III, at p. 165)).

[4] Despite this and other criticism, the APR process was expanded in 1997 to include earlier eligibility for day parole: after six months, or one sixth of the sentence, whichever was longer, instead of six months before eligibility for full parole (S.C. 1997, c. 17, s. 21(1)).

[5] The Crown notes that criticism continued to be levelled at APR in the ensuing years. In a report presented in 2000, a parliamentary sub-committee, though recommending that APR be retained, also recommended "tightening the eligibility criteria" for APR so that offenders incarcerated for Schedule I or Schedule II offences under the *CCRA*

[2] Le présent pourvoi découle de la conclusion du législateur selon lequel la procédure d'examen expéditif, ou PEE, n'était pas adéquate. Établie par voie législative en novembre 1992, la PEE constituait une procédure simplifiée permettant au délinquant non violent qui en est à sa première infraction d'être évalué en vue d'une libération conditionnelle sur la base d'une seule question, soit celle de savoir s'il n'existe aucun motif raisonnable de croire que le délinquant, s'il est mis en liberté, commettra une infraction accompagnée de violence. (Voir la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (« *LSCMLSC* »).)

[3] Le ministère public souligne les critiques émises contre la PEE qui remontent à l'époque de sa création. Avant même l'adoption de la loi établissant la PEE, l'Association canadienne de justice pénale émettait des réserves sur le critère de la récidive avec violence, faisant valoir que [TRADUCTION] « [n]ul système ayant pour objet de prévoir le comportement futur et qui se veut sécuritaire ne saurait être fondé sur un seul facteur. » L'Association faisait valoir que la PEE s'appliquerait à certains délinquants qui « ont déjà purgé des peines dans des établissements provinciaux pour des infractions, notamment pour des infractions avec violence » (« Comments on "Directions for Reform": A Public Consultation Package on Sentencing, Corrections and Conditional Release », 7 décembre 1990, p. 29 (d.a., vol. III, p. 165)).

[4] Malgré ces critiques et d'autres, en 1997, la PEE a été élargie et prévoyait l'admissibilité anticipée à la semi-liberté, qui intervenait après un temps d'épreuve de six mois, ou après une période équivalant au sixième de la peine, si elle était supérieure, plutôt que six mois avant l'admissibilité à la libération conditionnelle totale (L.C. 1997, ch. 17, par. 21(1)).

[5] Le ministère public signale que les critiques à l'endroit de la PEE n'ont pas cessé au cours des années qui ont suivi. Dans un rapport présenté en 2000, un sous-comité parlementaire, tout en recommandant que la PEE soit maintenue, a préconisé d'en « resserrer les critères d'admissibilité », de sorte que les délinquants incarcérés pour une infraction

would not qualify for it, and “changing the risk of recidivism criterion to be taken into account by the National Parole Board” to one of general recidivism (Sub-committee on Corrections and Conditional Release Act of the Standing Committee on Justice and Human Rights, “A Work in Progress: The *Corrections and Conditional Release Act*”, May 2000, at para. 4.25 (online)).

[6] In a 2007 report, the Correctional Service of Canada Review Panel concluded that “statutory release and accelerated parole have both undermined discretionary release and generally have not proved as effective as discretionary release in mitigating violent reoffending” (*Report of the Correctional Service of Canada Review Panel: A Roadmap to Strengthening Public Safety* (2007), at p. 110).

[7] Purporting to respond to this criticism, Parliament repealed the relevant provisions. The *Abolition of Early Parole Act*, S.C. 2011, c. 11 (“*AEPA*”), the relevant part of which came into force on March 28, 2011, eliminated APR and with it the possibility of earlier release. What is crucial in this appeal is that by virtue of s. 10(1) of the *AEPA*, the repeal applied retrospectively. Mr. Whaling, Ms. Slobbe and Mr. Maidana had all been convicted of serious, but non-violent, crimes at a time when APR remained in effect. Each of them would have been eligible for early day parole under the repealed provisions.

[8] The question before this Court is whether the retrospective application of the delayed eligibility for day parole to incarcerated offenders who had been sentenced before the APR provisions were repealed violated the respondents’ right, guaranteed by s. 11(*h*) of the *Charter*, not to be punished anew for their offences.

mentionnée à l’annexe I ou à l’annexe II de la *LSCMLSC* ne puissent en bénéficier, et de « modifier le critère de récidive qui doit être pris en compte par la Commission nationale des libérations conditionnelles » pour le remplacer par un critère de récidive générale (Sous-comité sur la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition du Comité permanent de la justice et des droits de la personne, « En constante évolution : La *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* », mai 2000, par. 4.25 (en ligne)).

[6] Dans un rapport préparé en 2007, le Comité d’examen du Service correctionnel du Canada concluait que « la libération d’office et la procédure d’examen expéditif ont toutes les deux nui à la mise en liberté discrétionnaire et, de façon générale, ne se sont pas avérées aussi efficaces que la mise en liberté discrétionnaire pour ce qui est de réduire la récidive avec violence » (*Rapport du Comité d’examen du Service correctionnel du Canada : Feuille de route pour une sécurité publique accrue* (2007), p. 121).

[7] Par une mesure qui se voulait une réponse à ces critiques, le législateur a abrogé les dispositions pertinentes. La *Loi sur l’abolition de la libération anticipée des criminels*, L.C. 2011, ch. 11 (« *LALAC* »), dont les dispositions pertinentes sont entrées en vigueur le 28 mars 2011, supprime la PEE et de ce fait la possibilité d’une mise en liberté anticipée. Fait essentiel dans le présent pourvoi, par le jeu du par. 10(1) de la *LALAC*, l’abrogation s’applique rétrospectivement. M. Whaling, M^{me} Slobbe et M. Maidana ont été condamnés pour des crimes graves, mais sans violence, à l’époque où la PEE s’appliquait. Ils auraient tous été admissibles à la semi-liberté anticipée en vertu des dispositions abrogées.

[8] La Cour doit déterminer si l’augmentation rétrospective du temps d’épreuve pour l’admissibilité à la semi-liberté à l’égard des détenus condamnés et punis avant l’abrogation des dispositions créant la PEE porte atteinte au droit des intimés, garanti par l’al. 11(*h*) de la *Charte*, de ne pas être punis de nouveau pour les infractions commises.

[9] This appeal affords the Court the opportunity to revisit the purpose of s. 11(*h*) and to define its scope. For the reasons that follow, I find that s. 11(*h*) applies to the respondents' claim. The retrospective application of delayed day parole eligibility violated the respondents' s. 11(*h*) right not to be "punished . . . again", and that violation was not justified under s. 1 of the *Charter*.

[10] Having found that the specific right enshrined in s. 11(*h*) was violated, I do not find it necessary to address the respondents' claim with respect to the more general right guaranteed by s. 7 of the *Charter*.

II. Facts

[11] This is an appeal from a decision in which the British Columbia Court of Appeal upheld a summary trial decision of the British Columbia Supreme Court. Both courts found in the respondents' favour.

[12] The respondents, Mr. Whaling, Ms. Slobbe and Mr. Maidana, were all serving federal penitentiary sentences. As first-time, non-violent offenders, all three were eligible for APR under the system in place at the time of their sentencing (s. 125(1) of the *CCRA* (now repealed)).

[13] APR was different from normal parole review in a few ways. First, the process was simplified. The APR application was automatic, which meant that eligible offenders were referred to the National Parole Board without having to apply for it (s. 126(4) of the *CCRA* (repealed)). The review was conducted on paper, without a hearing (s. 126(1) (repealed)). Second, the test for release was based on a presumptive standard that was lower than the one applicable to normal parole. After finding "no reasonable grounds to believe that the offender, if released, is likely to commit an offence involving violence", the Board had no discretion to decide against releasing the offender (s. 126(2) (repealed)).

[9] Le présent pourvoi permet à la Cour de réexaminer l'objet de l'al. 11*h*) et d'en définir la portée. Pour les motifs qui suivent, je conclus que l'al. 11*h*) s'applique au grief des intimés. L'augmentation rétrospective du temps d'épreuve pour l'admissibilité à la semi-liberté porte atteinte au droit des intimés, garanti par l'al. 11*h*), de ne pas être « puni[s] de nouveau ». Cette atteinte n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

[10] Comme je suis d'avis que le droit expressément garanti par l'al. 11*h*) a été enfreint, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la demande des intimés fondée sur le droit général protégé par l'art. 7 de la *Charte*.

II. Les faits

[11] Il s'agit en l'espèce d'un pourvoi contre une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui a confirmé la décision rendue à l'issue d'un procès par voie sommaire par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Les deux juridictions ont tranché en faveur des intimés.

[12] Les intimés, M. Whaling, M^{me} Slobbe et M. Maidana, purgeaient tous des peines dans des pénitenciers fédéraux. À titre de délinquants non violents qui en étaient à leur première infraction, tous les trois étaient admissibles à la PEE en vertu du régime en vigueur à l'époque où leur peine avait été prononcée (par. 125(1) de la *LSCMLSC* (maintenant abrogé)).

[13] La PEE se distinguait à plusieurs égards de la procédure normale d'examen en vue de la libération conditionnelle. Premièrement, il s'agissait d'une procédure simplifiée. La PEE s'appliquait automatiquement, c.-à-d. que les dossiers des délinquants qui étaient admissibles étaient transmis à la Commission nationale des libérations conditionnelles sans qu'une demande soit présentée (par. 126(4) de la *LSCMLSC* (abrogé)). La Commission procédait sans audience à l'examen des dossiers transmis (par. 126(1) (abrogé)). Deuxièmement, la procédure expéditive appliquait un critère de mise en liberté fondé sur une présomption, moins strict que celui qui préside à la

Section 126.1 (repealed) extended these provisions to day parole, in addition to full parole.

[14] Third, and this is crucial to this appeal, beginning in 1997, the APR process for day parole was triggered at an earlier date than in the normal process: after the offender had served one sixth of the sentence or six months (whichever was longer), instead of six months before the full parole eligibility date (s. 119.1 (repealed)).

[15] With the coming into force of the *AEPA*, APR (including early day parole eligibility), was abolished. Sections 3 and 5 of the *AEPA* repealed the *CCRA*'s APR provisions (ss. 119.1, 125, 126 and 126.1, cited above), while s. 10(1) of the *AEPA* made the abolition of APR apply retrospectively to offenders already serving their sentences. Section 10(1) reads:

10. (1) Subject to subsection (2), the accelerated parole review process set out in sections 125 to 126.1 of the *Corrections and Conditional Release Act*, as those sections read on the day before the day on which section 5 comes into force, does not apply, as of that day, to offenders who were sentenced, committed or transferred to penitentiary, whether the sentencing, committal or transfer occurs before, on or after the day of that coming into force.

[16] In other words, APR, which the *AEPA* abolished, “does not apply” even if the offender was sentenced before the *AEPA* came into force. Instead of APR, the normal parole provisions of the *CCRA* would now apply. This changed the timing of eligibility for day parole: eligibility after the offender had served one sixth of the sentence or six months (repealed s. 119.1) was replaced with eligibility six months before the full parole

procédure normale de libération conditionnelle. Dès lors qu'elle concluait qu'« il n'existe aucun motif raisonnable de croire que le délinquant commettra une infraction accompagnée de violence s'il est remis en liberté », la Commission était privée de tout pouvoir discrétionnaire qui lui aurait permis de refuser la mise en liberté du délinquant (par. 126(2) (abrogé)). L'article 126.1 (abrogé) prévoyait que ces dispositions s'appliquaient à la semi-liberté et à la libération conditionnelle totale.

[14] Troisièmement, et il s'agit là d'un élément crucial du présent pourvoi, dès 1997, le processus prévu par la PEE s'enclenchait à une date antérieure à celle prévue pour la semi-liberté dans le cadre de la procédure normale, soit une fois que le délinquant avait purgé le sixième de sa peine ou six mois (selon la plus longue de ces périodes) alors que l'admissibilité était fixée, selon la procédure normale, à six mois avant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle totale (art. 119.1 (abrogé)).

[15] Quand elle est entrée en vigueur, la *LALAC* a aboli la PEE, y compris l'admissibilité anticipée à la semi-liberté. Les articles 3 et 5 de la *LALAC* abrogent les dispositions de la *LSCMLSC* relatives à la PEE (art. 119.1, 125, 126 et 126.1 susmentionnés) et le par. 10(1) prévoit que l'abolition de la PEE s'applique rétrospectivement aux délinquants purgeant déjà leur peine. Le par. 10(1) est ainsi rédigé :

10. (1) Sous réserve du paragraphe (2), la procédure d'examen expéditif prévue par les articles 125 à 126.1 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, dans leur version antérieure à la date d'entrée en vigueur de l'article 5, cesse de s'appliquer, à compter de cette date, à l'égard de tous les délinquants condamnés ou transférés au pénitencier, que la condamnation ou le transfert ait eu lieu à cette date ou avant ou après celle-ci.

[16] Autrement dit, la PEE, que la *LALAC* abolit, « cesse de s'appliquer » même à l'égard des délinquants condamnés et punis avant l'entrée en vigueur de la *LALAC*. Ce sont les dispositions relatives à la procédure normale de libération conditionnelle de la *LSCMLSC* qui s'appliquent dorénavant. Ce changement a modifié la date d'admissibilité à la semi-liberté — le temps d'épreuve équivalant au sixième de la peine ou à

eligibility date (s. 119). It also changed the review process for both day and full parole: automatic referral to the Board (repealed ss. 126(4) and 126.1) was eliminated, which meant that the offender would have to submit an application (s. 122), and the review on paper without a hearing (repealed s. 126(1)) was replaced with the hearing and personal appearance by the offender required in the normal review process (s. 140). In addition, the repeal changed the test for granting parole: the lower, presumptive standard of violent recidivism, which left the Board no discretion to deny parole if the test was met (repealed s. 126(2)), reverted to the more onerous one of “undue risk to society”, which does leave it with such a discretion (s. 102).

[17] The immediate effect of the repeal was to delay the day parole eligibility dates of all three respondents: Mr. Whaling’s by three months, Ms. Slobbe’s by nine months, and Mr. Maidana’s by twenty-one months.

[18] The respondents challenged the constitutionality of s. 10(1) of the *AEPA* by way of a summary trial in the British Columbia Supreme Court.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court, 2012 BCSC 944, 264 C.R.R. (2d) 160*

[19] Holmes J., the summary trial judge, held that s. 10(1) of the *AEPA* infringed s. 11(h) of the *Charter* because it amounted to additional punishment, and that it was not saved under s. 1 of the *Charter*.

[20] Holmes J. began by asking whether the abolition of APR amounted to punishment in violation

six mois (art. 119.1 (abrogé)) a été remplacé par une période se terminant six mois avant la date d’admissibilité à la libération conditionnelle totale (art. 119). Ce changement a aussi eu pour effet de modifier la procédure d’examen en vue de la semi-liberté et de la libération conditionnelle totale — la transmission automatique des dossiers à la Commission (par. 126(4) et art. 126.1 (abrogés)) a été supprimée, de sorte que le délinquant doit présenter une demande de libération conditionnelle (art. 122), et l’examen sans audience des dossiers (par. 126(1) (abrogé)) est remplacé par la procédure d’examen normale, qui prévoit la tenue d’une audience à laquelle le délinquant assiste (art. 140). En outre, l’abrogation a supprimé le critère de la récidive avec violence — moins strict, fondé sur une présomption et qui ne permettait pas à la Commission de refuser la libération conditionnelle dès lors qu’il était satisfait au critère (par. 126(2) (abrogé)) — et y a substitué le critère de libération conditionnelle du « risque [. . .] inacceptable pour la société » — applicable à la procédure normale — et qui confère à la Commission le pouvoir de refuser la libération conditionnelle (art. 102).

[17] L’abrogation a eu pour effet immédiat de retarder l’admissibilité à la semi-liberté des trois intimés : de trois mois dans le cas de M. Whaling, de neuf mois dans le cas de M^{me} Slobbe et de vingt et un mois dans celui de M. Maidana.

[18] Les intimés ont contesté la constitutionnalité du par. 10(1) de la *LALAC* lors d’un procès par voie sommaire devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

III. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2012 BCSC 944, 264 C.R.R. (2d) 160*

[19] La juge du procès, la juge Holmes, a conclu que le par. 10(1) de la *LALAC* contrevenait à l’al. 11(h) de la *Charte* parce qu’il entraînait l’imposition d’une peine supplémentaire et qu’il n’était pas justifié au regard de l’article premier de la *Charte*.

[20] La juge Holmes s’est demandé si l’abolition de la PEE punissait les intimés en contravention au

of the respondents' right under s. 11(h) of the *Charter*, "if finally found guilty and punished for [an] offence, not to be tried or punished for it again". She reasoned on the basis of *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, that "[s.] 11(h)'s protections carry on past trial, conviction (or acquittal), and sentence, to prevent any additional trial or punishment for the offence with which the person was once charged" (para. 46).

[21] On how to determine whether a given consequence constitutes "punishment", Holmes J. quoted (at para. 52) the following passage from *Rodgers* (para. 63):

As a general rule, it seems to me that the consequence will constitute a punishment when it forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence and the sanction is one imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing.

She pointed out that delayed parole eligibility is clearly used as "punishment" in the context of criminal sentencing, citing several decisions of this Court, including *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, *R. v. Chaisson*, [1995] 2 S.C.R. 1118, and *R. v. Zinck*, 2003 SCC 6, [2003] 1 S.C.R. 41. Although there is a difference between the sentencing and parole processes, parole ineligibility imposed as part of a sentence under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, is not materially different from parole ineligibility resulting from the retrospective amendment of the *CCRA*, since the objectives and functions of the two processes can and do overlap.

[22] Turning to s. 10(1) of the *AEPA*, Holmes J. found that there was "abundant evidence" that its purposes were punitive in nature (para. 112). She also found that the effect of the retrospective alteration of day parole eligibility was punitive, and noted in particular that this alteration would have

droit que leur garantit l'al. 11h) de la *Charte* « de ne pas être jugé[s] ni puni[s] de nouveau pour une infraction dont [ils ont] été définitivement déclaré[s] coupable[s] et puni[s] ». La juge Holmes a conclu, sur la base de l'arrêt *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, que [TRADUCTION] « les garanties offertes par [l'al.] 11h) s'appliquent après le procès, la déclaration de culpabilité (ou l'acquittal) et la peine antérieurs, pour empêcher la tenue d'un autre procès ou la condamnation à une autre peine à l'égard de l'infraction qui avait été reprochée à cette personne » (par. 46).

[21] Quant à la question de savoir si une conséquence particulière constitue une « peine », la juge Holmes a cité (au par. 52) le passage suivant de l'arrêt *Rodgers* (par. 63) :

En règle générale, il me semble que la conséquence constitue une peine lorsqu'elle fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et qu'elle est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine.

La juge Holmes a noté que l'augmentation du temps d'épreuve pour la libération conditionnelle constitue clairement une « peine » dans le contexte du prononcé des peines en matière criminelle, se référant à plusieurs arrêts de la Cour, dont *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, *R. c. Chaisson*, [1995] 2 R.C.S. 1118, et *R. c. Zinck*, 2003 CSC 6, [2003] 1 R.C.S. 41. Bien que les procédures de détermination de la peine et de libération conditionnelle soient distinctes, l'inadmissibilité à la libération conditionnelle dont le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, assortit certaines peines n'est pas essentiellement différente de l'inadmissibilité à la libération conditionnelle découlant de la modification rétrospective de la *LSCMLSC*, car les objectifs et les fonctions de ces deux procédures peuvent se recouper et se recouper effectivement.

[22] La juge Holmes a conclu qu'une [TRADUCTION] « preuve abondante » révélait que les objectifs du par. 10(1) de la *LALAC* étaient de nature punitive (par. 112). La modification rétrospective de l'admissibilité à la semi-liberté avait un effet punitif et elle a souligné, tout particulièrement, son « effet

a “significant actual effect on the way in which the two offenders who are still in prison will serve their sentences” (para. 113). Although she accepted, citing *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, that there are changes that can be made to corrections and parole law and policy without distorting the sentence imposed, in her view, “such changes do not include significant limitations, regardless of any exercise of the Board’s discretion, to the parole eligibility of offenders” who have already been sentenced (para. 114). A change that includes such limitations occasions additional punishment.

[23] Having established an infringement of s. 11(*h*), Holmes J. found that the infringement was not saved under s. 1 of the *Charter*. Although the objectives underlying the retrospective application of the repeal, which included maintaining or restoring public confidence in the administration of justice, were pressing and substantial, the Attorney General of Canada had not shown that the provision impaired the respondents’ s. 11(*h*) rights no more than was necessary to attain Parliament’s objectives. Holmes J. declared s. 10(1) to be invalid to the extent that it made the *AEPA* apply retrospectively to offenders sentenced before March 28, 2011, the date the *AEPA* came into force. The declaration was to have immediate effect.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2012 BCCA 435, 329 B.C.A.C. 118 (Levine, D. Smith and Groberman JJA.)*

[24] The Court of Appeal upheld the trial judge’s decision, although with a few variations in reasoning. Levine J.A., writing for the court, found that the purpose of s. 11(*h*) is to protect against double jeopardy, and that it applies to sanctions imposed after sentencing. She found that the retrospective legislative lengthening of the time the respondents would spend in jail that resulted from the delaying of their parole eligibility violated their right under s. 11(*h*) not to be “punished again” (para. 71).

tangible significatif sur la façon dont les deux délinquants toujours incarcérés purgeront leur peine » (par. 113). Se référant à l’arrêt *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, la juge a reconnu qu’il est possible d’apporter des modifications au droit et aux politiques relatifs aux services correctionnels et à la libération conditionnelle sans dénaturer pour autant la peine infligée, mais que « ces modifications ne doivent pas limiter de façon importante, même sous réserve de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire accordé à la Commission, l’admissibilité à la libération conditionnelle des délinquants » qui ont déjà été condamnés et punis (par. 114), car il en découlerait une peine supplémentaire.

[23] Estimant qu’il y avait eu une atteinte à l’al. 11*h*), la juge Holmes a conclu que cette atteinte n’était pas justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*. Bien que les objectifs de l’abrogation rétrospective, dont le maintien ou le rétablissement de la confiance du public dans l’administration de la justice, soient urgents et réels, le procureur général du Canada n’a pas démontré que la mesure ne portait pas atteinte plus que nécessaire aux droits des intimés garantis par l’al. 11*h*) pour la réalisation des objectifs du législateur. Le paragraphe 10(1) a été déclaré invalide dans la mesure où il prévoyait l’application rétrospective de la *LALAC* aux délinquants condamnés avant le 28 mars 2011, date de l’entrée en vigueur de cette loi. Le jugement déclaratoire prenait effet immédiatement.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2012 BCCA 435, 329 B.C.A.C. 118 (les juges Levine, D. Smith et Groberman)*

[24] La Cour d’appel a confirmé la décision de la juge de première instance, mais a tenu un raisonnement quelque peu différent. S’exprimant au nom de la cour, la juge Levine a conclu que l’al. 11*h*) visait à protéger les inculpés contre le double péril et qu’il s’appliquait aux sanctions infligées après le prononcé de la peine. Elle a jugé que l’augmentation rétrospective du temps d’épreuve résultant du report de la date d’admissibilité à la libération conditionnelle portait atteinte au droit des intimés garanti par l’al. 11*h*) de ne pas être « puni[s] de nouveau » (par. 71).

[25] Levine J.A. emphasized the distinction between the role of the sentencing judge and that of the Board under the *CCRA*, and mentioned that it is improper for a judge to take parole administration into consideration in the sentencing process. This did not alter her conclusion that s. 10(1) of the *AEPA* nonetheless amounted to punishment, having regard to both the purpose and the effect of the retrospective application of the repeal.

[26] Levine J.A. noted that an overly narrow reading of s. 11(*h*) is contrary to the appropriate principles of *Charter* interpretation. She stated that the purpose of s. 11(*h*) is to ensure that a person cannot be punished a second time for an offence for which he or she has already been tried and convicted. The issue was the meaning of “punishment” for the purposes of s. 11(*h*), and this turned on whether the consequence in this case “forms part of the arsenal of [possible] sanctions” and furthers the “purpose and principles of sentencing”, as required by *Rodgers* (para. 63). Levine J.A. asked whether the statute had a punitive purpose, but declined to decide the s. 11(*h*) claim on the basis of this question. Instead, she held that the *effect* of the delayed parole eligibility imposed by way of legislation was analogous to that of delayed parole eligibility imposed by a judge, the latter of which is clearly punishment (citing *Chaisson* and *Zinck*). In its effect, therefore, s. 10(1) of the *AEPA* violated s. 11(*h*) of the *Charter*.

[27] The Court of Appeal also agreed with the trial judge’s finding that although the legislation was enacted in response to a pressing and substantial concern, the Attorney General had not provided sufficient evidence that it impaired the respondents’ rights as little as possible, which meant that it could not be saved under s. 1 of the *Charter*.

[25] La juge Levine a insisté sur le rôle du juge chargé d’infliger la peine, distinct de celui de la Commission sous le régime de la *LSCMLSC*, et sur le devoir, pour les juges, de ne pas considérer l’impact de la libération conditionnelle lors du prononcé de la peine. Elle a néanmoins conclu que le par. 10(1) de la *LALAC* entraînait la création d’une peine, compte tenu de l’objet et de l’effet de son application rétrospective.

[26] La juge Levine a signalé qu’une interprétation trop étroite de l’al. 11*h*) était contraire aux principes corrects d’interprétation de la *Charte*. Elle a conclu que l’objectif de l’al. 11*h*) était d’interdire qu’une personne qui avait déjà été jugée, condamnée et punie pour une infraction écope d’une deuxième peine pour la même infraction. Il s’agissait donc de définir ce qu’il faut entendre à l’al. 11*h*) par le terme « puni » et, par extension, de déterminer si, en l’espèce, la conséquence « fai[sai]t partie des sanctions [possibles] » et si elle était conforme à « l’objectif et aux principes de la détermination de la peine » suivant l’arrêt *Rodgers* (par. 63). La juge Levine s’est demandé si la loi avait un objet punitif, mais elle a refusé de se prononcer sur l’argument fondé sur l’al. 11*h*) sous cet angle. La juge Levine a plutôt conclu que l’*effet* du report, imposé par la loi, de la date d’admissibilité à la libération conditionnelle était comparable à celui du report, imposé par le tribunal, de la date d’admissibilité à la libération conditionnelle, qui dans ce dernier cas entraîne manifestement la création d’une peine (renvoyant aux arrêts *Chaisson* et *Zinck*). Les conséquences de l’application du par. 10(1) de la *LALAC* contrevenaient à l’al. 11*h*) de la *Charte*.

[27] La Cour d’appel partageait aussi l’opinion de la juge de première instance selon laquelle, malgré l’objectif urgent et réel de la loi en cause, le procureur général n’avait pas produit une preuve suffisante pour démontrer que la loi affectait minimalement les droits des intimés. Elle n’était donc pas justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*.

IV. Analysis

A. *Does the Retrospective Application of the Abolition of APR Infringe Section 11(h)?*

[28] The respondents submit that the retrospective application provision, s. 10(1) of the *AEPA*, violates their right under s. 11(h) of the *Charter* not to be “punished . . . again”. They urge a broad reading of the term “punishment” that is not limited to the duplication of criminal or quasi-criminal proceedings. In their view, the retrospective application of the repeal, which eliminated the eligibility for early day parole of offenders who had already been sentenced, was punitive in its effect. The respondents also argue, parting ways with the Court of Appeal on this point, that it was punitive in its purpose.

[29] The Crown urges a narrow, textual reading of s. 11(h) that would exclude the elimination of early day parole eligibility from the definition of “punishment”. It argues that the retrospective application of the repeal was adopted in furtherance of the goals of rehabilitation, reintegration, public safety and confidence in the administration of justice, not that of punishment. The effect of that application reflects this non-punitive purpose. In this Court, the Crown further argues that s. 11(h) is not engaged, because being “punished . . . again” requires a duplication of proceedings that are criminal in nature in respect of the same matter.

[30] I will begin with this last question of whether s. 11(h) applies absent a duplication of proceedings. I will then consider the scope of the “punishment” concept in the context of s. 11(h) before inquiring into whether the impugned provision constitutes “punishment” in its purpose or in its effect.

IV. Analyse

A. *L’abolition rétrospective de la PEE porte-t-elle atteinte au droit garanti à l’al. 11h)?*

[28] Les intimés font valoir que la disposition qui prévoit l’application rétrospective, en l’occurrence le par. 10(1) de la *LALAC*, porte atteinte à leur droit garanti par l’al. 11h) de la *Charte* de ne pas être « puni[s] de nouveau ». Ils exhortent la Cour à adopter une interprétation large de la notion de « peine » qui ne serait pas limitée à la répétition d’instances criminelles ou quasi criminelles. À leur avis, l’abrogation rétrospective, qui a supprimé l’admissibilité anticipée à la semi-liberté à l’égard des délinquants déjà condamnés et punis, a eu un effet punitif. Les intimés prétendent, contrairement à l’opinion exprimée par la Cour d’appel sur ce point, que l’objet était punitif.

[29] Le ministère public propose une interprétation étroite et textuelle de l’al. 11h), qui exclut de la notion de « peine » l’annulation de l’admissibilité anticipée à la semi-liberté. Il fait valoir que l’abrogation rétrospective était conforme aux objectifs de réadaptation, de réinsertion sociale, de sécurité publique et de confiance du public dans l’administration de la justice, et qu’elle ne visait pas à punir. L’effet de l’application rétrospective témoigne de cette fin non punitive. Le ministère public fait aussi valoir devant notre Cour que l’al. 11h) ne s’applique pas parce que le fait d’être « puni de nouveau » suppose l’existence d’une deuxième instance procédurale de nature criminelle à l’égard de la même affaire.

[30] Je commencerai par examiner cette dernière question, soit celle de savoir si l’al. 11h) s’applique en l’absence d’une deuxième instance procédurale. Je me pencherai ensuite sur ce qu’il faut entendre par être « puni » pour l’application de l’al. 11h), avant d’examiner la question de savoir si, en raison de son objet ou de son effet, la disposition contestée entraîne la création d’une peine.

(1) Does Section 11(h) Apply Where No Duplication of Proceedings Has Occurred?

[31] Neither the trial court nor the Court of Appeal dealt with this question. The two courts agreed that s. 11(h) protects against double jeopardy, which Levine J.A. defined as protection “from being tried or punished again for an offence for which the offender has already been found guilty and punished” (para. 45), and they focused their analyses on the meaning of “punishment” for the purposes of s. 11(h).

[32] Section 11(h) of the *Charter* reads as follows:

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(h) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again;

[33] Parliament’s purpose in enacting s. 11(h) was to protect against double jeopardy. Section 11(h) mirrors the language and purpose of art. 14.7 of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, which reads:

7. No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country.

[34] But equating s. 11(h) with double jeopardy does not conclude the discussion of its purpose, since the very definition of “double jeopardy” is contested. Don Stuart says the following in this regard in *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (5th ed. 2010):

Under existing Canadian law there is certainly no one rule on double jeopardy. The subject is one of the utmost complexity and subtlety and is certainly in need of clarification. The law provides protection against harassment of multiple trials for the same act but also

(1) L’alinéa 11h) s’applique-t-il en l’absence d’une deuxième instance?

[31] Ni le tribunal de première instance ni la Cour d’appel n’ont examiné cette question. Les deux juridictions ont convenu que l’al. 11h) apporte une protection contre le double péril, défini par la juge Levine de la Cour d’appel comme le fait pour le délinquant d’être [TRADUCTION] « jugé et puni de nouveau pour une infraction dont il a déjà été déclaré coupable et puni » (par. 45), et ont concentré leur analyse sur ce qu’il faut entendre par être « puni » pour l’application de l’al. 11h).

[32] L’alinéa 11h) de la *Charte* est ainsi libellé :

11. Tout inculpé a le droit :

. . .

h) d’une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d’autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni;

[33] Le législateur avait pour objectif en adoptant l’al. 11h) d’offrir une protection contre le double péril. Cette disposition s’inspire du libellé et de l’objectif de l’art. 14.7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, reproduit ci-dessous :

7. Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d’une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays.

[34] Or, le fait d’associer l’al. 11h) au double péril ne règle pas pour autant la question de son objet, puisque la définition même de « double péril » ne fait pas l’unanimité. Don Stuart tient les propos suivants dans *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (5^e éd. 2010) :

[TRADUCTION] Actuellement, en droit canadien, il n’existe assurément pas de règle absolue sur le double péril. Il s’agit d’un sujet d’une grande complexité et plein de subtilités qui aurait certainement besoin d’être clarifié. La loi prévient l’abus de multiples procès visant un même

protection against multiple punishment. The concern to do something about double punishment stems from a distinct consideration based far more squarely on the fairness of proportionate punishment. [p. 464]

[35] As several authors have noted, the scope of s. 11(*h*) is narrow (see M. L. Friedland, “Legal Rights Under The Charter” (1982), 24 *Crim. L.Q.* 430, at pp. 435 and 449; Stuart, at p. 467). Stuart states that s. 11(*h*) has had “little impact on the protection of the accused against double jeopardy and double punishment”, in part because of this narrow scope (*ibid.*). Both Friedland and Stuart suggest that broader interpretations of double jeopardy may fit more easily into s. 7 of the *Charter* (Friedland, at p. 435; Stuart, at p. 468). This view may seem especially compelling in this case, which concerns alleged punishment arising from retrospective legislation, given that there are two provisions that deal explicitly with retrospectivity: s. 11(*g*), which protects against retroactive criminal legislation, and s. 11(*i*), which protects against the imposition of a harsher punishment where the punishment for the offence has been varied between the time of commission of the crime and the time of sentencing.

[36] In my view, it is not necessary to resort to a different *Charter* provision. The language of s. 11(*h*), the academic literature and this Court’s jurisprudence support a reading of s. 11(*h*) according to which the right not to be “punished . . . again” applies where an offender has been sentenced, even if no separate proceeding has taken place.

[37] Let me begin by addressing the plain meaning of s. 11(*h*). The introductory words to s. 11 indicate that the subject of the entire section is a “person charged with an offence”. Paragraph (*h*) then provides that this person has the right, “if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again”. The disjunctive language of the words “tried or punished” clearly indicates that s. 11(*h*)’s protection against additional punishment is independent of its protection against being tried again. In other words, as Stuart notes in respect of double jeopardy more generally, the protection applies to both the harassment of multiple trials and the harassment of additional

acte, mais aussi de multiples peines. Le souci d’agir pour éviter la double peine tient à une considération différente qui a plutôt rapport au caractère équitable d’une peine proportionnée. [p. 464]

[35] Comme le signalent plusieurs auteurs, l’al. 11*h*) a une portée restreinte (voir M. L. Friedland, « Legal Rights Under The Charter » (1982), 24 *Crim. L.Q.* 430, p. 435 et 449; Stuart, p. 467). Stuart affirme que cette disposition a eu [TRADUCTION] « peu d’incidence sur la protection de l’accusé contre le double péril et la double peine », en partie en raison de sa portée étroite (*ibid.*). Friedland et Stuart laissent tous deux entendre que l’interprétation élargie du double péril s’inscrirait davantage dans le cadre de l’art. 7 de la *Charte* (Friedland, p. 435; Stuart, p. 468). Ce point de vue peut paraître particulièrement convaincant dans le cas qui nous occupe, puisqu’il porte sur une peine qui découlerait d’une mesure législative rétrospective, soit un enjeu visé par deux dispositions qui traitent expressément de l’effet rétrospectif : l’al. 11*g*) (qui protège contre une loi criminelle rétroactive) et l’al. 11*i*) (qui protège contre l’imposition d’une peine plus sévère, lorsque la peine qui sanctionne l’infraction est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui du prononcé de la peine).

[36] À mon avis, il n’est pas nécessaire d’invoquer une autre disposition de la *Charte*. Le libellé de l’al. 11*h*), la doctrine et la jurisprudence de la Cour appuient une interprétation de l’al. 11*h*) selon laquelle le droit de ne pas être « puni de nouveau » s’applique au délinquant qui a été condamné, même en l’absence de nouvelles procédures judiciaires.

[37] D’abord, j’examinerai le sens ordinaire du libellé de l’al. 11*h*). Son énoncé liminaire réfère à « [t]out inculpé ». L’alinéa *h*) dispose ensuite que l’inculpé a le droit « de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni ». L’emploi de la conjonction négative « ni », à caractère disjonctif, dans « jugé ni puni » indique clairement que la protection conférée par l’al. 11*h*) contre l’imposition d’une peine supplémentaire diffère de la protection contre un nouveau procès. Autrement dit, comme le signale Stuart à propos du double péril en général, la protection prévient l’abus de multiples procès et d’une peine supplémentaire (p. 464).

punishment (p. 464). The conjunctive language of the words “found guilty and punished” further accentuates the disjunctive language of “tried or punished”. It is thus clear from the plain meaning of the words that either being tried again *or* being punished again is sufficient to engage s. 11(h).

[38] The plain meaning of s. 11(h) is supported by common sense. It would be far more questionable to punish someone without a proceeding than to punish him or her with a proceeding. The purpose of s. 11(h) cannot be to protect against punishment imposed following a trial in which due process has been observed, but not against punishment imposed without the protections afforded by a trial.

[39] Next, it is true that the authors emphasize that s. 11(h) is narrow in scope and does not encompass all forms of double jeopardy. For instance, it is distinct from statutory and common law protections such as *autrefois acquit*, or the rule in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, against multiple convictions for separate offences based on a single act (*R. v. Van Rassel*, [1990] 1 S.C.R. 225, at p. 233). Nevertheless, this does not preclude the application of s. 11(h) to protect against double punishment where no new proceeding has taken place, nor am I aware of academic literature that would support such a position. While some authors focus on the fine points of what constitutes a second proceeding for the purposes of s. 11(h) (see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at p. 51-35), this does not limit the application of s. 11(h) in cases of double punishment in which no such proceeding took place.

[40] If anything, the lack of academic commentary on this subject speaks less to the scope of the provision than to the relative infrequency of such violations. The early cases with respect to s. 11(h) concerned situations in which criminal charges were laid against an accused who had previously been sanctioned or disciplined in a non-criminal

L’emploi de la conjonction de coordination « et » dans l’expression « déclaré coupable et puni » fait ressortir encore davantage le caractère disjonctif de l’expression « jugé ni puni ». En conséquence, il ressort clairement du sens ordinaire des mots que le fait d’être jugé de nouveau *ou* le fait d’être puni de nouveau suffit pour que l’al. 11h) s’applique.

[38] Cette interprétation de la disposition suivant son sens ordinaire repose sur le gros bon sens. Une peine infligée sans procès serait nettement plus discutable qu’une peine infligée à l’issue d’un procès. L’alinéa 11h) ne saurait avoir pour objet la protection contre une peine infligée à l’issue d’un procès tenu en bonne et due forme, mais pas contre d’autres types de « peine » infligée sans les garanties qu’offre un procès régulier.

[39] Ensuite, les auteurs soulignent certes que l’al. 11h) a une portée restreinte et qu’il ne vise pas toutes les formes de double péril. À titre d’exemple, il se distingue des garanties légales et de common law, comme le principe d’*autrefois acquit*, ou celui établi dans l’arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, à l’encontre de déclarations de culpabilité multiples pour des infractions distinctes qui découlent d’un seul acte (*R. c. Van Rassel*, [1990] 1 R.C.S. 225, p. 233). Néanmoins, rien dans ce qui précède ne fait obstacle à une interprétation de l’al. 11h) selon laquelle cette disposition offre une protection contre une double peine dans les cas où aucune nouvelle instance n’a été tenue. À ma connaissance, aucun auteur n’appuie une telle thèse. Bien que certains auteurs s’attachent essentiellement aux caractéristiques de ce qui constitue une deuxième instance pour l’application de l’al. 11h) (voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), vol. 2, p. 51-35), rien dans leur thèse ne vient restreindre l’application de cette disposition aux situations où il y a création d’une double peine en l’absence d’une deuxième instance.

[40] En fait, le peu de doctrine qui existe sur le sujet fait ressortir le caractère exceptionnel de telles atteintes plutôt que la teneur de la disposition en cause. Dans les premières affaires portant sur l’al. 11h), des accusations criminelles avaient été portées contre un accusé qui avait déjà fait l’objet de sanctions pénales ou disciplinaires à l’issue

proceeding for the same act; the question was whether the non-criminal proceeding or sanction triggered the protection against double jeopardy (*R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, and *R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3). Those cases did not directly address the possibility of punishment without a second proceeding. The Crown cites the following comment made by McLachlin J. (as she then was) in *Shubley* (p. 19): “Section 11(*h*) provides protection against duplication in proceedings of a criminal nature. It does not preclude two different proceedings, one criminal and the other not criminal, flowing from the same act” (A.F., at para. 59). However, this passage must be read in context, as part of the Court’s inquiry into whether the proceeding in question was criminal “in nature”. Even in the early s. 11(*h*) cases, it was found that the protection against double jeopardy could be triggered by proceedings that are criminal in nature *or* by “true penal consequences”.

[41] *Rodgers*, a more recent case, supports my conclusion. At issue in that case was whether an order for the taking of a DNA sample that was made pursuant to a statute enacted after the offender had been sentenced constituted double punishment. The following comments of Charron J. are on point:

First, it is necessary to consider whether s. 11 applies at all to a s. 487.055 application. As the introductory words of the section make it plain, the protection extended by s. 11 can only be invoked when “[a] person [is] charged with an offence”. Therefore, in and of itself, the application for a DNA order does not at all engage s. 11. It cannot be contended that Mr. Rodgers is “charged with an offence” on any reasonable meaning of the term and, as I understood his argument, he is not claiming the protection of s. 11 on that basis. He relies, rather, on the charges that were brought in respect of the index offences — namely the multiple sex offences in respect of which he was convicted and which form the basis of the application for a DNA data bank order. There is no doubt that s. 11 applies to those criminal proceedings and the question then becomes whether the imposition of a s. 487.055 order constitutes further “punishment” for those offences. [Emphasis added; para. 58.]

d’une instance non criminelle visant le même acte. Il s’agissait de savoir si l’instance ou la sanction non criminelle faisait intervenir la protection contre le double péril (*R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, et *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3). Les affaires susmentionnées ne portaient pas directement sur l’existence d’une peine en l’absence d’une deuxième instance. Le ministère public cite les propos suivants formulés par la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l’arrêt *Shubley* (p. 19) : « L’alinéa 11*h*) protège contre la répétition des procédures de nature criminelle. Il n’empêche pas que deux sortes de procédures, les unes criminelles et les autres non criminelles, découlent du même acte » (m.a., par. 59). Or, la Cour doit examiner ce passage à la lumière de son contexte, dans le cadre de son analyse visant à déterminer si l’instance était « de nature » criminelle. Même dans les premières affaires fondées sur l’al. 11*h*), il a été décidé que la protection contre le double péril était mise en jeu par une instance de nature criminelle *ou* par de « véritables conséquences pénales ».

[41] L’arrêt dans l’affaire *Rodgers*, rendu plus récemment, appuie ma conclusion. La question en litige était de savoir si l’ordonnance de prélèvement d’échantillons de substances corporelles pour analyse génétique rendue en vertu d’une loi adoptée après la condamnation du délinquant constituait une double peine. Les commentaires suivants de la juge Charron se révèlent on ne peut plus pertinents :

D’abord, il faut se demander si même l’art. 11 s’applique à la demande visée à l’art. 487.055. Il ressort de l’énoncé liminaire de l’art. 11 que la protection offerte ne peut être invoquée que lorsqu’une personne est « inculpé[e] ». Ainsi, comme telle, la demande d’autorisation de prélever un échantillon d’ADN ne met pas du tout en jeu l’art. 11. On ne saurait raisonnablement prétendre que M. Rodgers est « inculpé » et, si je comprends bien, ce n’est pas en cette qualité qu’il ne demande à bénéficier de la protection offerte par l’art. 11. Il invoque plutôt les infractions dont il a été accusé selon le fichier — soit les infractions sexuelles dont il a été déclaré coupable et qui fondent la demande d’autorisation. Il ne fait aucun doute que l’art. 11 s’applique aux instances criminelles y afférentes, et la question qui se pose dès lors est de savoir si le prélèvement autorisé en application de l’art. 487.055 constitue une « peine » supplémentaire pour la perpétration de ces infractions. [Je souligne; par. 58.]

In *Rodgers*, the Court rejected the narrow construction of s. 11(h) advanced by the Crown in the case at bar according to which it is limited to cases involving a duplication of proceedings that are criminal in nature. I find that s. 11(h) does protect an offender who has been tried and sentenced against double punishment even in the absence of a second proceeding. As to the paucity of academic commentary on this issue, it may be time to update the textbooks.

[42] Having concluded that s. 11(h) does not preclude claims of double punishment where a second proceeding has not taken place, I must now determine whether the situation in the instant case amounts to punishment.

(2) What Is the Scope of “Punishment” in the Context of Section 11(h)?

(a) *Pre-Rodgers Jurisprudence*

[43] The scope of “punishment” in the context of s. 11(h) has expanded over the years as new cases have pushed the limits of old definitions. It has always been clear that criminal or quasi-criminal proceedings trigger the protection against double jeopardy. Thus, a second criminal or quasi-criminal charge with respect to the same act engages s. 11(h) even if the consequence is slight.

[44] *Wigglesworth* made it clear that the protection against double jeopardy may be triggered not only by proceedings that are criminal or quasi-criminal in nature, but also by non-criminal proceedings that result in a sanction with true penal consequences. Where a person is charged in respect of “a private, domestic or disciplinary matter . . . intended to maintain discipline, integrity or to regulate conduct within a limited private sphere of activity” (p. 560), s. 11(h) may still be engaged if the true penal consequences test is met:

In my opinion, a true penal consequence which would attract the application of s. 11 is imprisonment or a fine

Dans *Rodgers*, la Cour rejette l’interprétation étroite de l’al. 11h) avancée par le ministère public en l’espèce, selon laquelle cette disposition s’applique seulement aux affaires où il y a répétition d’instances de nature criminelle. J’estime que l’al. 11h) protège effectivement le délinquant qui a déjà été jugé, condamné et puni contre une peine additionnelle, et ce, même en l’absence d’une deuxième instance. Quant à la paucité de la doctrine sur cette question, il est peut-être temps de procéder à une mise à jour des ouvrages de référence.

[42] Comme j’ai conclu que l’al. 11h) ne fait pas obstacle aux arguments fondés sur la double peine en l’absence d’une deuxième instance, je dois à cette étape déterminer si la situation en l’espèce emporte l’imposition d’une peine.

(2) Que faut-il entendre par la notion de « peine » dans le contexte de l’al. 11h)?

a) *Jurisprudence antérieure à l’arrêt Rodgers*

[43] La notion de ce qui constitue une « peine » dans le contexte de l’al. 11h) a évolué au fil des ans et des dossiers ayant repoussé les limites des vieilles définitions. Il n’a jamais fait l’ombre d’un doute que la protection contre le double péril s’applique aux instances criminelles ou quasi criminelles. Ainsi, une deuxième accusation de nature criminelle ou quasi criminelle à l’égard du même acte met en jeu la protection de l’al. 11h) même si elle n’entraîne que peu de conséquences.

[44] L’arrêt *Wigglesworth* a précisé que la protection contre le double péril s’applique, non seulement aux instances de nature criminelle ou quasi criminelle, mais également aux instances non criminelles qui se soldent par l’imposition de véritables conséquences pénales. Lorsqu’une personne est accusée « d’une affaire privée, domestique ou disciplinaire [. . .] destinée à maintenir la discipline, l’intégrité ou à réglementer une conduite dans une sphère d’activité privée et limitée » (p. 560), l’al. 11h) s’applique s’il est satisfait au critère des véritables conséquences pénales :

À mon avis, une véritable conséquence pénale qui entraînerait l’application de l’art. 11 est l’emprisonnement

which by its magnitude would appear to be imposed for the purpose of redressing the wrong done to society at large rather than to the maintenance of internal discipline within the limited sphere of activity.

(*Wigglesworth*, at p. 561, *per* Wilson J.)

[45] In *Wigglesworth*, although the internal disciplinary proceeding against an RCMP officer was neither criminal nor quasi-criminal “in nature”, it was found to involve “true penal consequences” because the possible sanctions included imprisonment for up to one year. In *Shublely*, applying the same test, the Court found that a sanction imposed in an internal prison disciplinary proceeding — close confinement for a period of five days on a special diet — fell short of “true penal consequences”, in part because the possible sanctions involved neither fines nor imprisonment: “Confined as they are to the manner in which the inmate serves his time, and involving neither punitive fines nor a sentence of imprisonment, they appear to be entirely commensurate with the goal of fostering internal prison discipline and are not of a magnitude or consequence that would be expected for redressing wrongs done to society at large” (p. 23, *per* McLachlin J.).

[46] In *Rodgers*, the Court took the opportunity to revisit the definition of “punishment” it had articulated in *Wigglesworth* and *Shublely*. The question was whether compelling an offender to submit to the taking of a DNA sample under legislation that had not existed at the time of his or her conviction constituted double punishment. Charron J. accepted that imprisonment and heavy fines constitute “true penal consequences”, but reasoned that “punishment” is not limited to these two types of sanctions. She set out to identify features characteristic of punitive sanctions that could be used to determine whether a given sanction that is less severe than imprisonment or a heavy fine nevertheless constitutes punishment. She mentioned various orders a sentencing court might make, such as an order for

ou une amende qui par son importance semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline à l’intérieur d’une sphère d’activité limitée.

(*Wigglesworth*, p. 561, la juge Wilson)

[45] Dans l’affaire *Wigglesworth*, la procédure interne de discipline entreprise contre un membre de la Gendarmerie royale du Canada ne constituait pas une instance « de nature » criminelle ou quasi criminelle. La Cour a décidé qu’elle comportait l’imposition de « véritables conséquences pénales », parce qu’une peine d’emprisonnement d’une durée maximale d’un an comptait parmi les sanctions possibles. Dans l’arrêt *Shublely*, la Cour a appliqué le même critère et a conclu qu’une sanction imposée à l’issue d’une instance disciplinaire de l’établissement carcéral — l’isolement cellulaire pendant cinq jours à un régime alimentaire particulier — n’équivaut pas à de « véritables conséquences pénales », notamment parce que l’imposition d’une amende ou l’emprisonnement ne comptaient pas parmi les sanctions possibles : « Puisqu’elles sont limitées à la façon dont le détenu doit purger sa peine et qu’elles ne comportent ni amende, ni peine d’emprisonnement, ces sanctions paraissent tout à fait proportionnées à l’objectif de promouvoir le respect de la discipline interne dans les prisons et elles n’ont ni l’ampleur ni les conséquences auxquelles on s’attendrait pour ce qui est de réparer les torts causés à la société en général » (p. 23, la juge McLachlin).

[46] Dans l’arrêt *Rodgers*, la Cour réexamine la définition du mot « peine » qu’elle avait élaborée dans les arrêts *Wigglesworth* et *Shublely*. Il s’agissait de savoir si le fait d’ordonner à un délinquant de se soumettre au prélèvement d’un échantillon de substances corporelles pour analyse génétique en vertu d’une disposition qui n’existait pas à l’époque de sa condamnation constituait une double peine. La juge Charron reconnaît certes que l’incarcération et une forte amende constituent de « véritables conséquences pénales », mais conclut qu’une « peine » ne se limite pas à ces deux types de sanctions. Elle énumère des éléments propres aux sanctions punitives permettant de déterminer si une sanction donnée, quoique moins pénible que l’incarcération ou une forte amende, constitue néanmoins une peine et mentionne diverses

forfeiture, a firearm prohibition, a driving prohibition or an order for restitution.

[47] The two-part definition of punishment articulated by Charron J. in *Rodgers*, and relied upon in the instant case by the courts below and by the parties, is the following:

As a general rule, it seems to me that the consequence will constitute a punishment when it forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence and the sanction is one imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing. [para. 63]

Turning to the case before her, Charron J. found that a DNA order is no more a part of the arsenal of criminal sanctions than the taking of a photograph or fingerprints. It does not on its own attach a stigma to the offender, and while it may have a deterrent effect, not all deterrent measures can be characterized as punishment. By way of example, Charron J. cites random traffic stops to check for alcohol consumption, which hopefully deter people from drinking and driving but are not punishment.

(b) *Inapplicability of the Rodgers Test to Retrospective Changes to Parole Eligibility*

[48] In my view, the case at bar once again pushes the limits of the “punishment” concept, requiring us to revisit the principles that define the scope of s. 11(h). Whereas in *Wigglesworth* the Court established that non-criminal proceedings may engage s. 11(h) if they result in true penal consequences, and in *Rodgers* it articulated a test for determining whether a given consequence or sanction constitutes punishment, the question in the instant case eludes both tests.

ordonnances que le tribunal chargé de la peine est susceptible de prononcer, telle la confiscation, l’interdiction de possession d’une arme à feu, l’interdiction de conduite automobile ou la restitution.

[47] La définition en deux volets d’une peine qu’établit la juge Charron dans l’arrêt *Rodgers* et appliquée par les tribunaux de juridiction inférieure et les parties en l’espèce est ainsi rédigée :

En règle générale, il me semble que la conséquence constitue une peine lorsqu’elle fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et qu’elle est conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine. [par. 63]

À la lumière des faits au dossier, la juge Charron conclut que l’ordonnance visant le prélèvement d’échantillons de substances corporelles pour analyse génétique ne fait pas plus partie de l’arsenal des sanctions criminelles possibles que la prise de photographies ou des empreintes digitales. À elle seule, une telle ordonnance ne stigmatise pas le délinquant, et bien qu’elle puisse avoir un effet dissuasif, ce ne sont pas toutes les mesures de dissuasion qui peuvent être qualifiées de « peine ». La juge Charron donne l’exemple des contrôles routiers inopinés visant à vérifier l’alcoolémie des conducteurs, qui ont pour conséquence, espère-t-on, de dissuader la conduite en état d’ébriété, mais qui ne sont pas pour autant des peines.

b) *L’inapplicabilité du critère établi dans l’arrêt Rodgers aux modifications rétrospectives apportées à l’admissibilité à la libération conditionnelle*

[48] À mon avis, en l’espèce, le concept de « peine », tel qu’il était défini à ce jour, est de nouveau remis en question, et nous sommes appelés à réexaminer les principes qui définissent la portée de l’al. 11h). Dans *Wigglesworth*, la Cour conclut qu’une instance non criminelle qui comporte de véritables conséquences pénales enclenche le mécanisme de l’al. 11h), et, dans *Rodgers*, elle établit un critère permettant de déterminer si une conséquence ou une sanction en particulier constitue une peine, mais la question qui nous est soumise en l’espèce déborde le cadre de ces deux critères.

[49] Rather than requiring us to determine whether a discrete sanction is punitive in nature, this case requires us to determine whether retrospective changes to parole eligibility, which modify the manner in which an existing sanction is carried out, constitute punishment. The alleged punishment is neither a second proceeding nor a “sanction” in the sense contemplated in *Rodgers*. Rather, the offender’s expectations about the original punishment or sanction have been frustrated and this is said to constitute new punishment.

[50] The following makes clear that the two-part *Rodgers* test cannot apply to determine whether retrospective changes to parole eligibility constitute punishment. In the first branch of the *Rodgers* test, “punishment” is defined by referring to the traditional forms of punishment provided for in the *Criminal Code*, in which “[t]he words ‘sentence’ and ‘sanction’ are . . . used interchangeably” (para. 62). The function of this branch of the test is to enable courts to determine whether other types of sanctions — such as a DNA order or a driving prohibition — share the characteristics of punitive sanctions and thus constitute “punishment”. Since “a grant of parole represents a change in the conditions under which a judicial sentence must be served, rather than a reduction of the judicial sentence itself” (*R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 62 (emphasis deleted)), changes to the parole system do not generally form part of the “arsenal of sanctions” contemplated in *Rodgers*.

[51] On the other hand, a retrospective change to parole eligibility may have the effect of extending an offender’s term of incarceration. Incarceration is “the most severe deprivation of liberty known to our law” (*Wigglesworth*, at p. 562), and the most obvious example of punishment in the “arsenal of sanctions” available under the *Criminal Code*.

[49] En l’espèce, nous devons déterminer, non pas si une sanction donnée est de nature punitive, mais si les changements apportés rétrospectivement aux conditions d’admissibilité à la libération conditionnelle, qui modifient l’application d’une sanction infligée préalablement, emportent l’imposition d’une peine. La peine alléguée ne découle pas d’une deuxième instance, ni ne constitue une « sanction » au sens où ce terme est défini dans l’arrêt *Rodgers*. Or, ce sont les attentes des délinquants à propos de la peine ou de la sanction initiale qui ont été trompées, et c’est cette situation qui selon eux a l’effet d’une nouvelle peine.

[50] Il ressort à l’évidence de ce qui suit que l’application du critère à deux volets établi dans l’arrêt *Rodgers* ne permet pas de décider si les changements apportés rétrospectivement à l’admissibilité à la libération conditionnelle emportent l’imposition d’une peine. D’une part, la notion de « peine » est définie en fonction des formes traditionnelles de peines prévues au *Code criminel*, dans lequel « les mots “peine”, “punition” et “sanction” sont interchangeables » (par. 62). Ce volet du critère a pour fonction de permettre aux tribunaux de déterminer si d’autres types de sanction, comme l’ordonnance visant le prélèvement d’échantillons de substances corporelles pour analyse génétique ou l’interdiction de conduite automobile, présentent les caractéristiques propres aux sanctions punitives et constituent en conséquence des « peines ». Puisque « l’octroi de la libération conditionnelle représente une modification des conditions aux termes desquelles la peine imposée par le tribunal doit être purgée plutôt qu’une réduction de la peine elle-même » (*R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 62 (soulignement omis)), les changements apportés rétrospectivement au système de libération conditionnelle ne font généralement pas partie « [de l’arsenal] des sanctions » envisagées dans l’arrêt *Rodgers*.

[51] D’autre part, la modification rétrospective de l’admissibilité à la libération conditionnelle risque de prolonger la période d’incarcération que doit purger un délinquant. L’incarcération constitue « la privation de liberté la plus grave dans notre droit » (*Wigglesworth*, p. 562), et l’exemple le plus évident d’une peine faisant partie « [de l’arsenal] des sanctions » prévues

Incarceration and heavy fines are the benchmark sanctions against which other, less severe sanctions are assessed under the *Rodgers* test. That incarceration constitutes “punishment” is a core underlying assumption of the *Rodgers* test.

[52] In short, when applied in this context, the *Rodgers* test is overly formalistic, as the “arsenal of sanctions” test would exclude most changes to parole eligibility, whereas even marginal increases in the likelihood of additional incarceration easily meet the test. The problem is that the *Rodgers* test does not assist in identifying situations in which, from a functional rather than a formalistic perspective, the harshness of punishment has been increased. The *Rodgers* test was designed for a different purpose, namely to determine whether a discrete sanction — one that does not modify the original sanction — has the characteristics of a criminal sanction, and thus constitutes “punishment”.

[53] The second branch of the *Rodgers* test — whether the sanction furthers the purpose and principles of sentencing — is also an awkward fit in this situation. For instance, rehabilitation and reintegration are principles applied in parole administration, but they are also sentencing principles. It would seem that all retrospective changes to parole eligibility could therefore be said to further the purpose and principles of sentencing, though it is clear to me that not all such changes would be punitive.

(c) *Retrospective Punishment and Double Jeopardy Under Section 11(h)*

[54] In the cases leading up to *Rodgers* and in *Rodgers* itself, the Court identified two types of situations in which the rule against double jeopardy set out in s. 11(h) may be violated, but the case at

au *Code criminel*. La peine carcérale et les fortes amendes représentent l’aune à laquelle les sanctions moins graves doivent être mesurées suivant le critère établi dans l’arrêt *Rodgers*. Le principe voulant que l’incarcération constitue une « peine » est l’une des principales assises de ce critère.

[52] Bref, le critère établi dans l’arrêt *Rodgers*, lorsqu’il est appliqué dans le présent contexte, se révèle trop formaliste, puisque suivant le premier volet, celui « des sanctions dont est passible un accusé », la plupart des modifications aux critères d’admissibilité à la libération conditionnelle seraient exclues, alors que même la plus infime augmentation de la probabilité que l’incarcération soit prolongée suffit pour satisfaire au critère. Malheureusement, le critère établi dans l’arrêt *Rodgers* ne permet pas de cerner les situations où une mesure a pour effet d’aggraver la peine sur le plan, sinon formel, du moins fonctionnel. Ce critère avait été établi à une tout autre fin, c’est-à-dire celle de déterminer si une sanction donnée — qui ne modifie pas la peine originale — possède les caractéristiques propres à une sanction criminelle et constitue de ce fait une « peine ».

[53] Le second volet du critère établi dans l’arrêt *Rodgers* — qui permet de déterminer si une sanction est conforme à l’objectif et aux principes du prononcé des peines — ne sied pas non plus à la présente situation. À titre d’exemple, les principes de réadaptation et de réinsertion sociale s’appliquent non seulement à la gestion de la libération conditionnelle, mais également au prononcé des peines. Force est de constater que tous les changements apportés rétrospectivement à l’admissibilité à la libération conditionnelle pourraient favoriser la réalisation de l’objectif et des principes du prononcé des peines, mais il ne fait aucun doute à mon avis que tous ne sont pas forcément punitifs.

(c) *Peine rétrospective et double péril interdits par l’al. 11h)*

[54] Dans les affaires antérieures à l’arrêt *Rodgers* et dans ce dernier, la Cour énumère deux types de situations dans lesquelles la règle interdisant le double péril énoncée à l’al. 11h) peut être violée,

bar introduces a third. In my view, where an offender has been finally acquitted of, or finally found guilty and punished for, an offence, s. 11(h) precludes the following further state actions in relation to the same offence:

- (a) a proceeding that is criminal or quasi-criminal in nature (being “tried . . . again”);
- (b) an additional sanction or consequence that meets the two-part *Rodgers* test for punishment (being “punished . . . again”) in that it is similar in nature to the types of sanctions available under the *Criminal Code* and is imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing; and
- (c) retrospective changes to the conditions of the original sanction which have the effect of adding to the offender’s punishment (being “punished . . . again”).

The case at bar concerns the third of these types of double punishment under s. 11(h). It is not the repeal of the APR provisions that is alleged to be unconstitutional, but the retrospective application of that repeal, which altered the parole expectations of offenders who had already been sentenced.

[55] Before discussing the scope of double punishment in this context, I should comment briefly on the relationship between retrospective punishment and double jeopardy in the *Charter* context. In addition to the common law presumption against retroactivity, there are principles of non-retroactivity specific to the criminal law that are enshrined in the *Charter*. The clearest provision in this regard is s. 11(g), which protects against retroactive criminal laws. As Peter Hogg writes, “[a]part from s. 11(g), Canadian constitutional law contains no prohibition of retroactive (or ex post facto) laws” (p. 51-33). Section 11(i), although less explicitly concerned with retroactivity, protects against increases in punishment between the time of commission of the crime and the time of sentencing. Both these provisions express society’s repudiation of retroactive punishment, broadly defined —

mais la présente espèce en propose un troisième. À mon avis, dans le cas où un délinquant a été définitivement acquitté d’une infraction, ou déclaré coupable et puni pour cette dernière, l’al. 11h) s’applique pour faire obstacle aux actes suivants de l’État relativement à cette infraction :

- a) une instance de nature criminelle ou quasi criminelle (être « jugé de nouveau »);
- b) une sanction ou une conséquence supplémentaire qui satisfait au critère à deux volets établi dans l’arrêt *Rodgers* en matière de peine (être « puni de nouveau »), c’est-à-dire qui est semblable aux types de sanctions que prévoit le *Code criminel* et qui est infligée pour réaliser l’objectif et les principes de détermination de la peine;
- c) des changements apportés rétrospectivement aux conditions de la sanction originale ayant pour effet d’aggraver la peine du délinquant (être « puni de nouveau »).

Le présent pourvoi porte sur le troisième type de double peine interdit par l’al. 11h). Ce n’est pas la constitutionnalité de l’abrogation des dispositions établissant la PEE qui est contestée en l’espèce, mais celle de son application rétrospective, qui a modifié l’attente en matière de libération conditionnelle des délinquants déjà condamnés et punis.

[55] Avant d’analyser la teneur de la double peine dans ce contexte, quelques commentaires s’imposent sur les rapports entre une peine rétrospective et le double péril dans le contexte de la *Charte*. Outre la présomption de non-rétroactivité en common law, certains principes de non-rétroactivité en matière criminelle sont consacrés dans la *Charte*. À ce sujet, la disposition la plus claire est l’al. 11g), qui offre une protection contre l’application rétroactive des lois en matière criminelle. Pour reprendre les propos de Peter Hogg : [TRADUCTION] « Sous réserve de l’al. 11g), le droit constitutionnel canadien n’interdit pas la rétroactivité (ex post facto) des lois » (p. 51-33). L’alinéa 11i) concerne la rétroactivité, quoiqu’il soit libellé en des termes moins explicites à cet égard que la disposition précédente, et assure une protection contre l’aggravation de la peine intervenue entre le moment de la perpétration

of retroactive legislation establishing a criminal offence in the case of s. 11(g), and of retroactive legislation under which a harsher penalty would apply to an offence committed before its enactment in the case of s. 11(i).

[56] Section 11(h) is not expressly concerned with retroactivity. Its purpose is to protect against double jeopardy, namely the trial or punishment of an accused for an offence he or she has already been acquitted of or found guilty and punished for. In many, if not most, situations in which s. 11(h) applies, retroactive punishment will not be in issue. For instance, the issue in the early cases on s. 11(h) was whether a person who had already been sanctioned in a non-criminal proceeding could subsequently be charged for the same act under the *Criminal Code*. The offences in question existed at the time the acts were committed. However, as I explained above, s. 11(h) may be engaged where no duplication of proceedings has occurred. Retrospective modification of the parole system after an offender was sentenced may have the effect of increasing the offender's punishment, thereby engaging s. 11(h). A legislative change that is not in itself punitive can acquire a punitive character by being applied retrospectively.

- (d) *What Retrospective Changes to the Conditions of a Sentence Constitute Double Punishment?*

[57] Generally speaking, offenders have constitutionally protected expectations as to the duration, but not the conditions, of their sentences. Various changes in the management of an offender's parole are not punitive, even though they may engage the offender's liberty interest by marginally increasing the likelihood of additional incarceration. McLachlin J. (as she then was) held as follows in *Cunningham*:

du crime et le moment de la sentence. Ces deux dispositions témoignent de l'aversion de la société pour les peines rétroactives, dans un sens large — pour la loi rétroactive qui crée une infraction criminelle, dans le cas de l'al. 11g), et pour la loi rétroactive en vertu de laquelle une peine alourdie s'appliquerait à l'infraction commise avant son adoption, dans le cas de l'al. 11i).

[56] L'alinéa 11h) ne concerne pas expressément la rétroactivité. Il a pour objet d'offrir une protection contre le double péril, c'est-à-dire le fait de juger ou de punir un accusé pour une infraction dont il a déjà été acquitté ou déclaré coupable et puni. Dans de nombreuses situations faisant intervenir l'al. 11h) — sinon dans la plupart d'entre elles —, le débat ne porte pas sur une peine rétroactive. À titre d'exemple, dans les premières affaires interpellant l'al. 11h), la question était celle de savoir si une personne sanctionnée à l'issue d'une instance non criminelle pouvait être accusée en vertu du *Code criminel* pour le même acte. Au moment où les actes avaient été commis, les infractions pertinentes existaient déjà. Or, comme je l'explique précédemment, il se peut que l'al. 11h) s'applique en l'absence d'une nouvelle instance. La modification rétrospective du système de libération conditionnelle, ultérieure à la condamnation du délinquant, peut aggraver la peine de ce dernier, ce qui fait intervenir la protection de l'al. 11h). La modification législative qui n'est pas punitive à proprement parler peut le devenir si elle est appliquée rétrospectivement.

- d) *Quels changements apportés rétrospectivement aux conditions de la peine emportent une double peine?*

[57] En règle générale, l'attente des délinquants quant à la durée de leur peine, mais non quant à leurs conditions, est protégée sur le plan constitutionnel. Divers changements apportés à la gestion de la libération conditionnelle ne sont pas de nature punitive, même s'ils mettent en jeu le droit à la liberté du délinquant en augmentant un tant soit peu la probabilité d'une incarcération prolongée. À ce sujet, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) tient, dans l'arrêt *Cunningham*, les propos suivants :

The *Charter* does not protect against insignificant or “trivial” limitations of rights It follows that qualification of a prisoner’s expectation of liberty does not necessarily bring the matter within the purview of s. 7 of the *Charter*. The qualification must be significant enough to warrant constitutional protection. To require that all changes to the manner in which a sentence is served be in accordance with the principles of fundamental justice would trivialize the protections under the *Charter*. To quote Lamer J. in *Dumas* [*v. Leclerc Institute*, [1986] 2 S.C.R. 459], at p. 464, there must be a “substantial change in conditions amounting to a further deprivation of liberty”. [p. 151]

[58] The requirement of a “substantial change in conditions amounting to a further deprivation of liberty” was articulated in the context of s. 7, and I will not import it into that of s. 11(*h*), the purpose of which is distinct. Retrospective changes to the parole system that engage a liberty interest under s. 7 will not necessarily constitute punishment for the purposes of s. 11(*h*). However, certain of the conclusions reached in *Cunningham* do apply to my analysis under s. 11(*h*). First of all, the Court recognized that an offender has an expectation of liberty that is based on the parole system in place at the time of his or her sentencing, and that thwarting that expectation may engage a constitutionally protected liberty interest. Changes to the parole system that add retrospectively to the offender’s incarceration may violate s. 7 even if they do not affect the sentence itself. As McLachlin J. put it in *Cunningham*: “One has ‘more’ liberty, or a better quality of liberty, when one is serving time on mandatory supervision than when one is serving time in prison” (p. 150).

[59] This being said, the Court recognized in *Cunningham* that not all expectations of liberty in the parole context are constitutionally protected. Even where a change to the conditions of a sentence

La *Charte* n’assure pas une protection contre les restrictions insignifiantes ou « négligeables » à l’égard des droits [. . .] Il en découle que la restriction de l’attente d’un détenu en matière de liberté ne fait pas nécessairement intervenir l’application de l’art. 7 de la *Charte*. La restriction doit être suffisamment importante pour justifier une protection constitutionnelle. Exiger que toutes les modifications apportées à la manière dont une peine est purgée soient conformes aux principes de justice fondamentale aurait pour effet de banaliser les protections conférées par la *Charte*. Selon le juge Lamer dans l’arrêt *Dumas* [*c. Centre de détention Leclerc*, [1986] 2 R.C.S. 459], à la p. 464, il doit y avoir une « modification importante des conditions d’incarcération qui équivaut à une nouvelle privation de liberté ». [p. 151]

[58] L’exigence d’une « modification importante des conditions d’incarcération qui équivaut à une nouvelle privation de liberté » a été établie dans le contexte de l’art. 7 et il n’y a pas lieu de l’insérer dans l’étude de l’al. 11(*h*), dont l’objet est distinct. Les changements apportés rétrospectivement au système de libération conditionnelle qui font intervenir le droit à la liberté garanti à l’art. 7 n’emportent pas forcément l’imposition d’une peine pour l’application de l’al. 11(*h*). Cependant, certaines des conclusions de la Cour dans l’arrêt *Cunningham* s’appliquent à l’analyse entreprise relativement à l’al. 11(*h*). Premièrement, la Cour reconnaît que les délinquants ont des attentes de liberté qui sont fonction du système de libération conditionnelle en place au moment où ils ont été condamnés et que modifier ces attentes risque de mettre en jeu le droit à la liberté protégé par la Constitution. Il est possible que les changements apportés au système de libération conditionnelle qui ont pour effet de prolonger rétrospectivement la période d’incarcération d’un délinquant enfreignent l’art. 7 même s’ils ne modifient pas la peine elle-même. Pour reprendre les propos tenus par la juge McLachlin dans *Cunningham* : « Une personne jouit de “plus” de liberté ou d’une meilleure qualité de liberté, lorsqu’elle purge sa peine en liberté surveillée plutôt qu’en prison » (p. 150).

[59] Cela dit, la Cour a reconnu dans l’arrêt *Cunningham* que toutes les attentes en matière de liberté dans le contexte de la libération conditionnelle ne sont pas protégées sur le plan

engages a liberty interest under s. 7, it may nonetheless be consistent with the principles of fundamental justice. Some line drawing becomes necessary. In my view, this same basic point applies to a retrospective change that constitutes double punishment in the s. 11(h) context. Some retrospective changes to the parole system affect the expectation of liberty of an offender who has already been sentenced to such an extent that they amount to new punishment, while other changes have a more limited impact and do not trigger *Charter* protection.

[60] I will not articulate a formula that would apply to every case, because such a formula is not needed to resolve this appeal and the effect of every retrospective change will be context-specific. That said, the dominant consideration in each case will in my view be the extent to which an offender's settled expectation of liberty has been thwarted by retrospective legislative action. It is the retrospective frustration of an expectation of liberty that constitutes punishment. At one extreme, a retrospective change to the rules governing parole eligibility that has the effect of automatically lengthening the offender's period of incarceration constitutes additional punishment contrary to s. 11(h) of the *Charter*. A change that so categorically thwarts the expectation of liberty of an offender who has already been sentenced qualifies as one of the clearest of cases of a retrospective change that constitutes double punishment in the context of s. 11(h).

[61] I reach this conclusion on the basis of many of the reasons cited by the courts below and advanced by the respondents. Although a sentencing judge is not to consider parole eligibility in assessing the fitness of the sentence (*Zinck*, at para. 18), the punitive effect of delayed parole eligibility is expressly recognized in the *Criminal Code*, which empowers a sentencing judge to consider delayed parole eligibility to be part of the sentence in certain circumstances. For example,

constitutionnel. Même une modification aux conditions de la peine qui met en jeu le droit à la liberté garanti par l'art. 7 peut être conforme aux principes de justice fondamentale. Des précisions s'imposent. À mon avis, le même raisonnement essentiel s'applique à la modification rétrospective qui emporte une double peine dans le contexte de l'al. 11h). Certains changements apportés rétrospectivement au système de libération conditionnelle trompent les attentes en matière de liberté d'un délinquant ayant déjà reçu sa peine, et ce dans une telle mesure qu'ils créent une nouvelle peine, alors que dans d'autres circonstances, ils ont une incidence limitée, qui ne fait pas intervenir la protection garantie par la *Charte*.

[60] Je m'abstiendrai d'énoncer une formule universelle, car une telle formule n'est pas nécessaire pour trancher le présent pourvoi, et l'effet des divers changements rétrospectifs dépend du contexte de chaque dossier. Cela dit, à mon avis, la principale considération dans chaque cas sera la mesure selon laquelle l'attente légitime en matière de liberté aura été trompée par l'action législative rétrospective. La peine se cristallise par l'effet rétrospectif de l'atteinte aux attentes légitimes de liberté. D'une part, le changement apporté rétrospectivement aux règles régissant l'admissibilité à la libération conditionnelle qui a pour effet de prolonger automatiquement l'incarcération du délinquant emporte une peine supplémentaire, contrairement à l'al. 11h) de la *Charte*. Un changement qui trompe si catégoriquement l'attente en matière de liberté d'un délinquant qui a déjà été condamné et puni représente l'un des cas les plus manifestes d'un changement rétrospectif qui emporte une double peine dans le contexte de l'al. 11h).

[61] J'en arrive à cette conclusion pour plusieurs des motifs énoncés par les tribunaux de juridiction inférieure et invoqués par les intimés. Bien que le juge qui détermine la peine ne doive pas tenir compte des conditions d'admissibilité à la libération conditionnelle dans l'évaluation de la peine juste et équitable (*Zinck*, par. 18), l'effet punitif de l'augmentation du temps d'épreuve avant la libération conditionnelle est reconnu expressément dans le *Code criminel*, qui autorise le

s. 743.6(1) empowers a court to impose delayed parole eligibility for the purpose of denunciation or of specific or general deterrence. Furthermore, a sentencing judge may increase the parole ineligibility period of an offender convicted of second degree murder (*Chaisson*, at para. 12). The Court said the following in this regard in *R. v. Wust*, 2000 SCC 18, [2000] 1 S.C.R. 455, at para. 24:

Rarely is the sentencing court concerned with what happens after the sentence is imposed, that is, in the administration of the sentence. Sometimes it is required to do so by addressing, by way of recommendation, or in mandatory terms, a particular form of treatment for the offender. For instance in murder cases, the sentencing court will determine a fixed term of parole ineligibility: s. 745.4 of the Code. [Emphasis added.]

In *Shropshire*, Iacobucci J. noted that the duration of parole ineligibility is the only difference in terms of punishment between first and second degree murder, which “clearly indicates that parole ineligibility is part of the ‘punishment’ and thereby forms an important element of sentencing policy” (para. 23).

[62] The fact that delayed parole eligibility can be imposed in the sentencing process confirms my view that retrospectively imposing delayed parole eligibility on offenders who have already been sentenced constitutes punishment. Where Parliament imposes through retrospective legislation a consequence that sentencing judges may themselves impose for the purpose of punishment, the s. 11(h) protection against double punishment applies.

[63] Whether less drastic retrospective changes to parole constitute double punishment will depend on the circumstances of the particular case. Generally speaking, a retrospective change to the

juge qui prononce la peine à augmenter le temps d'épreuve, dans certaines circonstances. À titre d'exemple, le par. 743.6(1) autorise le tribunal à retarder la libération conditionnelle pour des raisons de dénonciation ou de dissuasion individuelle ou générale. En outre, le juge qui prononce la peine peut accroître la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle d'un délinquant reconnu coupable de meurtre au deuxième degré (*Chaisson*, par. 12). À ce sujet, la Cour tient les propos suivants dans *R. c. Wust*, 2000 CSC 18, [2000] 1 R.C.S. 455, par. 24 :

Le tribunal qui détermine la peine est rarement concerné par ce qui se produit après le prononcé de la peine, c'est-à-dire par l'exécution de la peine. Par contre, il doit parfois s'attacher à cet aspect de la question lorsqu'il recommande ou impose une forme particulière de traitement au délinquant. Dans les affaires de meurtre, par exemple, le tribunal qui détermine la peine fixe le délai préalable à la libération conditionnelle du contrevenant : art. 745.4 du Code. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Shropshire*, le juge Iacobucci précise que la seule différence sur le plan du châtement entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré réside dans la durée de l'inadmissibilité à la libération conditionnelle, ce qui « indique clairement que l'inadmissibilité à la libération conditionnelle fait partie du “châtiment” et est donc un élément important de la politique en matière de détermination de la peine » (par. 23).

[62] Le fait que l'augmentation du temps d'épreuve peut être imposée au moment du prononcé de la peine confirme ma conclusion selon laquelle l'imposition rétrospective de délais additionnels avant la libération conditionnelle à un délinquant déjà condamné constitue une peine. Si le législateur impose, par une loi à effet rétrospectif, une conséquence qui fait partie de celles que le juge qui détermine la peine peut infliger à des fins de punition, alors la protection contre la double peine garantie par l'al. 11h) doit s'appliquer.

[63] La réponse à la question de savoir si des changements moins draconiens apportés rétrospectivement au régime de libération conditionnelle emportent une double peine dépendra des

conditions of a sentence will not be considered punitive if it does not substantially increase the risk of additional incarceration. Indicators of a lower risk of additional incarceration include a process in which individualized decision making focused on the offender's circumstances continues to prevail and procedural rights continue to be guaranteed in the determination of parole eligibility. Though I caution against directly importing principles drawn from the s. 7 jurisprudence into this context, the replacement of an automatic release system with a discretionary release system was found to be constitutional in *Cunningham* owing in part to various procedural safeguards, including a hearing and the entitlement to counsel. While s. 11(h) is not directly concerned with procedural safeguards, the presence or absence of such safeguards is relevant in considering the likelihood of the punishment's severity being increased. As I mentioned above, the dominant consideration will be the extent to which the offender's settled expectation of liberty has been thwarted. A change that directly results in an extension of the period of incarceration without regard to the offender's individual circumstances and without procedural safeguards in the assessment process will clearly violate s. 11(h).

- (3) Does Section 10(1) of the *AEPA* Violate Section 11(h) of the *Charter* in Its Purpose or in Its Effect?

[64] A law may violate the *Charter* in its purpose or in its effect: "If the legislation fails the purpose test, there is no need to consider further its effects, since it has already been demonstrated to be invalid" (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 334). In determining whether s. 10(1) of the *AEPA* is compatible with s. 11(h) of the *Charter*, both the trial judge and the Court of Appeal considered the purpose of the law first, followed by its effect. The trial judge held that s. 10(1) of the *AEPA* violates the *Charter* in both its purpose and its effect, whereas the Court of Appeal

circunstancias de cada affaire. En règle générale, un changement rétrospectif aux conditions de la peine n'est pas punitif s'il n'augmente pas considérablement le risque d'une incarcération prolongée. Une procédure prévoyant une prise de décisions reposant sur la situation particulière du délinquant et le respect des droits procéduraux dans le calcul du temps d'épreuve sont des indices d'un faible risque d'une incarcération prolongée. Quoique je fasse une mise en garde contre la transposition automatique dans le présent contexte des principes tirés de la jurisprudence relative à l'art. 7, dans l'arrêt *Cunningham*, la Cour a décidé que la substitution d'un système de mise en liberté discrétionnaire à un système de mise en liberté d'office était constitutionnelle, en partie en raison du respect de diverses garanties procédurales, comme le droit d'être entendu et le droit à l'avocat. Bien que l'al. 11h) ne concerne pas directement les garanties procédurales, la présence ou l'absence de ces dernières dans la procédure contestée est pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer s'il est probable que la peine soit alourdie. Comme je l'ai souligné précédemment, la principale considération est la mesure dans laquelle l'attente légitime en matière de liberté du délinquant a été trompée. Un changement qui entraîne directement une prolongation de l'incarcération sans égard à la situation du délinquant et qui ne prévoit pas l'application de garantie procédurale à la procédure d'examen contrevient manifestement à l'al. 11h).

- (3) Le par. 10(1) de la *LALAC* contrevient-il, par son objet ou son effet, à l'al. 11h) de la *Charte*?

[64] Il se peut qu'une loi contrevienne à la *Charte* par son objet ou par son effet : « Si [une loi] ne satisfait pas au critère de l'objet, il n'est pas nécessaire d'étudier davantage ses effets parce que son invalidité est dès lors prouvée » (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 334). Pour déterminer si le par. 10(1) de la *LALAC* est conforme à l'al. 11h) de la *Charte*, la juge de première instance et la Cour d'appel ont examiné tout d'abord l'objet de la loi, puis son effet. La juge de première instance a conclu que le par. 10(1) de la *LALAC* contrevient à la *Charte* par son objet et

declined, because the effect of s. 10(1) renders it unconstitutional, to rule on the constitutionality of its purpose. I agree with the Court of Appeal, but for different reasons, that s. 10(1) violates the *Charter* in its effect.

(a) *Purpose of Section 10(1) of the AEPA*

[65] First of all, the overall purpose of the *AEPA* is not at issue. I agree with the Court of Appeal, which found that there is no serious dispute about the validity of that purpose:

The Attorney General points to evidence it provided at trial that supports repealing APR to enhance the purposes and principles of parole regimes: rehabilitating and successfully reintegrating offenders by shifting away from presumptive release to normal parole; maintaining public safety and reducing recidivism; shifting the focus of parole review from offence-based presumptive release to parole consideration based on the circumstances of the offender; and maintaining or restoring confidence in the administration of justice by ensuring sentences as administered reflect the sentences courts impose. These purposes are entirely within the constitutional powers of the government, and the respondents take no issue with the *AEPA* on that basis. [para. 54]

In other words, the purposes served by limiting the parole eligibility of *all* offenders are within the prerogative of Parliament and, in any event, are not at issue in this case. What is at issue is Parliament's decision to make the repeal apply retrospectively, by means of s. 10(1) of the *AEPA*, to offenders who had already been sentenced. What is the purpose of this retrospective application?

[66] The foregoing discussion leads me to conclude that where legislation makes retrospective changes to parole eligibility, it will violate s. 11(*h*) if its purpose is to prolong the offender's period of incarceration. The Crown submits that Parliament's

par son effet, tandis que la Cour d'appel a refusé de statuer sur la constitutionnalité de l'objet de cette disposition parce que son effet en soi la rendait inconstitutionnelle. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le par. 10(1) contrevient à la *Charte* par son effet, mais pour des motifs différents.

a) *Objet du par. 10(1) de la LALAC*

[65] Premièrement, l'objet général de la *LALAC* n'est pas remis en cause. Je partage l'avis de la Cour d'appel, qui a conclu que la validité de l'objet de la loi n'était pas sérieusement contestée :

[TRADUCTION] Le procureur général invoque des éléments de preuve qu'il a présentés au procès qui étaient la proposition selon laquelle l'abolition de la PEE sert les objets et les principes sur lesquels reposent les régimes de libération conditionnelle : favoriser la réadaptation et la réinsertion des délinquants en passant de la mise en liberté à une date prédéterminée à la procédure normale de libération conditionnelle; assurer la sécurité publique et réduire la récurrence; axer l'examen en vue de la libération conditionnelle non pas sur la mise en liberté à une date prédéterminée en fonction de l'infraction perpétrée, mais plutôt sur la situation du délinquant; et maintenir ou rétablir la confiance du public dans l'administration de la justice en veillant à ce que les peines purgées correspondent aux peines imposées par les tribunaux. Ces objets relèvent totalement des pouvoirs constitutionnels conférés au gouvernement. Les intimés ne contestent pas la *LALAC* sur ce point. [par. 54]

Autrement dit, les objets visés par la restriction de l'admissibilité à la libération conditionnelle de *tous* les délinquants relèvent de la prérogative du législateur et ne sont pas en litige en l'espèce. La question en litige concerne la décision du législateur de faire appliquer l'abrogation rétrospectivement, par le truchement du par. 10(1) de la *LALAC*, à des délinquants qui avaient déjà été condamnés et punis. Quel est l'objet visé par cette application rétroactive?

[66] L'analyse qui précède me porte à conclure que, lorsqu'une mesure législative engendre rétrospectivement des changements à l'admissibilité à la libération conditionnelle, elle contrevient à l'al. 11(*h*) si elle a pour objectif de prolonger

decision to have the repeal apply retrospectively was made in furtherance of the goals of rehabilitation, reintegration, public safety and confidence in the administration of justice. These goals were better served by having the repeal apply “immediately and uniformly to all offenders, including those already sentenced but not yet released” (A.F., at para. 84). The respondents contend, and the trial judge so held, that this argument conceals the true purpose of the retrospective application provision. Both they and Holmes J. have cited Hansard to show that retrospective application was meant to serve the purposes of denunciation, deterrence and punishment. These arguments circle around the central question: Was Parliament’s purpose to lengthen the time to be served in jail by offenders who had already been sentenced?

[67] In particular, one Member of Parliament had said that if the repeal was not retroactive, the victims of a notorious crime committed before the repeal “will never have any kind of justice served” (*House of Commons Debates*, vol. 145, No. 131, 3rd Sess., 40th Parl., February 15, 2011, at p. 8205). This strongly suggests that Parliament intended to extend the period of incarceration of offenders who had already been sentenced, which would mean that the purpose of the provision was incompatible with s. 11(h).

[68] Despite some troubling passages from Hansard that are suggestive of an unconstitutional purpose, I accept the Crown’s articulation of Parliament’s purpose for the following reasons. Parole administration is distinct from sentencing. Parliament, responding to criticism of APR, saw fit to adopt a different approach by returning to the normal pre-APR parole rules, and considered it desirable to pursue the objectives underlying those rules in respect of all offenders, including those who had already been sentenced. In light of the formal distinction between sentencing and parole

l’incarcération du délinquant. Le ministère public fait valoir que le législateur, en appliquant rétroactivement l’abrogation, voulait favoriser la réinsertion sociale, la sécurité publique et la confiance du public dans l’administration de la justice. L’abrogation applicable [TRADUCTION] « immédiatement et uniformément à tous les délinquants, y compris ceux qui avaient déjà été condamnés et qui n’avaient pas encore été mis en liberté » (m.a., par. 84) permettait davantage de réaliser ces objectifs. Les intimés soutiennent, comme l’a conclu d’ailleurs la juge de première instance, que cet argument dissimule l’objet véritable de la disposition à application rétroactive. Les intimés et la juge Holmes ont cité des extraits des débats parlementaires pour démontrer que l’application rétrospective visait à favoriser la réalisation des objectifs de dénonciation, de dissuasion et de sanction. Ces arguments s’articulent autour de la question de savoir si le législateur avait plutôt pour objectif d’augmenter le temps d’épreuve des délinquants qui avaient déjà été condamnés.

[67] Plus particulièrement, selon une députée, si l’abrogation ne s’appliquait pas rétroactivement, les victimes d’un crime médiatisé commis avant l’abrogation « n’obtiendraient alors aucune forme de justice » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, n° 131, 3^e sess., 40^e lég., 15 février 2011, p. 8205). Cet énoncé suggère fortement que le législateur avait l’intention de prolonger l’incarcération de délinquants qui avaient déjà été condamnés et punis, ce qui alimenterait la proposition selon laquelle l’objet de la disposition contrevenait à l’al. 11h).

[68] Malgré certains passages troublants des débats parlementaires qui suggèrent que l’objet de la loi était inconstitutionnel, j’accepte pour les motifs qui suivent l’interprétation suggérée par le ministère public de l’intention du législateur. L’administration du régime de libération conditionnelle est distincte du prononcé des peines. En réponse aux critiques portant sur la PEE, le législateur a jugé bon de changer son fusil d’épaule et de revenir aux règles normales régissant la libération conditionnelle qui s’appliquaient avant la PEE. Il a également cru bon d’appliquer à tous les délinquants, y compris ceux

administration, I see nothing *prima facie* unconstitutional about the *purpose* of applying legitimate parole objectives universally to all offenders.

[69] However, the fact that Parliament had legitimate authority to legislate in relation to parole within the framework of the *CCRA* does not shield the legislation in question from constitutional scrutiny with regard to its effect. Parliament's authority to modify the conditions of an existing sentence, which is rooted in the formal distinction between parole administration and sentencing, is limited where the effect of a modification is such that it constitutes punishment.

(b) *Effect of Section 10(1) of the AEPA*

[70] The effect of the retrospective application provision, s. 10(1) of the *AEPA*, was to deprive the three respondents of the possibility of being considered for early day parole, which was an expectation they had had at the time they were sentenced. This amounts to a lengthening of the minimum period of incarceration for persons — like the respondents — who would have qualified for early day parole under the APR system.

[71] In my view, s. 10(1) had the effect of punishing the respondents again. It retrospectively imposed a delay in day parole eligibility in relation to offences for which they had already been tried and punished. The effect — extended incarceration — was automatic and without regard to individual circumstances.

[72] This situation is one of the “clearest of cases” discussed above. The imposition of a delay in parole eligibility in this case is analogous to the imposition of delayed parole eligibility by a judge under the *Criminal Code* as part of the sentence. As I mentioned above, Iacobucci J. noted

qui avaient déjà été condamnés, les objectifs qui sous-tendent ces mêmes règles. Compte tenu de la distinction formelle entre le prononcé des peines et l'administration de la libération conditionnelle, je ne vois de prime abord rien d'inconstitutionnel dans l'*objet* qui consiste à appliquer à tous les délinquants les objectifs légitimes véhiculés par la libération conditionnelle.

[69] Or, ce n'est pas parce que le législateur a le pouvoir légitime de légiférer en matière de libération conditionnelle dans le cadre de la *LSCMLSC* que cette mesure législative est à l'abri d'un examen qui vise à en déterminer la constitutionnalité sur le plan de son effet. Le pouvoir du législateur qui l'autorise à modifier les conditions d'une peine déjà prononcée, qui tient à la distinction formelle établie entre l'administration de la libération conditionnelle et le prononcé des peines, est limité si l'effet d'une telle modification est tel qu'il constitue une peine.

b) *L'effet du par. 10(1) de la LALAC*

[70] La disposition d'application rétrospective, à savoir le par. 10(1) de la *LALAC*, a eu pour effet de priver les trois intimés de la possibilité de voir leur dossier examiné en vue d'une semi-liberté anticipée à laquelle ils s'attendaient à l'époque où ils avaient été condamnés et punis. Cette conséquence entraîne une prolongation de la période minimale d'incarcération dans le cas des personnes qui, comme les intimés, auraient été admissibles à la semi-liberté anticipée sous le régime de la PEE.

[71] À mon avis, le par. 10(1) a eu pour effet de punir les intimés de nouveau. Son application a retardé rétrospectivement leur admissibilité à la semi-liberté à l'égard d'infractions dont ils avaient été définitivement déclarés coupables et punis. Leur incarcération était prolongée automatiquement sans égard à leur situation individuelle.

[72] La présente affaire participe des « cas les plus manifestes » pour reprendre l'expression employée précédemment. En l'espèce, l'augmentation du temps d'épreuve pour la libération conditionnelle est analogue à l'augmentation du temps d'épreuve pour la libération conditionnelle ordonnée par un

in *Shropshire* that the imposition of such a delay “clearly indicates that parole ineligibility is part of the ‘punishment’” (para. 23). Imposing this same consequence by means of retrospective legislation triggers the protection against double punishment set out in s. 11(h).

[73] My conclusion is not altered by the fact that the extension of parole ineligibility was imposed by means of legislation in the context of the *CCRA*, which concerns, *inter alia*, sentence administration, as opposed to being judicially imposed under the *Criminal Code*. This formal distinction does not change the basic point that, from a functional perspective, the new period of parole ineligibility thwarted the expectations of liberty of offenders who had already been “tried or punished” for their offences and resulted in harsher penalties than they would have received under the legislation that was in force at the time of their sentencing. Nor does the fact that the legislation extending their parole ineligibility was passed in the context of the *CCRA* rather than that of the *Criminal Code* shield Parliament’s measure from the scrutiny under s. 11(h) of the *Charter* that would otherwise apply. If that were the case, Parliament could enact punitive laws resulting in double punishment simply by choosing to amend the *CCRA* rather than the *Criminal Code*.

[74] I would note that the constitutionality of other aspects of the abolition of APR was not seriously argued. Without a full record, I am not in a position to rule on the effect of changes to the review process (requiring offenders to apply for release, eliminating automatic referral and requiring a hearing rather than a review conducted on paper) and to the release criteria (replacing the lower, presumptive standard of violent recidivism, which left the Board no discretion to deny parole, with the more onerous standard of undue risk to society). These changes are certainly more similar to the change to the sentence management process that

juge en vertu du *Code criminel* dans le cadre de la détermination d’une peine. Comme le signale le juge Iacobucci dans l’arrêt *Shropshire*, cela « indique clairement que l’inadmissibilité à la libération conditionnelle fait partie du “châtiment” » (par. 23). La loi rétrospective qui entraîne une telle conséquence enclenche la protection contre la double peine garantie à l’al. 11h).

[73] Ma conclusion reste inchangée malgré le fait que l’augmentation du temps d’épreuve en l’espèce était imposée par voie législative, dans le contexte d’une modification à la *LSCMLSC*, qui concerne notamment le régime d’administration de la peine, et non par voie judiciaire en vertu du *Code criminel*. Cette distinction sur le plan de la forme ne change rien au fait que, sur le plan pratique, la nouvelle période d’inadmissibilité à la libération conditionnelle a modifié les attentes en matière de liberté des délinquants qui avaient déjà été « jugé[s] [ou] puni[s] » pour leurs infractions. Elle leur a imposé une peine plus lourde que celle qu’ils auraient purgée sous le régime de la loi qui était en vigueur au moment du prononcé de leur peine. Le fait que la mesure législative qui a retardé l’admissibilité à la libération conditionnelle dans leur cas a été adoptée sous le couvert de la *LSCMLSC*, plutôt que sous celui du *Code criminel*, ne met pas non plus cette mesure à l’abri de l’examen fondé sur l’al. 11h) de la *Charte*. Si c’était le cas, le législateur pourrait adopter des lois punitives qui créeraient une double peine en choisissant tout simplement de modifier la *LSCMLSC* plutôt que le *Code criminel*.

[74] Je signale que la constitutionnalité d’autres aspects de l’abolition de la PEE n’a pas été sérieusement soutenue. Comme je ne dispose pas d’un dossier complet, je ne suis pas en mesure de statuer sur l’effet des modifications apportées à la procédure d’examen (qui requiert la présentation d’une demande de mise en liberté, met fin à la transmission d’office du dossier, exige la tenue d’une audience et annule l’examen sans audience) et celles apportées au critère de mise en liberté (qui ont substitué au critère fondé sur une présomption, moins strict, de la récidive avec violence, qui privait la Commission de tout pouvoir discrétionnaire qui

was upheld under s. 7 in *Cunningham*. This being said, every retrospective change must be analyzed in detail before conclusions can be drawn as to its possible punitive effect. The greater the impact on the offender's settled expectation of liberty, or the greater the likelihood of additional incarceration, the more likely it is that a given retrospective change will violate s. 11(h).

(4) Does Section 10(1) of the AEPA Violate Section 7 of the Charter?

[75] The respondents argue, in the alternative, that s. 10(1) violates s. 7 of the *Charter* by depriving the offender of liberty in contravention of the principles of fundamental justice. Wilson J. made the following comment in this regard in *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, at p. 647:

The principles of fundamental justice are to be found “in the basic tenets of our legal system”: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [[1985] 2 S.C.R. 486,] at p. 503. It is fundamental to any legal system which recognizes “the rule of law” (see the Preamble to the *Charter*) that an accused must be tried and punished under the law in force at the time the offence is committed.

Having already found that the impugned provision offends s. 11(h) of the *Charter*, I find it unnecessary to decide on the application of s. 7.

[76] When both s. 7 and a specific guarantee under the *Charter* are pleaded, this Court has generally shown a preference for dealing with the specific guarantee: *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 13. In my view, the following comments from *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, though made in respect of s. 11(d) rather than s. 11(h), are relevant:

The appellant places reliance upon both s. 11(d) and s. 7 of the *Charter*. However, the s. 7 submission can be

lui aurait permis de refuser la libération conditionnelle du délinquant, le critère, plus exigeant, du risque inacceptable pour la société). On peut certainement assimiler ces modifications au changement apporté à la procédure de gestion de la peine que la Cour dans l'arrêt *Cunningham* a jugée conforme à l'art. 7. Cela dit, il faut examiner en détail chaque changement rétrospectif pour déterminer s'il est susceptible de produire un effet punitif. Plus grande est l'incidence sur l'attente fondée en matière de liberté du délinquant — ou la probabilité d'une incarcération prolongée — plus le changement rétrospectif risque de contrevenir à l'al. 11h).

(4) Le paragraphe 10(1) de la LALAC enfreint-il l'art. 7 de la Charte?

[75] Les intimés soutiennent subsidiairement que le par. 10(1) enfreint l'art. 7 de la *Charte*, car il prive le délinquant de sa liberté, ce qui contrevient aux principes de justice fondamentale. La juge Wilson fait le commentaire suivant à cet égard dans l'arrêt *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, p. 647 :

On trouve les principes de justice fondamentale « dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique » : *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [[1985] 2 R.C.S. 486,] à la p. 503. Il est essentiel à tout système juridique qui reconnaît « la primauté du droit » (voir le préambule de la *Charte*) qu'un inculpé soit jugé et puni en vertu du droit en vigueur au moment où l'infraction a été commise.

Puisque j'ai déjà conclu que la disposition contestée enfreint l'al. 11h) de la *Charte*, j'estime qu'il n'est pas nécessaire de statuer sur l'application de l'art. 7.

[76] De façon générale, la Cour a toujours préféré analyser la portée d'une garantie expresse lorsque l'art. 7 et cette garantie prévue par la *Charte* sont tous deux invoqués : *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 13. À mon avis, les commentaires suivants formulés dans l'arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, sont pertinents, bien qu'ils portent sur l'al. 11d) plutôt que sur l'al. 11h) :

L'appelant invoque l'al. 11d) et l'art. 7 de la *Charte*. Toutefois, quelques mots sur l'argument relatif à l'art. 7

dealt with very briefly. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, this Court decided that ss. 8 to 14 of the *Charter*, the “legal rights”, are specific instances of the basic tenets of fairness upon which our legal system is based, and which are now entrenched as a constitutional minimum standard by s. 7. Consequently, in the context of the appellant’s challenge to the independence of the General Court Martial before which he was tried, s. 7 does not offer greater protection than the highly specific guarantee under s. 11(d). I do not wish to be understood to suggest by this that the rights guaranteed by ss. 8 to 14 of the *Charter* are exhaustive of the content of s. 7, or that there will not be circumstances where s. 7 provides a more compendious protection than these sections combined. However, in this case, the appellant has complained of a specific infringement which falls squarely within s. 11(d), and consequently his argument is not strengthened by pleading the more open language of s. 7. [Emphasis added; p. 310.]

In *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, at p. 688, this Court applied the same reasoning in the context of a s. 11(e) claim. Section 11(h) protects against the specific infringement alleged in the case at bar: the retrospective legislative imposition of delayed parole eligibility, which has the effect of punishing the offender anew. I therefore decline to address the arguments with respect to s. 7.

B. *Is Section 10(1) of the AEPA Saved by Section 1 of the Charter?*

[77] The trial judge held, and the Court of Appeal agreed, that the objectives of s. 10(1) of the *AEPA* are pressing and substantial, but they both found that the provision failed at the minimal impairment stage. I agree with this result.

[78] As I mentioned above, Parliament based its decision to abolish APR on considerable evidence, presented by the Crown in this case, that the system was not working effectively. It was within Parliament’s prerogative to pass legislation it thought necessary to improve the system. The trial judge found that the objective of ensuring that sentences as administered are consistent with the sentences courts impose, which, by extension, includes

suffiront. Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, notre Cour a décidé que les art. 8 à 14 de la *Charte*, qui énoncent les « garanties juridiques », représentent des exemples précis d’application des principes fondamentaux d’équité sur lesquels se fonde notre système juridique, que l’art. 7 a érigés en norme constitutionnelle minimale. Par conséquent, dans le contexte où l’appelant met en doute l’indépendance de la cour martiale générale qui l’a jugé, l’art. 7 n’offre pas plus de protection que la garantie très précise de l’al. 11d). Je ne veux pas que l’on pense que j’affirme, par là, que les droits garantis par les art. 8 à 14 de la *Charte* sont les seuls garantis par l’art. 7, ou qu’il n’existe aucun cas où l’art. 7 accordera une protection plus large que ces articles combinés. En l’espèce, toutefois, l’appelant s’est plaint d’une atteinte précise qui relève directement de l’al. 11d); par conséquent, sa thèse n’est pas renforcée par son argument qui repose sur la formulation plus générale de l’art. 7. [Je souligne; p. 310.]

Dans l’arrêt *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, p. 688, notre Cour applique le même raisonnement dans le contexte d’un recours fondé sur l’al. 11e). L’alinéa 11h) protège contre l’atteinte précise reprochée en l’espèce, à savoir l’augmentation rétrospective du temps d’épreuve pour l’admissibilité à la libération conditionnelle, qui fait en sorte que le délinquant est puni de nouveau. Je n’examinerai donc pas les arguments fondés sur l’art. 7.

B. *Le par. 10(1) de la LALAC est-il justifié au regard de l’article premier de la Charte?*

[77] La juge de première instance a conclu que les objectifs visés par le par. 10(1) sont urgents et réels, ce dont la Cour d’appel a convenu, mais chacune était d’avis que la disposition en litige ne satisfaisait pas au critère de l’atteinte minimale. Je suis d’accord sur cette conclusion.

[78] Comme je l’ai indiqué plus haut, le législateur a aboli la PEE sur la foi d’une preuve considérable, que le ministère public nous a présentée, démontrant que ce régime n’était pas adéquat. Il revenait au législateur d’adopter les mesures qu’il jugeait nécessaires pour améliorer ce régime. Selon la juge de première instance, l’objectif qui consiste à assurer que la peine purgée soit conforme à la peine infligée par le tribunal, ce qui englobe par extension celui

maintaining or restoring public confidence in the administration of justice, is pressing and substantial (para. 121). Parliament's decision to apply these same objectives to all offenders, including those who had already been sentenced, reflects its legitimate concern to ensure uniformity of parole administration and maintain confidence in the justice system. Having agreed that these objectives are pressing and substantial, I also find that the legislative measure — the *AEPA* — chosen by Parliament, including the retrospective application of its provisions, is rationally connected to the objectives.

[79] However, the Crown has not discharged its burden of proving that there was no less intrusive alternative to retrospective application of the *AEPA*'s provisions. Uniformity of parole administration may be a worthy objective, but the Crown has failed to provide compelling evidence that that uniformity would be impaired if the APR system continued to apply to offenders who were sentenced under it. I adopt the Court of Appeal's conclusion in this regard:

Sentence management objectives in general, and the objectives of the *AEPA* in particular, are recognizably important, but they do not rise to such significance that justifies implementing them in a manner that deprives the respondents of their constitutional rights. The corrections authorities have for twenty years administered different parole regimes for different offenders, including APR. [para. 65]

[80] In my view, having the repeal apply only prospectively was an alternative means available to Parliament that would have enabled it to attain the objectives of reforming parole administration and maintaining confidence in the justice system without violating the s. 11(*h*) rights of offenders who had already been sentenced. Regarding the Crown's argument that retrospective application is necessary to maintain confidence in the justice system, I would point out that the enactment of *Charter*-infringing legislation does great damage to that confidence. The Crown has produced no evidence to show why the alternative of a prospective repeal, which would

de maintenir ou de rétablir la confiance du public dans l'administration de la justice, est urgent et réel (par. 121). La décision du législateur d'appliquer ces objectifs à tous les délinquants, même ceux qui avaient déjà été condamnés et punis, témoigne de sa volonté à assurer l'uniformité dans l'administration du programme de libération conditionnelle et à maintenir ou à rétablir la confiance du public dans le système de justice. Je reconnais que ces objectifs sont urgents et réels, et je suis d'avis que la mesure législative — la *LALAC* — choisie par le législateur, y compris l'application rétrospective de ses dispositions, a un lien rationnel avec ces objectifs.

[79] Toutefois, le ministère public n'a pas réussi à établir qu'il n'existe pas de moyen moins attentatoire que l'application rétrospective des dispositions de la *LALAC*. L'uniformité dans l'administration du programme de libération conditionnelle constitue certes un objectif louable, mais le ministère public ne m'a pas convaincu qu'il serait compromis si le régime de la PEE continuait à s'appliquer aux délinquants condamnés et punis avant l'abolition de cette procédure. Je souscris à la conclusion suivante de la Cour d'appel à cet égard :

[TRADUCTION] Les objectifs de la gestion des peines en général et ceux de la *LALAC* en particulier sont manifestement importants, mais ils ne le sont pas tant que leur réalisation doive priver les intimés de leurs droits constitutionnels. Les autorités correctionnelles sont depuis vingt ans chargées de l'administration de différents régimes de libération conditionnelle à l'intention de différents délinquants, dont la PEE. [par. 65]

[80] À mon avis, le législateur aurait pu opter pour une application prospective de l'abrogation, ce qui lui aurait permis de réaliser les objectifs qui consistent à réformer l'administration du système de libération conditionnelle et à maintenir la confiance du public envers le système de justice, sans porter atteinte aux droits que l'al. 11(*h*) garantit aux délinquants qui avaient déjà été punis. Le ministère public soutient que l'application rétrospective est nécessaire pour maintenir la confiance du public dans le système de justice. Je signale que l'adoption de mesures législatives qui enfreignent les dispositions de la *Charte* peut saper cette confiance. Le

have been compatible with the respondents' constitutional rights, would have significantly undermined its objectives.

C. *Did the Court of Appeal Order the Appropriate Remedy?*

[81] The Crown argues in this Court that the remedy ordered by the summary trial judge and subsequently upheld by the Court of Appeal was overly broad, because she declared s. 10(1) to be invalid in its entirety, whereas only the delay in day parole eligibility — one consequence of the retroactive application of the repeal — had been found to infringe the respondents' rights. The Crown submits that the offenders should benefit not from all aspects of the abolished APR system, including automatic referral to the Board, a review conducted on paper and more favourable release criteria, but only from the one aspect — early day parole eligibility — whose elimination has been found to be unconstitutional.

[82] Both of the courts below held that the retrospective application of the elimination of early day parole eligibility was unconstitutional. No serious analysis was conducted into the constitutionality of the retrospective application of the elimination of other aspects of the APR system. The “punishment” identified by the summary trial judge and upheld by the Court of Appeal was the delayed date for day parole eligibility, not the changes to the review procedure or to the criteria for release.

[83] Although I will not decide this issue, the retrospective modification of the review procedure and the release criteria would seem to me to resemble the change relating to sentence management that this Court accepted in *Cunningham*. The following comments of McLachlin J., although made in the context of s. 7 of the *Charter*, are on point:

ministère public n'a produit aucune preuve tendant à démontrer pourquoi l'autre solution, à savoir une abrogation prospective, qui n'aurait pas porté atteinte aux droits constitutionnels des intimés, aurait considérablement compromis ses objectifs.

C. *La Cour d'appel a-t-elle ordonné la réparation convenable?*

[81] Le ministère public fait valoir devant notre Cour que la réparation ordonnée par la juge du procès par voie sommaire, et confirmée par la Cour d'appel, a une portée trop large, parce qu'elle a invalidé tout le par. 10(1), alors que seule l'augmentation du temps d'épreuve pour l'admissibilité à la semi-liberté — l'une des conséquences de l'application rétroactive de l'abrogation — portait atteinte aux droits des intimés. Selon le ministère public, il faudrait que les délinquants puissent se prévaloir, non pas de l'ensemble des éléments du régime de la PEE qui a été aboli, dont le renvoi d'office de leur dossier à la Commission pour examen, l'examen sans audience et le critère de mise en liberté moins strict, mais seulement de l'admissibilité anticipée à la semi-liberté dont l'annulation a été déclarée inconstitutionnelle.

[82] Les juridictions inférieures ont toutes deux jugé que l'annulation rétrospective de l'admissibilité anticipée à la semi-liberté n'était pas constitutionnelle. Aucune analyse sérieuse n'a porté sur la constitutionnalité de l'annulation rétrospective des autres éléments du régime de la PEE. La « peine » circonscrite par la juge du procès et confirmée par la Cour d'appel correspondait à l'augmentation du temps d'épreuve pour la semi-liberté, et non aux changements apportés à la procédure d'examen ni au critère de mise en liberté.

[83] Bien que je m'abstienne de trancher cette question, j'assimilerais la modification apportée rétrospectivement à la procédure d'examen et au critère de mise en liberté à une modification de gestion de la peine que la Cour a acceptée dans l'arrêt *Cunningham*. Bien qu'ils portent sur l'art. 7 de la *Charte*, les commentaires suivants formulés par la juge McLachlin sont pertinents :

A change in the form in which a sentence is served, whether it be favourable or unfavourable to the prisoner, is not, in itself, contrary to any principle of fundamental justice. Indeed, our system of justice has always permitted correctional authorities to make appropriate changes in how a sentence is served, whether the changes relate to place, conditions, training facilities, or treatment. Many changes in the conditions under which sentences are served occur on an administrative basis in response to the prisoner's immediate needs or behaviour. Other changes are more general. From time to time, for example, new approaches in correctional law are introduced by legislation or regulation. These initiatives change the manner in which some of the prisoners in the system serve their sentences. [Emphasis added; pp. 152-53.]

In the instant case, I have held that the legislative imposition of delayed day parole eligibility, by effectively prolonging the minimum period of incarceration of offenders who had already been sentenced, constitutes "punishment" for the purposes of s. 11(h). I have not found other aspects of the *AEPA* to be unconstitutional. At first blush, I do not see anything impractical or offensive about having the pre-APR parole procedures that are now in force apply while at the same time following the timelines for early day parole eligibility.

[84] However, the courts below did not receive submissions on the limited declaration now being proposed in this Court. This Court must exercise caution in deciding whether to depart from the remedy crafted by the trial judge and upheld by the Court of Appeal. In my view, this cautious approach favours upholding the full declaration of invalidity. I draw this conclusion for two reasons.

[85] First, early day parole eligibility was adopted as a component of APR, and I cannot presume that Parliament would have enacted the legislation establishing it in the absence of the rest of the APR system. The test for severance is whether the constitutionally sound portion of the scheme is so inextricably bound up with the part declared invalid

Une modification de la façon dont une peine est purgée, qu'elle soit favorable ou défavorable à l'endroit du détenu, n'est, en soi, contraire à aucun principe de justice fondamentale. En fait, notre système de justice a toujours permis aux autorités correctionnelles d'apporter des modifications appropriées à la manière dont une peine doit être purgée, en ce qui a trait au lieu, aux conditions, aux installations de formation ou au traitement. Un grand nombre de modifications des conditions dans lesquelles les peines sont purgées sont apportées de façon administrative pour répondre aux besoins immédiats ou au comportement du détenu. D'autres modifications sont d'ordre plus général. Par exemple, à l'occasion, une loi ou un règlement introduit de nouvelles méthodes en droit correctionnel. Ces initiatives modifient la manière dont certains détenus dans le système purgent leurs peines. [Je souligne; p. 152-153.]

En l'espèce, je suis d'avis que, par l'augmentation législative du temps d'épreuve pour la semi-liberté, qui a pour effet de prolonger la période minimale d'incarcération, les délinquants déjà condamnés sont « puni[s] » au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 11h). Je ne conclus pas à l'inconstitutionnalité d'autres éléments de la *LALAC*. A priori, je ne vois rien d'impossible ni de condamnable à ce que la procédure antérieure au régime de la PEE qui est dorénavant en vigueur s'applique et d'y assortir le temps d'épreuve pour la semi-liberté anticipée.

[84] Cependant, les juridictions inférieures ne disposaient pas des arguments qui nous ont été présentés sur l'opportunité de prononcer une déclaration d'invalidité partielle. La Cour doit envisager avec prudence la décision de s'écarter de la réparation ordonnée par la juge de première instance et confirmée par la Cour d'appel. Selon moi, une telle prudence nous invite à confirmer la déclaration d'invalidité intégrale. J'en viens à cette conclusion pour deux raisons.

[85] Premièrement, le législateur a instauré le régime d'admissibilité anticipée à la semi-liberté dans le cadre de la PEE, et je ne peux présumer qu'il l'aurait adopté sans y rattacher le reste du régime de la PEE. Le critère applicable en l'espèce est de savoir si les dispositions valides du régime sont si inextricablement liées aux dispositions invalides

that what remains cannot independently survive (*Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 697). I harbour doubts about the respondents' submission that early day parole was functionally bound up with the rest of the APR scheme. However, to conclude that it was not in the absence of evidence on how early day parole would work in combination with normal parole procedures would be to overstep my judicial role. I cannot presume that Parliament would have enacted the legislation establishing early day parole on its own.

[86] Second, even if it were clear that early day parole eligibility could stand, functionally, on its own, severance would not be workable in the context of this legislation. Section 119.1, which established the earlier eligibility period for day parole, was expressly dependent on both s. 125, which defined the class of offenders who were automatically eligible for accelerated parole review, and s. 126, which set out the procedural and substantive terms for release on parole. Section 119.1 read as follows:

119.1 The portion of the sentence of an offender who is eligible for accelerated parole review under sections 125 and 126 that must be served before the offender may be released on day parole is six months, or one sixth of the sentence, whichever is longer.

Section 126.1 specified that ss. 125 and 126 applied to the early day parole option established by s. 119.1.

[87] Section 10(1) of the *AEPA* made the repeal of ss. 125, 126 and 126.1 of the *CCRA* apply retrospectively and thus, in effect, withdrew the right to be considered for early day parole from offenders who had been eligible for such consideration prior to the enactment of the repeal provisions. The specific reference in s. 119.1 to “the sentence of an offender who is eligible for accelerated parole review under sections 125 and 126” means that this section cannot operate without ss. 125, 126 and 126.1 and is thus meaningless without them.

qu'elles ne sauraient subsister sans elles (*Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 697). Selon moi, l'argument des intimés selon lequel la semi-liberté anticipée était liée sur le plan fonctionnel au reste du régime de la PEE n'est pas convaincant. Cependant, j'outrepasserais mon rôle judiciaire en concluant à l'absence de lien sans bénéficier d'une preuve suffisante sur la manière dont la procédure normale de libération conditionnelle s'appliquerait à la semi-liberté anticipée. Je ne peux présumer que le législateur aurait adopté la loi prévoyant la semi-liberté anticipée sans son complément.

[86] Deuxièmement, même s'il ne faisait aucun doute que l'admissibilité anticipée à la semi-liberté est autonome sur le plan fonctionnel, la dissociation ne serait pas possible dans le contexte de cette mesure législative. L'article 119.1, qui abrégait le temps d'épreuve pour la semi-liberté, était tributaire du libellé des art. 125 et 126. Le premier définissait la catégorie de délinquants qui étaient admissibles d'office à la PEE; le deuxième établissait les conditions de la libération conditionnelle, sur les plans de la procédure et du fond. L'article 119.1 était ainsi libellé :

119.1 Le temps d'épreuve pour l'admissibilité à la semi-liberté est, dans le cas d'un délinquant admissible à la procédure d'examen expéditif en vertu des articles 125 et 126, six mois ou, si elle est supérieure, la période qui équivaut au sixième de la peine.

L'article 126.1 disposait que les art. 125 et 126 s'appliquaient à la semi-liberté anticipée instaurée par l'art. 119.1.

[87] Le paragraphe 10(1) de la *LALAC* a abrogé rétroactivement les art. 125, 126 et 126.1 de la *LSCMLSC* et a donc privé les délinquants admissibles avant l'abrogation du droit de voir leur dossier examiné en vue d'une semi-liberté anticipée. Le renvoi exprès dans l'art. 119.1 au « cas d'un délinquant admissible à la procédure d'examen expéditif en vertu des articles 125 et 126 » laisse entendre que cette disposition dépend des art. 125, 126 et 126.1 et ne produit aucun effet sans eux.

[88] To read s. 10(1) of the *AEPA* down to make the repeal of ss. 125 to 126.1 apply retrospectively but not that of s. 119.1, as the Crown proposes, would result in a provision that would be impossible to implement. I would therefore uphold the declaration of invalidity of all of s. 10(1).

V. Disposition

[89] I would dismiss the appeal and uphold the remedy ordered by the trial judge. Section 10(1) of the *AEPA* violates s. 11(h) of the *Charter* and is accordingly of no force or effect. Sections 125, 126, 126.1 and, by implication, 119.1 of the *CCRA* therefore continue to apply to offenders who were sentenced prior to the coming into force on March 28, 2011, of the *AEPA*.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Vancouver and Montréal.

Solicitors for the respondents: Eric Purtzki, Vancouver; Garth Barriere, Vancouver.

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

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: University of British Columbia, Vancouver; Heenan Blaikie, Vancouver.

[88] L'interprétation atténuée du par. 10(1) de la *LALAC* que propose le ministère public, selon laquelle l'abrogation des art. 125 à 126.1 s'appliquerait rétrospectivement, mais pas celle de l'art. 119.1, rendrait impossible l'application de ce dernier. En conséquence, je suis d'avis de confirmer la déclaration d'invalidité du par. 10(1) dans son ensemble.

V. Dispositif

[89] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la réparation ordonnée par la juge de première instance. Le paragraphe 10(1) de la *LALAC* contrevient à l'al. 11h) de la *Charte* et il est ainsi inopérant. Les articles 125, 126, 126.1 et, par voie de conséquence, l'art. 119.1 de la *LSCMLSC* continuent donc de s'appliquer aux délinquants condamnés avant l'entrée en vigueur de la *LALAC*, le 28 mars 2011.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Vancouver et Montréal.

Procureurs des intimés : Eric Purtzki, Vancouver; Garth Barriere, Vancouver.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : University of British Columbia, Vancouver; Heenan Blaikie, Vancouver.