

K.R.J. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Association des avocats
de la défense de Montréal,
David Asper Centre for Constitutional Rights,
Criminal Lawyers' Association (Ontario) and
British Columbia Civil Liberties
Association** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. K.R.J.

2016 SCC 31

File No.: 36200.

2015: December 2; 2016: July 21.

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

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

Constitutional law — Charter of Rights — Benefit of lesser punishment — Sentencing — Accused pleaded guilty to incest and making child pornography — Retrospective application of amendments to Criminal Code expanding scope of community supervision measures sentencing judge can impose on sexual offenders — Offences committed prior to amendments but accused sentenced after — Whether new prohibition measures contained in Criminal Code constitute punishment such that their retrospective operation limits right protected by s. 11(i) of Charter — If so, whether limit is justified — Reformulation of s. 11(i) test for punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(i) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 161(1)(c), (d).

K.R.J. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
Association des avocats
de la défense de Montréal,
David Asper Centre for Constitutional Rights,
Criminal Lawyers' Association (Ontario) et
Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. K.R.J.

2016 CSC 31

N° du greffe : 36200.

2015 : 2 décembre; 2016 : 21 juillet.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de bénéficiaire de la peine la moins sévère — Détermination de la peine — Plaidoyer de culpabilité inscrit par l'inculpé à l'égard d'accusations d'inceste et de production de pornographie juvénile — Application rétrospective de modifications du Code criminel ayant pour effet d'accroître la portée des mesures de surveillance dans la collectivité auxquelles le juge qui détermine la peine peut soumettre un délinquant sexuel — Modifications apportées après la perpétration des infractions, mais avant la détermination de la peine — Les nouvelles interdictions prévues par le Code criminel infligent-elles une peine, de sorte que leur application rétrospective restreigne le droit garanti par l'art. 11i) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette restriction est-elle justifiée? — Reformulation du critère qui permet d'assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l'art. 11i) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11i) — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 161(1)(c), (d).

Section 11(i) of the *Charter* provides that, if the punishment for an offence is varied after a person commits the offence, but before sentencing, the person is entitled to “the benefit of the lesser punishment”. When offenders are convicted of certain sexual offences against a person under the age of 16 years, s. 161(1) of the *Criminal Code* gives sentencing judges the discretion to prohibit them from engaging in a variety of everyday conduct upon their release into the community, subject to any conditions or exemptions the judge considers appropriate. In 2012, Parliament expanded the scope of s. 161(1), empowering sentencing judges to prohibit sexual offenders from having any contact with a person under 16 years of age (s. 161(1)(c)) or from using the Internet or other digital network (s. 161(1)(d)). In doing so, Parliament intended to give sentencing judges the discretion to impose the expanded prohibition measures on all offenders, even those who offended before the amendments came into force. In March 2013, the accused pleaded guilty to incest and the creation of child pornography. The offences were committed between 2008 and 2011. By virtue of the convictions and the age of the victim, the sentencing judge was required to consider whether to impose a prohibition under s. 161(1). The question arose as to whether the 2012 amendments could operate retrospectively such that they could be imposed on the accused.

The sentencing judge concluded that an order under the new s. 161(1)(c) and (d) constitutes punishment within the meaning of s. 11(i) of the *Charter*, such that the provisions cannot be applied retrospectively. He therefore imposed a prohibition order under s. 161, but limited the prohibited activities to those described in the version of s. 161(1) that existed when the accused committed the offences. On the Crown appeal, the majority of the Court of Appeal concluded that the 2012 amendments were enacted to protect the public, rather than to punish offenders, and therefore, they do not qualify as punishment within the meaning of s. 11(i). The majority allowed the appeal and imposed the conditions in s. 161(1)(c) and (d) retrospectively on the accused.

Held (Abella and Brown JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part. The amendments to s. 161(1)(c) and (d) of the *Criminal Code* qualify as punishment such that their retrospective operation limits the right protected by s. 11(i) of the *Charter*. Under s. 1 of

L’alinéa 11*i*) de la *Charte* prévoit, lorsque la peine qui sanctionne une infraction est modifiée après la perpétration de celle-ci, mais avant la détermination de la peine, que le contrevenant a le droit « de bénéficier de la peine la moins sévère ». Lorsqu’une personne est déclarée coupable d’une infraction sexuelle énumérée à l’égard d’une personne âgée de moins de 16 ans, le par. 161(1) du *Code criminel* confère au juge qui détermine la peine un pouvoir discrétionnaire lui permettant d’interdire au délinquant de se livrer à différentes activités quotidiennes après sa libération et une fois de retour dans la collectivité, sous réserve de certaines conditions ou exemptions. En 2012, le législateur a étendu la portée du par. 161(1) en conférant au juge le pouvoir d’interdire au délinquant sexuel d’avoir des contacts avec une personne âgée de moins de 16 ans (al. 161(1)c)) ou d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique (al. 161(1)d)). Le législateur entendait ainsi investir le juge qui détermine la peine d’un pouvoir discrétionnaire qui lui permette de soumettre aux nouvelles interdictions tout contrevenant, y compris celui qui a commis l’acte criminel avant l’entrée en vigueur des modifications. En mars 2013, l’accusé a plaidé coupable à des accusations d’inceste et de production de pornographie juvénile. Les infractions avaient été commises entre 2008 et 2011. Étant donné les déclarations de culpabilité et l’âge de la victime, le juge était tenu de se demander s’il y avait lieu de prononcer une interdiction fondée sur le par. 161(1). La question s’est alors posée de savoir si les dispositions issues des modifications de 2012 pouvaient s’appliquer rétrospectivement de sorte que l’accusé y soit assujéti.

Le juge chargé de la détermination de la peine a conclu qu’une ordonnance fondée sur les nouveaux al. 161(1)c) et d) constitue une peine au sens de l’al. 11*i*) de la *Charte*, de sorte que les dispositions ne peuvent s’appliquer rétrospectivement. Il a donc interdit sur le fondement de l’art. 161 les seules activités mentionnées dans la version du par. 161(1) qui était en vigueur lorsque l’accusé avait commis les infractions. Dans le cadre de l’appel du ministère public, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que les nouvelles interdictions issues des modifications de 2012 visaient à protéger le public, non à punir les contrevenants, de sorte qu’elles ne pouvaient être considérées comme une peine au sens de l’al. 11*i*). Ils ont accueilli l’appel et soumis l’accusé aux interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d), appliquant ceux-ci rétrospectivement.

Arrêt (les juges Abella et Brown sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie. Les dispositions issues des modifications apportées aux al. 161(1)c) et d) du *Code criminel* sont assimilées à une peine, de sorte que leur application rétrospective restreint le droit

the *Charter*, while the retrospective operation of the no contact provision in s. 161(1)(c) is not a reasonable limit on the s. 11(i) right, the retrospective operation of the Internet prohibition in s. 161(1)(d) is a reasonable limit. Accordingly, the appeal should be allowed with respect to s. 161(1)(c), but dismissed with respect to s. 161(1)(d).

Per McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.: Section 11(i) of the *Charter* constitutionally enshrines the fundamental notion that criminal laws should generally not operate retrospectively. This constitutional aversion for retrospective criminal laws is primarily motivated by the desire to protect the fairness of criminal proceedings and safeguard the rule of law. Rules pertaining to criminal punishment should be clear and certain. To attract the protection of s. 11(i), the new prohibition measures must qualify as “punishment”. In *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, this Court developed a two-part test for determining whether a consequence amounts to punishment under s. 11(i): (1) the measure must be a consequence of a conviction that forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence; and (2) it must be imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing.

This test requires two clarifications. First, while not all measures imposed to protect the public constitute punishment, public protection is at the core of the purpose and principles of sentencing and is therefore an insufficient litmus test for defining punishment. Thus, sanctions intended to advance public safety do not constitute a broad exception to the protection s. 11(i) affords and may qualify as punishment. Second, the s. 11(i) test for punishment must embody a clearer, more meaningful consideration of the impact a sanction can have on an offender. Doing so enhances fairness and predictability in punishment and is consistent with this Court’s jurisprudence.

Accordingly, the s. 11(i) test for punishment should be restated as follows: a measure constitutes punishment if (1) it is a consequence of conviction that forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence, and either (2) it

garanti par l’al. 11*i*) de la *Charte*. À la lumière de l’article premier de la *Charte*, l’application rétrospective de l’al. 161(1)c), qui permet d’interdire tout contact, ne constitue pas une restriction raisonnable du droit garanti par l’al. 11*i*), mais celle de l’al. 161(1)d), qui permet d’interdire l’utilisation d’Internet, constitue une restriction raisonnable. Par conséquent, le pourvoi est accueilli quant à l’al. 161(1)c), mais rejeté quant à l’al. 161(1)d).

La juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté : L’alinéa 11*i*) de la *Charte* constitutionnalise la notion fondamentale voulant que, en matière pénale, une disposition ne doive généralement pas s’appliquer rétrospectivement. Cette aversion de la Constitution pour les dispositions pénales d’application rétrospective tient principalement à la volonté de protéger l’équité des procédures criminelles et de garantir la primauté du droit. Les règles applicables aux sanctions criminelles doivent être claires et certaines. Pour faire jouer la protection de l’al. 11*i*), les nouvelles interdictions doivent constituer une « peine ». Dans *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, la Cour a dégagé un critère à deux volets qui permet de décider si une conséquence équivaut ou non à une peine au sens de l’al. 11*i*) : (1) la mesure doit être une conséquence de la déclaration de culpabilité et faire partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et (2) elle doit être conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine.

Deux précisions s’imposent relativement à ce critère. Premièrement, même si toute mesure imposée pour protéger le public ne constitue pas une peine, la protection du public est au cœur de l’objectif et des principes de la détermination de la peine et elle n’est donc pas une considération suffisante pour décider qu’une sanction constitue ou non une peine. Par conséquent, la sanction qui vise à promouvoir la sécurité du public ne bénéficie pas d’une exception générale à la protection qu’offre l’al. 11*i*) et elle peut être considérée comme une peine. Deuxièmement, le critère qui permet d’assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l’al. 11*i*) de la *Charte* doit englober une prise en compte plus claire et plus soutenue de l’incidence de la sanction sur le contrevenant. Une telle prise en compte permet d’accroître le caractère équitable de la peine et la prévisibilité de son infliction et elle est compatible avec la jurisprudence de la Cour.

Ainsi, il convient de reformuler comme suit le critère permettant d’assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l’al. 11*i*) : une mesure constitue une peine si (1) elle est une conséquence d’une déclaration de culpabilité qui fait partie des sanctions dont est passible un

is imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, or (3) it has a significant impact on an offender's liberty or security interests. To satisfy the third branch of this test, a consequence of conviction must significantly constrain a person's ability to engage in otherwise lawful conduct or impose significant burdens not imposed on other members of the public.

Applying this reformulated test, the 2012 amendments to s. 161(1) constitute punishment. The prohibitions found in these amendments are a consequence of conviction, imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, and they can have a significant impact on the liberty and security of offenders. Clearly, the 2012 amendments constitute greater punishment than the previous prohibitions. Accordingly, the retrospective operation of these provisions limits the s. 11(i) right as it deprives the accused of the benefit of the less restrictive community supervision measures captured in the previous version of s. 161 — that is, the lesser punishment.

To be justified under s. 1 of the *Charter*, a law that limits a constitutional right must do so in pursuit of a sufficiently important objective that is consistent with the values of a free and democratic society. The legislative history, judicial interpretation, and design of s. 161 all confirm that the overarching goal of the section is to protect children from sexual violence perpetrated by recidivists. It follows naturally that the objective of the retrospective operation of the 2012 amendments — the infringing measure — is to better protect children from the risks posed by offenders like the accused who committed their offences before, but were sentenced after, the amendments came into force. This latter objective anchors the s. 1 analysis and is of sufficient importance to warrant further scrutiny.

There is clearly a rational connection between this objective and retrospectively giving sentencing judges the discretionary power to limit those offenders who pose a continuing risk to children in contacting children in person or online, and in engaging with online child pornography (the means chosen). Reason and logic suffice to establish that Parliament proceeded rationally in opting to give s. 161(1)(c) and (d) retrospective effect. Further, given

accusé pour une infraction donnée et (2) soit elle est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine, (3) soit elle a une grande incidence sur le droit du contrevenant à la liberté ou à la sécurité. Pour satisfaire au troisième volet du critère, la conséquence de la déclaration de culpabilité doit restreindre sensiblement la faculté qu'a une personne de se livrer à une activité par ailleurs licite ou soumettre une personne à des contraintes substantielles auxquelles les autres citoyens ne sont pas soumis.

Au vu du critère ainsi reformulé, les nouvelles interdictions issues des modifications apportées au par. 161(1) en 2012 constituent une peine. Elles sont une conséquence de la déclaration de culpabilité, elles sont conformes à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine et elles peuvent avoir une grande incidence sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant. De toute évidence, elles emportent l'infliction d'une peine plus importante que les interdictions antérieures. Par conséquent, l'application rétrospective des dispositions qui les prévoient restreint le droit garanti par l'al. 11*i*) puisqu'elle empêche l'accusé de faire l'objet des mesures de surveillance dans la collectivité moins restrictives qui figuraient dans la version antérieure de l'art. 161, c'est-à-dire de la peine la moins sévère.

Pour être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, la règle de droit qui restreint un droit constitutionnel doit le faire conformément à un objectif suffisamment important qui se concilie avec les valeurs d'une société libre et démocratique. L'historique législatif de l'art. 161, son interprétation judiciaire et la manière dont il est conçu confirment que l'objectif prépondérant de l'article est de protéger les enfants contre la violence sexuelle aux mains de récidivistes. Il s'ensuit naturellement que l'objectif de l'application rétrospective des modifications de 2012 — la mesure attentatoire — est de mieux protéger les enfants contre le risque que présente un contrevenant qui, comme l'accusé, a commis l'acte criminel avant l'entrée en vigueur des modifications, mais a été condamné après celle-ci. C'est en fonction de cet objectif que s'effectue l'analyse au regard de l'article premier et il s'agit d'un objectif suffisamment important pour justifier la poursuite de l'examen.

Il existe manifestement un lien rationnel entre cet objectif et l'octroi rétrospectif au tribunal qui détermine la peine d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de soumettre à des contraintes le contrevenant qui représente toujours un risque pour les enfants du fait qu'il peut communiquer en personne ou en ligne avec eux et accéder à de la pornographie juvénile en ligne (le moyen choisi). La raison et la logique suffisent pour établir que

the discretionary and tailored nature of s. 161 and the fact that a purely prospective application of the amendments would have compromised Parliament's full objective, the retrospective operation of s. 161(1)(c) and (d) impairs the s. 11(i) rights as little as reasonably possible.

Finally, the deleterious and salutary effects of the law must be assessed. This final stage of the proportionality inquiry is important because it allows courts to transcend the law's purpose and engage in a robust examination of the law's impact on Canada's free and democratic society in direct and explicit terms. Although this examination entails difficult value judgments, it is preferable to make these judgments explicit, as doing so enhances the transparency and intelligibility of the ultimate decision. While the minimal impairment test has come to dominate much of the s. 1 discourse in Canada, this final step permits courts to address the essence of the proportionality enquiry at the heart of s. 1.

The deleterious effects flowing from the retrospective operation of s. 161(1)(c) are substantial. The new s. 161(1)(c) goes much further and prohibits any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years in a public or private space. By impacting people like the accused with a punishment of which they had no notice, the retrospective operation of s. 161(1)(c) undermines fairness in criminal proceedings and compromises the rule of law. Unfortunately, sexual offences against children have persisted for centuries. The Crown has failed to lead much, if any, evidence to establish the degree of enhanced protection s. 161(1)(c) provides in comparison to the previous version of the prohibition. The benefits society stands to gain are marginal and speculative. The Crown has provided no temporal justification for the retrospective limitation, yet, at its root, s. 11(i) is about the timing of changes to penal laws. The retrospective operation of s. 161(1)(c) therefore cannot be justified under s. 1. As a result, s. 161(1)(c) should apply only prospectively — that is, only to offenders who committed their offences after the 2012 amendments came into force.

le législateur a agi de manière rationnelle en conférant aux al. 161(1)c) et d) un effet rétroactif. En outre, puisque l'art. 161 confère un pouvoir discrétionnaire et qu'il est adapté à son objectif, et comme l'application strictement prospective aurait compromis la réalisation intégrale de l'objectif du législateur, l'application rétroactive des al. 161(1)c) et d) porte atteinte au droit protégé par l'al. 11*i*) aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire.

Enfin, il faut apprécier les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la règle de droit. Cette dernière étape de l'examen de la proportionnalité est importante car le tribunal peut alors transcender l'objectif de la règle de droit et se livrer à un examen rigoureux de l'incidence de la règle de droit sur la société libre et démocratique canadienne d'une manière directe et explicite. Même si l'examen suppose des jugements de valeur difficiles, il vaut mieux faire en sorte que ces jugements soient explicites, de manière à accroître la transparence et l'intelligibilité de la décision ultime. Bien que, de nos jours, au Canada, l'atteinte minimale occupe la place la plus grande dans le discours relatif à l'article premier, le tribunal peut, à cette dernière étape, se pencher sur l'essence de l'examen de la proportionnalité qui est au cœur de l'application de l'article premier.

Les effets préjudiciables de l'application rétroactive de l'al. 161(1)c) sont importants. Le nouvel al. 161(1)c) permet au tribunal d'aller beaucoup plus loin et d'interdire d'avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de 16 ans dans un lieu public ou privé. En condamnant un contrevenant comme l'accusé à une peine dont il ne se savait pas passible, l'application rétroactive de l'al. 161(1)c) compromet l'équité des procédures criminelles et la primauté du droit. Les enfants sont malheureusement victimes d'infractions sexuelles depuis des siècles. Le ministère public n'a présenté que peu d'éléments ou n'en a pas présenté du tout pour établir le degré de protection accrue offert par le nouvel al. 161(1)c) comparativement au libellé antérieur de l'interdiction. Les effets bénéfiques éventuels pour la société sont négligeables et hypothétiques. Le ministère public n'a pas fait valoir l'existence d'une justification d'ordre temporel de la restriction rétroactive du droit et, pourtant, l'al. 11*i*) s'intéresse foncièrement au moment où intervient la modification d'une disposition à caractère punitif. L'application rétroactive de l'al. 161(1)c) ne saurait donc pas se justifier au regard de l'article premier. Dès lors, l'alinéa ne devrait s'appliquer que prospectivement, c'est-à-dire seulement au contrevenant dont l'acte criminel est postérieur à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012.

The deleterious effects resulting from the retrospective operation of s. 161(1)(d) are also significant. A complete ban on using the Internet or other digital network is more intrusive than the previous ban on using a computer system for the purpose of communicating with young people. As with the retrospective operation of s. 161(1)(c), the imposition of punishment without notice translates into broader societal harms, including compromising the fairness of criminal proceedings and challenging the rule of law. However, s. 161(1)(d) is directed at grave, emerging harms precipitated by a rapidly evolving social and technological context. This evolving context has changed both the degree and nature of the risk of sexual violence facing young persons. As a result, the previous iteration of s. 161 became insufficient to respond to the modern risks children face. By closing this legislative gap and mitigating these new risks, the benefits of the retrospective operation of s. 161(1)(d) are significant and fairly concrete. The previous prohibition was insufficient to address the evolving risks. On balance, Parliament was justified in giving s. 161(1)(d) retrospective effect in the unique context within which it was legislating. The harms at stake are particularly powerful. The statutory regime is highly tailored and discretionary. An Internet prohibition, while invasive, is not among the most onerous punishments, such as increased incarceration. The benefits of the law outweigh its deleterious effects.

In summary, the 2012 amendments to s. 161(1)(c) and (d) qualify as punishment based on both the objective and impact of the prohibitions. The retrospective imposition of these prohibitions therefore limits the right protected by s. 11(i) of the *Charter*. While the retrospective operation of the no contact provision in s. 161(1)(c) is not a reasonable limit on the s. 11(i) right, the retrospective operation of the Internet prohibition in s. 161(1)(d) is a reasonable limit.

Per Abella J. (dissenting in part): The *Charter* breach of s. 161(1)(d) cannot be justified. The wording of s. 11(i) is unequivocal. The absolutist language used by the drafters of the *Charter* in s. 11 must colour the s. 1 analysis by demanding the most stringent of justifications.

The Crown has the highest possible evidentiary burden, namely, to demonstrate through compelling evidence

Les effets préjudiciables de l'application rétrospective de l'al. 161(1)d sont eux aussi importants. L'interdiction totale d'utiliser Internet ou tout autre réseau numérique constitue un plus grand empiétement que l'interdiction antérieure d'utiliser un ordinateur dans le but de communiquer avec de jeunes personnes. Comme pour l'application rétrospective de l'al. 161(1)c, l'infliction d'une peine dont le contrevenant ne pouvait se savoir passible cause un préjudice général à la société, notamment en compromettant l'équité des procédures criminelles et en remettant en question la primauté du droit. Toutefois, l'al. 161(1)d s'attaque aux nouveaux préjudices graves dont l'infliction est précipitée par l'évolution rapide du contexte sociotechnologique. Ce contexte en constante évolution a modifié tant le degré que la nature du risque de violence sexuelle auquel sont exposées les jeunes personnes. Par conséquent, la version antérieure de l'art. 161 ne permettait plus de contrer le risque que courent les enfants de nos jours. Du fait qu'elle comble cette lacune législative et réduit les risques nouveaux, l'application rétrospective de l'al. 161(1)d comporte des effets bénéfiques importants assez concrets. L'interdiction antérieure n'était plus adaptée à l'évolution du risque. Tout bien considéré, le législateur était justifié, vu le contexte unique dans lequel il intervenait, de conférer à l'al. 161(1)d un effet rétrospectif. Les préjudices en jeu sont particulièrement convaincants. Le régime législatif a une portée très bien circonscrite et confère un pouvoir discrétionnaire. L'interdiction d'utiliser Internet, même si elle est attentatoire, ne fait pas partie des sanctions les plus lourdes, telle la peine d'emprisonnement accrue. Les effets bénéfiques de la règle de droit l'emportent sur ses effets préjudiciables.

Bref, les interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d) depuis les modifications apportées en 2012 peuvent être assimilées à une peine en raison tant de leur objectif que de leurs répercussions. L'application rétrospective de ces interdictions restreint donc le droit garanti par l'al. 11i) de la *Charte*. L'application rétrospective de l'al. 161(1)c), qui permet d'interdire tout contact, ne constitue pas une restriction raisonnable du droit garanti par l'al. 11i), mais celle de l'al. 161(1)d), qui permet d'interdire l'utilisation d'Internet, constitue une restriction raisonnable.

La juge Abella (dissidente en partie) : L'atteinte de l'al. 161(1)d) à la *Charte* ne saurait se justifier. Le libellé de l'al. 11i) est sans équivoque. La formulation absolue employée à l'art. 11 par les rédacteurs de la *Charte* doit influer sur l'analyse que commande l'article premier par l'exigence de la justification la plus stricte.

Le ministère public a le fardeau de preuve le plus strict qui soit, de sorte qu'il doit convaincre le tribunal

that the previous provisions so significantly undermined the government's objectives, that the retrospective application of the greater punishment was justified. The Crown's evidentiary record here was insufficient to justify the retrospective application of the impugned provisions. Far from offering compelling evidence, the Crown offered no evidence in the context of s. 161(1)(d), to show that the former provisions so significantly undermined its objectives, that the retroactive application of greater restrictions was justified. If all that is needed to justify a breach of s. 11(i) is the suggestion of a possible reduction in recidivism rates, whether based on changes in technology or otherwise, the state could, in theory, justify the retrospective application of more stringent punishments so routinely that s. 11(i) is written out of the *Charter*. In this case, there was no evidence about how the retrospective application of s. 161(1)(d) was expected to, or would, reduce recidivism rates any more than those under the former restrictions. As a result, while there is agreement with the majority that both s. 161(1)(c) and (d) of the *Criminal Code* violate s. 11(i) of the *Charter* and that s. 161(1)(c) cannot be justified under s. 1, neither can s. 161(1)(d) be justified.

Per Brown J. (dissenting in part): There is agreement with the majority that the conditions which a sentencing judge may impose under s. 161(1)(c) and (d) of the *Criminal Code* constitute punishment within the meaning of s. 11(i) of the *Charter* and that their retrospective application infringes s. 11(i). There is also agreement that the Crown has met its burden of justifying the infringement of s. 11(i) in respect of the conditions relating to Internet use contained in s. 161(1)(d). However, the Crown has also done so in respect of the conditions imposable under s. 161(1)(c) relating to contact with children. The retrospective application of both conditions should therefore be upheld under s. 1 of the *Charter*.

The harm addressed by s. 11(i) is not the punishment itself, but rather the means by which it is imposed. This means-based quality of the s. 11(i) protection affects the analysis to be applied under s. 1, since the *Oakes* analysis considers the proportionality between a legislative objective and the *Charter*-infringing effects resulting from its pursuit, not the choice of means that, by itself, constitutes a *Charter* infringement. The *Oakes* test is not, and should not be treated as, a technical inquiry. The majority's rigid and acontextual application of *Oakes* causes it to lose sight of the broader context and overall goals

que l'application des dispositions antérieures aurait si considérablement compromis les objectifs de l'État que l'application rétrospective d'une peine plus sévère était justifiée. Le dossier de preuve du ministère public en l'espèce est insuffisant pour justifier l'application rétrospective des dispositions contestées. Loin d'offrir une preuve de nature à convaincre, le ministère public n'a produit à l'appui de l'al. 161(1)(d) aucun élément selon lequel les dispositions antérieures compromettaient si considérablement les objectifs de l'État que l'application rétrospective d'interdictions de plus grande portée était justifiée. Si, pour justifier la restriction du droit garanti à l'al. 11*i*, il suffit d'invoquer la réduction possible des taux de récidive, de pair avec l'évolution technologique ou toute autre considération, l'État pourrait en théorie justifier dans tous les cas l'application rétrospective de peines accrues, au point de réduire à néant l'al. 11*i* de la *Charte*. En l'espèce, nul élément de la preuve n'indique comment l'application rétrospective de l'al. 161(1)(d) devait réduire ou aurait réduit les taux de récidive davantage que ne le permettraient les anciennes interdictions. Par conséquent, il y accord avec les juges majoritaires que les al. 161(1)(c) et (d) du *Code criminel* contreviennent tous deux à l'al. 11*i* de la *Charte* et que l'al. 161(1)(c) ne peut être justifié au regard de l'article premier. L'alinéa 161(1)(d) ne peut cependant pas être justifié non plus.

Le juge Brown (dissident en partie) : Comme le concluent les juges majoritaires, chacune des interdictions que le juge qui détermine la peine peut prononcer en vertu des al. 161(1)(c) et (d) du *Code criminel* constitue une peine au sens de l'al. 11*i* de la *Charte* et l'application rétrospective des dispositions qui les prévoient contrevient à l'al. 11*i*. Le ministère public s'est certes acquitté de son obligation de justifier l'atteinte au droit garanti par l'al. 11*i* en ce qui concerne l'interdiction d'utiliser Internet prévue à l'al. 161(1)(d). Toutefois, il s'en est également acquitté quant à l'interdiction prévue à l'al. 161(1)(c), à savoir celle d'avoir des contacts avec des enfants. L'application rétrospective des deux interdictions devrait donc être jugée conforme à l'article premier de la *Charte*.

Le préjudice que vise à contrer l'al. 11*i* n'est donc pas la peine comme telle, mais plutôt le moyen par lequel elle est infligée. Cette caractéristique de la protection de l'al. 11*i* fondée sur le moyen entre en jeu dans l'analyse que commande l'article premier, étant donné que, dans l'arrêt *Oakes*, la Cour se penche sur la proportionnalité de l'objectif législatif et des effets attentatoires à la *Charte* qui découlent des mesures prises pour l'atteindre, et non sur le choix du moyen qui équivaut en soi à une atteinte constitutionnelle. L'application du critère de l'arrêt *Oakes* ne se veut pas formaliste, et elle ne devrait pas

sought by Parliament. It holds Parliament to an exacting standard of proof, thereby denying Parliament the room necessary to perform its legislative policy-development role when addressing a chronic social problem. And it also insists on direct evidence of anticipated benefits which, given that chronic nature of the harm, is likely impossible to obtain.

A broad examination of Parliament's purpose is necessary in order to anchor a useful proportionality analysis because of the unique means-based quality of s. 11(i)'s protection. The measure that gave rise to the *Charter* infringement, and which should anchor the proportionality analysis, comprises the amendments to s. 161 as a whole. And, as to that measure, the majority's characterization of the objective should be accepted: the objective is to enhance the protection s. 161 affords to children against the risk of harm posed by sexual offenders. The retrospective application of these amendments is rationally connected to that protective purpose, since the risk an offender poses to reoffend sexually against children is not affected by whether the offence occurred before or after the measure's enactment. And, given Parliament's objective of enhancing the protections that s. 161 affords to children, there are no less-impairing alternate measure that would allow for s. 161(1)'s protections to be realized in respect of an offender who committed his or her offence before the amendments came into force and who poses a risk to reoffend.

The final stage of the proportionality analysis is tied to the practical impacts and benefits of the law, but what is ultimately being weighed is much more abstract and philosophical: the detriment to *Charter*-protected rights against the public benefit sought. Insisting upon too strict an evidentiary burden must be carefully avoided. However, the majority does precisely that by demanding empiricism where none can exist. Given the complex social context in which Parliament develops policy, it will sometimes be difficult, if not impossible, for the state to provide reliable and direct evidence of the benefits its measure will achieve.

The majority errs by overstating the deleterious effects of s. 161(1)(c)'s retrospective operation while understating its salutary effects. Section 161(1)(c) prohibits

être tenue pour telle. En appliquant l'arrêt *Oakes* avec rigidité et sans tenir compte du contexte, les juges majoritaires perdent de vue le tableau général et l'objectif global du législateur. Ils soumettent le législateur à une norme de preuve très stricte et lui refusent ainsi la marge de manœuvre dont il a besoin pour s'acquitter de sa fonction de mise en œuvre de politiques en matière législative lorsqu'il s'agit de s'attaquer à un problème social chronique. Ils exigent en outre une preuve directe des effets bénéfiques escomptés, mais étant donné la nature chronique du problème, il est impossible de produire une telle preuve.

Pour se prononcer utilement sur la proportionnalité, il faut donc rechercher plus largement l'intention du législateur en raison de la caractéristique propre à l'al. 11*i*), soit la protection fondée sur le moyen. La mesure attentatoire qui doit être soumise à l'examen consiste dans la totalité des modifications apportées à l'art. 161. La caractérisation par les juges majoritaires de l'objectif de cette mesure, à savoir accroître la protection qu'offre aux enfants l'art. 161 contre le risque de préjudice que représentent les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles, doit être retenue. L'application rétrospective des dispositions issues des modifications a un lien rationnel avec cette vocation protectrice, car le risque que le contrevenant s'en prenne à nouveau sexuellement à des enfants n'a rien à voir avec le fait que l'acte criminel a été commis avant ou après l'adoption de la mesure. Et vu l'objectif du législateur d'accroître la protection qu'offre aux enfants l'art. 161, aucune autre mesure moins attentatoire ne ferait jouer la protection offerte par le par. 161(1) dans le cas du contrevenant qui a commis l'acte criminel avant l'entrée en vigueur des modifications et qui présente un risque de récidive.

La dernière étape de l'examen de la proportionnalité se rattache à l'incidence réelle et aux effets bénéfiques de la règle de droit, mais l'objet de la mise en balance est somme toute de nature beaucoup plus abstraite et philosophique : l'effet préjudiciable sur le droit garanti par la *Charte* comparé à l'effet bénéfique recherché pour la société. Il faut bien se garder d'imposer un fardeau de preuve trop strict. Or, c'est précisément ce que font les juges majoritaires en exigeant une preuve empirique alors qu'il n'en existe aucune. Compte tenu du contexte social complexe dans lequel les politiques du législateur voient souvent le jour, il sera parfois difficile, voire impossible, pour l'État d'avancer une preuve fiable et directe des effets bénéfiques d'une mesure.

Les juges majoritaires font erreur en exagérant les effets préjudiciables de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) tout en sous-estimant ses effets bénéfiques.

only unsupervised contact with children, and is subject to any other exemptions that the sentencing judge sees fit to impose. The majority's interpretation of the restriction on liberty worked by s. 161(1)(c) is over-expansive and is at odds with the well-established principle that the criminal law's prohibitions on conduct should be construed strictly. Further, the majority's insistence on a compelling temporal justification for the retrospective operation of s. 161(1)(c) when assessing the deleterious impact of its retrospective operation on the rule of law is inappropriate. The majority is, in substance questioning whether Parliament's objective in enacting a retrospective increase in punishment was truly pressing and substantial. Temporal considerations are not relevant when assessing the deleterious effect of a retrospective punishment on the rule of law because all retrospective changes to the law derogate from the rule of law, irrespective of Parliament's reasons for enacting them.

As to the salutary effects, the risk posed to children by offenders like the accused simply cannot be mitigated by the original version of s. 161(1). The evidence before Parliament showed that a majority of sexual offences against children were committed by family members or acquaintances. The previous version of s. 161(1) could not be used to restrict an offender's ability to interact with children in private, even if that is where the offender poses the greatest risk to reoffend sexually against children. The salutary effects of s. 161(1)(c)'s retrospective operation seem manifest.

All the reasons identified by the majority in support of the conclusion that the limit imposed on the s. 11(i) right by the retrospective application of s. 161(1)(d) is justified are equally applicable to the retrospective application of s. 161(1)(c). The condition in s. 161(1)(c) is also highly tailored and discretionary, since it is imposed only where the sentencing judge deems it necessary, and also since it is subject to such exemptions as the sentencing judge sees fit to allow. If the retrospective operation of s. 161(1)(d) is a proportional and justified limit on an offender's s. 11(i) right, the retrospective operation of s. 161(1)(c) must be as well.

Cette disposition n'interdit que les contacts non supervisés avec des enfants, et l'ordonnance rendue sur son fondement peut être assortie de toute exemption que le juge chargé de déterminer la peine estime indiquée. L'interprétation par les juges majoritaires de la restriction du droit à la liberté opérée par l'al. 161(1)(c) est indûment libérale et va directement à l'encontre du principe bien établi en droit criminel voulant que l'interdiction d'une conduite doive être interprétée restrictivement. En outre, l'accent mis par les juges majoritaires sur l'existence d'une justification d'ordre temporel convaincante de l'application rétrospective de l'al. 161(1)(c) dans leur appréciation de l'effet préjudiciable de l'application rétrospective n'est pas opportun. Ils remettent essentiellement en cause l'objectif poursuivi par le législateur par l'augmentation rétrospective de la peine lorsqu'ils se demandent s'il était véritablement urgent et réel. Les considérations d'ordre temporel ne sont pas pertinentes pour apprécier l'effet préjudiciable d'une peine d'application rétrospective sur la primauté du droit, car toute modification apportée rétrospectivement à une règle de droit porte atteinte à la primauté du droit, quelle que soit la motivation du législateur.

En ce qui a trait aux effets bénéfiques, le risque que fait courir aux enfants un contrevenant comme l'accusé ne peut tout simplement pas être réduit en appliquant la version antérieure du par. 161(1). Selon la preuve dont disposait le législateur, la plupart des infractions sexuelles perpétrées contre des enfants le sont par des membres de la famille ou par des connaissances. La version antérieure du par. 161(1) ne pouvait empêcher le délinquant d'interagir avec des enfants dans un lieu privé, alors que c'est précisément le contexte dans lequel le délinquant présente le risque le plus grand de récidive sexuelle contre des enfants. Les effets bénéfiques de l'application rétrospective de l'al. 161(1)(c) paraissent manifestes.

Les raisons invoquées par les juges majoritaires à l'appui de leur conclusion selon laquelle est justifiée la restriction du droit garanti par l'al. 11*i*), du fait de l'application rétrospective de l'al. 161(1)(d), valent également toutes pour l'application rétrospective de l'al. 161(1)(c). L'interdiction que prévoit l'al. 161(1)(c) est elle aussi très bien circonscrite et relève du pouvoir discrétionnaire puisqu'elle n'est prononcée que lorsque le juge qui détermine la peine conclut qu'elle est nécessaire et, en outre, qu'elle fait l'objet de toute exemption que le juge indique. Si l'application rétrospective de l'al. 161(1)(d) constitue une restriction proportionnée et justifiée du droit que l'al. 11*i*) garantit au contrevenant, il doit en aller de même pour l'application rétrospective de l'al. 161(1)(c).

Balancing the salutary and deleterious effects of a *Charter*-infringing law is not an objective calculation because it requires the court to weigh incommensurables — in this case, to weigh the deleterious impact on the sexual offender and the rule of law against the possible benefit of protecting children from sexual offenders. However, despite the impossibility of weighing incommensurables objectively, a reviewing court must nevertheless come to a reasoned conclusion. The salutary effects pursued in this case are worth the cost in rights limitation: the harms sought to be addressed are grave, persistent, and worthy of Parliament's efforts in the criminal law realm. The provisions are sufficiently tailored so that no offender's s. 11(i) rights will be unduly limited. Neither of the impugned provisions works a drastic increase in the punishment imposed. On balance, the potential salutary effect of the retrospective operation of s. 161(1)(c) and (d) of better protecting children from all sexual offenders who pose a risk to reoffend sexually against them, regardless of when the offender committed a designated offence, outweighs the modest impact on fairness and the rule of law.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Discussed: *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554; **referred to:** *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591; *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170; *R. v. Murrins*, 2002 NSCA 12, 201 N.S.R. (2d) 288; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81; *R. v. Cross*, 2006 NSCA 30, 138 C.R.R. (2d) 163; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Heywood* (1992), 20 B.C.A.C. 166, aff'd [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. A. (R.K.)*, 2006 ABCA 82, 208 C.C.C. (3d) 74; *R. v. Perron*, 2009 ONCA 498, 244 C.C.C. (3d) 369; *R. v. R.R.B.*, 2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106; *R. v. Levin*, 2015 ONCJ 290; *R. v. Schledermann*, 2014 ONSC 674; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2,

La mise en balance des effets préjudiciables et des effets bénéfiques d'une règle de droit attentatoire ne constitue pas un calcul utilitaire objectif, car le tribunal doit soupeser des choses non mesurables, en l'occurrence l'effet préjudiciable sur le délinquant sexuel et sur la primauté du droit par rapport à l'effet bénéfique possible de la protection des enfants contre les délinquants sexuels. Cependant, malgré l'impossibilité de soupeser objectivement des choses non mesurables, le tribunal de révision doit néanmoins arriver à une conclusion raisonnée. Les effets bénéfiques escomptés en l'espèce justifient la restriction des droits : les préjudices que l'on cherche à contrer sont graves et persistants et justifient la prise de mesures législatives relevant du droit criminel. La portée des dispositions est suffisamment circonscrite pour que les droits du contrevenant garantis par l'al. 11*i*) ne soient pas indûment restreints. Ni l'al. 161(1)c) ni l'al. 161(1)d) n'emportent un accroissement draconien de la peine infligée. Tout bien considéré, l'effet bénéfique potentiel de l'application rétrospective des alinéas en cause qui réside dans la protection accrue des enfants contre tous les délinquants sexuels susceptibles de récidiver et de s'en prendre à nouveau à eux, peu importe le moment où le contrevenant a commis une infraction énumérée, prime l'effet modéré qui en résulte sur l'équité des procédures criminelles et sur la primauté du droit.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêt analysé : *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; **arrêts mentionnés :** *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *Black-Clawson International Ltd. c. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591; *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170; *R. c. Murrins*, 2002 NSCA 12, 201 N.S.R. (2d) 288; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81; *R. c. Cross*, 2006 NSCA 30, 138 C.R.R. (2d) 163; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Heywood* (1992), 20 B.C.A.C. 166, conf. par [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. A. (R.K.)*, 2006 ABCA 82, 208 C.C.C. (3d) 74; *R. c. Perron*, 2009 ONCA 498, 244 C.C.C. (3d) 369; *R. c. R.R.B.*, 2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106; *R. c. Levin*, 2015 ONCJ 290; *R. c. Schledermann*, 2014 ONSC 674; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R.*

[2001] 1 S.C.R. 45; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721; *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485; *R. v. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229.

By Abella J. (dissenting in part)

Canada (Attorney General) v. Whaling, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392; *Liang v. Canada (Attorney General)*, 2014 BCCA 190, 311 C.C.C. (3d) 159.

By Brown J. (dissenting in part)

R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, 2000 SCC 2, [2000] 1 S.C.R. 44; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985).

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code and the Young Offenders Act, S.C. 1993, c. 45, s. 1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 161, 258(1)(d.1), 718 et seq., 718.1, 718.2, 810, 810.1, 810.2.
Safe Streets and Communities Act, S.C. 2012, c. 1, s. 16(1).

Authors Cited

Areheart, Bradley Allan, and Michael Ashley Stein. "Integrating the Internet" (2015), 83 *Geo. Wash. L. Rev.* 449.

c. Sharpe, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721; *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; *R. c. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

Citée par la juge Abella (dissidente en partie)

Canada (Procureur général) c. Whaling, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392; *Liang c. Canada (Attorney General)*, 2014 BCCA 190, 311 C.C.C. (3d) 159.

Citée par le juge Brown (dissident en partie)

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, 2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3; *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187; *New Jersey c. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 161, 258(1)d.1), 718 et suiv., 718.1, 718.2, 810, 810.1, 810.2.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants, L.C. 1993, c. 45, art. 1.
Loi sur la sécurité des rues et des communautés, L.C. 2012, c. 1, art. 16(1).

Doctrine et autres documents cités

Areheart, Bradley Allan, and Michael Ashley Stein. « Integrating the Internet » (2015), 83 *Geo. Wash. L. Rev.* 449.

- Babchishin, Kelly M., R. Karl Hanson and Heather VanZuylen. "Online Child Pornography Offenders are Different: A Meta-analysis of the Characteristics of Online and Offline Sex Offenders Against Children" (2015), 44 *Arch. Sex. Behav.* 45.
- Barak, Aharon. "Proportional Effect: The Israeli Experience" (2007), 57 *U.T.L.J.* 369.
- Barak, Aharon. "Proportionality and Principled Balancing" (2010), 4 *L. & Ethics Hum. Rts.* 1.
- Beatty, David M. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Cameron, Jamie. "The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the Charter" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 145, No. 110, 3rd Sess., 40th Parl., December 3, 2010, p. 6787.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 145, No. 144, 3rd Sess., 40th Parl., March 11, 2011, p. 8967.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 44, 3rd Sess., 40th Parl., January 31, 2011, pp. 5-6.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 46, 3rd Sess., 40th Parl., February 7, 2011, pp. 5-6.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 49, 3rd Sess., 40th Parl., February 16, 2011, p. 7.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 50, 3rd Sess., 40th Parl., February 28, 2011, p. 4.
- Canada. Public Safety and Emergency Preparedness. "Predictors of Sexual Recidivism: An Updated Meta-Analysis", by R. Karl Hanson and Kelly Morton-Bourgon, February 2004 (online: www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/2004-02-prdctrs-sxl-redvsm-pdtd/index-en.aspx).
- Canada. Public Safety and Emergency Preparedness. "Sex Offender Recidivism: A Simple Question", by Andrew J. R. Harris and R. Karl Hanson, March 2004 (online: www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/sx-ffndr-redvsm/index-en.aspx).
- Choudhry, Sujit. "So What Is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1" (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501.
- Fuller, Lon L. *The Morality of Law*, rev. ed. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1969.
- Gardner, John. "Introduction", in H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, xiii.
- Babchishin, Kelly M., R. Karl Hanson and Heather VanZuylen. « Online Child Pornography Offenders are Different : A Meta-analysis of the Characteristics of Online and Offline Sex Offenders Against Children » (2015), 44 *Arch. Sex. Behav.* 45.
- Barak, Aharon. « Proportional Effect : The Israeli Experience » (2007), 57 *U.T.L.J.* 369.
- Barak, Aharon. « Proportionality and Principled Balancing » (2010), 4 *L. & Ethics Hum. Rts.* 1.
- Beatty, David M. *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- Cameron, Jamie. « The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the Charter » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 44, 3^e sess., 40^e lég., 31 janvier 2011, p. 5-6.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 46, 3^e sess., 40^e lég., 7 février 2011, p. 5-6.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 49, 3^e sess., 40^e lég., 16 février 2011, p. 7.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 50, 3^e sess., 40^e lég., 28 février 2011, p. 4.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, n° 110, 3^e sess., 40^e lég., 3 décembre 2010, p. 6787.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, n° 144, 3^e sess., 40^e lég., 11 mars 2011, p. 8967.
- Canada. Sécurité publique et Protection civile. « La récidive sexuelle : d'une simplicité trompeuse », par Andrew J. R. Harris et R. Karl Hanson, mars 2004 (en ligne : www.securitepublique.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/sx-ffndr-redvsm/index-fr.aspx).
- Canada. Sécurité publique et Protection civile. « Les prédicteurs de la récidive sexuelle : une méta-analyse à jour », par R. Karl Hanson et Kelly Morton-Bourgon, février 2004 (en ligne : www.securitepublique.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/2004-02-prdctrs-sxl-redvsm-pdtd/index-fr.aspx).
- Choudhry, Sujit. « So What Is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1 » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501.
- Fuller, Lon L. *The Morality of Law*, rev. ed., New Haven (Conn.), Yale University Press, 1969.
- Gardner, John. « Introduction », in H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility : Essays in the Philosophy of Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, xiii.

Grimm, Dieter. “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence” (2007), 57 *U.T.L.J.* 383.

Lyons, David. *Ethics and the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

Pound, Roscoe. “Mechanical Jurisprudence” (1908), 8 *Colum. L. Rev.* 605.

Sampford, Charles, with the assistance of Jennie Louise, Sophie Blencowe and Tom Round. *Retrospectivity and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

Schauer, Frederick. “Proportionality and the Question of Weight”, in Grant Huscroft, Bradley W. Miller and Grégoire Webber, eds., *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. New York: Cambridge University Press, 2014, 173.

Stewart, Hamish. “Punitive in Effect: Reflections on *Canada v. Whaling*” (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 263.

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2014.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Webber, Grégoire C. N. *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Zion, Mark. “Effecting Balance: *Oakes* Analysis Re-staged” (2012-2013), 43 *Ottawa L. Rev.* 431.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Kirkpatrick and Groberman JJ.A.), 2014 BCCA 382, 316 C.C.C. (3d) 540, 14 C.R. (7th) 30, 321 C.R.R. (2d) 75, 362 B.C.A.C. 86, 622 W.A.C. 86, [2014] B.C.J. No. 2495 (QL), 2014 CarswellBC 2955 (WL Can.), setting aside in part a sentencing decision. Appeal allowed in part, Abella and Brown JJ. dissenting in part.

Eric Purtzki and *Garth Barriere*, for the appellant.

Lesley A. Ruzicka, for the respondent.

Richard Kramer and *Marc Ribeiro*, for the intervenor the Attorney General of Canada.

Stacey D. Young and *Jennifer A. Crawford*, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

Grimm, Dieter. « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence » (2007), 57 *U.T.L.J.* 383.

Lyons, David. *Ethics and the rule of law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984.

Pound, Roscoe. « Mechanical Jurisprudence » (1908), 8 *Colum. L. Rev.* 605.

Sampford, Charles, with the assistance of Jennie Louise, Sophie Blencowe and Tom Round. *Retrospectivity and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

Schauer, Frederick. « Proportionality and the Question of Weight », in Grant Huscroft, Bradley W. Miller and Grégoire Webber, eds., *Proportionality and the Rule of Law : Rights, Justification, Reasoning*, New York, Cambridge University Press, 2014, 173.

Stewart, Hamish. « Punitive in Effect : Reflections on *Canada v. Whaling* » (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 263.

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 6th ed., Toronto, Carswell, 2014.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Webber, Grégoire C. N. *The Negotiable Constitution : On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Zion, Mark. « Effecting Balance : *Oakes* Analysis Re-staged » (2012-2013), 43 *R.D. Ottawa* 431.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Kirkpatrick et Groberman), 2014 BCCA 382, 316 C.C.C. (3d) 540, 14 C.R. (7th) 30, 321 C.R.R. (2d) 75, 362 B.C.A.C. 86, 622 W.A.C. 86, [2014] B.C.J. No. 2495 (QL), 2014 CarswellBC 2955 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision relative à la détermination de la peine. Pourvoi accueilli en partie, les juges Abella et Brown sont dissidents en partie.

Eric Purtzki et *Garth Barriere*, pour l’appelant.

Lesley A. Ruzicka, pour l’intimée.

Richard Kramer et *Marc Ribeiro*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Stacey D. Young et *Jennifer A. Crawford*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Nicholas St-Jacques and Lida Sara Nouraie, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal.

John Norris and Cheryl Milne, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Matthew R. Gourlay, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Emily MacKinnon and Michael A. Feder, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté J.J. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[1] People's conduct and the legal consequences that flow from it should be judged on the basis of the law in force at the time. This is a basic tenet of our legal system.

[2] In recognition of this principle, s. 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides that, if the punishment for an offence is varied after a person commits the offence, but before sentencing, the person is entitled to "the benefit of the lesser punishment". Like the other legal rights enshrined in s. 11 of the *Charter*, s. 11(i) is fundamentally important to our justice system because it protects the fairness of criminal proceedings and safeguards the rule of law.

[3] When offenders are convicted of certain sexual offences against a person under the age of 16 years, s. 161(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, gives sentencing judges the discretion to prohibit them from engaging in a variety of everyday conduct upon their release into the community, subject to any conditions or exemptions the judge considers appropriate. In 2012, Parliament expanded

Nicholas St-Jacques et Lida Sara Nouraie, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal.

John Norris et Cheryl Milne, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

Matthew R. Gourlay, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Emily MacKinnon et Michael A. Feder, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

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

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[1] Un tribunal devrait se prononcer sur la conduite d'une personne et sur les conséquences juridiques qui en découlent en fonction du droit qui s'appliquait au moment de la conduite reprochée. C'est là un précepte fondamental de notre système juridique.

[2] Conformément à ce principe, l'al. 11*i*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit, lorsque la peine qui sanctionne une infraction est modifiée après la perpétration de celle-ci, mais avant la détermination de la peine, que le contrevenant a le droit « de bénéficier de la peine la moins sévère ». Comme les autres droits consacrés par l'art. 11 de la *Charte*, celui conféré à l'al. 11*i*) revêt une importance fondamentale pour notre système de justice, car il assure l'équité des procédures criminelles et garantit la primauté du droit.

[3] Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction sexuelle énumérée à l'égard d'une personne âgée de moins de 16 ans, le par. 161(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, confère au juge qui détermine la peine un pouvoir discrétionnaire lui permettant de lui interdire de se livrer à différentes activités quotidiennes après sa libération et une fois de retour dans la collectivité,

the scope of s. 161(1), empowering sentencing judges to prohibit sexual offenders from having any contact with a person under 16 years of age (s. 161(1)(c)) or from using the Internet or other digital network (s. 161(1)(d)).

[4] In doing so, Parliament intended to give sentencing judges the discretion to impose the expanded prohibition measures on all offenders, even those who offended *before* the amendments came into force. In other words, Parliament intended the 2012 amendments to operate retrospectively.

[5] The issue in this appeal is whether the *retrospective* operation of the 2012 amendments to s. 161(1)(c) and (d) of the *Criminal Code* is constitutional. This issue engages two subsidiary questions. First, do the prohibition measures contained in s. 161(1)(c) and (d) constitute “punishment” such that their retrospective operation limits s. 11(i) of the *Charter*? Second, if so, is the limit a reasonable one as can be demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*? The application of these expanded prohibition measures to offenders who committed their offences *after* the amendments came into force is not at issue.

[6] I conclude that the 2012 amendments to s. 161(1)(c) and (d) qualify as punishment based on both the objective and impact of the prohibitions. The retrospective imposition of these prohibitions therefore limits s. 11(i) of the *Charter*.

[7] Turning to s. 1 of the *Charter*, I reach opposite conclusions with respect to s. 161(1)(c) and (d): while the retrospective operation of the no contact provision in s. 161(1)(c) is *not* a reasonable limit on the s. 11(i) right, the retrospective operation of the Internet prohibition in s. 161(1)(d) *is* a reasonable limit. My conclusion with respect to s. 161(1)(d) is chiefly due to the fact that Parliament enacted

sous réserve des conditions ou exemptions qu’il indique. En 2012, le législateur a étendu la portée du par. 161(1) en conférant au juge le pouvoir d’interdire au délinquant sexuel d’avoir des contacts avec une personne âgée de moins de 16 ans (al. 161(1)c)) ou d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique (al. 161(1)d)).

[4] Le législateur entendait ainsi investir le juge qui détermine la peine d’un pouvoir discrétionnaire lui permettant de soumettre aux nouvelles interdictions tout contrevenant, y compris celui qui a commis l’infraction *avant* l’entrée en vigueur des modifications. Autrement dit, l’intention du législateur était que les modifications de 2012 s’appliquent de manière rétrospective.

[5] Nous devons décider si l’application *rétrospective* des dispositions issues des modifications de 2012 (les nouveaux al. 161(1)c) et d) du *Code criminel*) est constitutionnelle. Deux questions subsidiaires se posent alors. Premièrement, les interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d) constituent-elles une « peine », de sorte que leur application rétrospective restreigne le droit garanti par l’al. 11i) de la *Charte*? Deuxièmement, dans l’affirmative, s’agit-il d’une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer au regard de l’article premier de la *Charte*? L’application des nouvelles interdictions au contrevenant dont les actes criminels sont *ultérieurs* à l’entrée en vigueur des modifications n’est pas en cause.

[6] Je conclus que les interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d) depuis les modifications apportées en 2012 peuvent être assimilées à une peine en raison tant de leur objectif que de leurs répercussions. L’application rétrospective de ces interdictions restreint donc le droit garanti par l’al. 11i) de la *Charte*.

[7] En ce qui concerne l’article premier de la *Charte*, je tire des conclusions opposées à l’égard des al. 161(1)c) et d). L’application rétrospective de l’al. 161(1)c), qui permet d’interdire tout contact, *ne* constitue *pas* une restriction raisonnable du droit garanti par l’al. 11i), mais celle de l’al. 161(1)d), qui permet d’interdire l’utilisation d’Internet, *constitue* une restriction raisonnable. Ma conclusion relative à

the provision within a rapidly evolving social and technological context, which changed both the degree and nature of the risk of sexual violence facing young persons. Accordingly, I would allow the appeal in part.

II. Facts and Legislative History

[8] On March 6, 2013, the appellant pleaded guilty to incest and the creation of child pornography. The offences were committed between 2008 and 2011, and involved the appellant’s preschool-aged daughter.

[9] When the appellant committed the offences, s. 161(1) of the *Criminal Code* read as follows:

161. (1) When an offender is convicted, or is discharged on the conditions prescribed in a probation order under section 730, of an offence referred to in subsection (1.1) in respect of a person who is under the age of 16 years, the court that sentences the offender or directs that the accused be discharged, as the case may be, in addition to any other punishment that may be imposed for that offence or any other condition prescribed in the order of discharge, shall consider making and may make, subject to the conditions or exemptions that the court directs, an order prohibiting the offender from

(a) attending a public park or public swimming area where persons under the age of 16 years are present or can reasonably be expected to be present, or a day-care centre, schoolground, playground or community centre;

(b) seeking, obtaining or continuing any employment, whether or not the employment is remunerated, or becoming or being a volunteer in a capacity, that involves being in a position of trust or authority towards persons under the age of 16 years; or

(c) using a computer system within the meaning of subsection 342.1(2) for the purpose of communicating with a person under the age of 16 years.

[10] After the appellant committed the offences, but before he was sentenced, s. 161(1) was amended

l’al. 161(1)d) s’appuie principalement sur le fait que le législateur a adopté la disposition dans un contexte sociotechnologique en constante évolution, un contexte qui a modifié à la fois le degré et la nature du risque de violence sexuelle auquel sont exposées les jeunes personnes. Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi en partie.

II. Faits et historique législatif

[8] Le 6 mars 2013, l’appelant a plaidé coupable à des accusations d’inceste et de production de pornographie juvénile. Les infractions ont été commises entre 2008 et 2011, et la victime est la fillette de l’appelant.

[9] Lors de la perpétration des infractions, le par. 161(1) du *Code criminel* était libellé comme suit :

161. (1) Dans le cas où un contrevenant est déclaré coupable, ou absous en vertu de l’article 730 aux conditions prévues dans une ordonnance de probation, d’une infraction mentionnée au paragraphe (1.1) à l’égard d’une personne âgée de moins de seize ans, le tribunal qui lui inflige une peine ou ordonne son absolution, en plus de toute autre peine ou de toute autre condition de l’ordonnance d’absolution applicables en l’espèce, sous réserve des conditions ou exemptions qu’il indique, peut interdire au contrevenant :

a) de se trouver dans un parc public ou une zone publique où l’on peut se baigner s’il y a des personnes âgées de moins de seize ans ou s’il est raisonnable de s’attendre à ce qu’il y en ait, une garderie, un terrain d’école, un terrain de jeu ou un centre communautaire;

b) de chercher, d’accepter ou de garder un emploi — rémunéré ou non — ou un travail bénévole qui le placerait en relation de confiance ou d’autorité vis-à-vis de personnes âgées de moins de seize ans;

c) d’utiliser un ordinateur au sens du paragraphe 342.1(2) dans le but de communiquer avec une personne âgée de moins de seize ans.

[10] Après que l’appelant eut commis les infractions, mais avant la détermination de sa peine,

by the *Safe Streets and Communities Act*, S.C. 2012, c. 1, s. 16(1), which came into force on August 9, 2012. Section 161(1)(a) and (b) remained unchanged. But the Act modified s. 161(1)(c) to include prohibiting all contact with young persons, no matter the means, and introduced a new Internet prohibition through s. 161(1)(d). These amendments had the effect of expanding the scope of the community supervision measures a sentencing judge can impose on sexual offenders. Section 161(1)(c) and (d) now provide that a sentencing judge can prohibit an offender from:

(c) having any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years, unless the offender does so under the supervision of a person whom the court considers appropriate; or

(d) using the Internet or other digital network, unless the offender does so in accordance with conditions set by the court.

[11] After the 2012 amendments came into force, the appellant was sentenced to nine years' imprisonment. By virtue of the appellant's convictions and the age of the victim, the sentencing judge was required to consider whether to impose a prohibition order under s. 161(1). The question arose as to whether the 2012 amendments could operate retrospectively such that they could be imposed on the appellant.

III. Decisions Below

A. *British Columbia Provincial Court — Klinger Prov. Ct. J.*

[12] The sentencing judge found that an order under s. 161 would be appropriate because “there is a serious risk to the safety of children under the age of 16 after [the appellant] is released”. However, on the basis of the test for punishment set out by this Court in *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, at para. 63, he concluded that an order under the new s. 161(1)(c) and (d) constitutes punishment within the meaning of s. 11(i) of the *Charter*, such that the provisions cannot be applied

le par. 161(1) a été modifié par la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c. 1, par. 16(1), entrée en vigueur le 9 août 2012. Les alinéas 161(1)a) et b) sont demeurés inchangés. Par contre, l'al. 161(1)c) interdisait désormais tout contact avec de jeunes personnes, peu importe le moyen, et un nouvel alinéa — 161(1)d) — interdisait l'utilisation d'Internet. Ces modifications ont eu pour effet d'accroître la portée des mesures de surveillance dans la collectivité auxquelles le juge qui détermine la peine pouvait soumettre un délinquant sexuel. Les alinéas 161(1)c) et d) prévoient aujourd'hui que ce juge peut interdire au contrevenant :

c) d'avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans, à moins de le faire sous la supervision d'une personne que le tribunal estime convenir en l'occurrence;

d) d'utiliser Internet ou tout autre réseau numérique, à moins de le faire en conformité avec les conditions imposées par le tribunal.

[11] Après l'entrée en vigueur des modifications de 2012, l'appelant a été condamné à neuf ans d'emprisonnement. Étant donné les déclarations de culpabilité et l'âge de la victime, le juge était tenu de se demander s'il y avait lieu de prononcer une interdiction fondée sur le par. 161(1). La question s'est alors posée de savoir si les dispositions issues des modifications de 2012 pouvaient s'appliquer rétrospectivement de sorte que l'appelant y soit assujéti.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour provinciale de la Colombie-Britannique (le juge Klinger)*

[12] Le juge qui détermine la peine conclut qu'une ordonnance fondée sur l'art. 161 est indiquée, car [TRADUCTION] « la sécurité des enfants âgés de moins de seize ans sera exposée à un risque sérieux une fois [l'appelant] libéré ». Compte tenu du critère établi par la Cour en la matière dans *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, par. 63, il estime toutefois qu'une ordonnance fondée sur les nouveaux al. 161(1)c) et d) constitue une peine au sens de l'al. 11i) de la *Charte*, de sorte que les

retrospectively. Since no formal constitutional challenge was brought and the sentencing judge merely used s. 11(i) as a tool of statutory interpretation, no consideration was given to s. 1 of the *Charter*.

[13] In the result, the sentencing judge imposed a prohibition order under s. 161 for a period of seven years, but limited the prohibited activities to those described in the version of s. 161(1) that existed when the appellant committed the offences.

B. *British Columbia Court of Appeal — 2014 BCCA 382, 316 C.C.C. (3d) 540*

[14] On the Crown appeal, the appellant filed a formal constitutional challenge to the retrospective operation of the 2012 amendments. The Court of Appeal split over whether a violation of s. 11(i) had been established. Writing for the majority, Newbury J.A. concluded that the 2012 amendments were enacted to protect the public, rather than to punish offenders; therefore, they do not qualify as punishment within the meaning of s. 11(i). Newbury J.A. allowed the appeal and imposed the conditions in s. 161(1)(c) and (d) retrospectively on the appellant for a period of seven years.

[15] Groberman J.A., dissenting in part, concluded that the retrospective application of the 2012 amendments infringes s. 11(i). Applying *Rodgers*, Groberman J.A. concluded that s. 161 orders are consequences of conviction, imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, and thus qualify as “punishment”.

[16] Because the majority found that s. 11(i) was not engaged, the parties and the Court of Appeal did not address s. 1 of the *Charter*.

dispositions ne peuvent s’appliquer rétrospectivement. Vu l’absence de contestation constitutionnelle formelle et le fait qu’il ne recourt à l’al. 11*i*) qu’aux fins d’interprétation législative, le juge omet de considérer l’application de l’article premier de la *Charte*.

[13] Le juge interdit donc sur le fondement de l’art. 161, pour une période de sept ans, les seules activités mentionnées dans la version du par. 161(1) qui était en vigueur lorsque l’appelant a commis les infractions.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique — 2014 BCCA 382, 316 C.C.C. (3d) 540*

[14] Dans le cadre de l’appel du ministère public, l’appelant a contesté formellement la constitutionnalité de l’application rétrospective des dispositions issues des modifications de 2012. La Cour d’appel est partagée quant à savoir si l’atteinte au droit garanti par l’al. 11*i*) est établie ou non. Au nom des juges majoritaires, la juge Newbury conclut que les nouvelles interdictions issues des modifications de 2012 visent à protéger le public, non à punir les contrevenants, de sorte qu’elles ne peuvent être considérées comme une peine au sens de l’al. 11*i*). Elle accueille l’appel et soumet l’appelant aux interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d), rétrospectivement, pour une période de sept ans.

[15] Dissident en partie, le juge Groberman opine que l’application rétrospective des dispositions issues des modifications de 2012 contrevient à l’al. 11*i*). Il s’appuie sur l’arrêt *Rodgers* pour conclure que les ordonnances fondées sur l’art. 161 sont une conséquence de la déclaration de culpabilité, que les interdictions qu’elles prévoient sont conformes à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine et qu’il s’agit donc d’une « peine ».

[16] Vu la conclusion des juges majoritaires selon laquelle le droit garanti par l’al. 11*i*) n’est pas en jeu, ni les parties ni la Cour d’appel ne se sont exprimées sur l’application de l’article premier de la *Charte*.

IV. Issues

[17] This case raises two constitutional questions:

- (1) Does the retrospective operation of s. 161(c) and (d) of the *Criminal Code* limit s. 11(i) of the *Charter*?
- (2) If so, is the limitation a reasonable one prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

V. Analysis

[18] As a preliminary matter, I observe that although there is a presumption against the retrospective application of legislation that affects substantive rights (*R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272, at para. 10), the parties do not dispute the Court of Appeal's finding that the presumption has been rebutted in this case because Parliament intended the 2012 amendments to operate retrospectively. I agree.

[19] This appeal thus turns on whether such retrospective application complies with constitutional standards.

A. *Do the 2012 Amendments Constitute Punishment Such That Their Retrospective Operation Limits Section 11(i) of the Charter?*

- (1) The Purpose of Section 11(i) of the Charter and the Interests It Protects

[20] Section 11 of the *Charter* protects the legal rights of accused persons when they are charged with an offence. Section 11 encompasses "crucial fundamental rights" (*R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, per Wilson J., at p. 558), including the right to be tried within a reasonable time (s. 11(b)); the right to be presumed innocent (s. 11(d)); and the right against double jeopardy or punishment (s. 11(h)).

IV. Questions en litige

[17] Le dossier soulève deux questions constitutionnelles :

- (1) L'application rétrospective des al. 161(1)c) et d) du *Code criminel* restreint-elle le droit garanti par l'al. 11*i*) de la *Charte*?
- (2) Dans l'affirmative, s'agit-il d'une restriction apportée par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique au regard de l'article premier de la *Charte*?

V. Analyse

[18] Je remarque au préalable que, bien qu'il existe une présomption à l'encontre de l'application rétrospective d'une disposition législative qui porte atteinte à un droit substantiel (*R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272, par. 10), les parties ne contestent pas la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la présomption est réfutée en l'espèce, le législateur ayant voulu que les dispositions issues des modifications de 2012 s'appliquent de manière rétrospective. Je suis d'accord.

[19] L'issue du pourvoi tient donc à ce que cette application rétrospective est conforme ou non aux normes constitutionnelles.

A. *Les dispositions issues des modifications de 2012 infligent-elles une peine, de sorte que leur application rétrospective restreigne le droit garanti par l'al. 11*i*) de la Charte?*

- (1) L'objet de l'al. 11*i*) de la Charte et les droits que celui-ci garantit

[20] L'article 11 de la *Charte* protège les droits de la personne inculpée, des « droits fondamentaux très importants » (*R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, la juge Wilson, p. 558), dont celui d'être jugé dans un délai raisonnable (al. 11*b*)), celui d'être présumé innocent (al. 11*d*)) et celui à la protection contre le double péril ou la double peine (al. 11*h*)).

[21] Section 11(i) is another such right:

11. Any person charged with an offence has the right

. . . .

(i) if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.

[22] Along with s. 11(g) — which protects an accused’s right “not to be found guilty on account of any act or omission unless, at the time of the act or omission, it constituted an offence” — s. 11(i) constitutionally enshrines the fundamental notion that criminal laws should generally not operate retrospectively.

[23] This constitutional aversion to retrospective criminal laws is in part motivated by the desire to safeguard the rule of law. As Lord Diplock put it, “acceptance of the rule of law as a constitutional principle requires that a citizen, before committing himself to any course of action, should be able to know in advance what are the legal consequences that will flow from it” (*Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591 (H.L.), at p. 638). One author expressed the rule of law implications of retrospective laws in these terms:

According to the ideal of the rule of law, the law must be such that those subject to it can reliably be guided by it, either to avoid violating it or to build the legal consequences of having violated it into their thinking about what future actions may be open to them. People must be able to find out what the law is and to factor it into their practical deliberations. The law must avoid taking people by surprise, ambushing them, putting them into conflict with its requirements in such a way as to defeat their expectations and frustrate their plans.

(J. Gardner, “Introduction”, in H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (2nd ed. 2008), xiii, at p. xxxvi)

[21] L’alinéa 11*i*) protège un autre de ces droits très importants :

11. Tout inculpé a le droit :

. . . .

i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l’infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence.

[22] De pair avec l’al. 11g) — qui protège le droit de l’accusé « de ne pas être déclaré coupable en raison d’une action ou d’une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction » —, l’al. 11*i*) constitutionnalise la notion fondamentale voulant que, en matière pénale, une disposition ne doive généralement pas s’appliquer rétrospectivement.

[23] Cette aversion de la Constitution pour les dispositions pénales d’application rétrospective tient en partie à la volonté de garantir la primauté du droit. Comme le dit lord Diplock, [TRADUCTION] « l’acceptation de la primauté du droit en tant que principe constitutionnel exige qu’un citoyen, avant d’adopter une ligne de conduite, puisse connaître à l’avance les conséquences qui en découleront sur le plan juridique » (*Black-Clawson International Ltd. c. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591 (H.L.), p. 638). Un auteur formule comme suit les répercussions d’une disposition d’application rétrospective sur la primauté du droit :

[TRADUCTION] L’idéal de la primauté du droit veut que la loi permette à celui qui y est assujéti de s’y fier afin de pouvoir éviter d’y contrevenir ou de pouvoir se représenter les conséquences juridiques d’une contravention au moment d’envisager quelque action. Les gens doivent pouvoir connaître la teneur de la loi et en tenir effectivement compte dans leur réflexion. La loi doit éviter de prendre les gens au dépourvu, de leur tendre un piège, de les mettre en opposition avec ses exigences de manière à tromper leurs attentes et à contrecarrer leurs plans.

(J. Gardner, « Introduction », dans H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (2^e éd. 2008), xiii, p. xxxvi)

[24] Retrospective laws threaten the rule of law in another way, by undercutting the integrity of laws currently in effect, “since it puts them under the threat of retrospective change” (L. L. Fuller, *The Morality of Law* (rev. ed. 1969), at p. 39).

[25] Relatedly, retrospective laws implicate fairness. “It is unfair to establish rules, invite people to rely on them, then change them in mid-stream, especially if the change results in negative consequences” (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 754). For example, an accused who declines to consider a plea and is prepared to take the risk of going to trial should not be subsequently ambushed by an increase in the minimum or maximum penalty for the offence. A retrospective law such as this could not only cause unfairness in specific cases, but could also undermine public confidence in the criminal justice system. Instead, fairness in criminal punishment requires rules that are clear and certain. As McLachlin J. wrote in *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170:

It is a fundamental proposition of the criminal law that the law be certain and definitive. This is essential, given the fact that what is at stake is the potential deprivation of a person of his or her liberty and his or her subjection to the sanction and opprobrium of criminal conviction. This principle has been enshrined in the common law for centuries, encapsulated in the maxim *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* — there must be no crime or punishment except in accordance with law which is fixed and certain. [p. 203]

[26] Clearly, the concerns with retrospective laws are particularly potent in proceedings that are criminal, *quasi*-criminal, or in which a “true penal consequence” is at stake — the context to which s. 11 applies (*Wigglesworth*, at p. 559).

[27] In sum, s. 11(i) is rooted in values fundamental to our legal system, including respect for the rule

[24] La disposition d’application rétrospective compromet aussi la primauté du droit en compromettant l’intégrité des dispositions actuellement en vigueur [TRADUCTION] « parce qu’elle expose ces dernières au risque d’une modification rétrospective » (L. L. Fuller, *The Morality of Law* (éd. rév. 1969), p. 39).

[25] Dans le même ordre d’idées, la disposition d’application rétrospective met en cause l’équité. [TRADUCTION] « Il est injuste de fixer des règles, d’inviter les gens à s’y fier puis de les modifier en cours de route, surtout lorsqu’il en résulte des conséquences négatives » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 754). Par exemple, l’accusé qui refuse d’inscrire un plaidoyer de culpabilité et qui est disposé à courir le risque de subir un procès ne devrait pas ensuite se trouver pris au piège par l’accroissement de la peine minimale ou maximale dont est passible l’auteur de l’infraction. Un tel effet rétrospectif pourrait non seulement causer une injustice dans certains cas, mais aussi miner la confiance du public dans le système de justice criminelle. L’équité de la sanction pénale commande plutôt que les règles soient claires et certaines. Comme l’écrit la juge McLachlin dans *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170 :

C’est un concept fondamental du droit pénal que les règles de droit doivent être précises et définitives. C’est là un concept essentiel puisqu’une personne risque d’être privée de sa liberté et de subir la sanction et l’opprobre que jette une déclaration de culpabilité criminelle. Ce principe est inscrit dans la common law depuis des siècles, et formulé dans la maxime *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* — il ne saurait exister de crimes ou de sanctions sauf en conformité avec des règles de droit bien établies et précises. [p. 203]

[26] Manifestement, les inquiétudes que suscite une disposition d’application rétrospective sont particulièrement grandes en matière de procédures criminelles ou quasi criminelles, ou lorsqu’une « véritable conséquence pénale » est en jeu, ce qui correspond au contexte dans lequel s’applique l’art. 11 (*Wigglesworth*, p. 559).

[27] Bref, l’al. 11*i*) prend appui sur des valeurs fondamentales de notre système juridique, y compris

of law and ensuring fairness in criminal proceedings.

(2) The Framework for Defining Punishment in Section 11(i) of the Charter

[28] In *Rodgers*, this Court developed a two-part test for determining whether a consequence amounts to “punishment” under s. 11(i): (1) the measure must be a consequence of a conviction that “forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence”; and (2) it must be “imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing” (para. 63).

[29] In the course of articulating this test, Charron J. observed that a “liberal and purposive approach” must be taken to defining punishment (para. 61), but also cautioned that “punishment” does not “encompas[s] every potential consequence of being convicted of a criminal offence” (para. 63). For example, if a consequence advances a legitimate non-punitive state interest, such as solving future crimes, it will likely not constitute punishment, even if it indirectly furthers a sentencing objective like deterrence (*Rodgers*, at para. 64). Applying this test, Charron J. concluded that post-conviction DNA databank orders do not constitute punishment because they are imposed to assist in the *investigation* of future crimes, not in furtherance of the purpose and principles of sentencing. The fact that a DNA profile may deter offenders is merely a “residual benefit” (para. 64, quoting *R. v. Murrins*, 2002 NSCA 12, 201 N.S.R. (2d) 288 (C.A.), at para. 102).

[30] While the first branch of the s. 11(i) test for punishment (consequence of conviction) has proven to be relatively straightforward, the second branch (imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing) has given rise to two key ambiguities. First, do laws that are primarily aimed at protecting the public necessarily fail to satisfy the second branch of the *Rodgers* test? Second, what

le respect de la primauté du droit et la garantie de l’équité des procédures criminelles.

(2) Le cadre dans lequel définir la peine au sens de l’al. 11i) de la Charte

[28] Dans *Rodgers*, la Cour dégage un critère à deux volets pour décider si une conséquence équivaut ou non à une « peine » au sens de l’al. 11i) : (1) la mesure doit être une conséquence de la déclaration de culpabilité et faire partie des « sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée » et (2) elle doit être « conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine » (par. 63).

[29] Tout en formulant ce critère, la juge Charron fait remarquer que « l’interprétation libérale et téléologique » s’impose pour définir la peine (par. 61), mais elle fait aussi une mise en garde : « . . . la “peine” [n’englobe pas] toute conséquence pouvant découler du fait d’être déclaré coupable d’une infraction criminelle » (par. 63). Par exemple, lorsqu’une conséquence sert un intérêt non punitif et légitime de l’État, comme la résolution de crimes ultérieurs, elle ne constitue vraisemblablement pas une peine même si, indirectement, elle est conforme à un objectif de la détermination de la peine, telle la dissuasion (*Rodgers*, par. 64). Au vu de ce critère, la juge Charron conclut que l’autorisation de prélever un échantillon d’ADN qui fait suite à la déclaration de culpabilité ne constitue pas une peine, car elle intervient pour faciliter la tenue d’enquêtes sur de futurs crimes, non pour se conformer à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine. La possibilité que l’existence d’un profil d’identification génétique décourage la récidive ne représente qu’un [TRADUCTION] « avantage secondaire » (par. 64, citant *R. c. Murrins*, 2002 NSCA 12, 201 N.S.R. (2d) 288 (C.A.), par. 102).

[30] Bien que l’application du premier volet du critère qui permet d’assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l’al. 11i) (être la conséquence d’une déclaration de culpabilité) se révèle relativement simple, celle de son deuxième volet (la conformité à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine) soulève deux ambiguïtés fondamentales. Premièrement, la disposition qui vise

role does the impact a sanction can have on an offender play in the analysis? I address each question in turn.

- (a) *Do Laws Primarily Aimed at Public Protection Necessarily Fail to Satisfy the Second Branch of the Rodgers Test?*

[31] In this case, the Court of Appeal interpreted *Rodgers* as indicating that sanctions principally aimed at public protection necessarily fall outside the ambit of punishment. The Crown echoes this position before this Court. As I will explain, this position overreaches: while not all measures imposed to protect the public constitute punishment, public protection is at the core of the purpose and principles of sentencing. Public protection is therefore an insufficient litmus test for defining punishment.

[32] The purpose and principles of sentencing have been the subject of extensive jurisprudence and are reflected, at least in part, in ss. 718 et seq. of the *Criminal Code*: see *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at para. 1; see also *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 35. Section 718 provides that the “fundamental purpose of sentencing is to protect society” and to contribute “to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society”. This overarching purpose is accomplished by “imposing just sanctions” (s. 718) that reflect one or more of the traditional sentencing objectives: denunciation, deterrence, separation of offenders from society, rehabilitation, reparation, and promoting a sense of responsibility in offenders. Sections 718.1 and 718.2 go on to list a number of sentencing principles, including the fundamental principle of proportionality, that guide sentencing judges in crafting a fit sentence.

principalement la protection du public omet-elle nécessairement de satisfaire au second volet du critère de l’arrêt *Rodgers*? Deuxièmement, quel rôle joue dans l’analyse l’incidence de la sanction sur le contrevenant? J’examine successivement ces questions ci-après.

- a) *La disposition qui vise principalement la protection du public omet-elle nécessairement de satisfaire au second volet du critère de l’arrêt Rodgers?*

[31] En l’espèce, la Cour d’appel conclut de *Rodgers* que la sanction dont la vocation principale est de protéger le public n’est forcément pas une peine. Le ministère public en convient devant notre Cour. Comme je l’expliquerai, c’est aller trop loin. Même si toute mesure imposée pour protéger le public ne constitue pas une peine, la protection du public est au cœur de l’objectif et des principes de la détermination de la peine. La protection du public n’est donc pas une considération suffisante pour décider qu’une sanction constitue ou non une peine.

[32] L’objectif et les principes de la détermination de la peine font l’objet d’une jurisprudence abondante et se retrouvent, du moins en partie, aux art. 718 et suiv. du *Code criminel* (voir *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 1; voir également *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 35). L’article 718 dispose que le « prononcé des peines a pour objectif essentiel de protéger la société et de contribuer [. . .] au respect de la loi et au maintien d’une société juste, paisible et sûre ». Cet objectif général est atteint par « l’infliction de sanctions justes » (art. 718) qui tiennent compte d’un ou de plusieurs des objectifs traditionnels de la détermination de la peine, à savoir la dénonciation, la dissuasion, l’isolement des délinquants du reste de la société, la réinsertion sociale, la réparation et le fait de susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants. Les articles 718.1 et 718.2 énoncent en outre un certain nombre de principes de la détermination de la peine, y compris le principe fondamental de la proportionnalité, lequel guide le tribunal dans la détermination d’une peine juste.

[33] It is clear from the plain language of s. 718 that public protection is part of the very essence of the purpose and principles governing the sentencing process, a point emphasized by this Court in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, per La Forest J., at p. 329: “. . . the fundamental purpose of the criminal law generally, and of sentencing in particular, [is] the protection of society”. It is therefore difficult to distinguish between sanctions intended to protect the public and sanctions intended to punish offenders. Doherty J.A. highlighted this difficulty in the recent case of *R. v. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81. Although his comments were made in the context of defining the common law presumption against retrospectivity, they are apposite here:

The distinction between sanctions intended to protect the public and those intended to punish offenders is difficult to make in the context of sentencing for criminal offences. Many criminal sanctions are designed to both protect the public and punish the accused. In fact, some sanctions protect the public by punishing the accused. The objectives of public protection and punishment often cannot realistically be separated and treated as individual and competing purposes in the sentencing context. [para. 42]

For these reasons, sanctions intended to advance public safety do not constitute a broad exception to the protection s. 11(i) affords and may qualify as punishment.

[34] To be clear, while measures imposed at sentencing for the purpose of protecting the public may constitute punishment under s. 11(i), a public-protection purpose is not, on its own, determinative. To satisfy the second branch of the *Rodgers* test, a consequence of conviction must be imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing. As discussed, the purpose of sentencing is to “protect society” or advance “respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society” (s. 718 of the *Criminal Code*) by fulfilling one or more of the traditional sentencing objectives (s. 718(a) through (f)) in accordance with the

[33] Suivant le sens ordinaire des termes employés à l’art. 718, la protection du public relève nettement de l’essence même de l’objectif et des principes qui régissent le processus de détermination de la peine, ce que souligne la Cour dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, le juge La Forest, p. 329 : « . . . l’objet fondamental du droit criminel en général et de l’imposition des peines en particulier [est] la protection de la société ». Il est par conséquent difficile de distinguer la sanction qui vise à protéger le public de celle dont le but est de punir le contrevenant. Le juge Doherty signale la difficulté dans le récent arrêt *R. c. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81. Ses remarques sont formulées dans le contexte de la définition de la présomption de non-rétrospectivité en common law, mais elles demeurent pertinentes en l’espèce :

[TRADUCTION] Il est difficile de distinguer entre la sanction qui vise à protéger le public et celle dont le but est de punir le contrevenant lorsqu’il s’agit de déterminer la peine à infliger à l’auteur d’une infraction criminelle. De nombreuses sanctions criminelles sont conçues à la fois pour protéger le public et pour punir l’accusé. En fait, certaines protègent le public en punissant l’accusé. Souvent, on ne peut pas vraiment dissocier l’objectif de protéger le public et celui de punir, ni les considérer comme des objectifs individuels et concurrents dans le contexte de la détermination de la peine. [par. 42]

C’est pourquoi la sanction qui vise à promouvoir la sécurité du public ne bénéficie pas d’une exception générale à la protection qu’offre l’al. 11*i*) et elle peut être considérée comme une peine.

[34] Précisons que, lors de la détermination de la peine, une mesure prise pour protéger le public peut constituer une peine au sens de l’al. 11*i*), mais que l’objectif de la protection du public n’est pas décisif en soi. Pour satisfaire au second volet du critère de l’arrêt *Rodgers*, la conséquence de la déclaration de culpabilité doit être conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine. Rappelons que la détermination de la peine vise à « protéger la société » ou à promouvoir le « respect de la loi et [le] maintien d’une société juste, paisible et sûre » (art. 718 du *Code criminel*) grâce à la réalisation de l’un ou de plusieurs des objectifs traditionnels

principles of sentencing reflected in ss. 718.1 and 718.2.

(b) *What Role Does the Impact of a Sanction Play in the Analysis?*

[35] Citing *R. v. Cross*, 2006 NSCA 30, 138 C.R.R. (2d) 163, at paras. 45-46, the Crown submits that the impact of a sanction on an offender is only relevant if it is out of proportion to the sanction's legislative purpose. That is, "if the impact of the sanction aligns with its legislative purpose and is not of such magnitude that it reveals, instead, a punitive intent, it is not 'punishment'" (*Cross*, at para. 45).

[36] As I shall explain, I conclude that the impact of a sanction has broader significance. While a sanction's impact was to some extent implicit in the *Rodgers* analysis, in my view, the s. 11(i) test for punishment must embody a clearer, more meaningful consideration of the impact a sanction can have on an offender. This is important for a variety of reasons.

[37] First, it accords with "the liberal and purposive approach" that must be taken in interpreting *Charter* rights, including s. 11(i) (*Rodgers*, at para. 61). The purposes of s. 11(i), which are centred on the rule of law and fairness in criminal proceedings, are compromised if the right is incapable of protecting offenders from the retrospective imposition of sanctions that have a significant impact on their liberty or security — regardless of the sanction's objective. As the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights, the Criminal Lawyers' Association (Ontario), the British Columbia Civil Liberties Association, and the Association des avocats de la défense de Montréal all submit, fairness and predictability in punishment are enhanced when there is a pragmatic consideration of the impact of an impugned sanction.

énumérés aux al. 718a) à f), et ce, conformément aux principes de détermination de la peine qui se retrouvent aux art. 718.1 et 718.2.

b) *Quel rôle joue dans l'analyse l'incidence de la sanction sur le contrevenant?*

[35] Prenant appui sur l'arrêt *R. c. Cross*, 2006 NSCA 30, 138 C.R.R. (2d) 163, par. 45-46, le ministère public fait valoir que l'incidence de la sanction sur le contrevenant n'est à considérer que lorsqu'elle est sans commune mesure avec l'objectif législatif qui sous-tend la sanction. Autrement dit, [TRADUCTION] « lorsque l'incidence de la sanction est dans le droit fil de l'objectif législatif et n'est pas considérable au point de révéler plutôt l'intention de punir, il ne s'agit pas d'une "peine" » (*Cross*, par. 45).

[36] Comme je l'explique plus loin, j'estime que l'incidence de la sanction revêt une importance plus grande. Elle est jusqu'à un certain point prise tacitement en compte dans l'arrêt *Rodgers* et dans l'analyse que la Cour y effectue mais, à mon sens, le critère qui permet d'assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l'al. 11i) de la *Charte* doit englober une prise en compte plus claire et plus soutenue de l'incidence de la sanction sur le contrevenant. Cela importe pour diverses raisons.

[37] Premièrement, une telle démarche est compatible avec « l'interprétation libérale et téléologique » qui s'impose à l'égard des droits garantis par la *Charte*, y compris à l'al. 11i) (*Rodgers*, par. 61). Les objectifs de l'al. 11i), qui sont axés sur la primauté du droit et l'équité dans les procédures criminelles, sont compromis si le droit garanti ne peut protéger le contrevenant contre l'application rétrospective d'une sanction ayant une grande incidence sur sa liberté et sa sécurité, indépendamment de l'objectif de la sanction. Comme le soutiennent les intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique et Association des avocats de la défense de Montréal, le caractère équitable de la peine et la prévisibilité de son infraction s'accroissent lorsque l'incidence de la sanction en cause est prise en compte avec pragmatisme.

[38] A “liberal and purposive approach” to punishment is appropriate because s. 11(i) is engaged only within a narrow sphere. As mentioned, in *Wigglesworth*, this Court held that s. 11 of the *Charter* applies only to proceedings that are criminal or quasi-criminal, or, regardless of the nature of the proceeding, if a “true penal consequence” such as imprisonment is at stake (p. 559). The Court in *Wigglesworth* gave s. 11 a narrow ambit so that “[t]he content of [the s. 11] rights [does not] suffer from a lack of predictability or a lack of clarity because of a universal application of the section” (p. 558). Although the “true penal consequence” test sets an indisputably high bar, it was developed to determine whether a person is nonetheless “charged with an offence” even if he or she is the subject of proceedings *outside* the criminal context. Within the criminal law context, the concerns motivating a narrow construction of “penal consequences” or “punishment” largely fall away.

[39] Second, a consideration of the impact of a sanction is consistent with this Court’s jurisprudence. Since the early days of the *Charter*, this Court has always looked to both purposes and effects when considering the constitutionality of laws: see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 331. And in the recent decision of *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392, this Court adopted “a functional rather than a formalistic perspective” (para. 52), observing that, “[i]t is the retrospective frustration of an expectation of liberty that constitutes punishment” (para. 60). The Court went on to conclude that the elimination of accelerated parole review violated s. 11(h) as it had a sufficiently significant impact on “an offender’s settled expectation of liberty” (para. 60). In doing so, the Court focused on the impact the retrospective law had on the offender, rather than the purpose animating the law: see H. Stewart, “Punitive in Effect: Reflections on *Canada v. Whaling*” (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 263, at p. 269. Although *Whaling* was concerned with the definition of punishment in the context of s. 11(h) of the *Charter*,

[38] Une « interprétation libérale et téléologique » est indiquée à l’égard de la peine car l’al. 11*i*) ne s’applique que dans un contexte bien délimité. Rappelons que, dans *Wigglesworth*, la Cour statue que l’art. 11 de la *Charte* s’applique seulement dans le cadre de procédures criminelles ou quasi criminelles, ou bien, quelle que soit la nature de l’instance, lorsqu’une « véritable conséquence pénale » est en jeu (p. 559). Elle ajoute que l’art. 11 a une portée étroite, de sorte que « [l]e contenu [des droits qu’il confère] ne devrait pas connaître un manque de prévisibilité ou de clarté en raison d’une application universelle de l’article » (p. 558). Même si le critère de la « véritable conséquence pénale » établit un seuil indéniablement élevé, il a été conçu pour permettre au tribunal de décider si une personne est un « inculpé » même si elle fait l’objet d’une procédure *autre* que criminelle. En matière criminelle, ce qui justifie une interprétation étroite de la « conséquence pénale » ou de la « peine » disparaît pour l’essentiel.

[39] Deuxièmement, la prise en compte de l’incidence de la sanction est compatible avec la jurisprudence de la Cour. Depuis les premiers jours de l’application de la *Charte*, la Cour s’est toujours penchée tant sur les objectifs que sur les effets d’une règle de droit pour se prononcer sur sa constitutionnalité (voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 331). Et, dans le récent arrêt *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392, la Cour adopte « [un] plan, sinon formel, du moins fonctionnel » (par. 52) et fait alors observer que « [l]a peine se cristallise par l’effet rétrospectif de l’atteinte aux attentes légitimes de liberté » (par. 60). Elle conclut que la suppression de la procédure d’examen expéditif (en matière de libération conditionnelle) contrevient à l’al. 11*h*) puisqu’elle a une incidence suffisamment importante sur « l’attente légitime en matière de liberté » du contrevenant (par. 60). La Cour s’attache alors principalement à l’incidence de la loi d’application rétrospective sur le contrevenant, plutôt qu’à son objectif sous-jacent (voir H. Stewart, « Punitive in Effect : Reflections on *Canada v. Whaling* »

harmony between s. 11(i) and (h) is desirable as fairness in punishment underlies both provisions.

[40] Third, an approach that accounts for a sanction's impact will assist in identifying the "lesser punishment" to which an accused is entitled. The punishment with the less severe impact on the liberty or security of an offender will be deemed to be the "lesser punishment" for the purposes of s. 11(i). A definition of punishment that focuses heavily on the objective of the sanction obscures this inquiry.

[41] Thus, I would restate the test for punishment as follows in order to carve out a clearer and more meaningful role for the consideration of the impact of a sanction: a measure constitutes punishment if (1) it is a consequence of conviction that forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence, and either (2) it is imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, or (3) it has a significant impact on an offender's liberty or security interests.¹

[42] As this Court wrote in *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143: "The *Charter* does not protect against insignificant or 'trivial' limitations of rights The [state action] must be significant enough to warrant constitutional protection" (p. 151). That is why, if a consequence of conviction is not imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, it must have a *significant* impact on an offender's constitutionally protected *liberty* or *security* interests before it will qualify as punishment for the purposes of s. 11(i). To satisfy this requirement, a consequence of conviction must significantly constrain a person's ability to engage

¹ In articulating this test, I do not decide whether s. 11(i) would be infringed in circumstances akin to those in *Whaling*, in which accelerated parole review was retrospectively eliminated, thereby impacting the length of incarceration that was imposed as a sanction consequent to conviction.

(2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 263, p. 269). Bien que *Whaling* porte sur la définition de la peine pour les besoins de l'al. 11h) de la *Charte*, il convient d'harmoniser l'application des al. 11i) et h) puisque le caractère équitable de la peine sous-tend les deux dispositions.

[40] Troisièmement, une approche qui tient compte de l'incidence de la sanction est utile pour déterminer la « peine la moins sévère » susceptible d'être infligée à l'accusé. La peine dont l'incidence est la moins grande sur la liberté ou la sécurité du contrevenant devient la « peine la moins sévère » pour l'application de l'al. 11i). Définir la peine en s'attachant lourdement à l'objectif de la sanction nuit à la démarche.

[41] C'est pourquoi j'incline à reformuler comme suit le critère qui permet d'assimiler une mesure à une peine afin de conférer un rôle plus clair et plus important à la prise en compte de l'incidence de la sanction : une mesure constitue une peine si (1) elle est une conséquence d'une déclaration de culpabilité qui fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et (2) soit elle est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine, (3) soit elle a une grande incidence sur le droit du contrevenant à la liberté ou à la sécurité¹.

[42] Dans l'arrêt *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, la Cour affirme que « [l]a *Charte* n'assure pas une protection contre les restrictions insignifiantes ou "négligeables" [. . .] La [mesure de l'État] doit être suffisamment importante pour justifier une protection constitutionnelle » (p. 151). C'est pourquoi lorsqu'une conséquence de la déclaration de culpabilité n'est pas conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine, elle doit avoir une *grande* incidence sur le droit constitutionnel du contrevenant à la liberté ou à la sécurité pour constituer une peine au sens de l'al. 11i). Pour satisfaire à cette exigence, la conséquence de la

¹ En proposant ce critère, je ne me prononce pas quant à savoir s'il y aurait atteinte au droit garanti par l'al. 11i) dans des circonstances semblables à celles de l'affaire *Whaling*, dans laquelle la procédure d'examen expéditif avait été supprimée rétrospectivement, ce qui avait eu une incidence sur la durée de la peine d'emprisonnement infligée comme sanction consécutive à la déclaration de culpabilité.

in otherwise lawful conduct or impose significant burdens not imposed on other members of the public. Again, Doherty J.A.’s comments in *Hooyer* are helpful: “. . . a prohibition that significantly limits the lawful activities in which an accused can engage, where an accused can go, or with whom an accused can communicate or associate, would sufficiently impair the liberty and security of the accused to warrant characterizing the prohibition as punishment” (para. 45).

[43] Having reformulated the s. 11(i) test for punishment, I now turn to the sanctions at issue in this appeal. I first discuss s. 161 of the *Criminal Code* in more detail before applying the test for punishment to the 2012 amendments.

(3) History and Operation of Section 161 of the *Criminal Code*

[44] The legislative history, judicial interpretation, and design of s. 161 all confirm that the section has an overarching protective function: to shield children from sexual violence.

[45] Section 161 was enacted in 1993 in response to the decision in *R. v. Heywood* (1992), 20 B.C.A.C. 166, in which the British Columbia Court of Appeal struck down under s. 7 of the *Charter* the offence of loitering: see *An Act to amend the Criminal Code and the Young Offenders Act*, S.C. 1993, c. 45, s. 1. After 1993, s. 161 continued to evolve and, in 2012, the impugned amendments were introduced through the *Safe Streets and Communities Act*. The protective function of s. 161 generally, and the 2012 amendments specifically, was repeatedly emphasized throughout the legislative debates. For example, at the Bill’s third reading, the Minister of Justice stated that the proposed amendments are “an important step forward in the protection of children in this country” (*House of Commons Debates*, vol. 145, No. 144, 3rd Sess., 40th Parl., March 11, 2011, at p. 8967).

déclaration de culpabilité doit restreindre sensiblement la faculté qu’a une personne de se livrer à une activité par ailleurs licite ou soumettre une personne à des contraintes substantielles auxquelles les autres citoyens ne sont pas soumis. Les propos du juge Doherty dans *Hooyer* valent encore une fois d’être cités : [TRADUCTION] « . . . l’interdiction qui restreint sensiblement l’activité licite à laquelle peut se livrer l’accusé, ses allées et venues, les personnes avec lesquelles il peut communiquer ou qu’il peut fréquenter, porte suffisamment atteinte à la liberté et la sécurité de l’accusé pour que l’on puisse l’assimiler à une peine » (par. 45).

[43] Après la reformulation du critère qui permet d’assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l’al. 11*i*), je passe aux sanctions visées par le pourvoi. J’examine d’abord plus en détail l’art. 161 du *Code criminel*, puis j’applique le critère aux dispositions issues des modifications de 2012.

(3) Historique et application de l’art. 161 du *Code criminel*

[44] Son historique législatif et son interprétation judiciaire, ainsi que la manière dont il est conçu, confirment que l’art. 161 a une fonction protectrice prépondérante, à savoir protéger les enfants contre la violence sexuelle.

[45] L’article 161 a vu le jour en 1993 pour donner suite à l’arrêt *R. c. Heywood* (1992), 20 B.C.A.C. 166, dans lequel la Cour d’appel de la Colombie-Britannique avait invalidé l’infraction de flânerie par application de l’art. 7 de la *Charte* (voir la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants*, L.C. 1993, c. 45, art. 1). La disposition a par la suite évolué et, en 2012, les modifications visées en l’espèce ont été apportées par la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*. Tout au long des débats législatifs, on a maintes fois souligné la fonction protectrice de l’art. 161 en général et des dispositions issues des modifications de 2012 en particulier. Par exemple, lors de la troisième lecture du projet de loi, le ministre de la Justice a déclaré que les modifications proposées « fai[saient] beaucoup pour protéger nos enfants » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, n° 144, 3^e sess., 40^e lég., 11 mars 2011, p. 8967).

[46] The jurisprudence interpreting and applying s. 161 confirms the provision's protective purpose: see, e.g., *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at p. 803; *R. v. A. (R.K.)*, 2006 ABCA 82, 208 C.C.C. (3d) 74, at para. 20; *R. v. Perron*, 2009 ONCA 498, 244 C.C.C. (3d) 369, at para. 13.

[47] As well, the design of s. 161 is consistent with its purpose of protecting children from sexual violence. Section 161 orders are discretionary and “subject to the conditions or exemptions that the court directs” (s. 161(1)). They can therefore be carefully tailored to the circumstances of a particular offender. The discretionary and flexible nature of s. 161 demonstrates that it was designed to empower courts to craft tailored orders to address the nature and degree of risk that a sexual offender poses to children once released into the community. Failure to comply with the order can lead to a term of imprisonment of up to four years (s. 161(4)).

[48] Further, I agree with the line of cases holding that s. 161 orders can be imposed only when there is an evidentiary basis upon which to conclude that the particular offender poses a risk to children and the judge is satisfied that the specific terms of the order are a reasonable attempt to minimize the risk: see *A. (R.K.)*, at para. 32; see also *R. v. R.R.B.*, 2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106, at paras. 32-34. These orders are not available as a matter of course. In addition, the content of the order must carefully respond to an offender's specific circumstances.²

[46] Les décisions dans lesquelles les tribunaux ont interprété et appliqué l'art. 161 confirment la vocation protectrice de la disposition (voir p. ex. *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 803; *R. c. A. (R.K.)*, 2006 ABCA 82, 208 C.C.C. (3d) 74, par. 20; *R. c. Perron*, 2009 ONCA 498, 244 C.C.C. (3d) 369, par. 13).

[47] De même, la manière dont est conçu l'art. 161 se concilie avec son objectif de protéger les enfants contre la violence sexuelle. L'ordonnance est rendue sur le fondement d'un pouvoir discrétionnaire et elle s'applique « sous réserve des conditions ou exemptions [que le tribunal] indique » (par. 161(1)). Elle peut être soigneusement adaptée à la situation du contrevenant. Le caractère discrétionnaire et souple du pouvoir conféré à l'art. 161 montre que le législateur a voulu permettre au tribunal de concevoir une ordonnance adaptée qui tient compte de la nature et de l'importance du risque que représente pour les enfants le délinquant sexuel libéré et rendu à la collectivité. L'inobservation de l'ordonnance peut entraîner un emprisonnement maximal de quatre ans (par. 161(4)).

[48] En outre, je m'inscris dans le courant jurisprudentiel selon lequel l'ordonnance fondée sur l'art. 161 ne peut être rendue que lorsque la preuve permet de conclure que le contrevenant représente un risque pour les enfants et que le juge est convaincu que les conditions dont elle est assortie visent raisonnablement à réduire ce risque (voir *A. (R.K.)*, par. 32; voir également *R. c. R.R.B.*, 2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106, par. 32-34). Il ne s'agit pas d'une ordonnance rendue automatiquement. De plus, elle doit être soigneusement adaptée à la situation particulière du contrevenant².

² For example, the order imposed by McArthur J. in *R. v. Levin*, 2015 ONCJ 290, at para. 113 (CanLII), illustrates how the Internet prohibition in s. 161(1)(d) can be crafted to fulfill the protective goals of the legislation while enhancing the offender's rehabilitation process. See also the order imposed in *R. v. Schledermann*, 2014 ONSC 674, at para. 13 (CanLII).

² Par exemple, l'ordonnance de la juge McArthur dans *R. c. Levin*, 2015 ONCJ 290, par. 113 (CanLII), montre comment l'interdiction d'utiliser Internet prévue à l'al. 161(1)d) peut être rédigée pour atteindre les objectifs de protection de la loi tout en favorisant la réadaptation du contrevenant. Voir également l'ordonnance en cause dans *R. c. Schledermann*, 2014 ONSC 674, par. 13 (CanLII).

(4) Application of the Test for Punishment to the 2012 Amendments to Section 161 of the Criminal Code

[49] Applying the reformulated test, I conclude that the 2012 amendments constitute punishment.

[50] First, the 2012 amendments form part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence. Section 161(1) directs sentencing judges to consider whether to exercise their discretion to impose the community supervision measures once an offender is convicted of an enumerated sexual offence involving a person under the age of 16. Section 161 orders are therefore a consequence of conviction, a fact that the Crown does not dispute.

[51] Second, the sanctions contained in the 2012 amendments are imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing and can have a significant impact on an offender's *Charter*-protected interests — although, to be clear, both are not required to satisfy the test.

[52] As to the objective, the 2012 amendments are intended to protect children by separating offenders from society, assisting in rehabilitation, and deterring sexual violence, sentencing goals that all find expression in s. 718 of the *Criminal Code*. In addition, the discretionary and flexible process through which s. 161 orders are imposed aligns with the principles of sentencing articulated in ss. 718.1 and 718.2. As noted above, the fact that such orders are imposed to protect children, on its own, is not determinative.

[53] These prohibitions are to be distinguished from DNA orders, which have been found not to constitute punishment under s. 11(i): see *Rodgers*, at para. 65. As discussed, the objective of DNA orders

(4) Application du critère qui permet d'assimiler une mesure à une peine aux dispositions qui sont issues des modifications apportées en 2012 à l'art. 161 du Code criminel

[49] Au vu du critère reformulé, je conclus que les nouvelles interdictions issues des modifications de 2012 constituent une peine.

[50] Premièrement, elles font partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée. Le paragraphe 161(1) exige du juge qui détermine la peine qu'il se demande s'il convient ou non d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui permet de soumettre à des mesures de surveillance dans la collectivité le contrevenant qui est déclaré coupable d'une infraction sexuelle énumérée à l'égard d'une personne âgée de moins de 16 ans. L'ordonnance fondée sur l'art. 161 est donc une conséquence de la déclaration de culpabilité, et le ministère public ne le conteste pas.

[51] Deuxièmement, les sanctions prévues par les dispositions issues des modifications de 2012 sont conformes à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine et peuvent avoir une grande incidence sur les droits constitutionnels du contrevenant, même si, je le précise, les deux ne sont pas nécessaires pour satisfaire au critère.

[52] En ce qui a trait à l'objectif, les dispositions issues des modifications de 2012 sont censées protéger les enfants en isolant le contrevenant du reste de la société, en favorisant la réinsertion sociale et en décourageant la violence sexuelle, des objectifs de la détermination de la peine qui figurent tous à l'art. 718 du *Code criminel*. De plus, le processus discrétionnaire et souple à l'issue duquel est rendue l'ordonnance prévue à l'art. 161 respecte les principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718.1 et 718.2. Je le répète, le fait qu'une telle ordonnance est rendue pour protéger les enfants n'est pas décisif en soi.

[53] Il y a lieu de distinguer l'ordonnance portant interdiction de celle qui autorise le prélèvement d'un échantillon d'ADN, cette dernière n'étant pas assimilée à une peine au sens de l'al. 11*i*) (voir

is primarily to facilitate the *investigation* of future crimes, rather than to achieve deterrence, denunciation, separation, or rehabilitation in connection with a past offence: see *Rodgers*, at para. 64.

[54] Turning to the impact of the amendments, both s. 161(1)(c) and (d) can have a significant impact on the liberty and security of offenders — potentially for the rest of their lives. This Court has recognized that living in the community under restrictions can attract a considerable degree of stigma (*R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 105). Further, a prohibition under s. 161(1)(c) on having any contact with persons under the age of 16 could potentially curtail the types of employment an offender can pursue, and an offender’s ability to interact with people (including adults in the company of children) in public and private spaces. And depriving an offender under s. 161(1)(d) of access to the Internet is tantamount to severing that person from an increasingly indispensable component of everyday life:

The Internet has become a hub for every kind of human activity, from education to recreation to commerce. It is no longer merely a window to the world. For a growing number of people, the Internet *is* their world — a place where one can do nearly everything one needs or wants to do. The Web provides virtual opportunities for people to shop, meet new people, converse with friends and family, transact business, network and find jobs, bank, read the newspaper, watch movies, and attend classes. [Emphasis in original; footnotes omitted.]

(B. A. Areheart and M. A. Stein, “Integrating the Internet” (2015), 83 *Geo. Wash. L. Rev.* 449, at p. 456)

For many Canadians, membership in online communities is an integral component of citizenship and personhood. In my view, retrospectively excluding offenders from these virtual communal

Rodgers, par. 65). Rappelons que l’objectif de l’ordonnance qui autorise le prélèvement d’un échantillon d’ADN est principalement de faciliter l’enquête relative à de futurs crimes, plutôt que de dissuader, de dénoncer, d’isoler ou de réinsérer socialement en lien avec une infraction antérieure (voir *Rodgers*, par. 64).

[54] En ce qui concerne l’incidence des modifications, les al. 161(1)c) et d) peuvent tous deux avoir une grande incidence sur la liberté et la sécurité du contrevenant, peut-être même pour le reste de ses jours. La Cour reconnaît que le fait de vivre dans la collectivité en étant soumis à des conditions strictes peut engendrer une stigmatisation non négligeable (*R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 105). En outre, l’interdiction fondée sur l’al. 161(1)c) d’avoir des contacts avec une personne âgée de moins de 16 ans est susceptible de réduire les domaines d’emploi qui s’offrent au contrevenant et la possibilité qu’il a d’interagir avec autrui (y compris les adultes accompagnés d’enfants) dans les lieux publics et privés. Empêcher le contrevenant d’avoir accès à Internet sur le fondement de l’al. 161(1)d) équivaut à le tenir à l’écart d’un élément de plus en plus essentiel à la vie quotidienne :

[TRADUCTION] Internet est désormais au centre de l’activité humaine dans tous les domaines, qu’il s’agisse de l’éducation ou du commerce, voire des loisirs. Ce n’est plus une simple fenêtre sur le monde. Pour un nombre croissant de personnes, Internet *est* leur monde, un endroit où l’on peut faire presque tout ce que l’on a besoin de faire ou que l’on souhaite faire. La toile offre la possibilité virtuelle de magasiner, de faire des rencontres, d’échanger avec les amis et la famille, de mener ses activités, de réseauter et de trouver un emploi, d’effectuer des opérations bancaires, de lire le journal, de regarder des films et de suivre des cours. [En italique dans l’original; notes en bas de page omises.]

(B. A. Areheart et M. A. Stein, « Integrating the Internet » (2015), 83 *Geo. Wash. L. Rev.* 449, p. 456)

Pour de nombreux Canadiens, l’appartenance à des communautés en ligne fait partie intégrante de la citoyenneté et de l’identité individuelle. À mon avis, l’exclusion d’un contrevenant de tels espaces

spaces is a substantial consequence that implicates the fairness and rule of law concerns underlying the s. 11(i) right.

[55] The significant impact the 2012 amendments can have on the liberty and security of offenders is another way in which these sanctions are distinguishable from DNA orders. I agree with Doherty J.A. that “a sentencing provision requiring an accused to provide a DNA sample upon conviction . . . does not meaningfully impair the accused’s liberty or security of the person and would not be regarded as punishment” (*Hooyer*, at para. 45).

[56] I also note that the text of s. 161(1) (“in addition to any other punishment” or “*en plus de toute autre peine*”), while certainly not determinative, is nonetheless informative. As Groberman J.A. observed in dissent at the Court of Appeal, “Parliament itself appears to have considered that the sanctions set out in s. 161(1) come within the ordinary meaning of the word ‘punishment’” (para. 78) or “*peine*”.³

[57] In sum, the prohibitions found in the 2012 amendments to s. 161(1) constitute punishment for the purposes of s. 11(i) of the *Charter*. They are a consequence of conviction, imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, and they can have a significant impact on the liberty and security of offenders. Clearly, the 2012 amendments constitute greater punishment than the previous prohibitions: under the new s. 161(1)(c), a judge can prohibit all contact with children, no matter the means (not just contact involving a computer system); and under the new s. 161(1)(d), a judge can prohibit an offender from using the Internet or

communs virtuels par l’application rétrospective de la nouvelle disposition constitue une conséquence importante qui met en cause l’équité des procédures criminelles et la primauté du droit, deux notions qui sous-tendent l’al. 11i).

[55] La grande incidence des modifications de 2012 sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant offre un autre moyen de distinguer les nouvelles sanctions de l’autorisation de prélever un échantillon d’ADN. Je conviens avec le juge Doherty que [TRADUCTION] « la disposition sur la peine qui exige de l’accusé qu’il fournisse un échantillon d’ADN une fois déclaré coupable [. . .] ne porte pas sensiblement atteinte au droit à la liberté ou à la sécurité de la personne et [qu’]on ne saurait voir dans son application l’infliction d’une peine » (*Hooyer*, par. 45).

[56] Je remarque aussi que le libellé du par. 161(1) (« en plus de toute autre peine » ou, en anglais, « *in addition to any other punishment* ») est instructif même s’il n’est assurément pas décisif. Comme le fait observer le juge dissident Groberman de la Cour d’appel, [TRADUCTION] « le législateur semble lui-même considérer que chacune des sanctions énoncées au par. 161(1) constitue une “peine” (ou, en anglais, “*punishment*”) au sens ordinaire du mot » (par. 78)³.

[57] En résumé, les interdictions issues des modifications apportées au par. 161(1) en 2012 constituent une peine pour l’application de l’al. 11i) de la *Charte*. Elles sont une conséquence de la déclaration de culpabilité, elles sont conformes à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine et elles peuvent avoir une grande incidence sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant. De toute évidence, elles emportent l’infliction d’une peine plus importante que les interdictions antérieures : le nouvel al. 161(1)c) permet au juge d’interdire tout contact avec un enfant, quel que soit le moyen utilisé (pas seulement l’ordinateur),

³ The French text of s. 11(i) reads as follows: “*Tout inculpé a le droit . . . i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l’infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence.*”

³ Voici le libellé anglais de l’al. 11i) : « *Any person charged with an offence has the right [. . .] i) if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.* »

other digital network for any purpose (not just for the purpose of contacting children). Accordingly, the retrospective operation of these provisions limits the s. 11(i) right as it deprives the appellant of the benefit of the less restrictive community supervision measures captured in the previous version of s. 161 — that is, the “lesser punishment”.

B. *Is the Limitation of Section 11(i) Justified Under Section 1 of the Charter?*

[58] Section 1 of the *Charter* provides as follows:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

To establish that the limitation on the appellant’s s. 11(i) right is reasonable and demonstrably justified, the government must show that the 2012 amendments have a sufficiently important objective “and that the means chosen are proportional to that object[ive]” (*Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 94). A law is proportionate if (1) there is a rational connection between the means adopted and the objective; (2) it is minimally impairing in that there are no alternative means that may achieve the same objective with a lesser degree of rights limitation; and (3) there is proportionality between the deleterious and salutary effects of the law (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Carter*, at para. 94). The proportionality inquiry is a normative and contextual one, which requires courts to examine the broader picture by “balanc[ing] the interests of society with those of individuals and groups” (*Oakes*, at p. 139).

et le nouvel al. 161(1)d confère au juge le pouvoir d’interdire au contrevenant d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique à quelque fin (pas seulement pour entrer en contact avec des enfants). Par conséquent, l’application rétrospective des dispositions qui prévoient ces interdictions restreint le droit garanti par l’al. 11*i*) puisqu’elle empêche l’appelant de faire l’objet des mesures de surveillance dans la collectivité moins restrictives qui figuraient dans la version antérieure de l’art. 161, c’est-à-dire de la « peine la moins sévère ».

B. *La restriction du droit garanti par l’al. 11*i*) se justifie-t-elle au regard de l’article premier de la Charte?*

[58] L’article premier de la *Charte* est libellé comme suit :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique.

Pour établir que la restriction du droit de l’appelant garanti par l’al. 11*i*) est raisonnable et que sa justification peut se démontrer, l’État doit montrer que les modifications de 2012 ont un objectif suffisamment important « et que les moyens choisis sont proportionnels à cet obje[ctif] » (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 94). Une règle de droit est proportionnée à son objectif lorsque (1) le moyen retenu est rationnellement lié à cet objectif, (2) qu’elle est minimalement attentatoire en ce qu’il n’existe aucun autre moyen d’atteindre le même objectif en restreignant moins le droit en cause et (3) qu’il y a proportionnalité entre ses effets préjudiciables et ses effets bénéfiques (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Carter*, par. 94). L’examen de la proportionnalité se veut à la fois normatif et contextuel et exige du tribunal qu’il considère le tableau tout entier en « soupes[ant] les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes » (*Oakes*, p. 139).

[59] Unfortunately, s. 1 was not dealt with in the courts below. This means we do not have the benefit of a full record, including expert testimony. But the parties urged us to consider s. 1 on the record before us. This Court therefore deals with this issue, on consent, as a court of first instance.

[60] The Crown adduced fresh evidence attached to two affidavits, consisting of statistics and social science articles relating to the issue of the recidivism of sexual offenders. The appellant did not oppose the admission of this evidence and I am satisfied it would be appropriate to receive it. Accordingly, in assessing whether the Crown has discharged its justificatory burden, I will consider the Crown's fresh evidence as "supplemented by common sense and inferential reasoning", in addition to the jurisprudence and legislative debates proffered by the parties (*R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 78).

(1) Do the 2012 Amendments Have a Sufficiently Important Objective?

[61] A law that limits a constitutional right must do so in pursuit of a sufficiently important objective that is consistent with the values of a free and democratic society. This examination is a threshold requirement that is undertaken without considering the scope of the right infringement, the means employed, or the relationship between the positive and negative effects of the law.

[62] The appellant correctly submits that the relevant objective is that of the infringing measure: see *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721, at para. 20. Here, the infringing measure is the *retrospective operation* of the impugned law. However, the more general purpose behind the enactment of the 2012 amendments informs the specific rationale for applying the amendments retrospectively.

[59] Malheureusement, les juridictions inférieures ne se penchent pas en l'espèce sur l'application de l'article premier. Nous ne disposons donc pas d'un dossier complet constitué notamment de témoignages d'experts. Les parties nous exhortent néanmoins à nous prononcer sur l'application de l'article premier à partir du dossier existant. La Cour le fait donc sur consentement, comme le ferait un tribunal de première instance.

[60] Le ministère public a produit une preuve nouvelle jointe en annexe à deux affidavits. Il s'agit de statistiques et d'articles relevant des sciences sociales et portant sur la récidive en matière d'infractions sexuelles. L'appelant ne s'est pas opposé à l'admission de ces éléments de preuve, et je suis convaincue qu'il convient de les recevoir. Par conséquent, pour décider si le ministère public s'est acquitté de son obligation de justification, j'examinerai la preuve nouvelle de l'intimée en la « complét[ant] par le bon sens et le raisonnement par déduction », ce à quoi s'ajouteront la jurisprudence et le compte rendu des débats législatifs soumis par les parties (*R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 78).

(1) Les dispositions issues des modifications de 2012 ont-elles un objectif suffisamment important?

[61] La règle de droit qui restreint un droit constitutionnel doit le faire conformément à un objectif suffisamment important qui se concilie avec les valeurs d'une société libre et démocratique. L'examen du respect de cette condition s'effectue sans tenir compte de la portée de l'atteinte au droit, du moyen retenu ou du lien entre les répercussions positives et négatives de la règle de droit.

[62] L'appelant soutient à bon droit que l'objectif à considérer est celui de la mesure attentatoire (voir *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721, par. 20). En l'espèce, la mesure attentatoire réside dans l'*application rétrospective* de la règle de droit en cause. Toutefois, l'objectif général des dispositions issues des modifications de 2012 joue dans la raison d'être particulière de leur application rétrospective.

[63] The appellant argues that the objective of the retrospective operation of the 2012 amendments is to increase the punishment imposed on offenders who committed their offences prior to 2012 so as to more effectively further the purpose and principles of sentencing. In my view, this articulation of the law's purpose is not sufficiently precise and is essentially a description of the means the legislature has chosen to achieve its purpose: see *Carter*, at para. 76; see also *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485, at para. 28.

[64] As discussed above, the legislative history, judicial interpretation, and design of s. 161 all confirm that the overarching goal of the section is to protect children from sexual violence perpetrated by recidivists. And there is ample evidence in the legislative record surrounding the enactment of the new s. 161(1)(c) and (d) to show that enhancing child protection motivated the impugned amendments as well. To highlight but one example, at the debate accompanying the second reading of the Bill, the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice said the amendments “see[k] to prevent . . . child sex offenders from having the opportunity to facilitate their offending. Finding access to a child or the opportunity to be alone with a child is a key for many child sex offenders” (*House of Commons Debates*, vol. 145, No. 110, 3rd Sess., 40th Parl., December 3, 2010, at p. 6787).

[65] Accordingly, the overarching objective of the prospective operation of the 2012 amendments is to enhance the protection s. 161 affords to children against the risk of harm posed by convicted sexual offenders. It follows naturally that the objective of the retrospective operation of these amendments — the infringing measure — is to better protect children from the risks posed by offenders like the appellant who committed their offences before, but were sentenced after, the amendments came into force. This latter objective anchors the s. 1 analysis.

[63] L'appelant fait valoir que l'objectif de l'application rétrospective des nouvelles dispositions est d'accroître la peine infligée au contrevenant dont les actes criminels sont antérieurs à 2012, et ce, afin de favoriser davantage la réalisation de l'objectif de la détermination de la peine et l'application des principes de celle-ci. À mon avis, cette formulation n'est pas suffisamment précise et revient essentiellement à décrire le moyen que le législateur a choisi pour parvenir à ses fins (voir *Carter*, par. 76; voir également *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485, par. 28).

[64] Rappelons-le, l'historique législatif de l'art. 161, son interprétation judiciaire et la manière dont il est conçu confirment que l'objectif prépondérant de l'article est de protéger les enfants contre la violence sexuelle aux mains de récidivistes. Le dossier législatif des nouveaux al. 161(1)c) et d) renferme maints indices selon lesquels l'accroissement de la protection des enfants motivait tout autant les modifications en cause. Un seul exemple suffit à le montrer. Lors du débat en deuxième lecture, le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice a dit que les modifications « vis[aient] [. . .] à ce que les personnes susceptibles de commettre une infraction sexuelle [. . .] ne puissent pas faciliter la perpétration de l'infraction. L'occasion d'être seul avec un enfant ou l'accès à un enfant est déterminant pour bon nombre de personnes qui commettent des infractions d'ordre sexuel contre un enfant » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, n° 110, 3^e sess., 40^e lég., 3 décembre 2010, p. 6787).

[65] Par conséquent, l'objectif prépondérant de l'application prospective des dispositions issues des modifications de 2012 est d'accroître la protection qu'offre aux enfants l'art. 161 contre le risque de préjudice que représentent les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles. Il s'ensuit naturellement que l'objectif de l'application rétrospective — la mesure attentatoire — est de mieux protéger les enfants contre le risque que présente un contrevenant qui, comme l'appelant, a commis l'acte criminel avant l'entrée en vigueur des modifications, mais a été condamné après celle-ci. C'est en fonction de cet objectif que s'effectue l'analyse au regard de l'article premier.

[66] Obviously, this objective is sufficiently important to warrant further scrutiny. As Laskin J.A. wrote in *R. v. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481 (C.A.), “Children are among the most vulnerable groups in our society. The sexual abuse of young children is a serious societal problem, a statement that needs no elaboration” (para. 37). Providing enhanced protection to children from becoming victims of sexual offences is vital in a free and democratic society.

(2) Are the Means Adopted Proportional to the Law’s Objective?

[67] In assessing the proportionality of a law, a degree of deference is required. As this Court recently wrote in *Carter*:

At this stage of the analysis, the courts must accord the legislature a measure of deference. Proportionality does not require perfection: *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at para. 78. Section 1 only requires that the limits be “reasonable”. [para. 97]

(a) *Rational Connection*

[68] At this first step of the proportionality inquiry, the government must demonstrate that the means used by the limiting law are rationally connected to the purpose the law was designed to achieve. “To establish a rational connection, the government need only show that there is a causal connection between the infringement and the benefit sought ‘on the basis of reason or logic’” (*Carter*, at para. 99, citing *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 153).

[69] As the appellant concedes, there is clearly a rational connection between providing enhanced protection to children from the risks of sexual violence presented by offenders who committed their offences before the 2012 amendments came into force (the objective) and retrospectively giving

[66] De toute évidence, cet objectif est suffisamment important pour justifier la poursuite de l’examen. Comme l’écrit le juge Laskin dans *R. c. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481 (C.A.), [TRADUCTION] « [I]es enfants font partie des groupes les plus vulnérables de notre société. La violence sexuelle dont sont victimes de jeunes enfants constitue un sérieux problème social, point n’est besoin de le démontrer » (par. 37). Offrir aux enfants une protection accrue afin qu’ils ne soient pas victimes d’infractions sexuelles est vital dans une société libre et démocratique.

(2) Le moyen retenu par le législateur est-il proportionné à l’objectif de la règle de droit?

[67] Une certaine déférence s’impose lorsqu’il s’agit d’apprécier la proportionnalité d’une règle de droit. Comme l’écrit la Cour dans le récent arrêt *Carter* :

À ce stade de l’analyse, les tribunaux doivent faire preuve d’une certaine déférence à l’endroit du législateur. La proportionnalité ne nécessite pas la perfection : *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 78. L’article premier exige seulement que les limites soient « raisonnables ». [par. 97]

a) *Lien rationnel*

[68] À cette première étape de l’examen de la proportionnalité, l’État doit démontrer que le législateur restreint le droit d’une manière qui a un lien rationnel avec l’objectif de la règle de droit. « Pour prouver l’existence d’un lien rationnel, le gouvernement n’a qu’à démontrer l’existence d’un lien causal, “fondé sur la raison ou la logique”, entre la violation et l’avantage recherché » (*Carter*, par. 99, citant *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 153).

[69] Comme le concède l’appelant, il existe manifestement un lien rationnel entre la protection accrue des enfants contre le risque de violence sexuelle que représente le délinquant dont les actes criminels sont antérieurs à l’entrée en vigueur des dispositions issues des modifications de 2012

sentencing judges the discretionary power to limit those offenders who pose a continuing risk to children in contacting children in person or online, and in engaging with online child pornography (the means chosen). Although the Crown's fresh evidence, which I discuss below, assists in solidifying this causal link, at this stage, I am satisfied that reason and logic suffice to establish that Parliament proceeded rationally in opting to give s. 161(1)(c) and (d) retrospective effect in order to better protect children from recidivism risks posed by offenders who committed their offences before the 2012 amendments came into force.

(b) *Minimal Impairment*

[70] The question at this second stage is whether the 2012 amendments are minimally impairing, in the sense that “the limit on the right is reasonably tailored to the objective” (*Carter*, at para. 102). It is only when there are alternative, less harmful means of achieving the government's objective “in a real and substantial manner” that a law should fail the minimal impairment test (*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 55).

[71] I am satisfied that the retrospective operation of the prohibitions contained in the 2012 amendments is minimally impairing of s. 11(i).

[72] The amendments were enacted within the context of a highly discretionary provision that is tailored to its objective. Prohibitions listed in s. 161(1) are to be imposed only when a judge is satisfied that the specific offender poses a continued risk to children upon his release into the community *and* that the specific terms of the order are a reasonable attempt to minimize the risk. The law is therefore not “drafted in a way that unnecessarily catches

(l'objectif) et l'octroi rétrospectif au tribunal qui détermine la peine d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de soumettre à des contraintes le contrevenant qui représente toujours un risque pour les enfants du fait qu'il peut communiquer en personne ou en ligne avec eux et accéder à de la pornographie juvénile en ligne (le moyen choisi). Bien que la preuve nouvelle du ministère public — sur laquelle je reviens plus loin — étoffe ce lien causal, je suis convaincue à ce stade que la raison et la logique suffisent pour établir que le législateur a agi de manière rationnelle en conférant aux al. 161(1)(c) et d) un effet rétrospectif afin de mieux protéger les enfants contre le risque de récidive chez le délinquant sexuel dont les actes criminels sont antérieurs à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012.

b) *Atteinte minimale*

[70] La question à trancher à cette deuxième étape est celle de savoir si les nouvelles dispositions portent atteinte le moins possible au droit constitutionnel, c'est-à-dire si « la restriction du droit est raisonnablement adaptée à l'objectif » (*Carter*, par. 102). Ce n'est que lorsqu'il existe d'autres moyens moins préjudiciables de réaliser l'objectif de l'État « de façon réelle et substantielle » qu'une loi ne satisfait pas à l'exigence de l'atteinte minimale (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 55).

[71] Je suis convaincue que l'application rétrospective des interdictions issues des modifications de 2012 porte atteinte le moins possible à l'al. 11i).

[72] Les modifications ont été apportées à une disposition qui confère un pouvoir hautement discrétionnaire et qui est adaptée à son objectif. Les interdictions du par. 161(1) ne doivent être prononcées que si le tribunal est convaincu que le contrevenant exposera toujours les enfants à un risque une fois libéré et rendu à la collectivité *et* que les conditions dont est assortie l'ordonnance visent raisonnablement à réduire le risque. La disposition

[conduct] that has little or nothing to do with the prevention of harm to children” (*Sharpe*, at para. 95). In other words, the retrospective use of s. 161(1)(c) and (d) is *available only* when a judge is satisfied that the prohibitions will advance the enhanced child-protection goal of the amendments. No risk, no retrospective order.

[73] Further, s. 161(1) permits a sentencing judge to impose any conditions or exemptions that correspond to the circumstances of a particular offender. Section 161(1)(c) provides that offenders may have contact with persons under the age of 16 if “the offender does so under the supervision of a person whom the court considers appropriate”. Similarly, s. 161(1)(d) permits offenders to use the Internet if “the offender does so in accordance with conditions set by the court”. Finally, the prohibition order can be limited in duration (s. 161(2)) and reviewed periodically to ensure it continues to correspond to an offender’s circumstances (s. 161(3)).

[74] Despite the highly discretionary and tailored nature of s. 161, the appellant argues that the impugned amendments are not minimally impairing because the Crown has failed to demonstrate that a purely prospective application of the amendments would undermine its objective.⁴ Although I will discuss the potential gaps in the evidentiary record more fully below when I weigh the deleterious and salutary effects of the law, I would not give effect to this submission at the minimal impairment stage, for a few reasons.

⁴ It was not argued that other prohibition regimes in the *Criminal Code* (such as those found in ss. 810, 810.1, or 810.2) could have achieved the government’s objective in a real and substantial manner.

n’est donc pas « rédigée de manière à englober inutilement [une conduite] qui n’a que peu ou [qui n’a] rien à voir avec la prévention du préjudice causé aux enfants » (*Sharpe*, par. 95). En d’autres mots, le recours rétrospectif aux nouveaux al. 161(1)c) et d) peut *seulement intervenir* lorsque le tribunal est convaincu que les interdictions favoriseront l’objectif des modifications, à savoir la protection accrue des enfants. Pas de risque, pas d’application rétrospective.

[73] En outre, le par. 161(1) permet au tribunal qui détermine la peine de prévoir toute condition ou exemption que commande la situation du contrevenant. L’alinéa 161(1)c) dispose que le contrevenant peut communiquer avec une personne âgée de moins de 16 ans s’il le fait « sous la supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence ». Dans la même veine, l’al. 161(1)d) permet au contrevenant d’utiliser Internet s’il le fait « en conformité avec les conditions imposées par le tribunal ». Enfin, l’interdiction peut avoir une durée limitée (par. 161(2)) et être révisée périodiquement pour s’assurer qu’elle est toujours adaptée à la situation du contrevenant (par. 161(3)).

[74] L’appelant fait valoir que même si l’art. 161 confère un pouvoir hautement discrétionnaire et est adapté à son objectif, les dispositions en cause ne portent pas atteinte le moins possible au droit garanti, car le ministère public n’a pas démontré que si elles ne s’appliquaient que prospectivement la réalisation de leur objectif serait compromise⁴. Je reviendrai plus en détail sur les lacunes possibles du dossier de preuve lorsque je soupèserai les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la règle de droit, mais je ne retiens pas l’argument au regard du volet de l’atteinte minimale, et ce, pour plusieurs raisons.

⁴ Nul n’a fait valoir que d’autres régimes d’interdiction du *Code criminel* (dont ceux correspondant aux art. 810, 810.1 et 810.2) auraient pu permettre à l’État d’atteindre son objectif de façon réelle et substantielle.

[75] It is widely accepted (and the record confirms) that a non-trivial percentage of sex offenders will reoffend. If the amendments operated only prospectively, a sentencing judge would be unable to impose the prohibitions in s. 161(1)(c) and (d) on offenders who committed their crimes before 2012 *even if* the judge were satisfied that the prohibitions were required to minimize the risk to a child that a sex offender will recidivate. I therefore accept that a purely prospective application of the amendments would have prevented Parliament from fully realizing its objective of enhancing the protection s. 161 affords to children from offenders who committed their offences before the coming into force of the 2012 amendments. Further, accepting the appellant's argument would fail to accord sufficient deference, at this stage of the analysis, to the government's choice of legislative means. And questions pertaining to the extent of the efficacy of the retrospective operation of the 2012 amendments are best left to the next step of the analysis: proportionality of effects.

[76] In sum, given the discretionary and tailored nature of s. 161 and the fact that a purely prospective operation of the amendments would have compromised Parliament's full objective, I conclude that the retrospective operation of s. 161(1)(c) and (d) impairs the s. 11(i) right as little as reasonably possible.⁵ The more difficult issue is whether the benefits achieved from imposing the 2012 amendments retrospectively outweigh the deleterious effects.

⁵ It should be obvious from the above analysis that, had Parliament adopted a less tailored and discretionary regime, the 2012 amendments may very well have failed the minimal impairment test. It is accordingly unclear how my articulation of the purpose of the impugned amendments has rendered the minimal impairment analysis "redundant", as my colleague Brown J. alleges (para. 138). On the contrary, the minimal impairment test remains an important part of assessing whether Parliament has discharged its burden under s. 1.

[75] On reconnaît généralement (et le dossier confirme) qu'un pourcentage non négligeable de délinquants sexuels récidive. Si les nouvelles dispositions ne s'appliquaient que prospectivement, le tribunal qui détermine la peine ne pourrait soumettre aux interdictions prévues par les nouveaux al. 161(1)c) et d) le contrevenant dont les actes criminels sont antérieurs à 2012 *même s'il* était convaincu qu'elles sont nécessaires à la réduction du risque qu'un enfant soit victime de la récidive d'un délinquant sexuel. Par conséquent, je conviens qu'une application strictement prospective n'aurait pas permis au législateur de réaliser pleinement son objectif d'accroître la protection que l'art. 161 offre aux enfants contre un délinquant dont les actes criminels sont antérieurs à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012. En outre, faire droit à la prétention de l'appelant reviendrait à déferer insuffisamment, à ce stade de l'analyse, à la décision de l'État d'opter pour une mesure législative plutôt qu'une autre. Il vaut mieux reporter l'examen des questions liées au degré d'efficacité de l'application rétrospective à l'étape suivante de l'analyse, celle de la proportionnalité des effets.

[76] En résumé, puisque l'art. 161 confère un pouvoir discrétionnaire et qu'il est adapté à son objectif, et comme l'application strictement prospective aurait compromis la réalisation intégrale de l'objectif du législateur, je conclus que l'application rétrospective des al. 161(1)c) et d) porte atteinte au droit protégé par l'al. 11*i*) aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire⁵. Il est plus difficile de savoir si les effets bénéfiques de leur application rétrospective l'emportent sur ses effets préjudiciables.

⁵ Il devrait apparaître clairement de l'analyse qui précède que si le législateur avait opté pour un régime moins adapté et de nature moins discrétionnaire, les dispositions issues des modifications de 2012 auraient fort bien pu ne pas satisfaire au critère de l'atteinte minimale. Je m'explique donc mal comment ma formulation de l'objectif des modifications en cause a pu rendre « superfl[u] » l'examen de l'atteinte minimale comme le prétend mon collègue le juge Brown (par. 138). Au contraire, ce critère demeure un rouage important de la démarche qui consiste à se demander si le législateur s'est acquitté de son obligation pour les besoins de l'article premier.

(c) *Proportionality of Effects*

[77] At this final stage of the proportionality analysis, the Court must “weig[h] the impact of the law on protected rights against the beneficial effect of the law in terms of the greater public good” (*Carter*, at para. 122).⁶ This final stage is an important one because it performs a fundamentally distinct role. As a majority of this Court observed in *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877:

The focus of the first and second steps of the proportionality analysis is not the relationship between the measures and the *Charter* right in question, but rather the relationship between the ends of the legislation and the means employed. . . . The third stage of the proportionality analysis provides an opportunity to assess, in light of the practical and contextual details which are elucidated in the first and second stages, whether the benefits which accrue from the limitation are proportional to its deleterious effects as measured by the values underlying the *Charter*. [para. 125]

[78] It is for this reason that Aharon Barak, former President of the Supreme Court of Israel, has described this final step as “the very heart of proportionality” (“Proportional Effect: The Israeli Experience” (2007), 57 *U.T.L.J.* 369, at p. 380). And in *Hutterian Brethren*, Abella J. wrote: “. . . most of the heavy conceptual lifting and balancing ought to be done at the final step — proportionality. Proportionality is, after all, what s. 1 is about” (para. 149).

[79] I agree. While the minimal impairment test has come to dominate much of the s. 1 discourse in Canada, this final step permits courts to address the essence of the proportionality enquiry at the

⁶ In *Oakes*, this final stage of the proportionality analysis was initially conceived as a comparison between the deleterious effects of the limiting measure and the law’s objective. However, in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, Lamer C.J. reformulated the test to account for the “proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measur[e]” because characterizing the final step “as being concerned solely with the balance between the objective and the deleterious effects of a measure rests on too narrow a conception of proportionality” (p. 889 (emphasis deleted)).

c) *Proportionnalité des effets*

[77] À cette dernière étape de l’examen de la proportionnalité, la Cour doit « mettre en balance l’incidence de la loi sur les droits protégés et l’effet bénéfique de la loi au plan de l’intérêt supérieur du public » (*Carter*, par. 122)⁶. Il s’agit d’une étape importante, car son rôle est fondamentalement distinct. Comme le font observer les juges majoritaires de la Cour dans *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877 :

Les première et deuxième étapes de l’analyse de la proportionnalité ne portent pas sur le rapport entre les mesures et le droit en question garanti par la *Charte*, mais plutôt sur le rapport entre les objectifs de la loi et les moyens employés. [. . .] La troisième étape de l’analyse de la proportionnalité donne l’occasion d’apprécier, à la lumière des détails d’ordre pratique et contextuel qui ont été dégagés aux première et deuxième étapes, si les avantages découlant de la limitation sont proportionnels aux effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte*. [par. 125]

[78] C’est la raison pour laquelle l’ancien président de la Cour suprême d’Israël, Aharon Barak, voit dans cette dernière étape [TRADUCTION] « le cœur même de la proportionnalité » (« Proportional Effect : The Israeli Experience » (2007), 57 *U.T.L.J.* 369, p. 380). Et, dans l’arrêt *Hutterian Brethren*, la juge Abella écrit que « la majeure partie de l’analyse conceptuelle doit être faite à l’étape finale — celle de la proportionnalité. Après tout, c’est de la proportionnalité dont il est censé être question à l’article premier » (par. 149).

[79] Je suis d’accord. Bien que, de nos jours, au Canada, l’atteinte minimale occupe la place la plus grande dans le discours sur l’article premier, le tribunal peut, à cette dernière étape, se pencher sur

⁶ Initialement, dans l’arrêt *Oakes*, cette dernière étape visait à comparer les effets préjudiciables de la mesure restrictive et l’objectif de la loi. Toutefois, dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, le juge en chef Lamer a reformulé le critère afin de tenir compte de la « proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques » parce que la qualification de la dernière étape « comme concernant uniquement l’équilibre entre l’objectif et les effets préjudiciables d’une mesure repose sur une conception trop étroite de la proportionnalité » (p. 889 (soulignement omis)).

heart of s. 1.⁷ It is only at this final stage that courts can transcend the law's purpose and engage in a robust examination of the law's impact on Canada's free and democratic society "in direct and explicit terms" (J. Cameron, "The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter*" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1, at p. 66). In other words, this final step allows courts to stand back to determine on a normative basis whether a rights infringement is justified in a free and democratic society. Although this examination entails difficult value judgments, it is preferable to make these judgments explicit, as doing so enhances the transparency and intelligibility of the ultimate decision. Further, as mentioned, proceeding to this final stage permits appropriate deference to Parliament's choice of means, as well as its full legislative objective.

[80] In this case, there are important differences between the effects of the two impugned amendments. I will therefore consider the two provisions separately.

- (i) Balancing the Deleterious and Salutory Effects of the Retrospective Operation of Section 161(1)(c) of the *Criminal Code*

[81] The deleterious effects flowing from the retrospective operation of s. 161(1)(c) are substantial. At the individual level, in depriving offenders of the benefit of the lesser punishment, s. 161(1)(c) prevents the appellant and other offenders from freely participating in society following their release into the community. Before the new s. 161(1)(c) was introduced, outside the digital realm, judges could prohibit offenders only from attending public parks, public swimming pools, daycare centres,

⁷ See D. Grimm, "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence" (2007), 57 *U.T.L.J.* 383, at pp. 393-97; M. Zion, "Effecting Balance: *Oakes* Analysis Restaged" (2012-2013), 43 *Ottawa L. Rev.* 431; Barak, at pp. 380-82; F. Schauer, "Proportionality and the Question of Weight", in G. Huscroft, B. W. Miller and G. Webber, eds., *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning* (2014), 173, at pp. 181-85.

l'essence de l'examen de la proportionnalité qui est au cœur de l'application de l'article premier⁷. Ce n'est qu'à la dernière étape que le tribunal peut transcender l'objectif de la règle de droit et se livrer à un examen rigoureux de l'incidence de la règle de droit sur la société libre et démocratique canadienne [TRADUCTION] « d'une manière directe et explicite » (J. Cameron, « The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter* » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1, p. 66). Autrement dit, cette dernière étape permet au tribunal de prendre du recul pour décider, sous l'angle normatif, si l'atteinte au droit est justifiée dans une société libre et démocratique. Même si l'examen suppose des jugements de valeur difficiles, il vaut mieux faire en sorte que ces jugements soient explicites de manière à accroître la transparence et l'intelligibilité de la décision ultime. En outre, je le rappelle, cette dernière étape donne au tribunal l'occasion de faire preuve de la déférence qui s'impose envers le législateur quant au moyen retenu et à l'objectif global poursuivi.

[80] En l'espèce, il existe des différences importantes entre les effets des deux dispositions issues des modifications. Je les examine donc séparément.

- (i) Mise en balance des effets préjudiciables et des effets bénéfiques de l'application rétrospective de l'al. 161(1)(c) du *Code criminel*

[81] Les effets préjudiciables de l'application rétrospective de l'al. 161(1)(c) sont importants. À l'échelle individuelle, en privant l'appelant de son droit de bénéficier de la peine la moins sévère, l'alinéa l'empêche — ainsi que d'autres contrevenants — de participer librement à la société une fois libéré et rendu à la collectivité. Avant l'adoption du nouvel al. 161(1)(c), le tribunal pouvait seulement, à l'extérieur du domaine numérique, interdire au contrevenant de fréquenter un parc public, une piscine, une

⁷ Voir D. Grimm, « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence » (2007), 57 *U.T.L.J.* 383, p. 393-397; M. Zion, « Effecting Balance : *Oakes* Analysis Restaged » (2012-2013), 43 *R.O. Ottawa* 431; Barak, p. 380-382; F. Schauer, « Proportionality and the Question of Weight », dans G. Huscroft, B. W. Miller et G. Webber, dir., *Proportionality and the Rule of Law : Rights, Justification, Reasoning* (2014), 173, p. 181-185.

schoolgrounds, playgrounds, and community centres, or from seeking employment or volunteer opportunities involving children. The new s. 161(1)(c) potentially goes much further and prohibits “any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years” in a public or private space. For example, offenders might be prohibited from conversing with younger members of their family, or from freely moving about certain private and public spaces where children are present. This expanded prohibition, relative to the more limited prohibitions that existed previously, constitutes a substantial intrusion on the liberty and security of certain offenders.

[82] The deleterious effects experienced by specific offenders translate into broader societal harms. By impacting people like the appellant with a punishment of which they had no notice, the retrospective operation of s. 161(1)(c) undermines fairness in criminal proceedings and compromises the rule of law. These are core tenets of our justice system.

[83] The adverse impact the retrospective operation of s. 161(1)(c) has on fairness and the rule of law is particularly acute because, in broadening the scope of prohibited conduct, Parliament does not appear to have been responding to an emerging threat, or an evolving social context. Unfortunately, sexual offences against children have persisted for centuries. Setting aside for the moment the use of technology to contact young people, which is captured by s. 161(1)(d), why was additional protection required in 2012? In terms of sexual offences resulting from physical proximity, on this record, there appears to have been little change in the nature and degree of risk facing children since the last time s. 161(1) was amended. The dearth of a compelling temporal justification for imposing s. 161(1)(c) retrospectively enhances the damage the provision does to fairness and the rule of law, and thus

garderie, le terrain d’une école, un terrain de jeu ou un centre communautaire, ou de rechercher un emploi ou d’offrir ses services comme bénévole dans un domaine lié aux enfants. Le nouvel al. 161(1)(c) pourrait permettre au tribunal d’aller beaucoup plus loin et de lui interdire d’avoir « des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans » dans un lieu public ou privé. Par exemple, le tribunal pourrait interdire au contrevenant de parler avec les jeunes membres de sa famille ou de se trouver dans un endroit privé ou public où il y a des enfants. Par rapport aux interdictions de portée plus restreinte qui existaient auparavant, il s’agit d’un empiètement substantiel sur le droit à la liberté et à la sécurité de certains contrevenants.

[82] Les effets préjudiciables subis par les contrevenants individuels se traduisent par un préjudice plus large infligé à la société. En condamnant un contrevenant comme l’appelant à une peine dont il ne se savait pas passible, l’application rétrospective de l’al. 161(1)(c) compromet l’équité des procédures criminelles et la primauté du droit, deux préceptes fondamentaux de notre système de justice.

[83] L’incidence préjudiciable de l’application rétrospective de l’al. 161(1)(c) sur l’équité des procédures criminelles et la primauté du droit est particulièrement grave, car en élargissant la portée de l’interdiction, le législateur ne paraît pas donner ainsi suite à une menace nouvelle ou à quelque évolution du contexte social. Les enfants sont malheureusement victimes d’infractions sexuelles depuis des siècles. On peut se demander, en faisant momentanément abstraction de l’utilisation de la technologie pour entrer en contact avec de jeunes personnes, laquelle fait l’objet de l’al. 161(1)(d), pour quelle raison une protection supplémentaire s’imposait en 2012. En ce qui concerne les infractions sexuelles résultant d’une proximité physique, au vu du dossier, la nature et le degré du risque auquel sont exposés les enfants semblaient avoir peu changé depuis la modification précédente du

undermines public confidence in the criminal justice system.

[84] The Crown submits that the benefit of retrospectively applying s. 161(1)(c) is that more children will be protected from sexual violence. In advancing this claim, the Crown chiefly relies on social science articles and statistics relating to recidivism of sexual offenders in order to clarify the risk children face when sexual offenders are released into the community.

[85] The Crown's social science articles endeavour to quantify rates of recidivism of sexual offenders. One article pegged the recidivism rates for "child molesters" at 13% 5 years following the commission of the offence, 18% after 10 years, and 23% after 15 years.⁸ The authors found that the recidivism rate for sexual offenders who victimize extra familial young boys (35% after 15 years) is significantly higher than the average recidivism rate for all sexual offenders (24% after 15 years) (p. 8). These recidivism rates were confirmed by another article adduced by the Crown, which asserts that "[s]exual interest in children was a significant predictor of sexual recidivism".⁹ That is, "[t]hose individuals with identifiable interests in deviant sexual activities were among those most likely to continue sexual offending. The evidence was strongest for sexual interest in children" (p. 15). The authors further observed that these figures "should be considered to underestimate the real recidivism rates"

par. 161(1). L'inexistence d'une justification d'ordre temporel convaincante de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) accroît l'atteinte à l'équité des procédures criminelles et à la primauté du droit et mine par conséquent la confiance du public dans le système de justice criminelle.

[84] Le ministère public soutient que l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) permet de protéger plus d'enfants contre la violence sexuelle. Il invoque principalement à l'appui de sa prétention des articles et des statistiques relevant des sciences sociales et portant sur la récidive sexuelle afin de préciser le risque que courent les enfants lorsqu'un délinquant sexuel est libéré et rendu à la collectivité.

[85] Les auteurs des articles en question tentent de déterminer le taux de récidive en matière d'infractions sexuelles. Dans le cas des « agresseurs d'enfants », l'un d'eux fixe ce taux à 13 p. 100 cinq ans après la perpétration de l'infraction, à 18 p. 100 dix ans après et à 23 p. 100 quinze ans après.⁸ Les auteurs concluent que le taux de récidive des délinquants sexuels qui s'en prennent à de jeunes garçons qui ne font pas partie de leur famille (35 p. 100 quinze ans après l'infraction) est de beaucoup supérieur à la moyenne pour l'ensemble des délinquants sexuels (24 p. 100 quinze ans après) (p. 10). Un autre article confirme ces données, et son auteur ajoute que « [l']existence chez ces délinquants d'intérêts sexuels à l'égard des enfants constitu[e] un prédicateur significatif de la récidive sexuelle »⁹. Autrement dit, « [l]es délinquants qui manifest[ent] des intérêts identifiables à l'égard d'activités sexuelles déviantes [sont] parmi les plus susceptibles de continuer à commettre des

⁸ Public Safety and Emergency Preparedness Canada, "Sex Offender Recidivism: A Simple Question", by A. J. R. Harris and R. K. Hanson, March 2004 (online), at p. 7. This study used data from 10 follow-up studies of adult male sexual offenders with a combined sample of 4,724 offenders.

⁹ Public Safety and Emergency Preparedness Canada, "Predictors of Sexual Recidivism: An Updated Meta-Analysis", by R. K. Hanson and K. Morton-Bourgon, February 2004 (online), at p. 9. This article examined the research evidence of 95 different studies, involving more than 31,000 sexual offenders.

⁸ Sécurité publique et Protection civile Canada, « La récidive sexuelle : d'une simplicité trompeuse », par A. J. R. Harris et R. K. Hanson, mars 2004 (en ligne), p. 9. Cette étude s'appuie sur les données de 10 études de suivi visant des délinquants sexuels adultes de sexe masculin et comportant un échantillon combiné de 4 724 contrevenants.

⁹ Sécurité publique et Protection civile Canada, « Les prédicteurs de la récidive sexuelle : une méta-analyse à jour », par R. K. Hanson et K. Morton Bourgon, février 2004 (en ligne), p. 11. L'article examine les éléments de preuve issus de 95 études visant plus de 31 000 délinquants sexuels.

because sexual crimes are significantly underreported (p. 8).

[86] These recidivism rates are significant. I accept that a non-trivial number of sexual offenders commit further sexual crimes after being released into the community. And the odds of this occurring appear to increase in the context of sexual offences against children. This is the harm the 2012 amendments are aimed at mitigating.

[87] The Crown also seeks to demonstrate the beneficial effects of making these enhanced prohibitions available retrospectively through statistics relating to the number of offenders potentially impacted by the 2012 amendments. Since the amendments came into force and as of May 14, 2015, 157 s. 161 orders have been imposed in British Columbia on offenders who committed their offences prior to August 9, 2012. And as of that same date there were 239 accused persons in British Columbia charged with offences captured by s. 161 that were committed prior to the coming into force of the 2012 amendments. On a national scale, these numbers would clearly be much higher. These statistics suggest that if the 2012 amendments cannot operate retrospectively, sentencing judges will be unable to consider imposing the enhanced prohibitions found in s. 161(1)(c) and (d) on many hundreds of sex offenders across the nation.

[88] I accept that the Crown's fresh evidence assists in identifying recidivism rates and the number of offenders who stand to be impacted by the retrospective operation of the 2012 amendments. Real risks to children are certainly present. And I accept that a provision prohibiting contact between sexual offenders and children will, to some extent, assist in mitigating these risks.

infractions sexuelles. La preuve [est] particulièrement solide pour l'intérêt sexuel à l'égard des enfants » (p. 18). Les auteurs font aussi observer que ces chiffres « doivent être considérés comme une sous-estimation des taux de récidive réels », étant donné que les crimes sexuels sont nettement sous-signalés (p. 10).

[86] Ces taux de récidive sont élevés. Je conviens qu'un nombre non négligeable de délinquants sexuels commettent d'autres crimes sexuels après leur libération et leur retour dans la collectivité. Et le risque de récidive sexuelle semble augmenter lorsque leurs victimes sont des enfants. Tel est le préjudice que les modifications de 2012 visaient à réduire.

[87] Le ministère public cherche aussi à démontrer les effets bénéfiques de l'application rétrospective des interdictions de portée accrue au moyen de statistiques sur le nombre de contrevenants susceptibles d'être touchés par les modifications de 2012. Entre l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions et le 14 mai 2015, 157 ordonnances ont été rendues en Colombie-Britannique sur le fondement de l'art. 161 à l'endroit de contrevenants dont les actes criminels étaient antérieurs au 9 août 2012. En date du 14 mai 2015 et dans la même province, 239 personnes avaient été accusées d'infractions visées à l'art. 161 et commises avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions. À l'échelle nationale, les chiffres sont assurément beaucoup plus élevés. Ces statistiques donnent à penser que si les nouvelles dispositions ne peuvent être appliquées rétrospectivement, les juges qui déterminent la peine ne pourront envisager de soumettre des centaines de délinquants sexuels partout au pays aux nouvelles interdictions prévues aux al. 161(1)(c) et d).

[88] Je conviens que la preuve nouvelle du ministère public contribue à l'établissement des taux de récidive ainsi que du nombre de contrevenants susceptibles d'être touchés par l'application rétrospective des dispositions issues des modifications de 2012. Il existe assurément un risque réel pour les enfants. Je reconnais également qu'une disposition interdisant au délinquant sexuel d'avoir des contacts avec des enfants contribuera jusqu'à un certain point à réduire ce risque.

[89] However, the appellant correctly points out that the Crown has failed to lead much, if any, evidence to establish the *degree of enhanced* protection s. 161(1)(c) provides in comparison to the previous version of the prohibition. It is therefore unclear what effect the *retrospective* operation of s. 161(1)(c) would have on the recidivism rates identified by the Crown. And there is no evidence demonstrating that the risks s. 161(1)(c) are directed at have changed quantitatively or qualitatively, such that the fundamental fairness and rule of law concerns would be mitigated. Even in the passages of the legislative record that the Crown put before this Court, it is striking that there was almost no discussion of why the amendments to s. 161(1)(c) were required to better protect children.

[90] Put simply, the precise benefits of the *retrospective* operation of s. 161(1)(c) remain unclear. It can be difficult to prove a negative, which is why reason and logic are important complements to tangible evidence. And, to some extent, these evidentiary difficulties may be unavoidable. After all:

Public policy is often based on approximations and extrapolations from the available evidence, inferences from comparative data, and, on occasion, even educated guesses. Absent a large-scale policy experiment, this is all the evidence that is likely to be available. Justice La Forest offered an observation in *McKinney* which rings true: “[d]ecisions on such matters must inevitably be the product of a mix of conjecture, fragmentary knowledge, general experience and knowledge of the needs, aspirations and resources of society”.

(S. Choudhry, “So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*’s Section 1” (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501, at p. 524, quoting *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 304.)

[89] Or, l’appelant souligne à juste titre que le ministère public n’a présenté que peu d’éléments ou n’en a pas présenté du tout pour établir le *degré* de protection *accrue* offert par le nouvel al. 161(1)(c) comparativement au libellé antérieur de l’interdiction. L’effet de l’application *rétrospective* de l’al. 161(1)(c) sur les taux de récidive avancés par le ministère public demeure donc indéterminé. Et aucune preuve ne démontre que le risque auquel cet alinéa est censé s’attaquer a changé sur les plans quantitatif ou qualitatif de manière à atténuer les craintes liées à l’équité fondamentale et à la primauté du droit. Même les extraits du dossier législatif déposés devant la Cour par le ministère public montrent de manière frappante que l’opportunité de modifier l’al. 161(1)(c) afin de mieux protéger les enfants n’a pratiquement fait l’objet d’aucun débat.

[90] Dit simplement, les effets bénéfiques précis de l’application *rétrospective* de l’al. 161(1)(c) demeurent indéterminés. Il peut se révéler difficile de prouver l’inexistence de quelque chose. C’est pourquoi la raison et la logique constituent des compléments importants à la preuve matérielle. Et jusqu’à un certain point, ces difficultés de preuve peuvent être inéluctables. Après tout :

[TRADUCTION] Les politiques gouvernementales sont souvent élaborées à partir d’approximations et d’extrapolations découlant de la preuve disponible, d’inférences tirées de données comparatives et même, à l’occasion, d’hypothèses émises en connaissance de cause. En l’absence de recherches politiques de grande envergure, cette preuve est vraisemblablement la seule dont on peut disposer. Dans *McKinney*, le juge La Forest a fait une observation très juste : « [d]ans ces domaines, les décisions découlent inévitablement de la combinaison d’hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l’expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société ».

(S. Choudhry, « So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*’s Section 1 » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501, p. 524, citant *McKinney v. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 304-305.)

[91] Nonetheless, s. 1 mandates that the limitation on the right be *demonstrably* justified. As Dickson C.J. wrote in *Oakes*, this is a “stringent standard of justification” (p. 136). The retrospective operation of the impugned measure adversely impacts the liberty and security of offenders (relative to the previous version of s. 161), and, importantly, the fairness of criminal proceedings and the rule of law. Although this adverse impact will be experienced only when a judge concludes it is necessary to alleviate the risk the offender poses to children, it remains the case that the deleterious effects of the impugned measure are significant and tangible.

[92] In comparison, the benefits society stands to gain are marginal and speculative. While the Crown’s evidence regarding recidivism of sexual offenders begins to paint the picture (particularly since it shows that sex offenders who victimize children are more likely to reoffend), the rendering remains largely incomplete. In particular, the Crown has provided no temporal justification for the retrospective limitation, nor much evidence to establish the degree of enhanced protection s. 161(1)(c) provides. For example, the record suggests that many sexual assaults committed against children are perpetrated by family members or acquaintances. But surely this reality did not just recently come to Parliament’s attention. In the context of a s. 11(i) infringement, one expects the Crown to better explain why *retrospective* penal laws were required.

[93] Temporal considerations are relevant in this content because, at its root, s. 11(i) is about the *timing* of changes to penal laws. In this case, it is not Parliament’s decision to increase the punishment for sexual offenders that has, by itself, triggered *Charter* scrutiny — rather, it is Parliament’s decision to reach back in time to impose these enhanced

[91] Néanmoins, l’article premier exige que la justification de la restriction du droit *puisse se démontrer*. Comme le dit le juge en chef Dickson dans *Oakes*, il s’agit d’une « norme sévère en matière de justification » (p. 136). L’application rétrospective de la mesure en cause a une incidence préjudiciable sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant (comparativement au libellé antérieur de l’art. 161) et, fait important, sur l’équité des procédures criminelles et la primauté du droit. Certes, cette incidence préjudiciable n’existe que lorsqu’un juge conclut à la nécessité d’atténuer le risque que le contrevenant représente pour les enfants, mais il demeure que les effets préjudiciables de la mesure en cause sont importants et tangibles.

[92] En comparaison, les effets bénéfiques éventuels pour la société sont négligeables et hypothétiques. Bien que la preuve du ministère public concernant la récidive chez les délinquants sexuels esquisse le tableau de la situation (surtout en montrant que les délinquants sexuels qui s’en prennent à des enfants sont plus susceptibles de récidiver que les autres délinquants sexuels), le tableau demeure largement incomplet. En particulier, le ministère public n’a pas fait valoir l’existence d’une justification d’ordre temporel de la restriction rétrospective du droit et a avancé bien peu d’éléments pour établir le degré de protection accrue offert par l’al. 161(1)c). À titre d’exemple, le dossier indique que de nombreuses agressions sexuelles d’enfants sont perpétrées par des membres de la famille ou par des connaissances. Or, le législateur ne vient assurément pas tout juste de l’apprendre. Face à une allégation d’atteinte au droit que garantit l’al. 11i), on s’attendrait à ce que le ministère public en fasse davantage pour convaincre le tribunal de la nécessité qu’une disposition pénale s’applique *retrospectivement*.

[93] Les considérations d’ordre temporel importent dans ce contexte, car l’al. 11i) s’intéresse foncièrement au *moment où intervient* la modification d’une disposition à caractère punitif. Dans la présente affaire, ce qui porte atteinte au droit garanti par l’al. 11i), ce n’est pas le choix du législateur d’accroître la peine infligée au délinquant sexuel

prohibitions on offenders who had no notice of them that offends s. 11(i). Thus, temporal factors that may help explain Parliament's rationale for circumventing a basic tenet of our criminal law are relevant to the s. 11(i) inquiry. When it comes to s. 11(i), timing can be everything.

[94] Evidence related to the risks of recidivism is generally insufficient, on its own, to discharge the Crown's justificatory burden. To hold otherwise would be to potentially eviscerate the s. 11(i) right for the simple reason that retrospectively increasing punishment in order to curtail the risk of recidivism is a rationale that could apply to a broad range of crimes.

[95] It may be tempting to conclude that mitigating the risk of sexual violence to even one child is worth the costs. However, there can be no broad exception to the protection of s. 11(i) whenever the victim is a child. Such an approach ascribes almost no value to the right. Section 11(i) protects fundamental interests that can be overridden only in demonstrably compelling circumstances. In my view, the Crown has failed to show that the largely speculative salutary effects of the retrospective operation of s. 161(1)(c) outweigh its tangible and substantial drawbacks.

[96] The retrospective operation of s. 161(1)(c) therefore cannot be justified under s. 1. As a result, s. 161(1)(c) applies only prospectively — that is, only to offenders who committed their offences after the 2012 amendments came into force (s. 52(1), *Constitution Act, 1982*).

[97] I note that there are other prohibition orders under the *Criminal Code* that may assist the Crown

et qui est à l'origine de l'examen au regard de la *Charte*, mais plutôt sa décision de remonter dans le temps pour rendre le contrevenant passible, sans que ce dernier ne l'ait su au moment de perpétrer l'infraction, de nouvelles interdictions dont la portée est accrue. Dès lors, les considérations d'ordre temporel qui sont susceptibles d'expliquer la décision du législateur de contourner un précepte fondamental du droit criminel sont pertinentes dans le cadre de l'examen que commande l'al. 11*i*). S'agissant de cette disposition de la *Charte*, la situation dans le temps peut primer toute autre considération.

[94] La preuve liée au risque de récidive est généralement insuffisante à elle seule pour permettre au ministère public de s'acquitter de son obligation de justification. Conclure le contraire pourrait vider de sa substance le droit garanti par l'al. 11*i*) pour la simple raison que l'accroissement rétrospectif de la peine dans le but de réduire le risque de récidive relève d'une logique susceptible de s'appliquer à une grande variété de crimes.

[95] On pourrait être tenté de conclure que la réduction du risque qu'un seul enfant soit victime de violence sexuelle en vaut le coût. Toutefois, il ne saurait y avoir d'exception générale à la protection de l'al. 11*i*) chaque fois que la victime est un enfant, sinon le droit protégé serait presque dénué de toute valeur. L'alinéa 11*i*) protège des droits fondamentaux qu'on ne peut écarter que dans des circonstances dont le caractère impérieux peut être démontré. À mon avis, le ministère public n'a pas établi que les effets bénéfiques largement conjecturaux de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) l'emportent sur ses inconvénients tangibles et substantiels.

[96] L'application rétrospective de l'al. 161(1)c) ne saurait donc pas se justifier au regard de l'article premier. En conséquence, l'alinéa ne s'applique que prospectivement, c'est-à-dire seulement au contrevenant qui a commis l'infraction après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012 (par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*).

[97] Je constate que le *Code criminel* — notamment aux art. 810, 810.1 et 810.2 — prévoit d'autres

to some extent in filling the gap left by the lack of any retrospective application of s. 161(1)(c), such as those that can be imposed pursuant to ss. 810, 810.1, and 810.2. However, I make no further comment on those provisions since they were not meaningfully raised or argued by any of the parties before us.

(ii) Balancing the Deleterious and Salutory Effects of the Retrospective Operation of Section 161(1)(d) of the *Criminal Code*

[98] The deleterious effects resulting from the retrospective operation of s. 161(1)(d) are also significant. A complete ban on “using the Internet or other digital network” — an indispensable tool of modern life and an avenue of democratic participation — is more intrusive than the previous ban on “using a computer system . . . for the purpose of communicating” with young people. This constitutes a significant deprivation of liberty. Therefore, the retrospective operation of s. 161(1)(d) can erect massive barriers to an offender’s full participation in society, which may result in substantial consequences both socially and economically.

[99] As with the retrospective operation of s. 161(1)(c), the imposition of punishment without notice translates into broader societal harms, including compromising the fairness of criminal proceedings and challenging the rule of law. Clarity and predictability are central to the proper functioning of the criminal justice system, and are at the core of s. 11(i)’s purpose. Respect for the law and public confidence in the administration of justice are threatened when laws are changed retrospectively, without notice.

[100] Turning to the salutary effects, the Crown’s evidence relating to the risk of harm from recidivism of sexual offenders, discussed above, applies equally here; however, when it comes to s. 161(1)(d),

ordonnances portant interdiction grâce auxquelles le ministère public pourrait, dans une certaine mesure, combler le vide occasionné par l’application non rétrospective de l’al. 161(1)c). Je m’abstiens cependant de toute remarque supplémentaire sur ces dispositions puisque leur application n’a pas été soulevée ou plaidée devant nous par l’une ou l’autre des parties.

(ii) Mise en balance des effets préjudiciables et des effets bénéfiques de l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) du *Code criminel*

[98] Les effets préjudiciables de l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) sont eux aussi importants. L’interdiction totale « d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique » — un outil indispensable de la vie moderne, de même qu’une voie de participation à la démocratie — constitue un plus grand empiétement que l’interdiction antérieure « d’utiliser un ordinateur [. . .] dans le but de communiquer » avec de jeunes personnes. Il en résulte une atteinte importante au droit à la liberté. Dès lors, l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) peut faire considérablement obstacle à la pleine participation du contrevenant à la société, ce qui est susceptible d’avoir de grandes conséquences socio-économiques.

[99] Comme pour l’application rétrospective de l’al. 161(1)c), l’infliction d’une peine dont le contrevenant ne pouvait se savoir passible cause un préjudice général à la société, notamment en compromettant l’équité des procédures criminelles et en remettant en question la primauté du droit. La clarté et la prévisibilité sont essentielles au bon fonctionnement du système de justice criminelle et elles sont au cœur de la raison d’être de l’al. 11*i*). Le respect de la loi et la confiance du public dans l’administration de la justice sont mis en péril lorsqu’une règle de droit est modifiée rétrospectivement sans que l’intéressé n’ait pu connaître la nouvelle version au moment de commettre l’acte criminel.

[100] En ce qui concerne les effets bénéfiques, la preuve susmentionnée offerte par le ministère public sur le risque de préjudice lié à la récidive propre aux délinquants sexuels vaut également pour

this evidence is buttressed by other important considerations.

[101] As I shall explain, in brief, the record before this Court demonstrates that s. 161(1)(d) is directed at grave, emerging harms precipitated by a rapidly evolving social and technological context. This evolving context has changed both the *degree* and *nature* of the risk of sexual violence facing young persons. As a result, the previous iteration of s. 161 became insufficient to respond to the modern risks children face. By closing this legislative gap and mitigating these new risks, the benefits of the retrospective operation of s. 161(1)(d) are significant and fairly concrete.

[102] The rate of technological change over the past decade has fundamentally altered the social context in which sexual crimes can occur. Social media websites (like Facebook and Twitter), dating applications (like Tinder), and photo-sharing services (like Instagram and Snapchat) were all founded *after* 2002, the last time prior to the 2012 amendments that substantial revisions to s. 161(1) were made. These new online services have given young people — who are often early adopters of new technologies — unprecedented access to digital communities. At the same time, sexual offenders have been given unprecedented access to potential victims and avenues to facilitate sexual offending.

[103] The legislative record before this Court speaks to this rapid evolution and shows that, in enacting s. 161(1)(d) and giving it retrospective effect, Parliament was attempting to keep pace with technological changes that have substantially altered the degree and nature of the risks facing children. For example, at the second reading of the Bill, the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice said, “An increasing number of child sex offenders also use the Internet and other new technologies to facilitate the grooming of victims or to commit other child sex offences” (p. 6787). At a Committee debate, the Acting

l'al. 161(1)d), mais d'autres considérations d'importance viennent l'étayer.

[101] En bref, comme je l'explique plus loin, il appert du dossier de la Cour que l'al. 161(1)d s'attaque aux nouveaux préjudices graves dont l'infliction est précipitée par l'évolution rapide du contexte sociotechnologique. Ce contexte en constante évolution a modifié tant le *degré* que la *nature* du risque de violence sexuelle auquel sont exposées les jeunes personnes. Par conséquent, la version antérieure de l'art. 161 ne permettait plus de contrer le risque que courent les enfants de nos jours. Du fait qu'elle comble cette lacune législative et réduit les risques nouveaux, l'application rétrospective de l'al. 161(1)d comporte des effets bénéfiques importants assez concrets.

[102] La vitesse à laquelle la technologie a évolué au cours de la dernière décennie a fondamentalement modifié le contexte social dans lequel peuvent survenir les crimes sexuels. Les médias sociaux (comme Facebook et Twitter), les applications de rencontres (comme Tinder), de même que les services de partage de photos (comme Instagram et Snapchat) ont tous vu le jour *après* 2002, soit l'année où le par. 161(1) avait été modifié la fois précédente. Ces nouveaux services en ligne ont donné aux jeunes — qui sont souvent les premiers à adopter les nouvelles technologies — un accès sans précédent aux communautés numériques. Parallèlement, les délinquants sexuels ont obtenu un accès inédit à des victimes potentielles et à des moyens qui facilitent la commission d'infractions sexuelles.

[103] Le dossier législatif dont dispose la Cour fait état de cette évolution rapide et montre que, par l'édition de l'al. 161(1)d et son application rétrospective, le législateur entendait se mettre au diapason de la technologie dont l'évolution avait substantiellement modifié le degré et la nature du risque auquel étaient exposés les enfants. Par exemple, lors de la deuxième lecture du projet de loi, le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice a dit : « De plus en plus de délinquants sexuels dont les victimes sont des enfants utilisent aussi Internet et les nouvelles technologies pour

General Counsel, Criminal Law Policy Section, Department of Justice testified:

... what Bill C-54 recognizes is that offenders use the Internet computer systems for all sorts of reasons. Yes, they use it to communicate directly with a young person, and we catch that already, but they use it also to offend, in their offending pattern, whether it's to access child pornography, for example . . .

So the idea with Bill C-54 is to require a court to turn its mind to this each time it is sentencing a person who is convicted of one of these child sex offences and to consider whether in that instance, with the offender before them, given the nature of the offending pattern and the conduct before the court, there should be a restriction on that individual's access to the Internet or other technology that would otherwise facilitate his or her reoffending.

(Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 50, 3rd Sess., 40th Parl., February 28, 2011, at p. 4)

[104] As well, a Statistics Canada Director (who was testifying before the Committee) said, “What we can say based on those data is that the number of charges of child luring via the Internet is increasing” (*Evidence*, No. 49, 3rd Sess., 40th Parl., February 16, 2011, at p. 7). The legislative record contains other similar passages.

[105] In addition to this testimony concerning the evolving risks children face, others testified that controlling an offender's access to the Internet is an effective means of curbing these risks. For example, during other Committee debates, the Executive Director of BOOST Child Abuse Prevention and Intervention testified that “[t]he emerging research connecting online offences to hands-on sexual offences emphasizes the importance of the court's ability . . . to permit the offender use of the Internet

faciliter la “préparation” des victimes ou pour commettre d'autres infractions de nature sexuelle à l'endroit d'un enfant » (p. 6787). Lors du débat en comité, l'avocate générale intérimaire, Section de la politique en matière de droit pénal du ministère de la Justice, a témoigné :

... ce que le projet de loi C-54 reconnaît, c'est que les délinquants peuvent utiliser des ordinateurs reliés à Internet à toutes sortes de fins. Oui, ils les utilisent pour communiquer directement avec une jeune personne — et la loi couvre déjà cet aspect —, mais aussi pour commettre d'autres délits, selon leur comportement délinquant, qu'il s'agisse par exemple d'accéder à de la pornographie infantile . . .

Donc, l'idée, avec ce projet de loi C-54, est d'obliger un tribunal à en tenir compte chaque fois qu'il impose une peine à une personne reconnue coupable d'une de ces infractions de nature sexuelle à l'égard d'enfants, et à examiner si, en l'espèce, compte tenu du délinquant qu'il a devant lui, de la nature de son comportement criminel ou de sa conduite devant le tribunal, il y a lieu de restreindre l'accès de cette personne à Internet ou à d'autres technologies qui pourraient autrement faciliter une récidive de sa part.

(Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 50, 3^e sess., 40^e lég., 28 février 2011, p. 4)

[104] Par ailleurs, une directrice de Statistique Canada appelée à témoigner devant le comité a déclaré : « Ce que nous pouvons dire, sur la base de ces données, est que le nombre d'accusations de leurre d'enfants par Internet est en hausse » (*Témoignages*, n° 49, 3^e sess., 40^e lég., 16 février 2011, p. 7). D'autres passages du dossier législatif vont dans le même sens.

[105] Outre ces témoignages sur l'évolution du risque auquel sont exposés les enfants, d'autres ont porté sur le fait que contrôler l'accès d'un contrevenant à Internet constitue un moyen efficace de réduire ce risque. Par exemple, à une autre séance du comité, la directrice générale de BOOST Child Abuse Prevention and Intervention a déclaré que « [l]es nouvelles recherches qui établissent un lien entre les cyberprédateurs et les infractions réelles font état de l'importance que les tribunaux interdisent à un

only when supervised” (*Evidence*, No. 46, 3rd Sess., 40th Parl., February 7, 2011, at p. 6).¹⁰

[106] The Crown’s social science literature also addresses the unique role the Internet plays in facilitating sexual crimes against children. For example:

The number of detected online sex offenders has drastically increased since the early 2000s

. . . .

. . . Indeed, the rates of online sexual crimes, and child pornography offences in particular, have increased substantially with the increasing use of the internet

. . . .

. . . Specifically, the ease of access to online child pornography may contribute to a new group of offenders who succumb to temptations that they would have otherwise controlled.

(K. M. Babchishin, R. K. Hanson and H. VanZuylen, “Online Child Pornography Offenders are Different: A Meta-analysis of the Characteristics of Online and Offline Sex Offenders Against Children” (2015), 44 *Arch. Sex. Behav.* 45, at p. 46)

¹⁰ Another individual, who had been involved with police training, testified as follows:

In 2010, I completed a pan-Canadian research project that examined the exponential increase of crimes of exploitation committed on or facilitated by the Internet against children in Canada and globally. Accessing images of child abuse — somewhat understated by the use of the term “child pornography” — child luring, trafficking, and travelling for the purpose of sexual offending are crimes increasingly facilitated by modern, ubiquitous technologies, especially the Internet, around the globe. . . .

. . . .

. . . To prevent the ever-increasing numbers of crime, offenders must be disconnected from social networking sites through which they lurk and stalk.

(*Evidence*, No. 44, 3rd Sess., 40th Parl., January 31, 2011, at pp. 5-6)

délinquant [. . .] d’utiliser Internet à moins d’être supervisé » (*Témoignages*, n° 46, 3^e sess., 40^e lég., 7 février 2011, p. 6)¹⁰.

[106] La documentation de sciences sociales produite par l’intimée fait également état du rôle unique d’Internet dans la facilitation de la commission d’infractions sexuelles contre des enfants. Par exemple :

[TRADUCTION] La détection de délinquants sexuels en ligne a radicalement augmenté depuis le début des années 2000

. . . .

. . . En fait, le taux de criminalité sexuelle en ligne, la pornographie juvénile en particulier, a substantiellement augmenté du fait du recours accru à Internet

. . . .

. . . Plus particulièrement, la facilité d’accès à la pornographie juvénile en ligne peut contribuer à l’émergence d’un nouveau type de contrevenant qui succombe à une tentation à laquelle il aurait résisté autrement.

(K. M. Babchishin, R. K. Hanson et H. VanZuylen, « Online Child Pornography Offenders are Different : A Meta-analysis of the Characteristics of Online and Offline Sex Offenders Against Children » (2015), 44 *Arch. Sex. Behav.* 45, p. 46)

¹⁰ Une autre personne qui avait participé à la formation de policiers a offert le témoignage suivant :

En 2010, j’ai mené un projet de recherche pancanadien qui consistait à examiner la hausse exponentielle des crimes d’exploitation commis sur Internet, ou grâce à Internet, contre des enfants au Canada et ailleurs. Accéder à des images d’enfants exploités sexuellement — sous-évaluées en quelque sorte par l’utilisation du terme « pornographie juvénile » — leurrer des enfants, faire la traite des enfants et voyager dans le but de les agresser sexuellement sont des crimes de plus en plus faciles à commettre en raison des technologies modernes et omniprésentes partout sur la planète, surtout Internet. . . .

. . . .

. . . Pour empêcher l’augmentation constante du nombre de crimes, on doit débrancher les agresseurs qui rôdent sur Internet et qui suivent des enfants.

(*Témoignages*, n° 44, 3^e sess., 40^e lég., 31 janvier 2011, p. 5-6)

[107] New and qualitatively different opportunities to harm young people exist. The Internet is a portal to accessing and distributing child pornography, a crime that itself victimizes children. As this Court observed in *Sharpe*:

... possession of child pornography contributes to the market for child pornography, a market which in turn drives production involving the exploitation of children. Possession of child pornography may facilitate the seduction and grooming of victims and may break down inhibitions or incite potential offences. [para. 28]

Further, the Internet can be used to contact other adults for the purposes of planning and facilitating criminal behaviour — pursuits not captured by the previous version of s. 161.¹¹

[108] What emerges from the Crown’s materials is that the proliferation of new technologies has altered the nature and degree of risk facing children, which, in turn, created a legislative gap in s. 161. The previous iteration of s. 161 — which allowed sentencing judges to prohibit offenders only from using computer systems to contact children directly — was incapable of precluding sexual offenders from participating in other kinds of harmful behaviour. And, as the record and common sense suggest, monitoring an offender’s use of the Internet can limit an offender’s opportunities to offend and prevent this harmful behaviour.

[109] This unique social and technological context leads me to the conclusion that the benefits occasioned by retrospectively imposing the Internet

¹¹ In one disturbing case summarized by an expert witness who testified before the parliamentary committee studying the Bill, two adults were chatting with each other in an online forum to set up an ‘exchange’ of children (*Evidence*, No. 46, at p. 5, testimony of Lianna McDonald).

[107] De nouvelles avenues intrinsèquement différentes s’offrent pour s’en prendre aux jeunes. Internet est un portail qui permet d’accéder à la pornographie juvénile et d’en faire la distribution, un crime dont sont en soi victimes les enfants. Comme le fait observer la Cour dans l’arrêt *Sharpe* :

... la possession de pornographie juvénile contribue au marché de cette forme de pornographie, lequel marché stimule à son tour la production qui implique l’exploitation d’enfants. La possession de pornographie juvénile peut faciliter la séduction et l’initiation des victimes, vaincre leurs inhibitions et inciter à la perpétration éventuelle d’infractions. [par. 28]

En outre, Internet peut permettre à un adulte de communiquer avec un autre pour planifier et faciliter un comportement criminel, ce que n’envisageait pas la version antérieure de l’art. 161¹¹.

[108] Il appert donc des documents déposés par le ministère public que la prolifération des technologies nouvelles a modifié la nature et le degré du risque auquel sont exposés les enfants, d’où la lacune législative de l’art. 161. La précédente mouture de cet article qui permettait au juge appelé à déterminer la peine d’interdire seulement au contrevenant d’utiliser un système informatique pour communiquer directement avec un enfant n’était pas de nature à empêcher un délinquant sexuel de se livrer à d’autres activités préjudiciables. Et, comme le donnent à penser le dossier et le sens commun, surveiller l’utilisation d’Internet par un contrevenant peut restreindre les possibilités qui s’offrent à ce dernier de commettre une infraction et peut prévenir un tel comportement préjudiciable.

[109] Ce contexte sociotechnologique unique m’amène à conclure que les effets bénéfiques de l’application rétrospective de l’interdiction d’utiliser

¹¹ Dans une affaire troublante résumée par un témoin expert devant le comité parlementaire étudiant le projet de loi, deux adultes clavardaient l’un avec l’autre dans un forum en ligne pour organiser un « échange » d’enfants (*Témoignages*, n° 46, p. 5, Lianna McDonald).

prohibition contained in s. 161(1)(d) are greater and more certain than those stemming from s. 161(1)(c).

[110] The fact that Parliament enacted s. 161(1)(d) as a means of closing a legislative gap created by rapid social and technological change does not just enhance the salutary effects of the law: it mitigates the provision's deleterious effects, too. From the perspective of public confidence in the criminal justice system, the retrospective operation of a law that was enacted to respond to a swiftly changing social context and emerging threats seems less unfair and less inconsistent with the rule of law than the retrospective operation of a law that was not enacted for a compelling temporal reason. As Professor C. Sampford writes in his book, *Retrospectivity and the Rule of Law* (2006), "Retrospective laws which close 'loopholes' and 'unexpected interpretations and consequences' reinforce the guidance of primary laws" and can therefore advance the fairness of the legal system as a whole (p. 81).

[111] Thus, while fairness and the rule of law are compromised by laws that retrospectively undermine a citizen's liberty and security, these broader societal harms are mitigated by Parliament's compelling temporal justification for giving s. 161(1)(d) retrospective effect.

[112] I now must balance the deleterious and salutary effects of the law. As discussed, s. 161(1)(d) constitutes a significant impact on an offender's liberty and security. The impugned measure also has negative ramifications for society as a whole. Fairness and the rule of law are compromised by laws that retrospectively undermine a citizen's liberty and security, although these broader societal harms are less acute given the context in which the government legislated. In addition, the adverse impact the provision has on offenders will be experienced

Internet prévue à l'al. 161(1)d) sont plus grands et plus certains que ceux de l'application rétrospective de la nouvelle interdiction prévue à l'al. 161(1)c).

[110] Le fait que le législateur a édicté l'al. 161(1)d) afin de combler la lacune législative résultant de l'évolution rapide de la société et de la technologie ne fait pas qu'accroître les effets bénéfiques de la règle de droit, mais atténue également ses effets préjudiciables. En ce qui concerne la confiance du public dans le système de justice criminelle, l'application rétrospective d'une règle de droit visant à adapter la loi à un contexte social qui évolue rapidement et à des menaces nouvelles paraît moins contraire à l'équité des procédures criminelles et à la primauté du droit que l'application rétrospective d'une règle de droit qui n'a pas été édictée pour une raison d'ordre temporel convaincante. Comme l'écrit le Professeur C. Sampford dans son ouvrage intitulé *Retrospectivity and the Rule of Law* (2006), [TRADUCTION] « la disposition d'application rétrospective qui comble une "lacune" et remédie à "une interprétation ou une conséquence inattendues" renforce le message de la loi principale » et peut donc favoriser l'équité du système juridique dans son ensemble (p. 81).

[111] Par conséquent, bien que l'équité des procédures criminelles et la primauté du droit soient compromises par une disposition qui porte rétrospectivement atteinte au droit à la liberté et à la sécurité d'un citoyen, ce préjudice général causé à la société est atténué par l'existence de la justification d'ordre temporel convaincante invoquée par le législateur pour donner un effet rétrospectif à l'al. 161(1)d).

[112] Je dois maintenant soupeser les effets préjudiciables de la règle de droit et ses effets bénéfiques. Je le répète, l'al. 161(1)d) a une grande incidence sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant. La mesure considérée a aussi des répercussions défavorables sur l'ensemble de la société. L'équité des procédures criminelles et la primauté du droit sont compromises par une disposition qui porte atteinte rétrospectivement au droit à la liberté et à la sécurité d'un citoyen, même si ce préjudice social général est moins grave en raison

only when there is good reason: in circumstances where a judge finds that doing so will mitigate the risk an offender poses to children.

[113] As for the salutary effects, the record demonstrates that the Internet is increasingly being used to sexually offend against young people and that sex offenders who target children are more likely to reoffend. This is not simply about changing technology or general risks associated with recidivism, broad factors that can relate to many offences. Rather, the *nature and degree* of the risks facing some of the most vulnerable members of our society have changed drastically since 2002, the last time s. 161(1) was substantially amended. Technology and the proliferation of social media cyber communities have increased the degree of risk facing young persons. This has created new triggers, and new avenues for offenders to pursue in committing further offences. The previous prohibition was insufficient to address these evolving risks. But the enhanced prohibition in s. 161(1)(d) can restrict the viability of these routes. While it remains difficult to quantify the precise benefits the retrospective operation of s. 161(1)(d) may create, it seems to me that the salutary effects associated with s. 161(1)(d) are quite tangible and compelling.

[114] On balance, in my view, Parliament was justified in giving s. 161(1)(d) retrospective effect in the unique context within which it was legislating. A variety of factors support this conclusion. The harms at stake (sexual offending against young people) are particularly powerful. The statutory regime is highly tailored and discretionary. An Internet prohibition, while invasive, is not among the most onerous punishments, such as increased incarceration. And, significantly, the rapidly evolving technological and social context surrounding the enactment of s. 161(1)(d) has created new and emerging risks that make the law's salutary effects more concrete

du contexte dans lequel le gouvernement légifère. De plus, l'effet préjudiciable de la disposition sur le contrevenant ne se manifeste que lorsque son application est fondée, soit dans le cas où le juge conclut que, s'il applique la disposition, le risque auquel le contrevenant expose les enfants sera atténué.

[113] En ce qui concerne les effets bénéfiques, le dossier indique qu'Internet est de plus en plus utilisé pour commettre des infractions sexuelles contre des jeunes et que les délinquants sexuels qui s'en prennent à des enfants sont plus susceptibles de récidiver que les autres délinquants sexuels. L'évolution de la technologie ou les risques généraux liés à la récidive — des facteurs au large spectre susceptibles d'être associés à de nombreuses infractions — ne sont pas seuls en cause. En fait, *la nature et le degré* du risque auquel s'exposent certains des membres les plus vulnérables de notre société ont radicalement changé depuis 2002, l'année de la modification précédente du par. 161(1). La technologie et la prolifération des cybercollectivités de médias sociaux ont accru le degré du risque auquel sont exposés les jeunes personnes, de sorte que de nouvelles incitations et de nouvelles avenues amènent le contrevenant à persister dans son comportement criminel. L'interdiction antérieure n'était plus adaptée à l'évolution du risque, alors que la nouvelle — correspondant à l'al. 161(1)d) et dont la portée est accrue — peut réduire la viabilité de ces avenues. Bien qu'il demeure difficile de quantifier les effets bénéfiques précis de l'application rétrospective de l'al. 161(1)d), ses effets bénéfiques me paraissent tout à fait tangibles et convaincants.

[114] Tout bien considéré, j'estime que le législateur était justifié, vu le contexte unique dans lequel il intervenait, de conférer à l'al. 161(1)d) un effet rétrospectif. Diverses considérations appuient ma conclusion. Les préjudices en jeu (les infractions sexuelles commises à l'endroit de jeunes personnes) sont particulièrement convaincants. Le régime législatif a une portée très bien circonscrite et confère un pouvoir discrétionnaire. L'interdiction d'utiliser Internet, même si elle est attentatoire, ne fait pas partie des sanctions les plus lourdes, telle la peine d'emprisonnement accrue. Et surtout, l'évolution rapide de la technologie et le contexte

— while mitigating the adverse impact the law has on fairness and the rule of law. Although any one of these factors may have been insufficient in isolation, taken together, they create a compelling case. The benefits of the law outweigh its deleterious effects.

VI. Disposition

[115] I find that the retrospective operation of s. 161(1)(c) of the *Criminal Code* limits the right protected by s. 11(i) of the *Charter* and that this limit is *not* justified under s. 1. Accordingly, I would allow the appeal with respect to s. 161(1)(c). As a result, the provision does not apply retrospectively to offenders who committed their offences prior to the coming into force of the 2012 amendments.

[116] I also find that the retrospective operation of s. 161(1)(d) of the *Criminal Code* limits the s. 11(i) right. However, I conclude that this *is* a reasonable constitutional compromise under s. 1. I would therefore dismiss the appeal with respect to s. 161(1)(d).

The following are the reasons delivered by

[117] ABELLA J. (dissenting in part) — I agree with Justice Karakatsanis that both ss. 161(1)(c) and 161(1)(d) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, violate s. 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that s. 161(1)(c) cannot be justified under s. 1. With great respect, however, I do not share the view that s. 161(1)(d) is justified.

[118] From 2008 to 2011, when K.R.J. committed the offences for which he was eventually convicted, s. 161(1) of the *Criminal Code* stated:

social de l'adoption de l'al. 161(1)d) ont fait naître des risques nouveaux qui rendent plus tangibles les effets bénéfiques de la règle de droit tout en atténuant son incidence préjudiciable sur l'équité des procédures criminelles et la primauté du droit. Aucune de ces considérations prise isolément n'est suffisante mais, ensemble, elles justifient la mesure contestée. Les effets bénéfiques de la règle de droit l'emportent sur ses effets préjudiciables.

VI. Dispositif

[115] Je conclus que l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) du *Code criminel* restreint le droit protégé par l'al. 11i) de la *Charte* et que cette restriction *ne* se justifie *pas* par application de l'article premier. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui a trait à l'al. 161(1)c). La disposition ne s'applique donc pas rétrospectivement au contrevenant dont les actes criminels sont antérieurs à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012.

[116] Je conclus également que l'application rétrospective de l'al. 161(1)d) du *Code criminel* restreint le droit protégé par l'al. 11i). Toutefois, cette restriction *constitue* une atteinte constitutionnelle raisonnable au regard de l'article premier. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi en ce qui a trait à l'al. 161(1)d).

Version française des motifs rendus par

[117] LA JUGE ABELLA (dissidente en partie) — Je conviens avec la juge Karakatsanis que les al. 161(1)c) et d) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, contreviennent tous deux à l'al. 11i) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que l'al. 161(1)c) ne peut être justifié au regard de l'article premier. Soit dit en tout respect, je ne partage toutefois pas son point de vue selon lequel l'al. 161(1)d) est justifié.

[118] De 2008 à 2011, période pendant laquelle K.R.J. a commis les infractions dont il a par la suite été reconnu coupable, le par. 161(1) du *Code criminel* était libellé comme suit :

161. (1) When an offender is convicted . . . of an offence referred to in subsection (1.1) in respect of a person who is under the age of 16 years, the court that sentences the offender . . . in addition to any other punishment that may be imposed for that offence . . . shall consider making and may make, subject to the conditions or exemptions that the court directs, an order prohibiting the offender from

(a) attending a public park or public swimming area where persons under the age of 16 years are present or can reasonably be expected to be present, or a day-care centre, schoolground, playground or community centre;

(b) seeking, obtaining or continuing any employment, whether or not the employment is remunerated, or becoming or being a volunteer in a capacity, that involves being in a position of trust or authority towards persons under the age of 16 years; or

(c) using a computer system within the meaning of subsection 342.1(2) for the purpose of communicating with a person under the age of 16 years.

[119] Under this scheme, K.R.J. could be subjected to geographic, work-related, and “virtual” restrictions. He could be prohibited from attending a wide variety of venues such as pools and schools, and from using a computer for the purpose of communicating with anyone *under 16 years of age*. He would still, however, have been entitled to engage in online activities with adults.

[120] By the time K.R.J. was sentenced, Parliament amended the provision. While s. 161(1)(a) and (b) were left unchanged, s. 161(1)(c) was amended and s. 161(1)(d) was added, giving sentencing judges authority to prohibit offenders from:

(c) having any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years, unless the offender does so under the supervision of a person whom the court considers appropriate; or

(d) using the Internet or other digital network, unless the offender does so in accordance with conditions set by the court.

161. (1) Dans le cas où un contrevenant est déclaré coupable [. . .] d’une infraction mentionnée au paragraphe (1.1) à l’égard d’une personne âgée de moins de seize ans, le tribunal qui lui inflige une peine [. . .], en plus de toute autre peine [. . .] applicabl[e] en l’espèce, sous réserve des conditions ou exemptions qu’il indique, peut interdire au contrevenant :

a) de se trouver dans un parc public ou une zone publique où l’on peut se baigner s’il y a des personnes âgées de moins de seize ans ou s’il est raisonnable de s’attendre à ce qu’il y en ait, une garderie, un terrain d’école, un terrain de jeu ou un centre communautaire;

b) de chercher, d’accepter ou de garder un emploi — rémunéré ou non — ou un travail bénévole qui le placerait en relation de confiance ou d’autorité vis-à-vis de personnes âgées de moins de seize ans;

c) d’utiliser un ordinateur au sens du paragraphe 342.1(2) dans le but de communiquer avec une personne âgée de moins de seize ans.

[119] Suivant ce régime, K.R.J. pouvait être soumis à des restrictions d’ordre géographique, professionnel et « virtuel ». Il pouvait lui être interdit de se trouver dans une multitude de lieux, telle une piscine ou une école, et d’utiliser un ordinateur dans le but de communiquer avec une personne *âgée de moins de 16 ans*, auquel cas il lui demeurerait toutefois possible de participer à des activités en ligne avec des adultes.

[120] Avant la détermination de la peine de K.R.J., le législateur a modifié la disposition en cause. Les alinéas 161(1)a) et b) sont demeurés inchangés, mais l’al. 161(1)c) a été modifié et l’al. 161(1)d) s’est ajouté, de sorte que le juge appelé à déterminer la peine pouvait désormais interdire au contrevenant :

c) d’avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans, à moins de le faire sous la supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence;

d) d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique, à moins de le faire en conformité avec les conditions imposées par le tribunal.

[121] The amendments expanded the restrictions K.R.J. could be placed under. Rather than being banned from certain venues, s. 161(1)(c) could be used to prohibit him from attending *any* place where children are present. And rather than being prohibited from using the internet *for the purpose of communicating with children*, s. 161(1)(d) could be used to prohibit him from using the internet for *any* purpose.

[122] I agree with the majority that these potential restrictions would significantly affect K.R.J.'s liberty and security interests, and would, as a result, constitute punishment under s. 11(i) of the *Charter*, which states:

11. Any person charged with an offence has the right

(i) if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.

[123] The wording in this provision is unequivocal. As noted by Prof. Don Stuart, the intention behind this text is “crystal clear”: *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (6th ed. 2014), at p. 523.

[124] In my view, the absolutist language used by the drafters of the *Charter* in s. 11 must colour the s. 1 analysis by demanding the most stringent of justifications. That was the approach taken by this Court in *Canada (Attorney General) v. Whaling*, [2014] 1 S.C.R. 392. The issue was the retrospective repeal of the accelerated parole review under s. 11(h) of the *Charter*, which protects individuals from being punished twice for the same offence. Because the Crown had failed to adduce “compelling evidence” demonstrating that its objectives would be “significantly undermined” unless the repeal was applied on a retrospective as well as prospective basis, this Court concluded that the infringement was not justified under s. 1.

[121] Les modifications ont élargi les restrictions auxquelles pouvait être assujéti K.R.J. L’alinéa 161(1)c) permettait de lui interdire de se trouver, non plus dans certains lieux, mais à *tout* endroit où il y a des enfants et l’al. 161(1)d), d’utiliser Internet, non pas *dans le but de communiquer avec des enfants*, mais à *quelque fin que ce soit*.

[122] Je conviens avec les juges majoritaires que ces interdictions potentielles restreindraient sensiblement le droit de K.R.J. à la liberté et à la sécurité et constituent donc une peine au sens de l’al. 11*i*) de la *Charte*, dont voici le libellé :

11. Tout inculpé a le droit :

i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l’infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence.

[123] Le libellé de la disposition est sans équivoque. Comme le fait observer le professeur Don Stuart, l’intention sous-jacente est [TRADUCTION] « claire comme du cristal » (*Charter Justice in Canadian Criminal Law* (6^e éd. 2014), p. 523).

[124] À mon avis, la formulation absolue employée à l’art. 11 par les rédacteurs de la *Charte* doit influencer sur l’analyse que commande l’article premier par l’exigence de la justification la plus stricte. Telle est l’approche de la Cour dans *Canada (Procureur général) c. Whaling*, [2014] 1 R.C.S. 392. Dans cette affaire, la suppression rétrospective d’une procédure d’examen expéditif (en matière de libération conditionnelle) était contestée sur le fondement de l’al. 11*h*) de la *Charte*, lequel garantit qu’une personne ne sera pas punie deux fois pour la même infraction. Le ministère public ne l’ayant pas « convaincu[e] » que ses objectifs seraient « considérablement compromis » si la suppression n’était pas appliquée de manières rétrospective et prospective, la Cour conclut que l’atteinte n’est pas justifiée au regard de l’article premier.

[125] The repeal of the accelerated parole review was subsequently also found to be unconstitutional by the British Columbia Court of Appeal, but from the perspective of s. 11(i), the provision at issue in this appeal. In *Liang v. Canada (Attorney General)* (2014), 311 C.C.C. (3d) 159, the British Columbia Court of Appeal concluded that the Crown’s concern that it could take years to phase out the program if it could not be applied retrospectively, did not justify overriding the right:

... the *Charter* specifically requires that if punishment has changed between offence commission and sentencing, the offender is entitled to the lesser punishment. . . . [T]he fact the offender will receive a lesser punishment, and perhaps one that does not meet the objectives of the present sentencing regime, is exactly what s. 11(i) contemplates. . . .

... to meet the burden under s. 1 in this case, something more must be asserted than that the objective of the increased punishment is important, and therefore those who are constitutionally entitled to the lesser punishment must forego their rights. [Emphasis added; paras. 59 and 61.]

[126] Both *Whaling* and *Liang* are clear that s. 11 imposes a singularly onerous evidentiary burden on the Crown to justify a violation under s. 1. To apply a lesser burden transforms s. 11(i) from being practically an air-tight right into a porous one. In this case, that means that the Crown has the highest possible evidentiary burden, namely, to demonstrate through “compelling evidence” that the previous provisions so “significantly undermined” the government’s objectives, that the retrospective application of greater punishment was justified.

[127] As the majority notes, the Crown’s evidentiary record consisted largely of statistics about s. 161(1) orders in British Columbia, and studies on recidivism rates pertaining to sexual offenders in

[125] La suppression de la procédure d’examen expéditif a par la suite été jugée inconstitutionnelle par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, mais en fonction de l’al. 11*i*), soit la disposition en cause dans le présent pourvoi. Dans *Liang c. Canada (Attorney General)* (2014), 311 C.C.C. (3d) 159, cette même cour conclut que la crainte du ministère public qu’il puisse falloir des années pour mettre fin progressivement au programme si sa suppression ne pouvait s’appliquer rétrospectivement ne justifiait pas que l’on bafoue le droit en question :

[TRADUCTION] ... la *Charte* exige expressément, lorsque la peine est modifiée entre la perpétration de l’infraction et la sentence, que le contrevenant bénéficie de la peine la moins sévère. [. . .] [Q]ue le contrevenant bénéficie de la peine la moins sévère et, peut-être, d’une peine non conforme aux objectifs du régime actuel de détermination de la peine, telle est précisément la raison d’être de l’al. 11*i*). . .

... satisfaire au fardeau de preuve qu’impose en l’espèce l’article premier exige davantage que l’affirmation selon laquelle l’objectif de l’accroissement de la peine est important, de sorte que les personnes auxquelles la Constitution garantit le droit à la peine la moins sévère doivent y renoncer. [Je souligne; par. 59 et 61.]

[126] Les arrêts *Whaling* et *Liang* indiquent tous deux clairement que l’art. 11 impose au ministère public un fardeau de preuve particulièrement strict pour justifier l’atteinte au regard de l’article premier. S’il en allait autrement, la protection du droit garanti à l’al. 11*i*) ne serait plus pour ainsi dire étanche, mais deviendrait poreuse. Dès lors, en l’espèce, le ministère public a le fardeau de preuve le plus strict qui soit, de sorte qu’il doit « convaincre » le tribunal que l’application des dispositions antérieures aurait si « considérablement compromis » les objectifs de l’État que l’application rétrospective d’une peine plus sévère était justifiée.

[127] Comme le signalent les juges majoritaires, le dossier de preuve du ministère public est constitué en grande partie de statistiques sur les ordonnances rendues en Colombie-Britannique en application du

general, including two that suggested a link between recidivism and online activities. The Crown also argued that the language shift from “computer system” to “Internet and digital network” in s. 161(1)(d) was designed to reflect advancements in technology. I agree with the majority that this evidence is insufficient to justify s. 161(1)(c) because “the Crown has failed to lead much, if any, evidence to establish the *degree of enhanced* protection . . . in comparison to the previous version of the prohibition” such that “the precise benefits of the *retrospective* operation of s. 161(1)(c) remain unclear”: paras. 89-90 (emphasis in original).

[128] But unlike my colleagues, I find that this same reasoning is fatal to s. 161(1)(d). Far from offering compelling evidence, the Crown offered no evidence in the context of s. 161(1)(d) to show that the former provisions so significantly undermined its objectives, that the retroactive application of greater restrictions was justified. If all that is needed to justify a breach of s. 11(i) is the suggestion of a possible reduction in recidivism rates, whether based on changes in technology or otherwise, the state could, in theory, justify the retrospective application of more stringent punishments so routinely that s. 11(i) is written out of the *Charter*.

[129] In fact, there was no evidence about how the retrospective application of s. 161(1)(d) was expected to, or would, reduce recidivism rates any more than those under the former s. 161(1)(c) “computer” restrictions. I see no reason to bridge the significant empirical gaps in the evidence with inferences, particularly in the context of s. 11.

[130] I would therefore allow the appeal in connection with both ss. 161(1)(c) and 161(1)(d).

par. 161(1) et d’études sur les taux de récidive chez les délinquants sexuels en général, dont deux indiquent un lien entre la récidive et l’activité en ligne. Le ministère public fait également valoir que le renvoi, à l’al. 161d), non plus à un « ordinateur » mais à « Internet [et au] réseau numérique » vise à emboîter le pas aux progrès technologiques. Je conviens avec les juges majoritaires que cette preuve est insuffisante pour justifier l’al. 161(1)c), car « le ministère public n’a présenté que peu d’éléments ou n’en a pas présenté du tout pour établir le *degré* de protection *accrue* offert [. . .] comparativement au libellé antérieur de l’interdiction », de telle sorte que « les effets bénéfiques précis de l’application *retrospective* de l’al. 161(1)c) demeurent indéterminés » (par. 89-90 (en italique dans l’original)).

[128] Mais, contrairement à mes collègues, j’estime que le même raisonnement porte un coup fatal à l’al. 161(1)d). Loin d’offrir une preuve de nature à convaincre, l’État n’a produit à l’appui de l’al. 161(1)d) aucun élément selon lequel les dispositions antérieures compromettaient si considérablement ses objectifs que l’application rétrospective d’interdictions de plus grande portée était justifiée. Si, pour justifier la restriction du droit garanti à l’al. 11*i*), il suffit d’invoquer la réduction possible des taux de récidive, de pair avec l’évolution technologique ou toute autre considération, l’État pourrait en théorie justifier dans tous les cas l’application rétrospective de peines accrues, au point de réduire à néant l’al. 11*i*) de la *Charte*.

[129] En fait, nul élément de la preuve n’indique comment l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) devait réduire ou aurait réduit les taux de récidive davantage que ne le permettait l’interdiction d’utiliser un « ordinateur » que prévoyait l’ancien al. 161(1)c). Je ne vois aucune raison de combler par des inférences les lacunes empiriques importantes de la preuve, en particulier pour l’application l’art. 11.

[130] Je serais donc d’avis d’accueillir le pourvoi en ce qui concerne les al. 161(1)c) et d).

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

BROWN J. (dissenting in part) —

LE JUGE BROWN (dissident en partie) —

I. Introduction

I. Introduction

[131] As my colleague Karakatsanis J. aptly notes for the majority, sexual offences against children have “persisted for centuries” (para. 83). Their legacy is toxic. They are notorious for their devastating impact, often ruining the lives of their victims, and of those whose lives intersect with those victims as they move into adulthood. Trauma from childhood sexual abuse may reverberate for generations, creating pernicious cycles of abuse.

[131] Comme le fait remarquer à juste titre ma collègue la juge Karakatsanis au nom des juges majoritaires, les enfants sont victimes d’infractions sexuelles « depuis des siècles » (par. 83). Il s’agit d’un héritage toxique. Nul ne conteste les effets dévastateurs de ces actes qui ruinent souvent la vie des victimes et celle des personnes qui côtoient les victimes une fois qu’elles sont devenues adultes. Le traumatisme de la violence sexuelle subie pendant l’enfance peut se répercuter sur plusieurs générations et enclencher des cycles de violence pernicieux.

[132] My colleague recounts how, in response to this persistent grave misconduct and its consequent social harms, Parliament amended s. 161(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, in 2012, augmenting the conditions which a sentencing judge may, in his or her discretion, impose upon an offender convicted of designated sexual offences, where the sentencing judge considers such conditions appropriate to prevent the offender from committing sexual offences against children in the future. Specifically, the sentencing judge’s discretion was expanded from prohibiting offenders from “using a computer system . . . for the purpose of communicating with a person under the age of 16 years” to the following:

[132] Ma collègue fait état de la manière dont le législateur, pour contrer ces actes graves et persistants et les problèmes sociaux qui en découlent, a modifié en 2012 le par. 161(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, en accroissant la portée des interdictions que le juge qui détermine la peine peut, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, prononcer à l’endroit de la personne déclarée coupable d’une infraction sexuelle énumérée lorsqu’il estime que l’une ou l’autre de ces interdictions s’impose pour empêcher le contrevenant de récidiver et de s’en prendre à nouveau sexuellement à des enfants. Plus particulièrement, le pouvoir discrétionnaire qui permettait au juge d’interdire au contrevenant « d’utiliser un ordinateur [. . .] dans le but de communiquer avec une personne âgée de moins de seize ans » s’est accru de manière à lui permettre d’interdire ce qui suit au contrevenant :

161 (1) . . .

161 (1) . . .

(c) having any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years, unless the offender does so under the supervision of a person whom the court considers appropriate; or

e) d’avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans, à moins de le faire sous la supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence;

(d) using the Internet or other digital network, unless the offender does so in accordance with conditions set by the court.

Significantly, these amendments apply to all offenders being sentenced for a designated offence, irrespective of when the offender committed that offence.

[133] I agree with Karakatsanis J. that these conditions constitute “punishment” within the meaning of s. 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and I endorse the test by which she makes that determination. I also agree that their retrospective application infringes s. 11(i). My point of departure is at the s. 1 stage of the analysis. Whereas my colleague concludes that the Crown has met its burden of justifying its infringement of s. 11(i) only in respect of the conditions relating to Internet use contained in s. 161(1)(d), in my view the Crown has also done so in respect of the conditions imposed under s. 161(1)(c) relating to contact with children. I would therefore uphold both conditions, dismiss the appeal, and affirm the s. 161 order made by the Court of Appeal.

II. Section 1

[134] It is worth bearing in mind that s. 11(i) of the *Charter* deals with the retrospective application of laws which are punitive in nature. At issue under s. 11(i), then, is not the punishment itself, but rather the means by which it is imposed. In my view, this means-based quality of the s. 11(i) protection affects the analysis to be applied under s. 1, since the *Oakes* analysis considers the proportionality between a legislative objective and the *Charter*-infringing effects resulting from its pursuit, not the choice of means that, by itself, constitutes a *Charter* infringement. The s. 1 analysis should be sensitive to this, in keeping with Dickson C.J.’s direction in *Oakes*: “. . . the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances” (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 139). The *Oakes*

d) d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique, à moins de le faire en conformité avec les conditions imposées par le tribunal.

Il importe de signaler que ces nouvelles dispositions s’appliquent à toute personne qui se voit infliger une peine pour avoir commis, peu importe le moment, une infraction énumérée.

[133] Je conviens avec le juge Karakatsanis que chacune de ces interdictions constitue une « peine » au sens de l’al. 11*i*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et je fais mien le critère qu’elle applique pour arriver à cette conclusion. Je conviens également que l’application rétrospective des dispositions qui les prévoient contrevient à l’al. 11*i*). C’est à l’étape de l’analyse au regard de l’article premier que je diffère d’opinion. Alors que ma collègue conclut que le ministère public s’est acquitté de son obligation de justifier l’atteinte au droit garanti par l’al. 11*i*) seulement en ce qui concerne l’interdiction d’utiliser Internet prévue à l’al. 161(1)d), j’estime qu’il s’en est également acquitté quant à l’interdiction prévue à l’al. 161(1)c), à savoir celle d’avoir des contacts avec des enfants. En conséquence, je serais d’avis de confirmer la validité des deux interdictions, de rejeter le pourvoi et de confirmer l’ordonnance de la Cour d’appel fondée sur l’art. 161.

II. Article premier

[134] Il faut se rappeler que l’al. 11*i*) de la *Charte* vise l’application rétrospective d’une disposition à caractère punitif. Ce n’est donc pas la peine comme telle qui est en cause pour les besoins de son application, mais plutôt le moyen par lequel elle est infligée. J’estime que cette caractéristique de la protection de l’al. 11*i*) fondée sur le moyen entre en jeu dans l’analyse que commande l’article premier, étant donné que, dans l’arrêt *Oakes*, la Cour se penche sur la proportionnalité de l’objectif législatif et des effets attentatoires à la *Charte* qui découlent des mesures prises pour l’atteindre, et non sur le choix du moyen qui équivaut en soi à une atteinte constitutionnelle. L’analyse au regard de l’article premier doit en tenir compte pour se conformer aux directives du juge en chef Dickson dans ce même arrêt : « . . . la nature

test is not, and should not be treated as, a technical inquiry, as it is “dangerously misleading to conceive of s. 1 as a rigid and technical provision”: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 735, per Dickson C.J. As La Forest J. (dissenting, but not on this point) stated in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199:

In *Oakes*, this Court established a set of principles, or guidelines, intended to serve as a framework for making this determination. However, these guidelines should not be interpreted as a substitute for s. 1 itself. It is implicit in the wording of s. 1 that the courts must, in every application of that provision, strike a delicate balance between individual rights and community needs. Such a balance cannot be achieved in the abstract, with reference solely to a formalistic “test” uniformly applicable in all circumstances. The s. 1 inquiry is an unavoidably normative inquiry, requiring the courts to take into account both the nature of the infringed right and the specific values and principles upon which the state seeks to justify the infringement. [Emphasis added; para. 62.]

[135] In other words, a technical and inflexible application of the *Oakes* test risks reducing what ought to be a rich, contextual inquiry under s. 1 into a form of “mechanical jurisprudence”, where “[c]onceptions are fixed”, “[t]he premises are no longer to be examined”, and “[p]rinciples cease to have importance”: R. Pound, “Mechanical Jurisprudence” (1908), 8 *Colum. L. Rev.* 605, at p. 612. The moral nuances inherent in the question of justifiable limits on fundamental rights cannot be reduced to “technical questions of weight and balance”: G. C. N. Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights* (2009), at p. 104. Yet, and despite its statements to the contrary, the majority in this case has in my respectful view done precisely that. Its rigid and acontextual application of *Oakes* and its subsequent jurisprudence causes it to lose sight of the broader context and overall goal sought by Parliament. It reads the purpose of

du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances » (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 139). L’application du critère de l’arrêt *Oakes* ne se veut pas formaliste, et elle ne devrait pas être tenue pour telle, puisqu’« on s’induit dangereusement en erreur si l’on voit dans l’article premier une disposition rigide et empreinte de formalisme » (*R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 735 (le juge en chef Dickson)). Voici ce que dit le juge La Forest (dissident, mais non sur ce point) dans l’arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199 :

Dans l’arrêt *Oakes*, notre Cour a établi une série de principes ou directives destinés à servir de cadre analytique à cette fin. Toutefois, ces directives ne devraient pas être interprétées comme si elles remplaçaient l’article premier. Le libellé de l’article premier indique implicitement que les tribunaux doivent, chaque fois qu’ils l’appliquent, établir un équilibre délicat entre les droits individuels et les besoins de la collectivité. Un tel équilibre ne peut être établi dans l’abstrait, à partir seulement d’un « critère » formaliste qui s’appliquerait de façon uniforme dans toutes les circonstances. L’examen fondé sur l’article premier est un examen inévitablement normatif qui exige des tribunaux qu’ils tiennent compte de la nature du droit violé ainsi que des valeurs et des principes spécifiques à partir desquels le ministère public tente de justifier la violation. [Je souligne; par. 62.]

[135] En d’autres termes, l’application formaliste et rigide du critère de l’arrêt *Oakes* risque de réduire ce qui devrait constituer un examen contextuel étoffé au regard de l’article premier à une sorte de [TRADUCTION] « processus décisionnel mécanique » où les « notions sont figées », où « l’examen des postulats n’est plus nécessaire » et où « les principes n’ont plus d’importance » (R. Pound, « Mechanical Jurisprudence » (1908), 8 *Colum. L. Rev.* 605, p. 612). On ne saurait ramener les nuances morales inhérentes au caractère justifiable de la restriction d’un droit fondamental à une [TRADUCTION] « entreprise formaliste de pondération et de mise en balance » (G. C. N. Webber, *The Negotiable Constitution : On the Limitation of Rights* (2009), p. 104). Or, soit dit en tout respect, c’est précisément ce que font selon moi les juges majoritaires en l’espèce, même s’ils affirment le contraire. En appliquant l’arrêt *Oakes* et les décisions rendues dans sa foulée avec rigidité

the legislation in an excessively narrow fashion, which results in an application of the *Oakes* test in a way that is ill-suited to deal with punitive laws which apply retrospectively. It holds Parliament to an exacting standard of proof, thereby denying Parliament the room necessary to perform its legislative policy-development role when addressing a chronic social problem. And it also insists on direct evidence of anticipated benefits which, given that chronic nature of the harm, is likely impossible to obtain.

[136] The insight of Dickson C.J. and La Forest J. in our jurisprudence is that the s. 1 analysis must account for the broader picture. The issue is not, as La Forest J. put it, whether a particular “formalistic ‘test’” has been satisfied. The “unavoidably normative inquiry” must remain focussed on the broader picture: has the state demonstrated that the impugned law prescribes a reasonable limit, demonstrably justified in a free and democratic society? To be clear, I do not suggest that *Oakes* is incorrect. Rather, I echo Dickson C.J.’s and La Forest J.’s warnings about its rigid, acontextual application. We should not lose the proportionality forest for the *Oakes* trees.

A. *Objective of the Measure*

[137] The means-based quality of s. 11(i)’s protection should therefore inform the characterization of the objective anchoring the s. 1 proportionality analysis. The majority says that the relevant objective for the purpose of a proportionality analysis is that of the *Charter*-infringing measure — which, in this case, is the retrospective operation of the amendments to s. 161(1). I agree, but only to a point. The relevant objective for this purpose is indeed the objective of the measure. However, as I will explain, the measure to be considered here

et sans tenir compte du contexte, ils perdent de vue le tableau général et l’objectif global du législateur. Ils interprètent trop étroitement l’objet de la disposition législative, de sorte qu’ils appliquent le critère de l’arrêt *Oakes* d’une manière qui ne convient pas dans le cas d’une disposition à caractère punitif qui s’applique rétrospectivement. Ils soumettent le législateur à une norme de preuve très stricte et lui refusent ainsi la marge de manœuvre dont il a besoin pour s’acquitter de sa fonction de mise en œuvre de politiques en matière législative lorsqu’il s’agit de s’attaquer à un problème social chronique. Ils exigent en outre une preuve directe des effets bénéfiques escomptés, mais étant donné la nature chronique du problème, il est impossible de produire une telle preuve.

[136] Les nuances apportées par le juge en chef Dickson et le juge La Forest veulent que l’analyse au regard de l’article premier tienne compte du tableau général. Comme l’indique le juge La Forest, il ne s’agit pas de savoir si le « “critère” formaliste » précis est rempli. L’« examen inévitablement normatif » doit s’attacher au tableau général : l’État a-t-il établi que la règle de droit contestée emporte une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique? Bien évidemment, je ne laisse pas entendre que la Cour a fait erreur dans l’arrêt *Oakes*. Je rappelle plutôt la mise en garde du juge en chef Dickson et du juge La Forest contre l’application rigide et non contextuelle. Il ne faut pas perdre de vue la forêt de la proportionnalité derrière l’arbre d’*Oakes*.

A. *Objectif de la mesure*

[137] La caractéristique de la protection de l’al. 11*i* fondée sur le moyen devrait donc jouer dans la détermination de l’objectif en fonction duquel il convient d’effectuer l’examen de la proportionnalité dans le cadre de l’analyse au regard de l’article premier. Les juges majoritaires affirment que l’objectif à considérer est celui de la mesure attentatoire, soit, en l’occurrence, l’application rétrospective des dispositions issues des modifications apportées au par. 161(1). J’en conviens, mais seulement jusqu’à un certain point. L’objectif à considérer est

comprises the amendments as a whole, and not merely their retrospectivity.

[138] Considering retrospectivity in isolation from the broader provision of which it forms a part skews the *Oakes* analysis by making several of its elements largely redundant. If, as the majority says, Parliament’s objective was to “better protect children from the risks posed by offenders like the appellant” (para. 65) — i.e., offenders who committed a designated offence before, but were sentenced after, the amendments came into force and who pose a risk to reoffend sexually against children — then the application of such orders to offenders like the appellant is obviously rationally connected to this objective. And, there would be no possible less-impairing means of achieving this objective: simply put, the only way Parliament can apply the protective aspect of s. 161(1) orders to such offenders retrospectively is to apply s. 161(1) orders to such offenders retrospectively. Indeed, under the majority’s approach, the minimal impairment inquiry becomes otiose. Of course, were such orders to be applied retrospectively as to offenders *unlike* the appellant (i.e., those who do not pose a risk to reoffend sexually against children), the rational connection and minimal impairment steps would then have some work to do under the *Oakes* analysis. By narrowly construing Parliament’s purpose as the majority has, however, considerations of the rational connection and minimal impairment elements of the proportionality analysis are limited to determining whether the *Charter*-infringing measure captures the individuals which it targets, not whether the measure is rationally connected to the objective and minimally impairing of the *Charter* rights of those who legitimately fall within its ambit.

effectivement celui de la mesure, mais comme je l’explique plus loin, la mesure à examiner en l’espèce s’entend des modifications dans leur totalité, et non seulement de l’application rétrospective des dispositions qui en sont issues.

[138] L’examen de la rétrospectivité sans égard à la disposition dans laquelle elle s’inscrit fausse l’analyse préconisée dans l’arrêt *Oakes* en rendant en grande partie superflus plusieurs des éléments de celle-ci. Si, comme le soutiennent les juges majoritaires, le législateur a voulu « mieux protéger les enfants contre le risque que présente un contrevenant [. . .] comme l’appellant » (par. 65), c’est-à-dire un contrevenant qui a commis une infraction énumérée avant l’entrée en vigueur des modifications, mais qui a été condamné après celle-ci, et qui présente le risque de s’en prendre à nouveau sexuellement à des enfants, l’application d’une ordonnance fondée sur l’art. 161 à un contrevenant comme l’appellant a manifestement un lien rationnel avec cet objectif. Qui plus est, aucun autre moyen moins attentatoire ne permettrait d’atteindre cet objectif : en somme, le législateur ne peut faire en sorte que la vocation protectrice d’une telle ordonnance s’applique rétrospectivement à un tel contrevenant autrement qu’en prévoyant l’application rétrospective de l’ordonnance à un tel contrevenant. Suivant l’approche restrictive des juges majoritaires, l’examen du caractère minimal de l’atteinte devient en effet inutile. Évidemment, si une telle ordonnance s’appliquait à un contrevenant *différent* de l’appellant (c.-à-d. qui ne présenterait pas le risque de s’en prendre à nouveau sexuellement à des enfants), les volets du lien rationnel et de l’atteinte minimale joueraient leur rôle jusqu’à un certain point dans l’analyse établie par l’arrêt *Oakes*. L’interprétation étroite de l’intention du législateur à laquelle se livrent les juges majoritaires fait en sorte que l’examen du lien rationnel et de l’atteinte minimale que comporte l’analyse de la proportionnalité se limite à se demander si la mesure attentatoire atteint les personnes qu’elle vise, à l’exclusion de la question de savoir si la mesure a un lien rationnel avec l’objectif et si l’atteinte aux droits que la *Charte* garantit aux personnes auxquelles la mesure s’applique légitimement est minimale.

[139] A broader examination of Parliament's purpose is therefore necessary in order to anchor a useful proportionality analysis. The measure that gave rise to the *Charter* infringement, and which should anchor the proportionality analysis, comprises the amendments to s. 161 as a whole. And, as to that measure, I agree with the majority's characterization of its objective as being to "enhance the protection s. 161 affords to children against the risk of harm posed by convicted sexual offenders" (para. 65). The retrospective application of these amendments is rationally connected to that protective purpose, since the risk an offender poses to re-offend sexually against children is not affected by whether the offence occurred before or after the measure's enactment. And, given Parliament's objective of enhancing the protections that s. 161 affords to children, there is no less-impairing alternate measure that would allow for s. 161(1)'s protections to be realized in respect of an offender who committed his or her offence before the amendments came into force and who poses a risk to reoffend.

B. *Balancing Salutory and Deleterious Effects*

[140] I agree with the majority that the final stage of the s. 1 analysis allows courts to "transcend the law's purpose and engage in a robust examination of the law's impact on Canada's free and democratic society" (para. 79). But a robust examination of this impact takes us only so far because, after all, the impact of a provision on a free and democratic society is hardly a measurable thing. The question we are trying to answer is whether "the deleterious effects are out of proportion to the public good achieved by the infringing measure": *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 78. Neither criterion is amenable to demonstrative proof. The final proportionality analysis is tied to the practical impacts and benefits of the law, but what is ultimately being weighed is much more abstract and philosophical: the detriment to *Charter*-protected rights against the public benefit sought. We must therefore

[139] Pour se prononcer utilement sur la proportionnalité, il faut donc rechercher plus largement l'intention du législateur. La mesure attentatoire qui doit être soumise à l'examen consiste dans la totalité des modifications apportées à l'art. 161. Je conviens avec les juges majoritaires que l'objectif de cette mesure est « d'accroître la protection qu'offre aux enfants l'art. 161 contre le risque de préjudice que représentent les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles » (par. 65). L'application rétrospective des dispositions issues des modifications a un lien rationnel avec cette vocation protectrice, car le risque que le contrevenant s'en prenne à nouveau sexuellement à des enfants n'a rien à voir avec le fait que l'infraction a été commise avant ou après l'adoption de la mesure. Et vu l'objectif du législateur d'accroître la protection qu'offre aux enfants l'art. 161, aucune autre mesure moins attentatoire ne ferait jouer la protection offerte par l'art. 161 dans le cas du contrevenant qui a commis l'acte criminel avant l'entrée en vigueur des modifications et qui présente un risque de récidive.

B. *Mise en balance des effets bénéfiques et des effets préjudiciables*

[140] Je conviens avec les juges majoritaires que la dernière étape de l'analyse au regard de l'article premier permet au tribunal de « transcender l'objectif de la règle de droit et [de] se livrer à un examen rigoureux de l'incidence de la règle de droit sur la société libre et démocratique canadienne » (par. 79). Cet examen rigoureux est toutefois limité puisque, après tout, on peut difficilement mesurer l'incidence d'une règle de droit sur une société libre et démocratique. La question à laquelle nous tentons de répondre est celle de savoir si « [l]es effets préjudiciables sont disproportionnés [. . .] aux avantages que l'ensemble de la population en tirera » (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 78). Le respect de l'un ou l'autre de ces critères ne peut être concrètement démontré. La dernière étape de l'examen de la proportionnalité se rattache à l'incidence réelle et aux effets bénéfiques de la règle de droit, mais l'objet de

be careful to avoid insisting upon too strict an evidentiary burden.

[141] With these general comments in mind, I turn to the majority’s proportionality analysis. It suffers, in my respectful view, from several flaws. First, it imposes an evidentiary burden on the state that is impossible to satisfy, especially in the murky area of recidivism risks and criminal law policy. Second, it overstates the deleterious effects of s. 161(1)(c) while understating its salutary effects. Further, the majority’s reasons for upholding the retrospective application of s. 161(1)(d) are, in principle, equally applicable to the retrospective application of s. 161(1)(c). In other words, if the majority’s reasoning on s. 161(1)(d) is accepted, then the retrospective application of s. 161(1)(c) must also be a proportionate limit on the appellant’s s. 11(i) right.

(1) The Evidentiary Burden

[142] The majority stresses — almost to a determinative extent — shortcomings it sees in the Crown’s social science evidence, concluding that while it sufficiently demonstrates that the sought-after “degree of enhanced protection” for children will be achieved by the retrospective operation of s. 161(1)(d), “the rendering remains largely incomplete” in respect of s. 161(1)(c) (para. 92).

[143] This reasoning is troubling in several respects. First, it departs significantly from this Court’s approach to social science evidence and the evidentiary burden borne by the state under s. 1. Social science evidence used to establish legislative facts should ordinarily be adduced through expert witnesses in order to allow its truth to be tested: *Public School Boards’ Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, 2000 SCC 2, [2000] 1

la mise en balance est somme toute de nature beaucoup plus abstraite et philosophique : l’effet préjudiciable sur le droit garanti par la *Charte* comparé à l’effet bénéfique recherché pour la société. Nous devons donc nous garder d’imposer un fardeau de preuve trop strict.

[141] Au vu de ces remarques générales, je passe à l’examen de la proportionnalité par les juges majoritaires, lequel, à mon humble avis, comporte plusieurs lacunes. Premièrement, les juges majoritaires imposent à l’État un fardeau de preuve dont il ne pourra jamais s’acquitter, en particulier pour ce qui concerne le monde nébuleux des risques de récidive et des politiques en matière de droit criminel. Deuxièmement, ils exagèrent les effets préjudiciables de l’al. 161(1)(c) tout en sous-estimant ses effets bénéfiques. En outre, les raisons qu’ils invoquent pour valider l’application rétrospective de l’al. 161(1)(d) valent en principe tout autant pour l’application rétrospective de l’al. 161(1)(c). En d’autres mots, si on fait droit à leur raisonnement concernant l’al. 161(1)(d), l’application rétrospective de l’al. 161(1)(c) doit équivaloir elle aussi à une restriction proportionnée du droit que l’al. 11*i*) garantit à l’appelant.

(1) Le fardeau de preuve

[142] Les juges majoritaires signalent — et ce, de manière presque déterminante dans leurs motifs — les faiblesses de la preuve relevant des sciences sociales produite par le ministère public et concluent que même si cette preuve suffit à démontrer que l’application rétrospective de l’al. 161(1)(d) permet d’atteindre le « degré de protection accrue » à offrir aux enfants, « le tableau demeure largement incomplet » pour ce qui est de l’al. 161(1)(c) (par. 92).

[143] Ce raisonnement est déroutant sous plusieurs rapports. Premièrement, il rompt sensiblement avec l’approche de la Cour à l’égard de la preuve relevant des sciences sociales et du fardeau de preuve que l’article premier impose à l’État. La preuve relevant des sciences sociales censée établir un fait législatif doit normalement être présentée par un témoin expert de façon à permettre la contestation de sa véracité (*Public School Boards’ Assn. of*

S.C.R. 44, at paras. 4-5, per Binnie J. This social science evidence, however, was adduced through a “Brandeis brief”, and is untested by the ordinary truth-seeking processes of a trial. Considerable care should therefore be taken in examining this evidence and drawing inferences — whether favourable or adverse from the state’s standpoint — from it: *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 296, per Bastarache J., writing separate but concurring reasons.

[144] Further, given the complex social context in which Parliament often develops policy — of which the prevention of recidivism in cases of sexual offences against children is clearly an instance — it will sometimes be difficult, if not impossible, for the state to provide reliable and direct evidence of the benefit its measures will achieve. Recidivism rates are derived from statistical extrapolation, psychology, and other elements of social science, which will not always translate easily into proof to the standard of demonstrable justification. As this Court has recognized, “social claims are not always amenable to proof by empirical evidence”: *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3, at para. 144. As a result, “public policy is often made on the basis of incomplete knowledge”: S. Choudhry, “So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*’s Section 1” (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501, at p. 524. The proportionality analysis should therefore be sensitive to policy-makers’ need for a measure of latitude to consider and try previously untried alternatives, particularly when confronting persistent and complex public policy concerns.

[145] This is not to say that these evidentiary difficulties compel acceptance of the Crown’s claims. This Court has held that a rigorous s. 1 analysis may also be accomplished by employing “logic [and] reason” in assessing justifiable limits on *Charter*

Alberta c. Alberta (Procureur général), 2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44, par. 4-5, le juge Binnie). Or, dans la présente affaire, la preuve relevant des sciences sociales a été présentée au moyen d’un « mémoire de Brandeis » et sa véracité n’a pas été contestée dans le cadre du processus habituel de recherche de la vérité qu’est le procès. Une grande prudence est donc de mise lorsqu’il s’agit de considérer une telle preuve et d’en tirer des inférences, qu’elles soient favorables ou non à la thèse de l’État (*M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 296 (le juge Bastarache, motifs concordants)).

[144] Par ailleurs, compte tenu du contexte social complexe dans lequel les politiques du législateur voient souvent le jour — et dont un exemple manifeste est la prévention de la récidive en matière d’infractions sexuelles contre des enfants —, il sera parfois difficile, voire impossible, pour l’État d’avancer une preuve fiable et directe des effets bénéfiques d’une mesure. Les taux de récidive sont établis à partir d’extrapolations statistiques, de données psychologiques et d’autres éléments relevant des sciences sociales qui ne pourront pas toujours se transformer d’emblée en éléments de preuve susceptibles de satisfaire à la norme de la justification démontrable. La Cour reconnaît que « [l]es revendications de nature [. . .] sociale ne se prêtent pas toujours à une preuve empirique » (*Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3, par. 144). Il s’ensuit que [TRADUCTION] « les politiques publiques voient souvent le jour à partir de données incomplètes » (S. Choudhry, « So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*’s Section 1 » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501, p. 524). L’examen de la proportionnalité devrait donc tenir compte de la nécessité qu’un décideur jouisse d’une certaine latitude pour envisager une solution inédite et la mettre à l’essai, surtout lorsqu’il s’attaque à un problème d’intérêt public à la fois persistant et complexe.

[145] Pour autant, de telles difficultés au chapitre de la preuve n’obligent pas le tribunal à faire droit aux prétentions du ministère public. La Cour a statué qu’on pouvait aussi se livrer à une analyse rigoureuse au regard de l’article premier en recourant

rights: *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827, at para. 78; see also *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 503-4, per Sopinka J.; *Keegstra*, at p. 776, per Dickson C.J.; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 107, per Bastarache J.; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at paras. 85-94, per McLachlin C.J.; *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527, at para. 20, per Bastarache J., and paras. 100-103, per Abella J., dissenting. By applying this approach here (instead of demanding empiricism where none can exist), the salutary effects of s. 161(1)(c) become clear, as does the true scope of its deleterious effects.

(2) Salutary and Deleterious Effects of Section 161(1)(c)

[146] The majority says that the retrospective operation of s. 161(1)(c) creates serious deleterious effects at an individual and societal level. At an individual level, it views s. 161(1)(c) as going much further in its potential restrictions of an offender's liberty than did its predecessor, since it “prohibits any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years” (para. 81 (emphasis in original)). It warns that this provision could have the effect of prohibiting offenders from conversing with younger members of his or her family, or that it could prohibit offenders from “freely moving about certain private and public spaces where children are present” (para. 81). At a societal level, the majority says that the retrospective operation of a punitive law “undermines fairness in criminal proceedings and compromises the rule of law” (para. 82) (although this can, of course, be said of any measure which infringes s. 11(i)).

[147] The general restriction on liberty or security of the person which results from retrospectively applied punishment is not, however, relevant to the inquiry under s. 11(i) of the *Charter*. What is

« à la logique [et] à la raison » pour décider si la restriction d'un droit garanti par la *Charte* est justifiable ou non (*Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827, par. 78; voir également *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 503-504 (le juge Sopinka); *Keegstra*, p. 776 (le juge en chef Dickson); *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 107 (le juge Bastarache); *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 85-94 (la juge en chef McLachlin); *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527, par. 20 (le juge Bastarache) et par. 100-103 (la juge Abella, dissidente)). Si la Cour appliquait cette démarche en l'espèce (au lieu d'exiger une preuve empirique alors qu'il n'en existe aucune), les effets bénéfiques de l'al. 161(1)(c) apparaîtraient clairement, et l'étendue véritable de ses effets préjudiciables aussi.

(2) Les effets bénéfiques de l'al. 161(1)(c) et ses effets préjudiciables

[146] Les juges majoritaires estiment que l'application rétrospective de l'al. 161(1)(c) a de sérieux effets préjudiciables sur les plans individuel et social. Sur le plan individuel, ils sont d'avis que l'al. 161(1)(c) va beaucoup plus loin que la disposition qu'il remplace dans la restriction éventuelle du droit du contrevenant à la liberté en ce qu'il « interdi[t] d'avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans » dans un lieu public ou privé (par. 81 (souligné dans l'original)). Ils préviennent que la disposition pourrait interdire au contrevenant de parler avec les jeunes membres de sa famille ou « de se trouver dans un endroit privé ou public où il y a des enfants » (par. 81). Sur le plan social, ils font valoir que l'application rétrospective d'une disposition à caractère punitif « compromet l'équité des procédures criminelles et la primauté du droit » (par. 82) (bien que l'on puisse évidemment dire la même chose de toute mesure qui contrevient à l'al. 11(i)).

[147] La restriction générale du droit à la liberté ou à la sécurité de la personne qui découle d'une peine appliquée rétrospectivement n'a cependant pas à être considérée dans l'analyse que commande

relevant when assessing the deleterious impact upon the offender of a retrospectively applied punitive law is *the degree by which it increases punishment* relative to the original law. For example, a retrospective increase in a mandatory minimum term of incarceration from one year to 14 years would have a greater deleterious impact on offenders and on the rule of law than would a retrospective increase in a fine from \$100 to \$101. But, again, this is because of the relative differences in the degree of increased punishment wrought by such measures, and not because of the general restrictions on liberty or security of the person that they impose. Again, s. 11(i) is not concerned with the nature of the punishment, but with its retrospective increase.

[148] Further, the majority's conclusion regarding the deleterious impact upon the offender's liberty interests is, in my view, overstated.

[149] It is useful to return to the text of s. 161(1)(c):

161 (1) . . . the court that sentences the offender . . . shall consider making and may make, subject to the conditions or exemptions that the court directs, an order prohibiting the offender from

. . . .

(c) having any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years, unless the offender does so under the supervision of a person whom the court considers appropriate

[150] Section 161(1)(c) contains two crucial qualifications which circumscribe its deleterious impact upon an offender's liberty interest. First, the matter is left to the sentencing judge's discretion, both as to whether to impose conditions ("shall consider making and may make"), and as to the tailoring of the conditions themselves ("subject to the conditions or exemptions that the court directs"). Second, a s. 161(1)(c) order — even when imposed without

l'al. 11*i*) de la *Charte*. Ce qui doit être pris en compte pour apprécier l'effet préjudiciable sur le contrevenant d'une disposition à caractère punitif appliquée rétrospectivement c'est *le degré d'accroissement de la peine* par rapport à la disposition antérieure. À titre d'exemple, l'accroissement rétrospectif qui ferait passer une peine d'emprisonnement minimale obligatoire d'un an à 14 ans aurait un effet préjudiciable plus grand sur le contrevenant et sur la primauté du droit que l'accroissement rétrospectif qui ferait passer une amende de 100 \$ à 101 \$. Or, je le répète, il en est ainsi en raison des différents degrés d'accroissement de la peine qui correspondent à ces mesures, et non de la restriction générale du droit à la liberté ou à la sécurité de la personne qui découle de celles-ci. Rappelons que l'analyse au regard de l'al. 11*i*) ne s'intéresse pas à la nature de la peine, mais bien à son accroissement rétrospectif.

[148] Par ailleurs, la conclusion des juges majoritaires concernant l'effet préjudiciable sur le droit à la liberté du contrevenant est à mon sens exagérée.

[149] Considérons à nouveau le texte de l'al. 161(1)(c) :

161 (1) . . . le tribunal qui [. . .] inflige une peine [au contrevenant] [. . .], sous réserve des conditions ou exemptions qu'il indique, peut interdire au contrevenant

. . . .

c) d'avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans, à moins de le faire sous la supervision d'une personne que le tribunal estime convenir en l'occurrence.

[150] L'alinéa 161(1)(c) renferme deux éléments cruciaux qui circonscrivent son effet préjudiciable sur le droit à la liberté du contrevenant. D'abord, le juge se voit conférer un pouvoir discrétionnaire lui permettant à la fois de prononcer une interdiction (« peut interdire au contrevenant ») et d'adapter celle-ci (« sous réserve des conditions ou exemptions qu'il indique »). Ensuite, l'interdiction prononcée sur le fondement de l'al. 161(1)(c) —

other conditions or exemptions — still contains the internal qualification that the prohibition of contact with a person under the age of 16 years only applies to such contact which occurs without the “supervision of a person whom the court considers appropriate”.

[151] In other words, an offender who seeks to interact with, for example, younger members of his or her family, may do so either by seeking an exemption or under the supervision of a person the court considers appropriate. Similarly — and assuming that, as the majority suggests, freely moving about in a public space where children are present is sufficient to constitute “contact” or to risk “contact” (a suggestion to which I return below) — were an offender to provide a legitimate reason for being in a public space where children are present, that offender may obtain an exemption for that particular place, or may be in that place under the supervision of a person the court considers appropriate. In determining whether such exemptions are appropriate, the sentencing court must of course consider the danger the offender poses to re-offend sexually against children. But the point is that s. 161(1)(c) gives a sentencing judge the tools to ensure that the offender’s liberty is not restricted more than is necessary to mitigate that offender’s risk.

[152] As to the meaning of “contact”, the majority’s assessment of the deleterious effects of s. 161(1)(c)’s retrospective application largely rests on an overly expansive interpretation of the meaning of “contact” in s. 161(1)(c). More to the point, the majority’s suggestion that merely “moving about” in a public space where children are present constitutes or risks “contact” represents a strained interpretation of the scope of the restriction on contact, and is directly at odds with the well-established principle that the criminal law’s prohibitions on conduct should be construed strictly: *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at paras. 38-39, per Lamer C.J. To the extent, therefore, that the meaning of “contact” is ambiguous, it “must be interpreted in

assortie ou non de conditions ou d’exemptions — renferme toujours un élément intrinsèque qui fait en sorte que l’interdiction d’avoir des contacts avec une personne âgée de moins de 16 ans ne vaut que pour les contacts qui ont lieu sans la « supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence ».

[151] Autrement dit, le contrevenant qui souhaite interagir avec, par exemple, un jeune membre de sa famille peut le faire moyennant une exemption ou sous la supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence. De même — et à supposer, comme le laissent entendre les juges majoritaires, que le fait de se trouver dans un lieu privé ou public où il y des enfants suffise pour qu’il y ait « contacts » ou risque de « contacts » (ce sur quoi je reviendrai) —, le contrevenant qui avancerait un motif légitime de se trouver dans un lieu public où il y a des enfants pourrait obtenir une exemption pour ce lieu en particulier ou pourrait s’y trouver sous la supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence. Pour décider de l’opportunité d’une telle exemption, le juge qui détermine la peine doit bien sûr tenir compte du risque que le contrevenant récidive et s’en prenne à nouveau sexuellement à des enfants. L’alinéa 161(1)c) lui offre donc des avenues pour faire en sorte que le droit à la liberté du contrevenant ne soit pas restreint plus qu’il ne le faut pour atténuer le risque qu’il représente.

[152] En ce qui a trait au sens du mot « contacts » employé à l’al. 161(1)c), l’appréciation par les juges majoritaires des effets préjudiciables de l’application rétrospective de l’alinéa repose en grande partie sur une interprétation indûment libérale de ce mot. Plus précisément, leur affirmation selon laquelle le simple fait de « se trouver » dans un lieu public où il y a des enfants équivaut à « avoir des contacts » ou présente un risque d’« avoir des contacts » revient à forcer l’interprétation de la portée de l’interdiction des contacts et va directement à l’encontre du principe bien établi en droit criminel voulant que l’interdiction d’une conduite doive être interprétée restrictivement (*R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 38-39, le juge en chef Lamer).

the manner most favourable to accused persons”: *McIntosh*, at para. 39.

[153] While overstating the deleterious effects of s. 161(1)(c)’s retrospective operation, the majority also understates its salutary effects. The risk that some offenders pose to reoffend sexually against children simply cannot be mitigated by the original version of s. 161(1). The appellant presents an example of this. Having committed several designated offences against his infant daughter, he was found by the sentencing judge to pose a “substantial” risk to reoffend sexually against children. While s. 161(1)(a) would have allowed the sentencing judge to restrict the offender’s presence in specified public places such as public parks and public swimming areas in which children are present or could reasonably be expected to be present, the sentencing judge could not tailor a s. 161(1) order to restrict the appellant’s ability to interact with children in private. But this is, of course, precisely where the appellant and other similar offenders pose the greatest risk to children. The evidence before Parliament showed that (1) of the children of the age of five years and less who were the victims of sexual offences in 2009, approximately 60% of boys and 70% of girls were victimized by family members; and (2) most victims under the age of 16 were victimized by family members or acquaintances. Far from “speculative” (para. 95), then, the salutary effects of s. 161(1)(c)’s retrospective operation seem manifest. It restricts an offender whose offences predate the amendments to s. 161(1)(c) from having unsupervised access to children, both in private and in public, where the sentencing judge determines that such a condition is necessary to address a risk that the offender will commit further sexual offences against children.

Dès lors, dans la mesure où le mot « contacts » n’a pas un sens clair, il « faut [l’]interpréter [. . .] de la façon qui favorisera le plus l’accusé » (*McIntosh*, par. 39).

[153] S’ils exagèrent les effets préjudiciables de l’application rétrospective de l’al. 161(1)c), les juges majoritaires sous-estiment ses effets bénéfiques. Le risque que certains contrevenants récidivent et s’en prennent à nouveau sexuellement à des enfants ne peut tout simplement pas être réduit en appliquant la version antérieure du par. 161(1). L’appelant en est un bon exemple. Comme il avait perpétré plusieurs infractions énumérées à l’encontre de sa propre fillette, le juge a estimé qu’il existait un risque [TRADUCTION] « important » qu’il récidive et s’en prenne à nouveau sexuellement à des enfants. L’alinéa 161(1)a) aurait certes permis au juge de lui interdire de se rendre dans certains lieux publics, tel un parc ou un lieu de baignade fréquenté par des enfants ou dont on peut raisonnablement s’attendre à ce qu’il soit fréquenté par des enfants, mais il n’aurait pu adapter l’interdiction fondée sur le par. 161(1) de manière à l’empêcher d’interagir avec des enfants dans un lieu privé. Or, c’est précisément là où l’appelant et d’autres délinquants du même acabit présentent le risque le plus grand pour les enfants. Selon la preuve dont disposait le législateur, (1) parmi les enfants de cinq ans et moins qui ont été victimes d’infractions sexuelles en 2009, environ 60 p. 100 des garçons et 70 p. 100 des filles l’ont été aux mains de membres de leur famille et (2) la plupart des victimes de moins de 16 ans ont subi leur triste sort aux mains de membres de leur famille ou de connaissances. Ainsi, loin d’être « conjecturaux » (par. 95), les effets bénéfiques de l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) paraissent manifestes. Cette dernière empêche le contrevenant dont les actes criminels sont antérieurs à la modification de l’al. 161(1)c) d’avoir accès sans supervision à des enfants, que ce soit dans un lieu privé ou public, lorsque le juge qui détermine la peine estime qu’une interdiction en ce sens est nécessaire pour contrer le risque que le contrevenant commette à nouveau des infractions sexuelles contre des enfants.

[154] The majority’s consideration of the deleterious effects of the retrospective operation of this provision also views as significant the “dearth of a compelling temporal justification” for s. 161(1)(c)’s retrospective operation, in the sense that “there appears to have been little change in the nature and degree of risk facing children since the last time s. 161(1) was amended” (para. 83). But with respect, and even assuming this concern could fairly be characterized as “temporal” in nature, this is not the sort of temporal concern that s. 11(i) engages, being the retrospective application of punishment. The majority, is, in substance, questioning whether Parliament’s objective — which the majority has already found to have met the “pressing and substantial” objective requirement of *Oakes* — was pressing and substantial. Further, even if this “temporal justification” were an appropriate consideration at this stage of the analysis, it should not be virtually determinative when assessing the deleterious impact of a retrospective punishment. Bearing in mind that the record indicates that Parliament was responding to what it believed to be a grave social harm — which harm the majority acknowledges as persistent — it is worth recalling this Court’s statement in *Keegstra* (at p. 776, per Dickson C.J.) that it is “well accepted that Parliament can use the criminal law to prevent the risk of serious harms”. It does not matter whether that risk has remained constant or increased, or whether it is longstanding or emerging. This Court has never, for example, required the Crown to advance a compelling “temporal” justification to uphold *Charter*-infringing impaired driving legislation by showing that the persistent social harm of impaired driving has taken a turn for the worse: see, e.g., *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187 (upholding the presumption of identity in s. 258(1)(d.1) of the *Criminal Code*). Parliament should be entitled, within constitutional limits, to innovate in finding a solution to chronic harms, irrespective of whether the incidence of such harms has remained stable, increased, or even declined.

[154] Dans leur examen des effets préjudiciables, les juges majoritaires tiennent également pour importante « [l]’inexistence d’une justification d’ordre temporel convaincante » de l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) en ce sens que « la nature et le degré du risque auquel sont exposés les enfants semblaient avoir peu changé depuis la modification précédente du par. 161(1) » (par. 83). Mais, soit dit en tout respect, à supposer même que cette préoccupation puisse être « d’ordre temporel », il ne s’agit pas du genre de préoccupation « d’ordre temporel » qui intéresse l’al. 11*i*), à savoir l’application rétrospective d’une peine. Les juges majoritaires remettent essentiellement en cause l’objectif du législateur, dont ils estiment pourtant qu’il est « urgent et réel » suivant le critère de l’arrêt *Oakes*. En outre, même s’il convenait à ce stade de l’analyse de se pencher sur l’existence d’une « justification d’ordre temporel », cette considération ne devrait pas être déterminante, pour ainsi dire, dans l’appréciation de l’effet préjudiciable d’une peine d’application rétrospective. Gardant présent à l’esprit que, selon le dossier, le législateur s’attaquait à ce qui constituait selon lui un grave préjudice social — un préjudice que les juges majoritaires tiennent pour persistant —, il vaut la peine de rappeler les propos de la Cour dans l’arrêt *Keegstra* (p. 776, le juge en chef Dickson) selon lesquels il est « généralement reconnu que le Parlement peut se servir du droit criminel pour prévenir le risque de préjudices graves ». Peu importe que le risque soit demeuré constant ou se soit accru, ou qu’il existe de longue date ou depuis peu. Par exemple, la Cour n’a jamais exigé, pour valider une disposition sur la conduite en état d’ébriété qui contrevenait à la *Charte*, que le ministère public établisse l’existence d’une justification « d’ordre temporel » convaincante et démontre l’aggravation du préjudice persistant causé par la conduite en état d’ébriété (voir p. ex. *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3; *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187 (confirmant la présomption d’identité prévue à l’al. 258(1)d.1) du *Code criminel*). Le législateur devrait pouvoir, à l’intérieur des limites fixées par la Constitution, faire preuve d’innovation dans la recherche d’une solution à un préjudice chronique, peu importe que l’incidence de ce préjudice soit demeurée stable, ait augmenté ou ait même diminué.

[155] To be clear, nobody doubts that s. 11(i) deals with temporal considerations, because, as the majority says, it is “about the *timing* of changes to penal laws” (para. 93 (emphasis in original)). But the “temporal” concern identified by the majority speaks more (if not exclusively) to the pressing and substantial nature of Parliament’s objective than it does to the deleterious effects of retrospective punishment on the rule of law (e.g. para. 93: “. . . temporal factors that may help explain Parliament’s rationale . . .”). All retrospective changes to the law derogate from the rule of law, irrespective of Parliament’s reasons for enacting them. All retrospective punishment is imposed without fair warning, denying a person “the opportunity to know what is expected of her and to decide what to do in light of that knowledge”: D. Lyons, *Ethics and the rule of law* (1984), at p. 75. In every such case, and even where the majority’s concern about whether there has been “change in the nature and degree of risk” (para. 83) is assuaged, the rule of law is harmed: see L. L. Fuller, *The Morality of Law* (rev. ed. 1969), at pp. 53-54; C. Sampford, *Retrospectivity and the Rule of Law* (2006), at p. 81. The relevance of this concern driving the majority’s assessment of the deleterious impacts on the rule of law in this case is therefore far from evident.

(3) Inconsistent Treatment of Paragraphs (c) and (d)

[156] I also observe that, apart from the matter of “temporal” justifications which I have just addressed, all the reasons identified by the majority in support of its conclusion that the limit imposed on the appellant’s s. 11(i) right by the retrospective application of s. 161(1)(d) is justified are equally applicable to the retrospective application of s. 161(1)(c).

[157] In this regard, the majority observes in respect of s. 161(1)(d) that the harms at stake are

[155] Précisons que nul ne doute que les considérations d’ordre temporel importent pour les besoins de l’al. 11*i* puisque, comme le disent les juges majoritaires, celui-ci « s’intéresse [. . .] au *moment où intervient* la modification d’une disposition à caractère punitif » (par. 93 (en italique dans l’original)). Or, cette préoccupation que relèvent mes collègues a plus (sinon seulement) à voir avec la nature urgente et réelle de l’objectif du législateur qu’avec les effets préjudiciables d’une peine d’application rétrospective sur la primauté du droit (p. ex. au par. 93 : « . . . les considérations d’ordre temporel qui sont susceptibles d’expliquer la décision du législateur . . . »). Toute modification apportée rétrospectivement à une règle de droit porte atteinte à la primauté du droit, quelle que soit la motivation du législateur. Toute peine d’application rétrospective est infligée sans que le contrevenant n’ait pu vraiment savoir qu’il en était passible et a privé ce dernier de [TRADUCTION] « la possibilité de savoir ce qu’on attendait de lui et d’agir en conséquence » (D. Lyons, *Ethics and the rule of law* (1984), p. 75). Chaque fois alors, même lorsque les juges majoritaires se soucient moins de savoir si « la nature et le degré du risque [ont] changé » (par. 83), la primauté du droit est compromise (voir L. L. Fuller, *The Morality of Law* (éd. rév. 1969), p. 53-54; C. Sampford, *Retrospectivity and the Rule of Law* (2006), p. 81). La pertinence de cette préoccupation qui sous-tend l’appréciation, par les juges majoritaires, des effets préjudiciables de la mesure sur la primauté du droit en l’espèce est donc loin d’aller de soi.

(3) Analyse différente des al. c) et d)

[156] Outre la question de l’existence d’une justification « d’ordre temporel », examinée précédemment, je remarque aussi que toutes les raisons invoquées par les juges majoritaires à l’appui de leur conclusion selon laquelle est justifiée la restriction du droit que l’al. 11*i* garantit à l’appelant, du fait de l’application rétrospective de l’al. 161(1)(d), valent également pour l’application rétrospective de l’al. 161(1)(c).

[157] Les juges majoritaires signalent que, pour ce qui concerne l’al. 161(1)(d), les préjudices en jeu

“particularly powerful”; that the statutory regime “is highly tailored and discretionary”; and that the Internet prohibition is “not among the most onerous punishments, such as increased incarceration” (para. 114). But each of these reasons support the conclusion that the retrospective operation of s. 161(1)(c) is justified as well. Section 161(1)(c) addresses precisely the same “particularly powerful” concern as does s. 161(1)(d), being sexual offences against children. The condition in s. 161(1)(c), as I have explained, is also “highly tailored and discretionary”, since it is imposed only where the sentencing judge deems it necessary, and also since it is subject to such exemptions as the sentencing judge sees fit to allow. And the punishment imposed by s. 161(1)(c) is “not among the most onerous punishments, such as increased incarceration”, since it prohibits an offender only from having unsupervised contact with a child. It therefore follows that, if the retrospective operation of s. 161(1)(d) is a proportional and justified limit on an offender’s s. 11(i) right, the retrospective operation of s. 161(1)(c) must be as well.

(4) The Proper Balancing

[158] I accept that the retrospective operation of the amendments to s. 161(1) works a relative increase in punishment that is not trivial. Section 161(1)(c)’s conditions on unsupervised contact with children regardless of location is more restrictive than the conditions imposable under the original provision. And s. 161(1)(d)’s restriction on Internet access goes much further in restricting an offender’s use of computers than did the original provision. I also accept that, like any other s. 11(i) infringement, the retrospective operation of each has a deleterious impact on the rule of law and fairness in the criminal justice system, as each signifies an increase in possible punishment without notice to the individual.

sont « particulièrement convaincants », le régime législatif « a une portée très bien circonscrite et confère un pouvoir discrétionnaire » et l’interdiction d’utiliser Internet « ne fait pas partie des sanctions les plus lourdes, telle la peine d’emprisonnement accrue » (par. 114). Pourtant, chacune de ces raisons appuie la conclusion selon laquelle l’application rétrospective de l’al. 161(1)(c) est elle aussi justifiée. L’alinéa 161(1)(c) s’attaque précisément au même préjudice « particulièrement convaincant » que l’al. 161(1)(d), à savoir les infractions sexuelles contre les enfants. Comme je l’explique précédemment, l’interdiction que prévoit l’al. 161(1)(c) est elle aussi « très bien circonscrite et [relève du] pouvoir discrétionnaire », puisqu’elle n’est prononcée que lorsque le juge qui détermine la peine conclut qu’elle est nécessaire et, également, qu’elle fait l’objet de toute exemption que le juge indique. Et la peine infligée par l’al. 161(1)(c) « ne fait pas partie des sanctions les plus lourdes, telle la peine d’emprisonnement accrue », car elle interdit seulement au contrevenant d’avoir des contacts non supervisés avec un enfant. Dès lors, si l’application rétrospective de l’al. 161(1)(d) constitue une restriction proportionnée et justifiée du droit que l’al. 11*i* garantit au contrevenant, il doit en aller de même pour l’application rétrospective de l’al. 161(1)(c).

(4) La mise en balance qui s’impose

[158] Je reconnais que l’application rétrospective des dispositions issues des modifications apportées au par. 161(1) entraîne un accroissement relatif de la peine qui n’est pas négligeable. L’interdiction que l’al. 161(1)(c) fait au contrevenant d’avoir des contacts non supervisés avec un enfant, peu importe le lieu, est plus restrictive que celle qui pouvait résulter de l’application de la disposition antérieure. Et l’interdiction d’utiliser Internet prévue à l’al. 161(1)(d) a une bien plus grande portée que celle d’utiliser un ordinateur que prévoyait la disposition antérieure. Je reconnais également que, comme n’importe quelle atteinte au droit garanti par l’al. 11*i*), l’application rétrospective de chacune des dispositions a un effet préjudiciable sur la primauté du droit et sur l’équité du système de justice criminelle, chacune d’elle emportant l’infliction éventuelle d’une peine accrue dont l’intéressé ne se savait pas passible.

[159] As for salutary effects, the evidence before Parliament and before this Court shows that a significant number of offenders convicted of designated sexual offences pose a risk to reoffend sexually against children. It also shows that most child victims are known to sexual offenders — they are not strangers taken from a public place, the victims of random chance. And it shows that Internet-based offending is rapidly increasing, which could realistically result in contact-based offences being committed against a child. Finally, it shows that the previous version of s. 161(1) could not address either of these issues — unsupervised contact with a child whether the child is known to the offender or not, and unsupervised access to the Internet for offenders who are likely to use the Internet to facilitate sexual offending.

[160] Balancing these deleterious and salutary effects at the proportionality stage of the s. 1 analysis entails, as the majority recognizes, “difficult value judgments” (para. 79). This is never a “neutral utilitarian calculus”: *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985), at p. 369, per Brennan J., dissenting in part. Despite claims to the contrary (see D. M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (2004), at pp. 166-69; A. Barak, “Proportionality and Principled Balancing” (2010), 4 *L. & Ethics Hum. Rts.* 1 (abstract)), undertaking a proportionality analysis does not entail making a truly objective calculation, because it requires the court to weigh incommensurables — in this case, to weigh the deleterious impact on the sexual offender and on the rule of law against the possible benefit of protecting children from sexual offenders.

[161] Despite the impossibility of weighing incommensurables objectively, a reviewing court must nevertheless come to a reasoned conclusion. In my view, the salutary effects pursued are worth the cost in rights limitation: the harms sought to be addressed are grave, persistent, and worthy of Parliament’s efforts in the criminal law realm. The

[159] Quant aux effets bénéfiques, il appert de la preuve dont disposait le législateur et qui figure au dossier de la Cour qu’un nombre élevé d’auteurs d’infractions sexuelles énumérées sont susceptibles de récidiver et de s’en prendre à nouveau sexuellement à des enfants. Elle montre par ailleurs que la plupart des jeunes victimes sont connues des délinquants sexuels, qu’elles ne sont pas choisies au hasard dans un lieu public. Elle nous apprend en outre que la criminalité liée à Internet s’accroît rapidement, ce qui pourrait effectivement mener à la perpétration d’infractions liées aux contacts. Enfin, selon la preuve, la version antérieure du par. 161(1) ne pouvait réprimer aucun de ces actes, soit les contacts non supervisés avec des enfants, connus ou non du contrevenant, et l’accès non supervisé à Internet par un contrevenant susceptible d’utiliser la toile pour faciliter la commission d’une infraction sexuelle.

[160] La mise en balance de ces effets préjudiciables et de ces effets bénéfiques à l’étape de l’examen de la proportionnalité que comporte l’analyse au regard de l’article premier suppose, comme le reconnaissent les juges majoritaires, « des jugements de valeur difficiles » (par. 79). Il ne s’agit jamais d’un [TRADUCTION] « calcul utilitaire objectif » (*New Jersey c. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985), p. 369, le juge Brennan, dissident en partie). Malgré les prétentions qui vont dans le sens contraire (voir D. M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (2004), p. 166-169; A. Barak, « Proportionality and Principled Balancing » (2010), 4 *L. & Ethics Hum. Rts.* 1 (résumé)), l’examen de la proportionnalité ne comporte pas de véritable calcul objectif, car le tribunal doit soupeser des choses non mesurables, en l’occurrence l’effet préjudiciable sur le délinquant sexuel et sur la primauté du droit par rapport à l’effet bénéfique possible de la protection des enfants contre les délinquants sexuels.

[161] Malgré l’impossibilité de soupeser objectivement des choses non mesurables, le tribunal de révision doit néanmoins arriver à une conclusion raisonnée. Selon moi, les effets bénéfiques escomptés justifient la restriction du droit: les préjudices que l’on cherche à contrer sont graves et persistants et justifient la prise de mesures législatives

provisions are sufficiently tailored so that no offenders' s. 11(i) rights will be unduly limited — it is only those offenders who pose a risk to reoffend against children who will be subject to a s. 161(1) order, and it is only those offenders who pose a risk to reoffend either through unsupervised access to children or unsupervised use of the Internet who will be retrospectively subject to the impugned provisions. Neither of the impugned provisions works a drastic increase in the punishment imposed. On balance, the potential salutary effect of the retrospective operation of s. 161(1)(c) and s. 161(1)(d) of better protecting children from all sexual offenders who pose a risk to reoffend sexually against them, regardless of when the offender committed a designated offence, outweighs the modest impact on fairness and the rule of law.

III. Conclusion

[162] In my view, the retrospective operation of s. 161(1)(c) is a justified infringement on the appellant's s. 11(i) right. I would therefore dismiss the appeal and affirm the s. 161(1) order imposed by the majority of the Court of Appeal.

Appeal allowed in part, ABELLA and BROWN JJ. dissenting in part.

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

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

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

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

relevant du droit criminel. La portée des dispositions est suffisamment circonscrite pour que les droits du contrevenant garantis par l'al. 11*i*) ne soient pas indûment restreints. Ce ne sont en effet que les contrevenants susceptibles de récidiver et de s'en prendre à nouveau à des enfants qui font l'objet d'une interdiction fondée sur le par. 161(1) et ce ne sont que les contrevenants susceptibles de récidiver soit par l'accès non supervisé à des enfants, soit par l'utilisation non supervisée d'Internet qui feront l'objet de l'application rétrospective des dispositions en cause. Ni l'une ni l'autre de ces dernières n'emportent un accroissement draconien de la peine infligée. Tout bien considéré, l'effet bénéfique potentiel de l'application rétrospective des al. 161(1)c) et d) qui réside dans la protection accrue des enfants contre tous les délinquants sexuels susceptibles de récidiver et de s'en prendre à nouveau à eux, peu importe le moment où le contrevenant a commis l'acte criminel, prime l'effet modéré qui en résulte sur l'équité des procédures criminelles et sur la primauté du droit.

III. Conclusion

[162] À mon sens, l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) constitue une atteinte justifiée au droit que l'al. 11*i*) garantit à l'appelant. Je serais donc d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance des juges majoritaires de la Cour d'appel fondée sur le par. 161(1).

Pourvoi accueilli en partie, les juges ABELLA et BROWN sont dissidents en partie.

Procureurs de l'appelant : Eric Purtzki, Vancouver; Garth Barriere, Vancouver.

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

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

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

Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal: Desrosiers, Joncas, Nouraie, Massicotte, Montréal.

Solicitors for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: John Norris, Toronto; University of Toronto Faculty of Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Henein Hutchison, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal : Desrosiers, Joncas, Nouraie, Massicotte, Montréal.

Procureurs de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : John Norris, Toronto; University of Toronto Faculty of Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Henein Hutchison, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : McCarthy Tétrault, Vancouver.