

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Rosaire Poulin *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Association québécoise des avocats et avocates de la défense and Criminal Lawyers' Association
Intervenors

INDEXED AS: R. v. POULIN

2019 SCC 47

File No.: 37994.

2019: March 25; 2019: October 11.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Benefit of lesser punishment — Offender convicted of historical sexual offences — Offender asserting constitutional right to receive sentence not available in Criminal Code at time of commission of offences or time of sentencing, but only for discrete period between those two times — Whether offender has right to benefit only of punishment applicable at time of offence and time of sentencing or right to benefit of any punishment applicable during the interval between those two times — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(i).

Criminal law — Appeals — Mootness — Death of respondent — Respondent passing away after leave to appeal granted but prior to hearing of appeal — Whether Court should exercise discretion to hear appeal.

P was found guilty in 2016 of historical sexual offences committed between 1979 and 1987 when the complainant was 7 to 15 years old and P was 44 to 51 years old. The sentencing judge sentenced P to a conditional sentence of two years less a day for two counts of gross indecency. A conditional sentence could not be imposed

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Rosaire Poulin *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario, Association québécoise des avocats et avocates de la défense et Criminal Lawyers' Association
Intervenants

RÉPERTORIÉ : R. c. POULIN

2019 CSC 47

N° du greffe : 37994.

2019 : 25 mars; 2019 : 11 octobre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown et Martin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Bénéfice de la peine la moins sévère — Contrevenant déclaré coupable d'infractions d'ordre sexuel historiques — Revendication par le contrevenant du droit constitutionnel de se voir infliger une peine qui n'était prévue au Code criminel ni au moment de la perpétration des infractions ni à celui de la sentence, mais seulement au cours d'une période précise entre ces deux moments — Le contrevenant a-t-il le droit de bénéficier uniquement de la peine applicable au moment de l'infraction et à celui de la sentence ou le droit de bénéficier de toute peine applicable durant l'intervalle entre ces deux moments? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11i).

Droit criminel — Appels — Caractère théorique — Décès de l'intimé — Décès de l'intimé après l'octroi de l'autorisation d'appel mais avant l'audition du pourvoi — La Cour devrait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre le pourvoi?

En 2016, P a été reconnu coupable d'infractions d'ordre sexuel historiques commises entre 1979 et 1987 à l'époque où le plaignant était âgé entre 7 et 15 ans et qu'il avait lui-même entre 44 et 51 ans. Le juge chargé de la détermination de la peine a condamné P à une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour pour deux chefs

as a punishment when P committed his acts of gross indecency — it only became available as a form of sentence in 1996. Furthermore, the parties agreed that it was no longer applicable to the offence of gross indecency, according to the provisions in force, by the time P was charged, convicted and sentenced. In imposing a conditional sentence on P, the judge considered that s. 11(i) of the *Charter* entitled P to the benefit of a lesser sentence that was available in the interval between the commission of the offences and P's sentencing. The Court of Appeal dismissed the Crown's appeal, holding that s. 11(i) gave P the right to a conditional sentence. Shortly before the hearing of the Crown's appeal before the Court, P passed away. The appeal proceeded nonetheless, accompanied by a Crown motion for the Court to adjudicate the appeal even though it had become factually moot.

Held (Abella, Karakatsanis and Brown JJ. dissenting): The motion to proceed with the appeal and the appeal should be allowed.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Côté and Martin JJ.: This is one of those rare and exceptional cases in which the Court ought to exercise its discretion to adjudicate a moot criminal appeal. First, the Court has had the benefit of adversarial submissions in this case. Second, the Crown's appeal raises an important constitutional question that has not yet received comprehensive treatment in the jurisprudence. Third, the proper interpretation of s. 11(i) of the *Charter* is a legal issue of general public importance which transcends P's death. Fourth, the value of the Court's ruling on the proper interpretation of s. 11(i) clearly outweighs any concerns about limited judicial resources. It is much more efficient and fair for the Court to decide this question of national importance now, rather than cause future litigants and lower courts to expend further resources debating this question until, inevitably, it reaches the Court anew. Finally, it is for the courts, not Parliament, to define the scope of *Charter* rights. The Court would therefore not be intruding on the legislative role by answering the question put to it.

A purposive analysis of s. 11(i) of the *Charter* leads to the conclusion that an offender is not entitled to the benefit

de grossière indécence. Une peine d'emprisonnement avec sursis ne pouvait être infligée quand P a commis ses actes de grossière indécence; l'emprisonnement avec sursis n'est devenu une peine applicable qu'en 1996. En outre, les parties ont convenu que ce type de peine ne s'appliquait plus à l'infraction de grossière indécence, d'après les dispositions en vigueur, lorsque P a été accusé, déclaré coupable et condamné. En infligeant une peine d'emprisonnement avec sursis à P, le juge a considéré que l'al. 11*i*) de la *Charte* accordait à P le droit de bénéficier de la peine la moins sévère qui pouvait être infligée pour sanctionner ses infractions dans l'intervalle entre le moment où celles-ci ont été perpétrées et celui de sa sentence. La Cour d'appel a rejeté l'appel du ministère public et conclu que l'al. 11*i*) conférait à P le droit à une peine d'emprisonnement avec sursis. P est décédé peu avant que la Cour entende le pourvoi du ministère public. Le pourvoi a néanmoins été instruit et le ministère public a présenté une requête visant à ce que la Cour tranche le pourvoi même s'il est désormais théorique sur le plan factuel.

Arrêt (les juges Abella, Karakatsanis et Brown sont dissidents) : La requête en vue de la poursuite de l'instance et le pourvoi sont accueillis.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté et Martin : Le présent pourvoi constitue l'un de ces cas où la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher un pourvoi en matière criminelle devenu théorique, ce qu'elle fait rarement et à titre exceptionnel. Premièrement, la Cour a eu l'avantage d'entendre des observations contradictoires en l'espèce. Deuxièmement, le pourvoi du ministère public soulève une question constitutionnelle importante qui n'a pas encore été traitée à fond dans la jurisprudence. Troisièmement, l'interprétation juste de l'al. 11*i*) de la *Charte* est une question de droit d'intérêt général qui transcende le décès de P. Quatrièmement, la valeur de la décision de la Cour sur l'interprétation appropriée de l'al. 11*i*) l'emporte sans conteste sur toute préoccupation quant aux ressources judiciaires limitées. Il est beaucoup plus efficace et juste que la Cour tranche aujourd'hui cette question d'importance nationale que d'obliger les futurs plaideurs et les tribunaux d'instance inférieure à consacrer des ressources supplémentaires au débat de cette question jusqu'à ce que celle-ci soit inévitablement soumise à la Cour de nouveau. Enfin, il incombe aux tribunaux, et non au législateur, de définir la portée des droits garantis par la *Charte*. La Cour n'empiéterait donc pas sur le rôle du législateur en tranchant la question dont elle est saisie.

Une analyse téléologique de l'al. 11*i*) de la *Charte* mène à la conclusion qu'un contrevenant n'a pas droit

of a temporary reduction in punishment which occurred in the interval between the time of commission and the time of sentencing. Section 11(i) confers a binary right, not a global one. A binary right involves a comparison of the punishments under the laws in force at two set points in time (commission of the offence and sentencing) and the right to receive the lesser of these punishments. By contrast, a global right involves a review of all punishments that have existed for the offence between its commission and sentencing, and the right to receive the least severe punishment in that entire span of time. The language and origins of s. 11(i) both confirm the purposes of s. 11(i) — namely the rule of law and fairness — and indicate that s. 11(i) is intended to confer a binary right.

A *Charter* right must be interpreted purposively — that is, in a manner that is justified by its purposes. Purposive interpretation can be mistakenly conflated with generous interpretation. While *Charter* rights must be interpreted in a large and liberal manner, they are ultimately bounded by their purposes. Courts that have given s. 11(i) a global reading have fallen into the error of prioritizing generosity over purpose. Rather than identifying the principles or purposes underlying s. 11(i), they have simply concluded that s. 11(i) should be given the interpretation most generous to the accused. However, the principle that a provision bearing more than one plausible meaning must be read in a manner that favours the accused is not a principle of *Charter* interpretation. It is a principle of penal statutory interpretation. Reading s. 11(i) in a manner that would require the court to impose the most favourable punishment identifiable in the interval between the offence and sentencing does not reflect the kind of generous interpretation that *Charter* rights should receive. Rather, it reflects an unduly generous interpretation, disconnected from the purposes of the right.

When conducting a purposive analysis of a *Charter* right, the starting point must be the language of the section. Section 11(i) was worded to confer a binary right. The origins of s. 11(i) corroborate this conclusion. While the origins of s. 11(i) are not determinative of the right's proper scope, they provide an instructive starting point. A review of s. 11(i)'s historical context reveals that there was nothing to inspire a global right at the time of its drafting and enactment. A global right was not part of the legal landscape; the common law certainly did not recognize

au bénéfice d'un adoucissement temporaire de la peine survenu dans l'intervalle entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence. L'alinéa 11*i*) confère un droit binaire et non un droit global. Un droit binaire repose sur une comparaison des peines prévues par les lois en vigueur à deux moments précis (soit entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence) et le droit de bénéficier de la moins sévère de ces peines. À l'inverse, un droit global repose sur un examen de toutes les peines prévues pour sanctionner l'infraction entre le moment de sa perpétration et celui de la sentence et le droit de bénéficier de la peine la moins sévère qui soit durant l'ensemble de la période visée. Tant le libellé que les origines de l'al. 11*i*) confirment les objectifs qui le sous-tendent — soit la primauté du droit et l'équité — et indiquent que l'al. 11*i*) vise à conférer un droit binaire.

Un droit garanti par la *Charte* doit être interprété téléologiquement, c'est-à-dire d'une façon qui est justifiée par ses objets. L'interprétation téléologique et l'interprétation libérale peuvent être confondues à tort. Bien que les droits garantis par la *Charte* doivent être interprétés de façon large et libérale, ils sont, au bout du compte, subordonnés à leurs objets. Les tribunaux qui ont donné à l'al. 11*i*) une interprétation globale ont fait l'erreur d'accorder la priorité à la libéralité de l'interprétation plutôt qu'à l'objet. Au lieu de relever les principes ou les objets qui sous-tendent l'al. 11*i*), ils ont tout simplement conclu qu'il fallait donner à l'al. 11*i*) l'interprétation la plus favorable à l'accusé. Toutefois, le principe selon lequel une disposition ayant plus d'une signification plausible doit être interprétée d'une manière favorable à l'accusé ne constitue pas un principe d'interprétation de la *Charte*. Il s'agit plutôt d'un principe d'interprétation législative pénale. Une interprétation de l'al. 11*i*) qui obligerait le tribunal à infliger la peine la plus favorable parmi celles qui se sont appliquées dans l'intervalle entre le moment de la perpétration de l'infraction et le moment de la sentence ne correspond pas au type d'interprétation libérale qui devrait être faite des droits garantis par la *Charte*. Il s'agit plutôt d'une interprétation excessivement libérale, sans rapport avec les objets du droit.

Lorsque l'on procède à une analyse téléologique d'un droit garanti par la *Charte*, il faut tout d'abord se pencher sur le libellé de la disposition en cause. L'alinéa 11*i*) a été rédigé de façon à conférer un droit binaire, une conclusion que corroborent les origines de l'al. 11*i*). Bien que ces origines ne déterminent pas la portée exacte du droit conféré, elles offrent un point de départ instructif. Une étude du contexte historique de l'al. 11*i*) révèle que rien ne pointait vers une interprétation globale du droit garanti à cet alinéa au moment de sa rédaction et de son adoption.

one, and none of the enactments inspiring s. 11(i) embraced one either.

Section 11(i) balances, on the one hand, the principle of the rule of law and, on the other, the principle of fairness. It enshrines the common law rule that an offender should not be retrospectively subjected to a heavier punishment than the one applicable at the time the person committed the offence. The rationale for this rule is the rule of law and, more specifically, the principle of legality, which dictates that persons who rely on the state of the law in conducting themselves, or who risk the liability associated with a law in breaking it, should not subsequently be held to different laws, particularly more stringent ones. However, s. 11(i) constitutionalizes an additional protection. It stipulates that, where the law provides a more favourable punishment at the time of the offender's sentencing than it did at the time of the offence, the offender is entitled to the benefit of this more favourable, current punishment. The rationale for this is fairness. It would not be fair to subject an offender to a punishment which, in choosing to reduce it, Parliament has expressly recognized as no longer appropriate. Further, a criminal sentence is an expression of society's collective voice; it is meant to reflect contemporary values.

A binary interpretation of s. 11(i) is not unfair or arbitrary for an offender who is punished according to the law in place at the time he committed his offence, or a more favourable law, if one is in place when he is sentenced. To the contrary, these two laws are linked to the offender and the proceedings against him; the first sets out the punishment he risked incurring at the time he acted, and the other likewise sets the contours for a sentence that reflects society's attitude about the gravity of the offence and the responsibility of the offender at the precise moment the sentence is imposed. It is, accordingly, fair and rational for the offender to have the benefit of one of these punishments. Conversely, there is no principled basis to grant an offender the benefit of a punishment which has no connection to his offending conduct or to society's view of his conduct at the time the court is called upon to pass sentence. Furthermore, countervailing fairness considerations militate against a global approach to s. 11(i). A global approach to s. 11(i) would disproportionately benefit those who are sentenced years, or even decades, after their offences. Sexual offences like P's often go long unreported. Survivors of sexual trauma commonly delay in disclosing

Une interprétation globale de ce droit ne faisait pas partie du paysage juridique; la common law ne reconnaissait aucune interprétation globale et aucune des dispositions à l'origine de l'al. 11*i*) n'appuyait une telle interprétation.

L'alinéa 11*i*) concilie, d'une part, le principe de la primauté du droit et, d'autre part, le principe de l'équité. Il consacre la règle de common law selon laquelle un contrevenant ne doit pas être soumis rétrospectivement à une peine plus sévère que celle qui s'appliquait au moment où il a commis son infraction. Cette règle est fondée sur la primauté du droit et, plus précisément, sur le principe de la légalité, lequel veut que les personnes qui ajustent leur comportement en fonction de l'état du droit, ou qui prennent le risque d'assumer les conséquences liées à la violation d'une règle de droit donnée, ne devraient pas ensuite être jugées en vertu d'autres règles de droit, en particulier de règles de droit plus rigoureuses. Cependant, l'al. 11*i*) constitutionnalise une mesure de protection additionnelle. Il dispose que, lorsque la loi prévoit l'infliction d'une peine plus favorable au moment de la sentence du contrevenant que celle qui s'appliquait au moment de la perpétration de l'infraction, le contrevenant a le droit de bénéficier de la peine actuelle, qui lui est plus favorable. L'équité en est la raison. Il ne serait pas équitable d'infliger à un contrevenant une peine qui, lorsque le législateur a choisi de l'adoucir, a expressément été reconnue par ce dernier comme n'étant plus juste. De plus, une peine criminelle est l'expression de la voix collective de la société; elle doit donc tenir compte des valeurs contemporaines.

Une interprétation binaire de l'al. 11*i*) n'est ni injuste ni arbitraire pour un contrevenant qui est puni conformément à la loi en vigueur au moment de la perpétration de l'infraction ou, le cas échéant, à une loi plus favorable en vigueur au moment de sa condamnation. Au contraire, ces deux lois sont liées au contrevenant et à la poursuite engagée contre lui : la première loi établit la peine qu'il risquait de se voir infliger au moment où il a commis l'infraction et l'autre établit de la même manière les contours d'une peine qui tient compte de la perception de la société quant à la gravité de l'infraction et à la responsabilité du contrevenant au moment précis où la peine lui est infligée. Il est, par conséquent, juste et rationnel que le contrevenant puisse bénéficier de l'une de ces peines. À l'inverse, il n'existe aucune raison de principe d'accorder à un contrevenant le bénéfice d'une peine n'ayant aucun lien avec sa conduite fautive ou avec la perception de la société à l'égard de sa conduite au moment où le tribunal est appelé à déterminer la peine. De plus, il existe des considérations en matière d'équité qui militent contre une interprétation globale de l'al. 11*i*). Une interprétation globale de l'al. 11*i*) avantagerait démesurément les contrevenants condamnés des

abuse for reasons such as embarrassment, fear, guilt, or a lack of understanding and knowledge. There should be no additional gain to an offender under s. 11(i) when a victim is traumatized to the point of requiring significant time to overcome any reluctance to report the offence.

Per Abella, Karakatsanis and Brown JJ. (dissenting): The motion to proceed with the appeal should be dismissed. This case is one of the overwhelming number of cases in which proceeding with the appeal would not be in the interests of justice. First, it is hard to conclude that a real adversarial context exists. Second, while it is true that any issue concerning the interpretation of a *Charter* provision is always of great importance, there are no special circumstances in this case that transcend the death of P. In light of 30 years of consistent case law on this issue, it cannot be said that there are conflicting lines of cases here or an issue that is ordinarily evasive of appellate review. Finally, the inequity of proceeding with an appeal against a deceased offender despite opposition from his family is obvious.

Furthermore, the appeal should be dismissed on the merits. For 30 years, the Canadian courts have interpreted s. 11(i) of the *Charter* consistently, holding that it guarantees any offender the benefit of the lesser sentence that applied between the time of commission of the offence and the time of sentencing. This approach finds ample support in the words of s. 11(i), which suggest a continuum between the time of commission and the time of sentencing. A technical construction such as the one proposed by the Crown is contrary to the Court's conclusion that a generous and purposive approach must be taken to the interpretation of *Charter* rights. The interpretation adopted by other Canadian courts reflects two objects of s. 11(i) identified by the Court, namely the rule of law and ensuring fairness in criminal proceedings. There are several points in the course of a criminal investigation and prosecution — before the time of sentencing — at which an individual might be required to make choices in light of punishments then applicable. The protection of s. 11(i), which cannot be contingent on evidence that the accused relied on the existing law, is grounded in this very possibility. Here, the possibility that the interpretation of s. 11(i)

années, voire des décennies, après avoir commis leurs infractions. Les infractions d'ordre sexuel comme celles de P demeurent souvent cachées durant de longues périodes. Il arrive fréquemment que des survivants de traumatismes sexuels tardent à révéler les agressions pour diverses raisons comme la gêne, la crainte, le sentiment de culpabilité ainsi que le manque de compréhension et de connaissance. Un contrevenant ne devrait pas pouvoir bénéficier d'un avantage supplémentaire au titre de l'al. 11*i*) lorsqu'une victime est traumatisée au point d'avoir besoin d'un délai considérable pour surmonter sa réticence à dénoncer l'infraction.

Les juges Abella, Karakatsanis et Brown (dissidents) : La requête en poursuite de l'instance devrait être rejetée. La présente affaire fait partie de la très grande majorité des cas dans lesquels la poursuite de l'instance ne serait pas dans l'intérêt de la justice. Premièrement, il est difficile de conclure à l'existence d'un véritable débat contradictoire. Deuxièmement, bien qu'une question portant sur l'interprétation d'une disposition de la *Charte* soit toujours d'une grande importance, il n'existe pas en l'espèce de circonstances spéciales qui transcendent le décès de P. Face à 30 ans de jurisprudence constante sur la question en litige, l'on ne peut pas dire que l'on soit en présence d'une controverse jurisprudentielle ou d'une question qui échappe ordinairement à l'examen des tribunaux d'appel. Enfin, l'iniquité du fait de poursuivre une instance contre un délinquant décédé, malgré l'opposition de sa famille, est évidente.

Par ailleurs, l'appel devrait être rejeté sur le fond. Pendant 30 ans, les tribunaux canadiens ont interprété l'al. 11*i*) de la *Charte* de façon constante, concluant que cette disposition garantit à tout contrevenant le bénéfice de la peine la moins sévère qui ait été applicable entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence. Cette approche est amplement appuyée par le texte de l'al. 11*i*), dont la formulation suggère un continuum entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence. L'application d'une interprétation formaliste comme celle avancée par la Couronne va à l'encontre des enseignements de la Cour voulant que les droits garantis par la *Charte* doivent être interprétés de façon libérale et en fonction de l'objet visé. L'interprétation adoptée par les autres cours canadiennes reflète deux objets de l'al. 11*i*) dégagés par la Cour : la primauté du droit et la garantie de l'équité des procédures criminelles. Il y a, au cours des enquêtes et poursuites pénales — avant l'infliction de la peine —, plusieurs moments où un individu peut être appelé à faire des choix sur la foi des peines alors applicables. C'est précisément cette possibilité qui est à la base de la protection de l'al. 11*i*), laquelle ne saurait

adopted by the courts will complicate the analysis of the applicable punishments should not weigh against it. It seems imprudent to rule out an interpretation that provides offenders with more substantial protection where there is no evidence that there are difficulties, especially in light of the actual wording of the provision. Finally, the proposal that s. 11(i) has a third object, to ensure that the imposed punishment corresponds to the social stigma associated with the offence at the time of sentencing, seems to confuse the availability of a punishment with its fairness and appropriateness. In a case involving multiple incidents in which serious acts of sexual abuse were committed against a young relative, it may be that the conditional sentence was not a fair and appropriate punishment. But that is not the question before the Court.

Cases Cited

By Martin J.

Applied: *R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385; **referred to:** *R. v. Belzil*, [1989] R.J.Q. 1117; *R. v. MacLellan*, 2019 NSCA 2, 369 C.C.C. (3d) 482; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. Beaton*, 2018 ONCA 924; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *R. v. Cadman*, 2018 BCCA 100, 359 C.C.C. (3d) 427; *R. v. Bent*, 2017 ONSC 3189, 383 C.R.R. (2d) 161; *R. v. Yusuf*, 2011 BCSC 626; *R. v. Mehanmal*, 2012 ONCJ 681, 270 C.R.R. (2d) 271; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *Liang v. Canada (Attorney General)*, 2014 BCCA 190, 355 B.C.A.C. 238; *R. v. S. (R.)*, 2015 ONCA 291, 333 C.R.R. (2d) 160; *R. v. Simmonds*, 2018 BCCA 205, 362 C.C.C. (3d) 215; *R. v. Wilson*, 2011 ONSC 89, 225 C.R.R. (2d) 234; *R. v. Wiles*, 2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895; *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554; *R. v. Cross*, 2006 NSCA 30, 241 N.S.R. (2d) 349; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599; *R. v. Johnson*, 2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357; *Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289; *R. v. R.A.R.*, 2000 SCC 8, [2000] 1 S.C.R. 163; *Canada (Attorney General) v. Lewis*, 2015 ONCA 379, 126 O.R. (3d) 289; *Nucci v. Canada (Attorney General)*, 2015 MBCA 122, 333 C.C.C. (3d) 221; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310; *R. v. D.H.*, 2017 ONCJ 51; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. Dunn*, [1995] 1 S.C.R. 226; *Carter v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 981; *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594; *R. v.*

être conditionnelle à une preuve que l’inculpé s’est fié au droit en vigueur. Ici, la possibilité que l’interprétation de l’al. 11*i*) retenue par la jurisprudence alourdisse l’analyse des peines applicables ne devrait pas militer contre celle-ci. Il semble téméraire d’écarter une interprétation qui offre une protection plus importante aux contrevenants en l’absence de toute preuve de l’existence de difficultés, surtout à la lumière du libellé exprès de la disposition. Enfin, la proposition que l’al. 11*i*) a un troisième objet, de garantir que la peine infligée corresponde au degré de réprobation sociale associé à l’infraction au moment où la peine est infligée, semble confondre la question de la disponibilité d’une peine et la nature juste et appropriée de celle-ci. Dans une affaire concernant de multiples abus sexuels sérieux contre un jeune parent, il se peut que l’emprisonnement avec sursis ne soit pas une peine juste et appropriée. Or, ceci n’est pas la question dont la Cour est saisie.

Jurisprudence

Citée par la juge Martin

Arrêt appliqué : *R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385; **arrêts mentionnés :** *R. c. Belzil*, [1989] R.J.Q. 1117; *R. c. MacLellan*, 2019 NSCA 2, 369 C.C.C. (3d) 482; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. Beaton*, 2018 ONCA 924; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *R. c. Cadman*, 2018 BCCA 100, 359 C.C.C. (3d) 427; *R. c. Bent*, 2017 ONSC 3189, 383 C.R.R. (2d) 161; *R. c. Yusuf*, 2011 BCSC 626; *R. c. Mehanmal*, 2012 ONCJ 681, 270 C.R.R. (2d) 271; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *Liang c. Canada (Attorney General)*, 2014 BCCA 190, 355 B.C.A.C. 238; *R. c. S. (R.)*, 2015 ONCA 291, 333 C.R.R. (2d) 160; *R. c. Simmonds*, 2018 BCCA 205, 362 C.C.C. (3d) 215; *R. c. Wilson*, 2011 ONSC 89, 225 C.R.R. (2d) 234; *R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895; *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; *R. c. Cross*, 2006 NSCA 30, 241 N.S.R. (2d) 349; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599; *R. c. Johnson*, 2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357; *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289; *R. c. R.A.R.*, 2000 CSC 8, [2000] 1 R.C.S. 163; *Canada (Attorney General) c. Lewis*, 2015 ONCA 379, 126 O.R. (3d) 289; *Nucci c. Canada (Attorney General)*, 2015 MBCA 122, 333 C.C.C. (3d) 221; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310; *R. c. D.H.*, 2017 ONCJ 51; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Dunn*, [1995] 1 R.C.S. 226; *Carter c. La Reine*,

Potvin, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170; *R. v. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81; *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272; *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; *R. v. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392; *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217; *Montréal (City) v. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2008 SCC 48, [2008] 2 S.C.R. 698; *R. v. Stillman*, 2019 SCC 40, [2019] 3 S.C.R. 144; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *R. v. S.A.C.*, 2008 SCC 47, [2008] 2 S.C.R. 675; *R. v. Docherty*, [2016] UKSC 62, [2017] 4 All E.R. 263; *X. v. Federal Republic of Germany*, Application No. 7900/77, March 6, 1978, D.R. 13, p. 70; *Scoppola v. Italy (No. 2)* (2010), 51 E.H.R.R. 12; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163; *R. v. Klemenz*, 2015 SKCA 89, 465 Sask. R. 134; *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275; *R. v. Dubois*, Que. Sup. Ct., December 8, 1982; *R. v. R.N.S.*, 2000 SCC 7, [2000] 1 S.C.R. 149.

By Karakatsanis J. (dissenting)

R. v. L. (J.-J.), [1998] R.J.Q. 971; *R. v. Belzil*, [1989] R.J.Q. 1117; *R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. Cadman*, 2018 BCCA 100, 359 C.C.C. (3d) 427; *R. v. A.E.S.*, 2018 BCCA 478, 369 C.C.C. (3d) 92; *R. v. Yusuf*, 2011 BCSC 626; *R. v. G.C.D.*, 2011 MBQB 235, 271 Man. R. (2d) 41; *R. v. Mehanmal*, 2012 ONCJ 681, 270 C.R.R. (2d) 271; *R. v. Leroux*, 2015 SKCA 48, 460 Sask. R. 1; *R. v. E.H.*, 2009 NLTD 62, 285 Nfld. & P.E.I.R. 78; *R. v. Palacios*, 2012 ONCJ 195; *R. v. Simmonds*, 2018 BCCA 205, 415 C.R.R. (2d) 88; *R. v. F.C.*, 2018 ONSC 561; *R. v. Boudreau*, 2012 ONCJ 322; *R. v. D.P.*, 2014 ONSC 386; *R. v. Bent*, 2017 ONSC 3189, 383 C.R.R. (2d) 161; *R. v. Docherty*, [2016] UKSC 62, [2017] 4 All E.R. 263; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089.

[1986] 1 R.C.S. 981; *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170; *R. c. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81; *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272; *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301; *R. c. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392; *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217; *Montréal (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2008 CSC 48, [2008] 2 R.C.S. 698; *R. c. Stillman*, 2019 CSC 40, [2019] 3 R.C.S. 144; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *R. c. S.A.C.*, 2008 CSC 47, [2008] 2 R.C.S. 675; *R. c. Docherty*, [2016] UKSC 62, [2017] 4 All E.R. 263; *X. c. République fédérale d'Allemagne*, requête n° 7900/77, 6 mars 1978, D.R. 13, p. 70; *Scoppola c. Italie (n° 2)* (2010), 51 E.H.R.R. 12; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163; *R. c. Klemenz*, 2015 SKCA 89, 465 Sask. R. 134; *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275; *R. c. Dubois*, C.S. Qc, 8 décembre 1982; *R. c. R.N.S.*, 2000 CSC 7, [2000] 1 R.C.S. 149.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

R. c. L. (J.-J.), [1998] R.J.Q. 971; *R. c. Belzil*, [1989] R.J.Q. 1117; *R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. Cadman*, 2018 BCCA 100, 359 C.C.C. (3d) 427; *R. c. A.E.S.*, 2018 BCCA 478, 369 C.C.C. (3d) 92; *R. c. Yusuf*, 2011 BCSC 626; *R. c. G.C.D.*, 2011 MBQB 235, 271 Man. R. (2d) 41; *R. c. Mehanmal*, 2012 ONCJ 681, 270 C.R.R. (2d) 271; *R. c. Leroux*, 2015 SKCA 48, 460 Sask. R. 1; *R. c. E.H.*, 2009 NLTD 62, 285 Nfld. & P.E.I.R. 78; *R. c. Palacios*, 2012 ONCJ 195; *R. c. Simmonds*, 2018 BCCA 205, 415 C.R.R. (2d) 88; *R. c. F.C.*, 2018 ONSC 561; *R. c. Boudreau*, 2012 ONCJ 322; *R. c. D.P.*, 2014 ONSC 386; *R. c. Bent*, 2017 ONSC 3189, 383 C.R.R. (2d) 161; *R. c. Docherty*, [2016] UKSC 62, [2017] 4 All E.R. 263; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *Black-Clawson International Ltd. c. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089.

Statutes and Regulations Cited

- Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, S.C. 2005, c. 32, s. 3.
- Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 8, 10(b) 11, 12.
- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 157 [rep. & sub. c. 19 (3rd Supp.), s. 4], 246.1(1)(a).
- Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 151, 161(1)(c), 271, 718.1, 718.2(b), (d), (e), 742.1 [ad. S.C. 1995, c. 22, s. 6; sub. S.C. 2012, c. 1, s. 34].
- Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 43, 44(e) [previously S.C. 1967-68, c. 7, s. 37(e)].
- Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 40(1), 76.

Treaties and Other International Instruments

- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221 [the *European Convention on Human Rights*], art. 7.
- International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47, art. 15(1).

Authors Cited

- Canada. Meeting of Officials on the Constitution. *Canadian Charter of Rights and Freedoms (Draft for Discussion Purposes Only)*, div. III. Ottawa, 1979.
- Canada. Senate and House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 47, 1st Sess., 32nd Parl., January 28, 1981, pp. 65-69.
- Canada. *The Canadian Constitution 1980: Proposed Resolution respecting the Constitution of Canada*. Ottawa: Government of Canada, 1980.
- Canada. The Right Honourable Pierre Elliott Trudeau. *The Constitution and the People of Canada: An approach to the Objectives of Confederation, the Rights of People and the Institutions of Government*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.
- Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. by Katherine Barber, ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, "lesser".
- Chevrette, François, Hugo Cyr and François Tanguay-Renaud. "La protection lors de l'arrestation, la détention et la protection contre l'incrimination rétroactive", in Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005.

Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 8, 10(b), 11, 12.
- Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 157 [abr. & rempl. c. 19 (3^e suppl.), art. 4], 246.1(1)a).
- Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 151, 161(1)c), 271, 718.1, 718.2b), d), e), 742.1 [aj. L.C. 1995, c. 22, art. 6; rempl. L.C. 2012, c. 1, art. 34].
- Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 43, 44e) [auparavant S.C. 1967-1968, c. 7, art. 37e)].
- Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 2005, c. 32, art. 3.
- Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 40(1), 76.

Traités et autres instruments internationaux

- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221 [la *Convention européenne des droits de l'homme*], art. 7.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n^o 47, art. 15(1).

Doctrine et autres documents cités

- Canada. *La Constitution canadienne 1980 : Projet de résolution concernant la Constitution du Canada*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1980.
- Canada. Le Très Honorable Pierre Elliott Trudeau. *La Constitution Canadienne et le Citoyen : Un aperçu des objectifs de la Confédération, des droits des individus et des institutions gouvernementales*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969.
- Canada. Réunion de fonctionnaires sur la Constitution. *La Charte canadienne des droits et libertés (Avant-projet pour étude seulement)*, section III, Ottawa, 1979.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n^o 47, 1^{re} sess., 32^e lég., 28 janvier 1981, p. 65-69.
- Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. by Katherine Barber, ed., Don Mills (Ont.), Oxford University Press, 2004, « lesser ».
- Chevrette, François, Hugo Cyr et François Tanguay-Renaud. « La protection lors de l'arrestation, la détention et la protection contre l'incrimination rétroactive », dans Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd., Markham, (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2005.

Collins Canadian Dictionary. Toronto: HarperCollins, 2010, “lesser”.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2018, release 1).

McLeod, Roderick M., et al. *The Canadian Charter of Rights: The Prosecution and Defence of Criminal and Other Statutory Offences*, vol. 4. Toronto: Carswell, 1983 (loose-leaf updated 2019, release 5).

Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, nouvelle éd. Paris: Le Robert, 2012, “le moins”.

Vauclair, Martin and Tristan Desjardins. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 26^e éd. Montréal: Yvon Blais, 2019.

Westen, Peter. “*Lex Mitior*: Converse of *Ex Post Facto* and Window into Criminal Desert” (2015), 18 *New Crim. L. Rev.* 167.

MOTION to proceed with the appeal despite the respondent’s death. Motion allowed, Abella, Karakatsanis and Brown JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dutil, St-Pierre and Mainville JJ.A.), 2018 QCCA 21, 43 C.R. (7th) 216, [2018] AZ-51456758, [2018] J.Q. n° 73 (QL), 2018 CarswellQue 55 (WL Can.), affirming the sentencing decision of Vanchestein J., 2017 QCCQ 7015, [2017] AZ-51400728, [2017] J.Q. n° 8287 (QL), 2017 CarswellQue 6146 (WL Can.). Appeal allowed, Abella, Karakatsanis and Brown JJ. dissenting.

Maxime Hébrard and *Sylvie Villeneuve*, for the appellant.

Nicolas Lemyre-Cossette and *Lida Sara Nouraie*, for the respondent.

Michael Perlin and *Kathleen Farrell*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Gabriel Babineau and *Vincent Paquet*, for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Breana Vandebek and *Marianne Salih*, for the intervener the Criminal Lawyers’ Association.

Collins Canadian Dictionary, Toronto, HarperCollins, 2010, « lesser ».

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Supp., Scarborough (Ont.), Thomson/Carswell, 2007 (updated 2018, release 1).

McLeod, Roderick M., et al. *The Canadian Charter of Rights : The Prosecution and Defence of Criminal and Other Statutory Offences*, vol. 4, Toronto, Carswell, 1983 (loose-leaf updated 2019, release 5).

Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, nouvelle éd., Paris, Le Robert, 2012, « le moins ».

Vauclair, Martin et Tristan Desjardins. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 26^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2019.

Westen, Peter. « *Lex Mitior* : Converse of *Ex Post Facto* and Window into Criminal Desert » (2015), 18 *New Crim. L. Rev.* 167.

REQUÊTE en poursuite de l’instance malgré le décès de l’intimé. Requête accueillie, les juges Abella, Karakatsanis et Brown sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Dutil, St-Pierre et Mainville), 2018 QCCA 21, 43 C.R. (7th) 216, [2018] AZ-51456758, [2018] J.Q. n° 73 (QL), 2018 CarswellQue 55 (WL Can.), qui a confirmé le jugement sur la peine rendu par le juge Vanchestein, 2017 QCCQ 7015, [2017] AZ-51400728, [2017] J.Q. n° 8287 (QL), 2017 CarswellQue 6146 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Abella, Karakatsanis et Brown sont dissidents.

Maxime Hébrard et *Sylvie Villeneuve*, pour l’appelante.

Nicolas Lemyre-Cossette et *Lida Sara Nouraie*, pour l’intimé.

Michael Perlin et *Kathleen Farrell*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Gabriel Babineau et *Vincent Paquet*, pour l’intervenante l’Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Breana Vandebek et *Marianne Salih*, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association.

The judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Côté and Martin J.J. was delivered by

MARTIN J. —

I. Overview

[1] Every person charged with an offence in Canada enjoys certain basic rights. One such right is contained in s. 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (“*Charter*”), which grants a person found guilty of an offence the right “to the benefit of the lesser punishment” “if the punishment . . . has been varied between the time of commission [of the offence] and the time of sentencing”. Relying on s. 11(i), the respondent Rosaire Poulin asserts the constitutional right to receive a conditional sentence. This punishment was not applicable under the laws in force when he committed his sexual offences between 1979 and 1987 or, according to the parties, when he was sentenced for those offences in 2017. However, it was applicable for a discrete period between those two times. In essence, Mr. Poulin argues that s. 11(i) entitles him not only to the lesser of the punishments under the laws in force at the time of his offences and the time of his sentencing but, further, to an *even lesser* punishment that was temporarily applicable to his offences during the decades that elapsed before he was held accountable for his crimes. Mr. Poulin claims the right to this punishment even though it bears no temporal connection to his offending conduct or to his sentencing, and even though the record does not show he took steps in reliance on this punishment in his interactions with the criminal justice system. Mr. Poulin did not, for instance, confess or enter a plea when a conditional sentence was applicable to his offences.

[2] This appeal therefore asks to what an offender is entitled under s. 11(i) of the *Charter*. Based on the nature and purposes of this particular constitutional right, which punishments are to be considered when

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Côté et Martin rendu par

LA JUGE MARTIN —

I. Aperçu

[1] Au Canada, tout inculpé jouit de certains droits fondamentaux. L’un de ces droits figure à l’al. 11*i*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* »), qui confère à quiconque est déclaré coupable d’une infraction le droit « de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l’infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence ». Se fondant sur l’al. 11*i*), l’intimé Rosaire Poulin invoque le droit constitutionnel d’être condamné à une peine d’emprisonnement avec sursis. Cette peine ne s’appliquait pas suivant les lois en vigueur lorsqu’il a commis ses infractions d’ordre sexuel entre 1979 et 1987 ou, selon les parties, lorsqu’il a été condamné pour ces infractions en 2017. Elle s’est toutefois appliquée pendant une période précise entre ces deux moments. Essentiellement, M. Poulin soutient que l’al. 11*i*) lui garantit non seulement le droit de bénéficier de la peine la moins sévère prévue par les lois en vigueur au moment de la perpétration de ses infractions et à celui de sa sentence, mais aussi le droit de bénéficier de la peine *encore moins sévère* qui s’est appliquée temporairement à ses infractions au cours des décennies qui se sont écoulées avant qu’il soit tenu responsable de ses crimes. M. Poulin revendique le droit de bénéficier de cette peine en dépit de l’absence de lien temporel entre celle-ci et les actes répréhensibles qu’il a commis ou sa sentence, et même si le dossier ne montre pas qu’il a pris des mesures en s’appuyant sur cette peine au cours de ses démêlés avec le système de justice pénale. M. Poulin n’a pas, par exemple, avoué ses crimes ou inscrit de plaider lorsque la peine d’emprisonnement avec sursis s’appliquait aux infractions qu’il a commises.

[2] Le présent pourvoi porte donc sur la teneur du droit que garantit l’al. 11*i*) de la *Charte* à un contrevenant. Compte tenu de la nature et des objectifs de ce droit constitutionnel particulier, quelles peines

determining the “lesser” one to which the accused is entitled? Does s. 11(i) confer:

- a “binary” right — which involves a comparison of the punishments under the laws in force at two set points in time (commission of the offence and sentencing) and the right to receive the lesser of these punishments; or
- a “global” right — which involves a review of *all* punishments that have existed for the offence between its commission and sentencing, and the right to receive the *least severe* punishment in that entire span of time?

[3] I conclude that, properly interpreted, s. 11(i) confers a binary right, not a global one. Section 11(i) entitles an offender to the lesser of (1) the punishment under the laws in force when the offender committed the offence, and (2) the punishment under the laws in force when the offender is sentenced, as these punishments are tethered to two meaningful points in time. The former reflects the jeopardy or legal risk the offender took by offending. That punishment established, in advance of the offender’s conduct, the legal consequences that would flow from that chosen conduct. The latter is the punishment that society considers just at the precise moment the court is called upon to pass a sentence. It provides the contours for a sentence that reflects society’s most up-to-date view of the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. As these two punishments are clearly connected to the offender’s conduct and criminality, there is a strong and principled basis for the offender to have the constitutional right to receive the lesser of the punishments at these two points in time.

[4] By contrast, there is no principled basis for offenders to enjoy the automatic constitutional right to a previous punishment which is lower than *both* the one to which they exposed themselves when they committed the offence and the one that reflects society’s

doivent être prises en considération lors de la détermination de la peine « la moins sévère » à laquelle a droit l’accusé? L’alinéa 11i) confère-t-il l’un des droits suivants :

- un droit « binaire », qui repose sur une comparaison des peines prévues par les lois en vigueur à deux moments précis (soit le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence) et le droit de bénéficier de la moins sévère de ces peines?
- un droit « global », qui repose sur un examen de *toutes* les peines prévues pour sanctionner l’infraction entre le moment de sa perpétration et celui de la sentence et le droit de bénéficier de la peine *la moins sévère qui soit* durant l’ensemble de la période visée?

[3] Je conclus que, correctement interprété, l’al. 11i) confère un droit binaire et non un droit global. L’alinéa 11i) confère au contrevenant le droit de bénéficier de la peine la moins sévère entre (1) la peine prévue par les lois en vigueur au moment de la perpétration de l’infraction, et (2) la peine prévue par les lois en vigueur au moment de la sentence, puisque ces peines sont liées à deux moments significatifs. La première peine tient compte du risque de subir un procès ou le risque juridique qu’a pris le contrevenant en commettant l’infraction. Elle établit, avant que le contrevenant n’agisse, les conséquences juridiques qui découleront de la conduite que le contrevenant aura choisi d’adopter. La deuxième peine est celle que la société estime juste au moment précis où la cour est appelée à la prononcer. Elle fixe les contours d’une peine qui reflète l’opinion la plus actuelle de la société quant à la gravité de l’infraction commise et au degré de responsabilité du contrevenant. Ces deux peines étant manifestement liées à la conduite et à la criminalité du contrevenant, de solides raisons de principe militent pour que ce dernier ait le droit constitutionnel de bénéficier de la moins sévère des peines qui étaient en vigueur à ces deux moments précis.

[4] En revanche, il n’y a aucune raison de principe d’accorder aux contrevenants le droit constitutionnel de bénéficier automatiquement d’une peine antérieurement applicable qui est à *la fois* moins sévère que celle à laquelle ils se sont exposés lorsqu’ils

current sense of the gravity of the offence and the responsibility of the offenders. Reading s. 11(i) in a manner that would grant an offender the right to the most lenient punishment that existed for the offence at any point between its commission and sentencing would both exceed and distort the purposes of s. 11(i). As I will explain, these purposes are the rule of law and fairness. Far from supporting a global reading of s. 11(i), these purposes strongly militate towards reading s. 11(i) in a manner that sets the applicable punishment at the time of the offence as *the ceiling*, and entitles the offender to a more clement punishment under the laws in force at the time of sentencing, if one exists.

[5] As a result, I conclude that s. 11(i) does not resurrect any temporary reductions in punishment which came after the offence and which bear no connection whatsoever to the offender's conduct or to contemporary sentencing standards. By granting the offender specific retrospective access to the applicable punishment at the time of the offence, s. 11(i) need not and does not open the door to the lowest identifiable punishment that has ever applied to the offence since the offender committed it. Section 11(i) did not constitutionalize the right to past punishments that Parliament has since discarded or amended. The legal rights reflected in our *Charter* represent the core tenets of fairness in our criminal justice system. The right to comb the past for the most favourable punishment does not belong among these rights.

[6] I would therefore allow the Crown's appeal. Mr. Poulin was not eligible for the conditional sentence imposed on him as it was not applicable to his offences under the sentencing provisions in force either at the time of commission or, according to the parties, of his sentencing. However, given

ont commis leur infraction et que celle qui reflète l'opinion actuelle de la société quant à la gravité de l'infraction commise et à la responsabilité des contrevenants. Interpréter l'al. 11i) de manière à accorder au contrevenant le droit de bénéficier de la peine la plus clémente qui se soit appliquée à l'infraction, à un moment donné, entre la perpétration de celle-ci et sa sentence excéderait et déformerait les objets de l'al. 11i). Comme je l'expliquerai, ces objets sont la primauté du droit et l'équité. Ces objets, qui sont loin d'appuyer une interprétation globale de l'al. 11i), militent fortement en faveur d'une interprétation de cette disposition selon laquelle la peine applicable au moment de la perpétration de l'infraction est la *peine maximale* qui peut être infligée, et le contrevenant a le droit de bénéficier d'une peine plus clémente prévue par les lois en vigueur au moment de sa sentence si une telle peine existe.

[5] Par conséquent, je conclus que l'al. 11i) ne fait pas renaître tout adoucissement temporaire de peine qui est survenu après la perpétration de l'infraction et qui n'a aucun lien avec la conduite du contrevenant ou les normes contemporaines en matière de détermination de la peine. En conférant au contrevenant le droit exprès de bénéficier rétrospectivement de la peine applicable au moment de la perpétration de l'infraction, l'al. 11i) n'exige pas et ne permet pas que soit appliquée la peine la moins sévère qui ait jamais été applicable pour sanctionner l'infraction depuis que le contrevenant a commis celle-ci. L'alinéa 11i) n'a pas constitutionnalisé le droit de bénéficier de peines antérieurement applicables que le législateur a depuis écartées ou modifiées. Les droits enchâssés dans la *Charte* représentent les préceptes fondamentaux d'équité dans notre système de justice pénale. Le droit de passer au peigne fin les lois antérieures pour trouver la peine la plus clémente qui soit ne peut faire partie de ces droits.

[6] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi du ministère public. M. Poulin n'était pas admissible à la peine d'emprisonnement avec sursis qui lui a été infligée, car elle ne s'appliquait pas à ses infractions selon les dispositions sur la détermination de la peine en vigueur au moment de la perpétration

Mr. Poulin's recent death, I decline to pass a different sentence or remit the matter for sentencing.

II. Facts and Judicial History

[7] In 2016, Mr. Poulin was found guilty of historical sexual offences: two counts of gross indecency and one count of sexual assault, contrary to ss. 157 and 246.1(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. Mr. Poulin committed the offences of gross indecency between 1979 and 1983 and the offence of sexual assault between 1983 and 1987 when the complainant was 7 to 15 years old and Mr. Poulin was 44 to 51 years old.

[8] By the time of his sentencing, Mr. Poulin was 82 years old and suffering from a number of significant health problems. At his sentencing hearing, Mr. Poulin conceded that a prison sentence of three and a half years would be appropriate for his crimes. However, he argued that, exceptionally, he should receive a conditional sentence — i.e. a sentence of less than two years, to be served in the community — because of his health problems.

[9] The sentencing judge accepted Mr. Poulin's position and sentenced him to a conditional sentence of two years less a day for the two counts of gross indecency. This is the sentence at issue in this appeal. The sentence imposed for the count of sexual assault — a suspended sentence with two years' probation, together with ancillary orders — is not at issue.

[10] Conditional sentences did not exist when Mr. Poulin committed his acts of gross indecency. The conditional sentence entered into force as a form of sentence in 1996 (*An Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1995, c. 22, s. 6). The parties agree that a conditional sentence was no longer applicable to

des infractions ou, selon les parties, au moment de sa sentence. Toutefois, compte tenu du décès récent de M. Poulin, je refuse de prononcer une peine différente ou de renvoyer l'affaire pour détermination d'une nouvelle peine.

II. Faits et historique judiciaire

[7] En 2016, M. Poulin a été reconnu coupable d'infractions d'ordre sexuel historiques : deux chefs de grossière indécence et un chef d'agression sexuelle, qui étaient des infractions prévues à l'art. 157 et à l'al. 246.1(1)a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34. M. Poulin a commis les infractions de grossière indécence entre 1979 et 1983 et l'infraction d'agression sexuelle entre 1983 et 1987, à l'époque où le plaignant était âgé entre 7 et 15 ans et qu'il avait lui-même entre 44 et 51 ans.

[8] Au moment de sa sentence, M. Poulin était âgé de 82 ans et souffrait de plusieurs problèmes de santé importants. À l'audience de détermination de sa peine, M. Poulin a reconnu qu'une peine d'emprisonnement de trois ans et demi serait indiquée eu égard à ses crimes. Toutefois, compte tenu de ses problèmes de santé, il a fait valoir qu'il devrait exceptionnellement être condamné à une peine d'emprisonnement avec sursis — c'est-à-dire une peine de moins de deux ans à être purgée dans la collectivité.

[9] Le juge chargé de la détermination de la peine a accepté le point de vue de M. Poulin et a condamné ce dernier à une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour pour ce qui est des deux chefs de grossière indécence. Cette peine est en cause dans le présent pourvoi. La peine infligée relativement au chef d'agression sexuelle — c'est-à-dire une peine avec sursis assortie de deux ans de probation ainsi que la délivrance d'ordonnances accessoires — n'est toutefois pas en cause.

[10] La peine d'emprisonnement avec sursis n'existait pas à l'époque où M. Poulin a commis ses actes de grossière indécence. L'emprisonnement avec sursis est entré en vigueur comme peine en 1996 (*Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1995, c. 22, art. 6). Les parties conviennent que la peine

the offence of gross indecency, according to the provisions in force, by the time Mr. Poulin was charged, convicted and sentenced (2014 to 2017). Their view is that, when gross indecency was repealed from the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, in 1988 (R.S.C. 1985, c. 19 (3rd Supp.), s. 4, which came into force in 1988), some conduct that had amounted to gross indecency, including Mr. Poulin's, was now captured under other sexual offence provisions, such as ss. 151 and 271 of the *Criminal Code*. Since conditional sentences have been made statutorily unavailable for such sexual offences (see *Criminal Code*, ss. 742.1(b), 151 and 271), the parties consider the conditional sentence to have equally been made unavailable for the indictable acts of gross indecency that are now criminalized under these modern sexual offences. Put differently, the parties agree that the current restriction on conditional sentences for sexual offences extends to Mr. Poulin's offences of gross indecency. I do not comment on this interpretation as it is not an issue that has been raised before this Court.

[11] The sentencing judge did not analyze the threshold question of whether a conditional sentence was actually available for Mr. Poulin's gross indecencies. Rather, the judge considered that s. 11(i) entitled Mr. Poulin to the benefit of a lesser sentence that was applicable to his offences in the interval between their commission and sentencing (2017 QCCQ 7015, at paras. 26-27 (CanLII)).

[12] The Crown appealed, arguing, among other things, that a conditional sentence was not available to Mr. Poulin under s. 11(i) of the *Charter*. The Court of Appeal rejected the Crown's argument. It applied its earlier decision in *R. v. Belzil*, [1989] R.J.Q. 1117 (C.A.), which took for granted that s. 11(i) confers a global right (2018 QCCA 21, 43 C.R. (7th) 216, at paras. 32-33; *Belzil*, at p. 1139). Thus, the Court of Appeal held that s. 11(i) gave

d'emprisonnement avec sursis ne s'appliquait plus à l'infraction de grossière indécence, d'après les dispositions en vigueur, lorsque M. Poulin a été accusé, déclaré coupable et condamné (de 2014 à 2017). Elles sont d'avis que, lorsque l'infraction de grossière indécence a été supprimée du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, en 1988 (L.R.C. 1985, c. 19 (3^e suppl.), art. 4, entré en vigueur en 1988), certains actes qui constituaient de la grossière indécence, dont ceux commis par M. Poulin, sont alors tombés sous le coup d'autres dispositions relatives aux infractions d'ordre sexuel, dont les art. 151 et 271 du *Code criminel*. Puisque la peine d'emprisonnement avec sursis ne s'appliquait plus à ce type d'infraction d'ordre sexuel (voir le *Code criminel*, al. 742.1b), art. 151 et 271), les parties estiment que la peine d'emprisonnement avec sursis ne s'appliquait pas non plus aux actes de grossière indécence qui constituent maintenant des actes criminels aux termes de ces dispositions modernes relatives aux infractions d'ordre sexuel. Autrement dit, les parties conviennent que la restriction actuelle applicable aux peines d'emprisonnement avec sursis qui visent à sanctionner les infractions d'ordre sexuel s'applique également aux infractions de grossière indécence commises par M. Poulin. Je ne commenterai pas cette interprétation, qui ne fait pas partie des questions soulevées devant notre Cour.

[11] Le juge chargé de la détermination de la peine n'a pas analysé la question préliminaire de savoir si une peine d'emprisonnement avec sursis pouvait effectivement s'appliquer aux actes de grossière indécence commis par M. Poulin. Le juge a plutôt considéré que l'al. 11*i*) accordait à M. Poulin le droit de bénéficier de la peine la moins sévère qui s'appliquait à ses infractions dans l'intervalle entre le moment où celles-ci ont été perpétrées et celui de sa sentence (2017 QCCQ 7015, par. 26-27 (CanLII)).

[12] Le ministère public s'est pourvu en appel de cette décision, alléguant, entre autres choses, qu'une peine d'emprisonnement avec sursis ne pouvait pas être infligée à M. Poulin selon l'al. 11*i*) de la *Charte*. La Cour d'appel a rejeté l'argument du ministère public. Elle a plutôt appliqué la décision qu'elle a rendue dans *R. c. Belzil*, [1989] R.J.Q. 1117 (C.A.), où elle a tenu pour acquis que l'al. 11*i*) conférait un droit global (2018 QCCA 21, 43 C.R. (7th) 216,

Mr. Poulin the right to a sentence that was not on the books at the time of his offences, and that had been expressly repealed for his offences by the time of his sentencing.

[13] The Crown now appeals to this Court by leave.

[14] On February 22, 2019, shortly before the hearing of this appeal, Mr. Poulin passed away. The appeal proceeded nonetheless, accompanied by a Crown motion for the Court to adjudicate the appeal even though it had become factually moot.

III. Issues

[15] This appeal raises two issues:

- A. Should this Court exercise its discretion to decide this moot appeal?
- B. Does s. 11(i) of the *Charter* constitutionalize a binary or a global right?

IV. Analysis

A. *Should This Court Exercise Its Discretion to Decide This Moot Appeal?*

[16] As outlined above, Mr. Poulin passed away, a few weeks before the hearing of this appeal. Mr. Poulin's death occurred after the appellant Crown had filed its factum and after this Court had granted leave to intervene to the interveners.

[17] Upon learning of Mr. Poulin's death, the Crown filed a motion to proceed with its appeal, in accordance with s. 76 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26. Mr. Poulin's counsel wrote to the Crown saying that he would proceed to file the respondent's appeal materials by the deadline applicable to Mr. Poulin, which he ultimately did. Mr. Poulin's

par. 32-33; *Belzil*, p. 1139). Par conséquent, la Cour d'appel a conclu que l'al. 11*i*) conférait à M. Poulin le droit de bénéficier d'une peine qui n'était pas en vigueur au moment de la perpétration de ses infractions et qui, au moment de sa sentence, avait été expressément exclue des peines susceptibles de lui être infligées.

[13] Le ministère public se pourvoit maintenant devant notre Cour avec l'autorisation de cette dernière.

[14] Le 22 février 2019, peu avant l'audition du présent pourvoi, M. Poulin est décédé. Le pourvoi a néanmoins été instruit et le ministère public a présenté une requête visant à ce que la Cour tranche le pourvoi même s'il est désormais théorique sur le plan factuel.

III. Questions en litige

[15] Le présent pourvoi soulève deux questions :

- A. Notre Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher le présent pourvoi devenu théorique?
- B. L'alinéa 11*i*) de la *Charte* constitutionnalise-t-il un droit binaire ou un droit global?

IV. Analyse

A. *Notre Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher le présent pourvoi devenu théorique?*

[16] Comme je l'ai déjà mentionné, M. Poulin est décédé quelques semaines avant l'audition du présent pourvoi. Le décès de M. Poulin est survenu après que le ministère public appelant ait déposé son mémoire et que notre Cour ait autorisé les intervenants à intervenir.

[17] Après avoir appris le décès de M. Poulin, le ministère public a déposé une requête en vue de la poursuite de l'instance, conformément à l'art. 76 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26. L'avocat de M. Poulin a écrit au ministère public pour l'informer qu'il déposerait les documents d'appel de l'intimé avant la date limite qui avait été imposée à

counsel later provided affidavit evidence confirming that Mr. Poulin's executor had instructed Mr. Poulin's counsel to continue representing Mr. Poulin's position on this appeal should this Court decide to hear it. The Crown's motion to proceed with the appeal was heard alongside the appeal. Mr. Poulin's counsel did not take a position on the motion to proceed.

[18] The Crown appropriately concedes that this appeal is moot in light of Mr. Poulin's death. However, the Crown argues that this Court should exercise its discretion to adjudicate this appeal despite its mootness. I agree.

[19] In *R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385, this Court set out five (non-exhaustive) factors for determining whether there are exceptional circumstances warranting the adjudication of an appeal rendered moot by the accused's death. These factors are:

1. whether the appeal will proceed in a proper adversarial context;
2. the strength of the grounds of the appeal;
3. whether there are special circumstances that transcend the death of the individual appellant/respondent, including:
 - (a) a legal issue of general public importance, particularly if it is otherwise evasive of appellate review;
 - (b) a systemic issue related to the administration of justice;
 - (c) collateral consequences to the family of the deceased or to other interested persons or to the public;
4. whether the nature of the order which could be made by the appellate court justifies the expenditure of limited judicial (or court) resources to resolve a moot appeal;

M. Poulin, et c'est ce qu'il a finalement fait. Par la suite, l'avocat de M. Poulin a présenté une preuve par affidavit qui confirmait que l'exécuteur testamentaire de ce dernier lui avait demandé de continuer de représenter M. Poulin dans le présent pourvoi si notre Cour décidait d'instruire celui-ci. La requête présentée par le ministère public en vue de poursuivre l'instance a été instruite en même temps que le pourvoi. L'avocat de M. Poulin ne s'est pas prononcé sur la requête déposée en vue de poursuivre l'instance.

[18] Le ministère public reconnaît à juste titre que le présent pourvoi est théorique compte tenu du décès de M. Poulin. Il soutient cependant que notre Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher le présent pourvoi en dépit de son caractère théorique. Je suis d'accord.

[19] Dans l'arrêt *R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385, notre Cour a énoncé cinq facteurs (non exhaustifs) servant à déterminer si des circonstances exceptionnelles justifient que la Cour statue sur un pourvoi devenu théorique par suite du décès de l'accusé. Ces facteurs sont les suivants :

1. l'existence d'un débat contradictoire approprié à la poursuite de l'instance en appel;
2. le sérieux des motifs d'appel;
3. l'existence de circonstances spéciales qui transcendent le décès de l'appellant ou de l'intimé, dont :
 - a) une question de droit d'intérêt général, particulièrement s'il s'agit d'une question qui échappe ordinairement à l'examen en appel;
 - b) une question de nature systémique ayant trait à l'administration de la justice;
 - c) les conséquences accessoires pour la famille du défunt, tout autre intéressé ou le public;
4. la question de savoir si la nature de l'ordonnance que pourrait rendre la cour d'appel justifie l'affectation de ses ressources limitées au règlement d'un appel théorique;

5. whether continuing the appeal would go beyond the judicial function of resolving concrete disputes and involve the Court in free-standing, legislative-type pronouncements more properly left to the legislature itself. [para. 50]

[20] Overall, these factors militate towards adjudicating the Crown’s appeal.

[21] First, despite Mr. Poulin’s death, Mr. Poulin’s counsel submitted a full-length factum advancing Mr. Poulin’s position and advocated for that position at the hearing of this appeal. The interveners the Criminal Lawyers’ Association (“CLA”) and the Association québécoise des avocats et avocates de la défense (“AQAAD”) also provided the Court with perspectives aligned with Mr. Poulin’s. Thus, this Court has had the benefit of adversarial submissions in this case.

[22] Second, the appellant’s case is clearly more than “arguable” (see *R. v. MacLellan*, 2019 NSCA 2, 369 C.C.C. (3d) 482, at para. 96). The Crown’s appeal raises an important constitutional question that has not yet received comprehensive treatment in the jurisprudence. Indeed, the Crown points out that the existing s. 11(i) decisions addressing the binary/global question, while consistent, do not engage with, let alone identify, the underlying purposes of the right. This is a critical shortcoming because, as discussed below, the interpretation of a *Charter* right hinges on the right’s purposes. There is, accordingly, “real substance” to the Crown’s appeal and the Crown raises a serious issue (*ibid.*).

[23] Third, the proper interpretation of s. 11(i) is “a legal issue of general public importance” which “transcend[s] the death” of Mr. Poulin. The binary/global question is the sole question on appeal in this case. By granting leave to appeal, this Court signalled that it considers the binary/global question to be of public importance and to merit closer analysis (see *Supreme Court Act*, s. 40(1)). Further, and unlike

5. la question de savoir si, en poursuivant l’instance en appel, la cour n’excède pas la fonction judiciaire, qui est de trancher des différends concrets, et est amenée à se prononcer sur des questions de type législatif autonomes qu’il vaut mieux laisser au législateur. [par. 50]

[20] Dans l’ensemble, ces facteurs justifient que la Cour statue sur le pourvoi du ministère public.

[21] Premièrement, malgré le décès de M. Poulin, l’avocat de ce dernier a présenté un mémoire complet dans lequel est exposée la position de M. Poulin et il a défendu cette position à l’audition du présent pourvoi. Les intervenantes Criminal Lawyers’ Association (« CLA ») et Association québécoise des avocats et avocates de la défense (« AQAAD ») ont également présenté des observations qui cadraient avec la position de M. Poulin. Par conséquent, notre Cour a eu l’avantage d’entendre des observations contradictoires en l’espèce.

[22] Deuxièmement, il est évident que le cas de l’appelant est plus que [TRADUCTION] « défendable » (voir *R. c. MacLellan*, 2019 NSCA 2, 369 C.C.C. (3d) 482, par. 96). Le pourvoi du ministère public soulève une question constitutionnelle importante qui n’a pas encore été traitée à fond dans la jurisprudence. En effet, le ministère public souligne que, bien qu’elles soient concordantes, les décisions existantes relatives à l’al. 11i) qui traitent de la question du droit binaire ou global n’abordent pas, et définissent encore moins, les objets qui sous-tendent le droit garanti par cette disposition. Cette lacune est capitale car, comme je l’explique ci-dessous, l’interprétation d’un droit garanti par la *Charte* dépend de son objet. Par conséquent, le pourvoi du ministère public est [TRADUCTION] « bien fondé » et le ministère public soulève une question sérieuse (*ibid.*).

[23] Troisièmement, l’interprétation juste de l’al. 11i) est « une question de droit d’intérêt général » qui « transcend[e] le décès » de M. Poulin. La question du droit binaire ou global est la seule à trancher en l’espèce. En octroyant l’autorisation de former le présent pourvoi, notre Cour a indiqué qu’elle estime que la question du droit binaire ou global est d’intérêt public et qu’elle mérite de faire

in *Smith*, the question in this appeal is not restricted to the facts of the case. To the contrary, the proper interpretation of this *Charter* provision engages a systemic issue related to the administration of justice, since s. 11(i) applies to all sentencing proceedings. As a result, the Crown, acting on behalf of the public, has a strong interest in seeing the question resolved (see *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90, at p. 97). Moreover, this appeal has meaningful collateral consequences; the proper interpretation of s. 11(i) touches not only all persons found guilty of offences and their families, but also all persons interested in the sentencing of those offenders — which extends beyond victims and their loved ones to society at large. As such, it is “in the public interest to address the merits in order to settle the state of the law” (*Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at p. 364).

[24] Fourth, the value of this Court’s ruling on the proper interpretation of s. 11(i) clearly outweighs any concerns about limited judicial resources. At this stage and in these circumstances, the option most respectful of all participants’ resources is to decide the appeal. While a decision not to adjudicate this appeal might save *this* Court some resources in the short term, it would undoubtedly cost *other* courts and justice system participants additional resources in the longer term. It is much more efficient and fair for this Court to decide this question of national importance now, rather than cause future litigants and lower courts to expend further resources debating this question until, inevitably, it reaches this Court anew. There is a clear “social cost in leaving the matter undecided” which outweighs any small cost to this Court associated with deciding the appeal (*Borowski*, at pp. 361-62).

l’objet d’une analyse plus poussée (voir la *Loi sur la Cour suprême*, par. 40(1)). En outre, contrairement à l’arrêt *Smith*, la question à trancher dans le présent pourvoi n’est pas propre aux faits de l’espèce. Au contraire, l’interprétation juste de cette disposition de la *Charte* met en jeu une question de nature systémique ayant trait à l’administration de la justice, car l’al. 11*i* s’applique à toutes les procédures de détermination de la peine. Par conséquent, le ministère public, qui agit au nom du public, a tout intérêt à ce que cette question soit résolue (voir *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90, p. 97). De plus, le présent pourvoi a des conséquences accessoires importantes; en effet, l’interprétation appropriée de l’al. 11*i* touche non seulement toutes les personnes déclarées coupables d’infractions et leurs familles, mais aussi toutes les personnes qui s’intéressent à la sentence de ces contrevenants, ce qui comprend la société en général en plus des victimes et de leurs proches. Ainsi, il est « dans l’intérêt du public de statuer sur le fond de la question pour déterminer l’état du droit » (*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 364).

[24] Quatrièmement, la valeur de la décision de notre Cour sur l’interprétation appropriée de l’al. 11*i* l’emporte sans conteste sur toute préoccupation quant aux ressources judiciaires limitées. À ce stade et dans les circonstances, la solution la plus respectueuse des ressources de toutes les parties consiste à trancher le pourvoi. Bien que *notre* Cour puisse économiser certaines ressources à court terme si une décision de ne pas trancher le présent pourvoi était rendue, il ne fait aucun doute qu’une telle décision obligerait d’autres cours et les acteurs du système de justice à dépenser des ressources supplémentaires à long terme. Il est beaucoup plus efficace et juste que notre Cour tranche aujourd’hui cette question d’importance nationale que d’obliger les futurs plaideurs et les tribunaux d’instance inférieure à consacrer des ressources supplémentaires au débat de cette question jusqu’à ce que celle-ci soit inévitablement soumise à notre Cour de nouveau. De toute évidence, le « coût social de laisser une question sans réponse » l’emporte sur tous les menus frais que notre Cour pourrait engager pour trancher le pourvoi (*Borowski*, p. 361-362).

[25] Fifth, and finally, it is for the courts, not Parliament, to define the scope of *Charter* rights. Unlike in *Borowski*, this Court would not be intruding on the legislative role by answering the question put to it.

[26] Based on these five factors, I am satisfied that there is “a continuing controversy which, notwithstanding the death of the individual most directly affected by the appeal, requires resolution in the interests of justice” (*Smith*, at para. 4; see also para. 50). The Crown’s factum, filed prior to Mr. Poulin’s death, is exclusively concerned with the proper interpretation of s. 11(i), and not the sentencing of Mr. Poulin *per se*. This demonstrates that this appeal raises a pure question of law that stands on its own, independent of the now moot factual context that initially gave rise to it. Indeed, it bears almost all of the hallmarks of an appeal warranting adjudication despite its mootness: it is of “importance to the administration of criminal justice”; has “a constitutional dimension”; requires “the interpretation of a statutory provision . . . of frequent application”; and involves a matter “in the daily business of our trial courts” (*R. v. Beaton*, 2018 ONCA 924, at para. 14 (CanLII)). This is therefore one of those “rare and exceptional” cases in which the Court ought to exercise its discretion to adjudicate a moot criminal appeal (*Smith*, at para. 10). I would grant the motion to proceed with the appeal.

[27] In these reasons, I refer to the position advanced on behalf of Mr. Poulin as “Mr. Poulin’s position”, despite his death.

B. Does Section 11(i) of the Charter Constitutionalize a Binary or a Global Right?

[28] Section 11(i) of the *Charter* sits within a larger provision that protects “crucial fundamental rights” of the accused (*R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, at p. 558, per Wilson J.). Among the

[25] Cinquièmement, et enfin, il incombe aux tribunaux, et non au législateur, de définir la portée des droits garantis par la *Charte*. À la différence de l’arrêt *Borowski*, notre Cour n’empiéterait pas sur le rôle du législateur en tranchant la question dont elle est saisie.

[26] Compte tenu de ces cinq facteurs, je suis convaincue qu’en l’espèce, « une question demeure en litige et doit être tranchée dans l’intérêt de la justice malgré le décès de la personne la plus directement touchée par l’appel » (*Smith*, par. 4; voir également le par. 50). Le mémoire déposé par le ministère public avant le décès de M. Poulin porte exclusivement sur l’interprétation juste de l’al. 11*i*) et non sur la sentence de M. Poulin elle-même. Cela démontre que le présent pourvoi soulève une pure question de droit qui est indépendante du contexte factuel devenu maintenant théorique qui a donné naissance au départ à cette question. En effet, il présente presque toutes les caractéristiques d’un pourvoi qui doit être tranché en dépit de son caractère théorique : il est [TRADUCTION] « important pour l’administration de la justice criminelle »; il a « une dimension constitutionnelle »; il nécessite « l’interprétation d’une disposition législative [. . .] qui est appliquée fréquemment »; et il porte sur une question que « les tribunaux de première instance sont appelés à trancher quotidiennement » (*R. c. Beaton*, 2018 ONCA 924, par. 14 (CanLII)). Par conséquent, le présent pourvoi constitue l’un de ces cas où la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher un pourvoi en matière criminelle devenu théorique, ce qu’elle fait « rarement et à titre exceptionnel » (*Smith*, par. 10). Je suis d’avis d’accueillir la requête visant la poursuite du pourvoi.

[27] Dans les présents motifs, j’appelle la position présentée au nom de M. Poulin la « position de M. Poulin » même s’il est décédé.

B. L’alinéa 11i) de la Charte constitutionnalise-t-il un droit binaire ou un droit global?

[28] L’alinéa 11*i*) de la *Charte* fait partie d’une disposition générale qui protège les « droits fondamentaux très importants » de l’accusé (*R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, p. 558, la juge

rights enshrined in s. 11 are the right to be presumed innocent (s. 11(d)); the right to a trial within a reasonable time (s. 11(b)); the right to trial by jury for certain serious offences (s. 11(f)); the right not to be compelled to be a witness against oneself (s. 11(c)); and the right not to be denied reasonable bail without just cause (s. 11(e)).

[29] Section 11(i) of the *Charter* 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.

[30] The appellant Crown and the intervener the Attorney General of Ontario argue that s. 11(i) confers a binary right. In their view, the provision entitles the offender to the lesser of the punishments under the laws in force at two key points in time: commission of the offence and sentencing. The respondent Mr. Poulin and the interveners the CLA and the AQAAD claim that s. 11(i) confers a global right. On their view, the provision entitles the offender to receive the least onerous punishment that has existed for the offence since it was committed.

[31] Thus far, Canadian courts have favoured Mr. Poulin's approach. Courts across this country, including the Quebec Court of Appeal in this case, have consistently read s. 11(i) as conferring a global right (see, for instance, *Belzil*; *R. v. Cadman*, 2018 BCCA 100, 359 C.C.C. (3d) 427; *R. v. Bent*, 2017 ONSC 3189, 383 C.R.R. (2d) 161; *R. v. Yusuf*, 2011 BCSC 626; *R. v. Mehanmal*, 2012 ONCJ 681, 270 C.R.R. (2d) 271). Generally speaking, and as further detailed below, two factors have led these courts to conclude that s. 11(i) entitles an offender to receive a lesser punishment that was not applicable at the time of the offence's commission or of the offender's

Wilson). Parmi les droits consacrés à l'art. 11 figurent le droit d'être présumé innocent (al. 11d)), le droit d'être jugé dans un délai raisonnable (al. 11b)), le droit de bénéficier d'un procès avec jury pour certaines infractions graves (al. 11f)), le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même (al. 11c)), et le droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable (al. 11e)).

[29] L'alinéa 11i) de la *Charte* dispose :

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.

[30] Le ministère public appelant et le procureur général de l'Ontario intervenant soutiennent que l'al. 11i) confère un droit binaire. À leur avis, cette disposition donne au contrevenant le droit de bénéficier de la moins sévère des peines prévues par les lois en vigueur à deux moments importants : celui de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence. L'intimé M. Poulin et les intervenantes la CLA et l'AQAAD affirment que l'al. 11i) confère un droit global. À leur avis, cette disposition donne au contrevenant le droit de bénéficier de la peine la moins sévère qui ait existé depuis que l'infraction a été commise.

[31] Jusqu'à maintenant, les tribunaux canadiens ont privilégié l'interprétation de M. Poulin. Les tribunaux du pays, dont la Cour d'appel du Québec en l'espèce, ont toujours interprété l'al. 11i) comme conférant un droit global (voir, par exemple, *Belzil*; *R. c. Cadman*, 2018 BCCA 100, 359 C.C.C. (3d) 427; *R. c. Bent*, 2017 ONSC 3189, 383 C.R.R. (2d) 161; *R. c. Yusuf*, 2011 BCSC 626; *R. c. Mehanmal*, 2012 ONCJ 681, 270 C.R.R. (2d) 271). De façon générale, et tel qu'il est précisé ci-après, deux facteurs ont amené ces tribunaux à conclure que l'al. 11i) confère au contrevenant le droit de bénéficier d'une peine moins sévère qui ne s'appliquait pas au moment

sentencing, but was applicable for a period at some point in between the two. The first factor is s. 11(i)'s use of the word "between". In their view, "between" indicates that the s. 11(i) right is concerned with the entire interval of time that elapses between the offence and sentencing. The second factor is the principle of liberal interpretation of *Charter* rights. According to them, this principle dictates that s. 11(i) should receive the interpretation most favourable to the offender.

[32] Absent from these decisions, however, is an analysis rooted in the purposes of s. 11(i). Indeed, these decisions do not examine the purposes of s. 11(i). Yet, the interpretation of a *Charter* right is a *purposive* endeavour (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344). A *Charter* right must be interpreted in light of the purpose or purposes driving it. In *Big M*, this Court explained that the purpose of a right or freedom is to be determined "by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*" (p. 344). Accordingly, a proper determination of whether s. 11(i) confers a binary or global right cannot be made without examining the purposes of the right by reference to these considerations.

[33] In *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906, this Court stated that the underlying purposes of s. 11(i) are the rule of law and fairness. I begin my analysis by explaining how s. 11(i) reflects these two purposes. Building on this foundation, and in accordance with the methodology articulated in *Big M*, I examine the linguistic and historical context of s. 11(i). In my view, the text and history of this provision lend support to the binary interpretation. Furthermore, unlike the global interpretation, the binary interpretation is consistent with the purposes

de la perpétration de l'infraction ou au moment de la sentence, mais qui s'est appliquée pendant un certain temps entre ces deux moments. Le premier facteur est l'emploi du terme « entre » à l'al. 11*i*). Selon les tribunaux canadiens, l'emploi du terme « entre » indique que le droit garanti par l'al. 11*i*) s'applique à l'ensemble de la période qui s'est écoulée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence. Le deuxième facteur est le principe de l'interprétation libérale des droits garantis par la *Charte*. Selon les tribunaux canadiens, ce principe exige que l'al. 11*i*) soit interprété de la manière la plus favorable qui soit pour le contrevenant.

[32] Toutefois, ces décisions ne contiennent pas d'analyse fondée sur les objets de l'al. 11*i*). En effet, elles ne traitent pas des objets de l'al. 11*i*). Or, l'interprétation d'un droit garanti par la *Charte* est une entreprise *téléologique* (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344). Un droit garanti par la *Charte* doit être interprété en fonction de l'objet ou des objets qui le sous-tendent. Dans l'arrêt *Big M*, notre Cour a expliqué que l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé « en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte* » (p. 344). Par conséquent, il est impossible de déterminer si l'al. 11*i*) confère un droit binaire ou un droit global sans examiner les objets du droit que garantit cette disposition en tenant compte de ces considérations.

[33] Dans l'arrêt *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906, notre Cour a déclaré que les objets qui sous-tendent l'al. 11*i*) sont la primauté du droit et l'équité. Je commence mon analyse en expliquant comment l'al. 11*i*) reflète ces deux objets. En m'appuyant sur ce fondement, et conformément à la méthode formulée dans *Big M*, j'examinerai le contexte linguistique et historique de l'al. 11*i*). À mon avis, le libellé et l'historique de cette disposition étayent l'interprétation binaire. Qui plus est, contrairement à l'interprétation globale, l'interprétation binaire

animating s. 11(i). Far from advancing the rule of law and fairness, a global interpretation of s. 11(i) would undermine them. Therefore, a purposive analysis of s. 11(i) leads to the conclusion that it confers a binary right.

[34] In order to engage in a purposive analysis of s. 11(i), it is necessary to understand how the provision would operate, both in general as well as under each of the binary and global approaches. We cannot appreciate the implications of the two competing approaches to s. 11(i), and whether these accord with the purposes of s. 11(i), without first understanding the basic mechanics of the provision and what each approach to the provision entails. I therefore begin by reviewing these mechanics. As will be seen, four questions arise when applying s. 11(i). The fact that s. 11(i) raises these questions is not in dispute. The questions naturally follow from the language of s. 11(i) and feature in the case law applying the right. As will be seen, what differs between the binary and global approaches to s. 11(i) is what they require to answer each of the four questions.

(1) Context: How Section 11(i) Operates

(a) *Question One: What Are the Applicable Sentencing Provisions?*

[35] It is clear from its wording that s. 11(i) involves a comparison between multiple “punishments” and an entitlement to the lesser of these. Thus, the first question that arises when applying s. 11(i) is “What are the various sentencing provisions attached to the offence at the relevant points in time?” The sentencing provisions needed to apply s. 11(i) in a binary manner are the ones in force at the time of the offence and the ones in force at the time of sentencing. By contrast, a global approach to s. 11(i) would require an exhaustive legislative history of all sentencing provisions associated with the offence since its commission. To respect Mr. Poulin’s s. 11(i) right under a global approach, all of the sentencing provisions

est conforme aux objets que vise l’al. 11*i*). Loin de servir la primauté du droit et l’équité, une interprétation globale de l’al. 11*i*) minerait leur atteinte. Par conséquent, une interprétation téléologique de l’al. 11*i*) mène à la conclusion qu’il confère un droit binaire.

[34] Pour procéder à une analyse téléologique de l’al. 11*i*), il est nécessaire de comprendre comment s’appliquerait cette disposition, tant en général que dans le contexte d’une interprétation binaire et d’une interprétation globale. Il nous est impossible de comprendre les incidences de ces deux interprétations divergentes de l’al. 11*i*), et de déterminer si elles concordent avec les objets de l’al. 11*i*), sans d’abord comprendre le fonctionnement de base de cette disposition et les effets de chacune de ces interprétations. Je commencerai donc par étudier ce fonctionnement. Comme nous le verrons, l’application de l’al. 11*i*) soulève quatre questions. Nul ne conteste que l’al. 11*i*) soulève ces questions. Elles découlent naturellement de son libellé et figurent dans la jurisprudence relative à ce droit. Comme nous le verrons, ce qui distingue les deux interprétations, binaire et globale, de l’al. 11*i*), ce sont les réponses qu’elles commandent à l’égard de chacune des quatre questions.

(1) Contexte : Application de l’al. 11*i*)

a) *Première question : quelles sont les dispositions applicables en matière de détermination de la peine?*

[35] Il ressort clairement du libellé de l’al. 11*i*) que cette disposition implique une comparaison entre de nombreuses « peines » et le droit de bénéficier de la moins sévère d’entre elles. Ainsi, la première question que soulève l’application de l’al. 11*i*) est de savoir quelles sont les différentes dispositions relatives à la détermination de la peine qui étaient appliquées pour sanctionner l’infraction aux moments pertinents. Une interprétation binaire de l’al. 11*i*) exige que les dispositions relatives à la détermination de la peine qui étaient en vigueur au moment de la perpétration de l’infraction et celles en vigueur au moment de la sentence soient appliquées. À l’inverse, une interprétation globale de l’al. 11*i*)

bearing on gross indecency over the decades between Mr. Poulin's offences and his sentencing would need to be identified. Otherwise, the least onerous punishment available in that interval might inadvertently be overlooked.

[36] As set out above, the crime of which Mr. Poulin was found guilty — gross indecency — was repealed in 1988, after he committed it. However, the parties agree that the sentencing provisions applicable to Mr. Poulin's offences of gross indecency after that date are the ones applicable to the indictable sexual offences in the *Criminal Code*. Then, because amendments to the *Criminal Code* made the conditional sentence unavailable for these sexual offences, the parties agree that this sentence was similarly statutorily unavailable for Mr. Poulin's counts of gross indecency at the time he was sentenced in 2017. Without the parties' agreement that the sentencing provisions applicable to the modern sexual offences apply to Mr. Poulin's acts of gross indecency, it would have been necessary for the court to determine which crime(s) and associated provisions corresponded to Mr. Poulin's acts of gross indecency after this crime was repealed.

(b) *Question Two: Which Measures Contained in These Sentencing Provisions Constitute "Punishments"?*

[37] Once the relevant sentencing provisions have been identified, the question becomes which of the

impose d'établir un historique législatif exhaustif de toutes les dispositions relatives à la détermination de la peine qui ont pu s'appliquer à l'infraction depuis sa perpétration. Selon une interprétation globale, il faudrait dresser la liste de toutes les dispositions établissant la peine relative à l'infraction de grossière indécence qui ont été appliquées au cours des décennies qui se sont écoulées entre les infractions commises par M. Poulin et sa sentence afin de respecter le droit que lui confère l'al. 11*i*). Sinon, la peine la moins sévère qui était en vigueur au cours de cet intervalle pourrait ne pas être prise en considération par inadvertance.

[36] Comme je l'ai mentionné, la disposition applicable au crime dont M. Poulin a été reconnu coupable — la grossière indécence — a été abrogée en 1988 après que M. Poulin l'eut commis. Cependant, les parties conviennent que, après cette date, les dispositions en matière de détermination de la peine applicables aux infractions de grossière indécence commises par M. Poulin sont celles qui s'appliquent aux actes criminels d'ordre sexuel prévus au *Code criminel*. De plus, étant donné que la peine d'emprisonnement avec sursis ne pouvait plus être infligée pour sanctionner ce type d'infractions d'ordre sexuel à la suite des modifications apportées au *Code criminel*, les parties conviennent que cette peine ne pouvait pas non plus être infligée à M. Poulin en vertu de la loi pour les chefs de grossière indécence lorsque ce dernier a reçu sa sentence en 2017. Si les parties n'avaient pas convenu que les dispositions sur la détermination de la peine applicables aux infractions d'ordre sexuel modernes s'appliquent également aux actes de grossière indécence commis par M. Poulin, la Cour aurait été tenue de déterminer quel(s) crime(s) et quelles dispositions correspondaient aux actes de grossière indécence de M. Poulin depuis l'abrogation des dispositions relatives à ce crime.

(b) *Deuxième question : quelles mesures prévues dans ces dispositions sur la détermination de la peine constituent des « peines »?*

[37] Après avoir dressé la liste des dispositions pertinentes relatives à la détermination de la peine, il

measures or sanctions contained within these provisions constitute “punishments” in the sense contemplated by s. 11(i). In *K.R.J.*, at para. 41, this Court held that a measure will constitute punishment under s. 11(i) when:

. . . (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. [Footnote omitted; para. 41.]

Notably, *K.R.J.* expanded the s. 11(i) concept of “punishment” beyond what it had been before. Specifically, *K.R.J.* added factor (3) to the test for punishment “to carve out a clearer and more meaningful role for the consideration of the impact of a sanction” (para. 41; see also paras. 28 and 36).

[38] Numerous measures and sanctions have been assessed against the s. 11(i) concept of “punishment”. The following measures have been found to qualify as punishment: the timing of eligibility for parole (*Liang v. Canada (Attorney General)*, 2014 BCCA 190, 355 B.C.A.C. 238, at paras. 27 and 43); pre-sentence custody (*R. v. S. (R.)*, 2015 ONCA 291, 333 C.R.R. (2d) 160, at para. 32); the conditions governing the “faint hope” regime (*R. v. Simmonds*, 2018 BCCA 205, 362 C.C.C. (3d) 215, at paras. 88-89); *Criminal Code* driving prohibition orders (*R. v. Wilson*, 2011 ONSC 89, 225 C.R.R. (2d) 234, at para. 37); and weapons prohibition orders (*Bent*, at para. 71; see also *R. v. Wiles*, 2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895, at para. 3 (although not a s. 11(i) case)). By contrast, the following sanctions have been found *not* to constitute s. 11(i) “punishment”: post-conviction DNA databank orders (*R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, at paras. 64-65); sex offender registration (or “SOIRA”) orders (see, for instance, *R. v. Cross*, 2006 NSCA 30, 241 N.S.R. (2d) 349, at para. 84); and provincial driving suspensions imposed in response to criminal

faut se demander lesquelles des mesures ou des sanctions prévues dans ces dispositions constituent des « peines » au sens de l’al. 11*i*). Au par. 41 de l’arrêt *K.R.J.*, notre Cour a statué qu’une mesure constitue une peine au sens de l’al. 11*i*) 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 sécurité. [Note en bas de page omise, par. 41.]

Il est à noter que, dans l’arrêt *K.R.J.*, le concept de « peine » dont il est question à l’al. 11*i*) a été élargi au-delà du sens qu’il revêtait auparavant. Plus précisément, le troisième facteur énoncé dans le passage précédent a été ajouté au 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 » (par. 41; voir aussi les par. 28 et 36).

[38] De nombreuses mesures et sanctions ont été évaluées en regard du concept de « peine » énoncé à l’al. 11*i*). Ainsi, les mesures suivantes sont assimilées à une peine : la période d’admissibilité à la libération conditionnelle (*Liang c. Canada (Attorney General)*, 2014 BCCA 190, 355 B.C.A.C. 238, par. 27 et 43); la détention présentencielle (*R. c. S. (R.)*, 2015 ONCA 291, 333 C.R.R. (2d) 160, par. 32); les conditions régissant le régime dit du [TRADUCTION] « faible espoir » (*R. c. Simmonds*, 2018 BCCA 205, 362 C.C.C. (3d) 215, par. 88-89); les ordonnances d’interdiction de conduire relevant du *Code criminel* (*R. c. Wilson*, 2011 ONSC 89, 225 C.R.R. (2d) 234, par. 37); et les ordonnances d’interdiction de posséder des armes (*Bent*, par. 71; voir aussi *R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895, par. 3 (bien que cette affaire ne porte pas sur l’al. 11*i*)). Par contre, les sanctions suivantes *ne* sont *pas* assimilées à une « peine » au sens de l’al. 11*i*) : les ordonnances d’utilisation d’une banque de données génétiques après une déclaration de culpabilité (*R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, par. 64-65); les ordonnances d’enregistrement au registre des

convictions (*Wilson*, at para. 34). However, without commenting on their merits, I observe that these latter decisions were rendered prior to *K.R.J.*

[39] In this case, the parties accept that a conditional sentence is a “punishment” for the purposes of s. 11(i). Given my ultimate conclusion that s. 11(i) confers a binary right and therefore does not entitle Mr. Poulin to *any* “punishments” temporarily available in the interval between his offence and sentencing, I need not determine whether a conditional sentence constitutes a “punishment” to which Mr. Poulin could be entitled under s. 11(i).

[40] As the cases outlined above reveal, “punishment” is a broad concept. It captures not only traditional prison sentences, but also ancillary orders and other statutory measures. The consequence of this is significant: in light of the meaning of “punishment”, s. 11(i) does not involve the simple comparison of two or more *whole* sentencing provisions. Rather, s. 11(i) requires that the applicable sentencing provisions be parsed into their various measures. Each type of measure must then be evaluated under the *K.R.J.* test for “punishment”. In this evaluation, attention must also be paid to whether the measure at issue has been found to constitute “punishment” under ss. 11(h) or 12 of the *Charter*, as “punishment should be defined consistently across ss. 11 and 12 of the *Charter*” (*R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599, at para. 38).

[41] It is only once the evaluation of all of the measures is complete that the court will have before

délinquants sexuels prononcées sous le régime de la *Loi sur l’enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels* (ou la « LERDS ») (voir, par exemple, *R. c. Cross*, 2006 NSCA 30, 241 N.S.R. (2d) 349, par. 84); et les suspensions de permis de conduire provinciales imposées à la suite d’une déclaration de culpabilité au criminel (*Wilson*, par. 34). Toutefois, sans me prononcer sur leur bien-fondé, je constate que ces dernières décisions ont été rendues avant l’arrêt *K.R.J.*

[39] En l’espèce, les parties conviennent que l’emprisonnement avec sursis constitue une « peine » pour l’application de l’al. 11i). Vu ma conclusion finale selon laquelle l’al. 11i) confère un droit binaire et ne permet donc pas à M. Poulin de bénéficier de *toute* « peine » qui était temporairement en vigueur entre le moment de la perpétration de son infraction et celui de sa sentence, je n’ai pas à décider si l’emprisonnement avec sursis constitue une « peine » à laquelle M. Poulin pourrait avoir droit au titre de l’al. 11i).

[40] Comme le révèlent les décisions précitées, le concept de « peine » est large. Ce concept englobe non seulement les peines d’emprisonnement traditionnelles, mais aussi les ordonnances accessoires et les autres mesures prescrites par la loi. Cela a une incidence importante : compte tenu de la signification du concept de « peine », l’al. 11i) ne suppose pas la simple comparaison d’au moins deux dispositions *intégrales* relatives à la détermination de la peine. L’alinéa 11i) exige plutôt que les dispositions relatives à la détermination de la peine applicables soient appréciées en fonction des diverses mesures qu’elles prévoient. Chaque type de mesure doit ensuite être évalué en fonction du critère énoncé dans *K.R.J.* qui permet d’assimiler une mesure à une « peine ». Pendant cette évaluation, il faut également se pencher sur la question de savoir si la mesure en cause est considérée comme une « peine » au sens de l’al. 11h) ou de l’art. 12 de la *Charte*, car la « peine devrait recevoir la même acception aux art. 11 et 12 de la *Charte* » (*R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599, par. 38).

[41] Ce n’est qu’après avoir évalué toutes les mesures que la Cour aura pris connaissance des

it the various “punishments” that must be compared to identify the “lesser” punishment or punishments to which the offender is entitled under s. 11(i). A binary approach to s. 11(i) would only require the evaluation of the measures applicable at the two relevant points in time (offence and sentencing). In contrast, a global approach to s. 11(i) would require the evaluation of each and every type of measure that was applicable at some point during the entire interval between the offence and sentencing, no matter the length of that interval.

(c) *Question Three: Which Punishment(s) Represent the “Lesser” Punishment(s)?*

[42] Once the various “punishments” for the offence have been identified, they must be compared and contrasted to determine which one — or ones — reflect the “lesser” punishment. Often, this determination is obvious; it selects the shorter period of incarceration over the longer one, and the absence of a weapons prohibition over the imposition of one. However, sometimes the determination of the lesser punishment is more nuanced. For instance, the sentencing court comparing two competing sentencing regimes must be alive to the possibility that each of the regimes contains some “lesser” aspect of punishment. To this end, in *R. v. Johnson*, 2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357, this Court observed that while the new sentencing regime was more favourable to Mr. Johnson if he qualified as a long-term offender, the former regime would be more favourable to him if he did not, as it provided him with the benefit of an earlier parole hearing (para. 46).

[43] Just as it would require an evaluation of all sentencing measures available between the offence and sentencing to answer “Question Two”, the global approach would require a comparison

différentes « peines » qui doivent être comparées afin de déterminer la ou les peines « l[es] moins sévère[s] » dont le contrevenant a le droit de bénéficier aux termes de l’al. 11i). Une interprétation binaire de l’al. 11i) exigerait seulement une évaluation des mesures applicables aux deux moments pertinents (le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence). En revanche, une interprétation globale de l’al. 11i) exigerait une évaluation de tous les types de mesures qui s’appliquaient à un moment donné pendant toute la période qui s’est écoulée entre la perpétration de l’infraction et la sentence, et ce, quelle que soit la longueur de cette période.

c) *Troisième question : quelles peines constituent les peines « l[es] moins sévère[s] » ?*

[42] Après avoir relevé les différentes « peines » qui peuvent être infligées pour sanctionner une infraction, il convient de les comparer et de les mettre en opposition afin de déterminer laquelle — ou lesquelles — constitue la peine « la moins sévère ». Souvent, cette détermination est évidente; le tribunal choisit la plus courte période d’incarcération au lieu de la période d’incarcération la plus longue, et l’absence d’interdiction de posséder des armes au lieu d’imposer pareille interdiction. Cependant, la détermination de la peine la moins sévère est parfois plus nuancée. Par exemple, le tribunal chargé de déterminer la peine qui compare deux régimes de détermination de la peine concurrents doit envisager la possibilité que chacun des régimes prévoit une peine moins sévère. À cet égard, notre Cour a fait remarquer dans l’arrêt *R. c. Johnson*, 2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357, que même si le nouveau régime de détermination de la peine était plus favorable envers M. Johnson s’il était déclaré délinquant à contrôler, le régime antérieur lui serait plus favorable si une telle déclaration n’était pas prononcée, car ce régime lui permettrait de présenter une demande de libération conditionnelle plus rapidement (par. 46).

[43] En plus d’exiger, pour répondre à la deuxième question, une évaluation de toutes les mesures sentencielles applicables entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence,

of all *punishments* identified between the offence and sentencing to answer “Question Three”. On the other hand, answering “Question Three” under a binary approach to s. 11(i) would involve only the comparison of those punishments applicable under the laws in force at the time of the offence and the time of sentencing.

- (d) *Question Four: What Punishment(s) Must Be Imposed to Honour the Offender’s Section 11(i) Right?*

[44] Finally, once the sentencing court has isolated the lesser punishment or punishments, it must then sentence the offender according to that punishment or those punishments. This is, after all, the right that s. 11(i) confers, regardless of whether the right is binary or global. What it looks like to receive “the benefit of the lesser punishment” depends on the nature of the punishment in question.

[45] Where the offender does not need to satisfy any statutory criteria to obtain the lesser punishment, receiving the benefit of the lesser punishment simply means having that punishment applied. Thus, if the punishments being compared are a maximum sentence of seven years’ imprisonment and a maximum sentence of 14 years’ imprisonment, receiving the benefit of the lesser punishment means receiving, at most, a sentence of seven years’ imprisonment (see *Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289, at para. 37). In the same vein, s. 11(i) would entitle an offender to a fine of \$100 if, at the time of his offence, the law imposed a mandatory fine of \$500, but, by the time of his sentencing, the amount of the mandatory fine had dropped to \$100. Importantly, in such cases, the sentencing judge is bound under s. 11(i) to impose the lesser punishment, regardless of whether the judge considers a more onerous punishment to be fit and proportionate.

l’interprétation globale nécessiterait une comparaison de toutes les *peines* pouvant être infligées entre le moment de la perpétration de l’infraction et le moment de la sentence qui ont été relevées en réponse à la troisième question. Par contre, répondre à la troisième question dans le cadre d’une interprétation binaire de l’al. 11*i*) consisterait seulement à comparer les peines applicables selon les lois en vigueur au moment de la perpétration de l’infraction et au moment de la sentence.

- d) *Quatrième question : quelle(s) peine(s) faut-il infliger pour respecter le droit garanti au contrevenant par l’al. 11i)?*

[44] Enfin, après avoir cerné la ou les peines les moins sévères, le tribunal doit s’appuyer sur celles-ci pour infliger une peine au contrevenant. Il s’agit après tout du droit que confère l’al. 11*i*), que ce droit soit binaire ou global. Ce que c’est « de bénéficier de la peine la moins sévère » dépend de la nature de la peine en question.

[45] Si le contrevenant n’est pas tenu de remplir des conditions prévues par la loi pour se voir infliger la peine la moins sévère, le droit de bénéficier de la peine la moins sévère signifie simplement que cette peine doit être appliquée. Donc, si les peines comparées sont une peine maximale de sept ans d’emprisonnement et une peine maximale de 14 ans d’emprisonnement, le droit de bénéficier de la peine la moins sévère signifie que le délinquant peut être condamné à une peine maximale de sept ans d’emprisonnement (voir *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289, par. 37). Dans le même ordre d’idées, l’al. 11*i*) permettrait d’infliger une amende de 100 \$ à un contrevenant si, au moment de la perpétration de son infraction, la loi prévoyait l’infliction d’une amende obligatoire de 500 \$, mais qu’au moment de sa sentence, le montant de cette amende était de 100 \$. Fait important, dans de tels cas, le juge chargé de la détermination de la peine est tenu par l’al. 11*i*) d’infliger la peine la moins sévère, et ce, même s’il estime qu’une peine plus sévère serait juste et proportionnée.

[46] Where the lesser punishment has built-in criteria that the offender must meet to qualify for the punishment, receiving the benefit of that punishment means, at a minimum, having the court consider the punishment. If the court finds that the offender meets the criteria, the offender becomes entitled to that punishment. This was demonstrated in *Johnson*, in which this Court held that s. 11(i) obliged the sentencing judges to consider whether the offenders satisfied the criteria of the newer, more favourable long-term offender regime, before automatically applying the harsher dangerous offender regime already in place when the offenders committed their offences. If the offenders satisfied the criteria of the long-term offender regime, they were entitled to long-term supervision orders as long-term offenders following determinate periods of incarceration, instead of indeterminate detention as dangerous offenders (para. 45).

[47] Notably, the punishment sought by Mr. Poulin in this case, a conditional sentence, is a form of sentence with built-in prerequisites and criteria (see *Criminal Code*, s. 742.1, and, in particular, para. (a); see also *R. v. R.A.R.*, 2000 SCC 8, [2000] 1 S.C.R. 163, at paras. 14-16 and 25). Therefore, if this sentence were applicable to Mr. Poulin (which I find it is not), and if it were found to constitute the lesser punishment, Mr. Poulin would only be entitled to it if the sentencing judge found that Mr. Poulin met the relevant statutory criteria.

[48] Finally, where the punishments being compared are qualitatively different versions of a provision or sentencing regime, receiving the benefit of the lesser punishment means being sentenced under the more favourable provision or regime. Thus, in *K.R.J.*, the order prohibiting the offender from communicating with children had to conform with the version of s. 161(1)(c) of the *Criminal Code* in force at the time of K.R.J.'s offence, not the version

[46] Lorsque la peine la moins sévère comporte des conditions que le contrevenant doit remplir pour y être admissible, le droit de bénéficier de cette peine signifie, à tout le moins, que le tribunal est tenu de prendre en considération cette peine. Si le tribunal conclut que le contrevenant remplit les conditions, ce dernier est admissible à cette peine. C'est ce qu'a démontré l'arrêt *Johnson*, dans lequel notre Cour a statué que l'al. 11*i*) obligeait le juge chargé de la détermination de la peine à décider si le contrevenant remplissait les conditions du nouveau régime plus favorable applicable aux délinquants à contrôler avant d'appliquer automatiquement le régime plus sévère applicable aux délinquants dangereux qui était déjà en vigueur lorsque le contrevenant a commis son infraction. Le contrevenant qui remplit les conditions du régime applicable aux délinquants à contrôler est en droit d'obtenir une ordonnance de surveillance de longue durée en tant que délinquant à contrôler après des périodes déterminées d'incarcération au lieu d'être condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée en tant que délinquant dangereux (par. 45).

[47] Il convient de noter que la peine demandée par M. Poulin en l'espèce, soit l'emprisonnement avec sursis, est une forme de peine assortie de conditions préalables et de critères à respecter (voir le *Code criminel*, art. 742.1 et, plus particulièrement, l'al. 742.1a); voir aussi *R. c. R.A.R.*, 2000 CSC 8, [2000] 1 R.C.S. 163, par. 14-16 et 25). Par conséquent, si cette peine s'appliquait à M. Poulin (ce qui, à mon avis, n'est pas le cas), et si elle était considérée comme la peine la moins sévère, il n'aurait le droit de bénéficier de cette peine que si le juge chargé de la détermination de la peine concluait qu'il satisfaisait aux critères légaux pertinents.

[48] Enfin, lorsque les peines comparées relèvent de versions qualitativement différentes d'une disposition ou d'un régime de détermination de la peine, le droit de bénéficier de la peine la moins sévère signifie que le contrevenant peut se voir infliger une peine qui est conforme à la disposition ou au régime le plus favorable. Ainsi, dans l'arrêt *K.R.J.*, l'ordonnance interdisant au contrevenant de communiquer avec des enfants devait être conforme à la version de

in force when he was sentenced, which was more restrictive of liberty (paras. 57 and 115). Similarly, in *Liang*, the Court of Appeal held that the offenders were entitled to access the automatic, accelerated parole review (“APR”) process that was applicable to them and their offences when they committed those offences. By virtue of s. 11(i), the offenders could not be subjected to the more restrictive parole eligibility rules that had replaced the APR regime (see also *Canada (Attorney General) v. Lewis*, 2015 ONCA 379, 126 O.R. (3d) 289, and *Nucci v. Canada (Attorney General)*, 2015 MBCA 122, 333 C.C.C. (3d) 221, which follow *Liang*).

[49] Crucially, and as a number of these examples illustrate, granting the offender the benefit of the lesser punishment does not simply equate to providing the court with an additional sentencing option (or additional sentencing options) to consider. Rather, s. 11(i) redefines and delimits the scope of the court’s options. It sets the parameters in which the sentencing court is permitted to operate. Those parameters are determined by the lesser punishment. Therefore, instead of lengthening the list of available punishments, a global approach to s. 11(i) would winnow down the sentencing court’s options to those contained within the least onerous punishment on the books for the relevant offence since the offence’s commission. Of course, if this “least” punishment involved criteria which the offender did not meet, a global approach to s. 11(i) would require the court to apply the “next least” punishment. In this sense, a global s. 11(i) right would also sometimes require the sentencing court to create a kind of “ranking” of the lowest punishments.

[50] Having itemized the four questions that arise when applying s. 11(i), I acknowledge that, generally speaking, parties invoking a global s. 11(i) right have not systematically asked and answered them. Instead,

l’al. 161(1)c) du *Code criminel* qui était en vigueur au moment où K.R.J. a commis son infraction et non à celle qui était en vigueur lorsqu’il a été condamné, laquelle restreignait davantage la liberté (par. 57 et 115). De même, dans l’arrêt *Liang*, la Cour d’appel a statué que les contrevenants pouvaient bénéficier de la procédure d’examen expéditif (« PEE ») automatique qui s’appliquait à leur situation et à leurs infractions au moment où ils ont commis celles-ci. Selon l’al. 11i), les contrevenants ne pouvaient pas être assujettis aux règles d’admissibilité à la libération conditionnelle plus restrictives qui avaient remplacé la PEE (voir également *Canada (Attorney General) c. Lewis*, 2015 ONCA 379, 126 O.R. (3d) 289, et *Nucci c. Canada (Attorney General)*, 2015 MBCA 122, 333 C.C.C. (3d) 221, qui ont été rendus après l’arrêt *Liang*).

[49] Fondamentalement, et comme l’illustrent plusieurs de ces exemples, conférer au contrevenant le droit de bénéficier de la peine la moins sévère n’équivaut tout simplement pas à offrir au tribunal une autre peine (ou d’autres peines) à prendre en considération. L’alinéa 11i) redéfinit et délimite plutôt la portée des options qui s’offrent au tribunal. Il établit également les paramètres à l’intérieur desquels le tribunal chargé de déterminer la peine doit accomplir son mandat. Ces paramètres sont établis en fonction de la peine la moins sévère. Par conséquent, au lieu d’allonger la liste des peines applicables, une interprétation globale de l’al. 11i) restreindrait les choix dont dispose le tribunal chargé de déterminer la peine aux peines les moins sévères applicables à une infraction depuis sa perpétration. Bien entendu, si la peine « la moins sévère » repose sur des critères qui ne sont pas respectés par le contrevenant, une interprétation globale de l’al. 11i) exigerait que le tribunal applique la « deuxième peine la moins sévère ». En ce sens, une interprétation globale du droit conféré à l’al. 11i) exigerait aussi parfois que le tribunal chargé de déterminer la peine établisse un certain « classement » des peines les moins sévères.

[50] Après avoir énuméré les quatre questions soulevées par l’application de l’al. 11i), je reconnais que, généralement, les parties qui ont invoqué l’interprétation globale du droit reconnu à l’al. 11i)

the offender has typically requested and received a particular lesser punishment available at some time in the interval between the offence and sentencing. Indeed, this is what occurred in Mr. Poulin’s case. Rather than canvassing all of the sentencing measures available for his offence since he committed it, he proposed to the court a conditional sentence, presumably considering it to be the most favourable “lesser punishment”.

[51] However, this approach is not what the global interpretation of s. 11(i) contemplates. As the jurisprudence reviewed in this section reveals, under the global approach, the sentencing court cannot be satisfied that it has respected the offender’s constitutional right to receive “the benefit of the lesser punishment” unless it has canvassed and evaluated all of the relevant sentencing provisions and compared and contrasted all of the relevant “punishments”. The failure to do so may result in the offender being subjected to a harsher punishment than the one to which they are constitutionally entitled if a global approach to s. 11(i) is taken.

[52] In essence, the global approach posits that these numerous historical punishments be considered as potentially applicable sentences even though they bear no temporal relationship to the offender’s unlawful actions or the legal proceedings commenced against the offender in respect of those actions. If such an approach to s. 11(i) is to be adopted, it must be warranted by the right’s purposes. I now turn to those purposes.

(2) Purposive Analysis

[53] As outlined above, a *Charter* right must be interpreted purposively — that is, in a manner that is justified by its purposes. This bears repeating because, as this Court has observed, “purposive” can be mistakenly conflated with “generous” (*R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 17; see

n’ont pas systématiquement répondu à ces questions. Au contraire, le contrevenant demande et obtient habituellement une peine particulière moins sévère qui était applicable à un certain moment entre la perpétration de l’infraction et celui de la sentence. C’est effectivement ce qui s’est produit dans le cas de M. Poulin. Ce dernier a proposé au tribunal de lui infliger une peine d’emprisonnement avec sursis en croyant probablement qu’il s’agissait de la « peine la moins sévère » la plus favorable au lieu de répertorier toutes les peines applicables à l’infraction reprochée depuis sa perpétration.

[51] Toutefois, cette approche ne correspond pas à une interprétation globale de l’al. 11*i*). Comme le révèle la jurisprudence examinée dans la présente section, d’après l’interprétation globale, le tribunal chargé de déterminer la peine ne peut être convaincu d’avoir respecté le droit constitutionnel du contrevenant de « bénéficier de la peine la moins sévère » que s’il a répertorié et évalué toutes les dispositions applicables en matière de détermination de la peine et qu’il a comparé et mis en opposition toutes les « peines » applicables. Sinon, le contrevenant pourrait faire face à une peine plus sévère que celle dont il a constitutionnellement le droit de bénéficier si l’on adopte une interprétation globale de l’al. 11*i*).

[52] Essentiellement, l’interprétation globale veut que ces nombreuses peines antérieures soient considérées comme étant susceptibles de s’appliquer même si elles n’ont aucun lien temporel avec les actes illicites du contrevenant ou la poursuite judiciaire intentée contre lui par suite de ces actes. Si une telle interprétation de l’al. 11*i*) doit être adoptée, elle doit se justifier par les objets du droit que confère cette disposition. J’examinerai maintenant ces objets.

(2) Analyse téléologique

[53] Comme je l’ai déjà mentionné, un droit garanti par la *Charte* doit être interprété téléologiquement, c’est-à-dire d’une façon qui est justifiée par ses objets. Cela mérite d’être répété car, comme l’a fait observer notre Cour, l’interprétation « téléologique » et l’interprétation « libérale » peuvent

also P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at p. 36-30). This is despite this Court's instruction in *Big M* that, in applying a generous — rather than legalistic — lens, “it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question” (p. 344). As was reiterated in *Grant*, “[t]he purpose of a right must always be the dominant concern in its interpretation; generosity of interpretation is subordinate to and constrained by that purpose” (para. 17). This is because an overly generous reading of a right risks protecting “behaviour that is outside the purpose and unworthy of constitutional protection” (Hogg, at p. 36-30). Indeed, “[i]n the case of most rights . . . the widest possible reading of the right, which is the most generous interpretation, will ‘overshoot’ the purpose of the right” (*ibid.*).

[54] Thus, while it has often been said that *Charter* rights must be interpreted in a “large and liberal” manner, they are ultimately bounded by their purposes. Put differently, *Charter* rights, including s. 11(i), must be interpreted liberally within the limits that their purposes allow. This was acknowledged in *K.R.J.*, in which the Court held that s. 11(i) warranted a “liberal and purposive approach” (para. 37 (emphasis added)). Indeed, in that case, the Court justified its liberal interpretation of the term “punishment” by linking it to the purposes of s. 11(i). The Court explained that the rule of law and fairness purposes of s. 11(i) would, in fact, be “compromised” if a liberal interpretation of “punishment” were not adopted (para. 37). Similarly, in *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310, a majority of this Court held that the right in s. 10(b) of the *Charter* “to retain and instruct counsel” upon arrest or detention does not grant detainees the right to suspend their police interrogations to consult counsel upon reasonable request. The majority rejected this generous interpretation of s. 10(b) as the purpose of the right did not warrant it (*Sinclair*, at paras. 36 and 56-57). Rather, the purpose of s. 10(b) was satisfied by a more measured reading of the right, which permits detainees under interrogation to consult counsel anew when a change

être confondues à tort (*R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 17; voir aussi P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), vol. 2, p. 36-30), et ce, malgré la directive qu’a énoncée notre Cour dans l’arrêt *Big M*, selon laquelle dans l’application d’une interprétation libérale — plutôt que formaliste — « il importe de ne pas aller au-delà de l’objet véritable du droit ou de la liberté en question » (p. 344). Notre Cour a réitéré dans l’arrêt *Grant* que « [l]’objet du droit doit demeurer la principale préoccupation; la libéralité de l’interprétation est restreinte par cet objet et elle y est subordonnée » (par. 17). Il en est ainsi parce qu’une interprétation excessivement libérale d’un droit risquerait de protéger [TRADUCTION] « des comportements qui dépassent l’objet et ne sont pas dignes d’une protection constitutionnelle » (Hogg, p. 36-30). De plus, « dans le cas de la plupart des droits [. . .] l’interprétation la plus large possible du droit, qui est également l’interprétation la plus libérale, ira “au-delà” de l’objet du droit . . . » (*ibid.*).

[54] Par conséquent, bien que l’on ait souvent dit que les droits garantis par la *Charte* doivent être interprétés de façon « large et libérale », ils sont, au bout du compte, subordonnés à leurs objets. Autrement dit, les droits garantis par la *Charte*, y compris celui reconnu à l’al. 11*i*), doivent être interprétés de façon libérale dans les limites de leurs objets. La Cour l’a reconnu dans l’arrêt *K.R.J.*, où elle a jugé que l’al. 11*i*) méritait une « interprétation libérale et téléologique » (par. 37 (je souligne)). De fait, dans cet arrêt, la Cour a justifié son interprétation libérale du terme « peine » en le reliant aux objets de l’al. 11*i*). La Cour a expliqué que les objectifs de primauté du droit et d’équité qui sous-tendent l’al. 11*i*) seraient, en réalité, « compromis » si une interprétation libérale du terme « peine » n’était pas adoptée (par. 37). De même, dans l’arrêt *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310, notre Cour a conclu à la majorité que le droit garanti par l’al. 10*b*) de la *Charte* « d’avoir recours [. . .] à l’assistance d’un avocat » en cas d’arrestation ou de détention ne donne pas aux détenus le droit de suspendre l’interrogatoire de la police auquel ils sont soumis pour consulter un avocat sur demande raisonnable à cet effet. Les juges majoritaires ont rejeté cette interprétation libérale de l’al. 10*b*), car l’objet

of circumstances in the course of the investigation justifies consultation.

[55] In my respectful view, courts that have given s. 11(i) a global reading have fallen into the error identified in *Grant* of prioritizing generosity over purpose. Rather than identifying the principles or purposes underlying s. 11(i), they have simply concluded that s. 11(i) should be given the interpretation most generous to the accused, which they have called the liberal interpretation (see *Yusuf*, at para. 30 (CanLII); *Mehanmal*, at paras. 75-76; *R. v. D.H.*, 2017 ONCJ 51, at para. 17 (CanLII); *Bent*, at para. 79; see also *Cadman*, which relies on these paragraphs of *Yusuf* and *Bent*). However, the principle that a provision bearing more than one plausible meaning must be read in a manner that favours the accused is not a principle of *Charter* interpretation. It is a principle of penal statutory interpretation (see *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at paras. 27, 29 and 38-39; *R. v. Dunn*, [1995] 1 S.C.R. 226, at para. 28). As just explained, *Charter* rights do not automatically receive the most generous interpretation that their language can bear (see *Sinclair*, at paras. 19-23 and 35-36; see also, for example: *Wigglesworth*, at pp. 553-54, in which this Court gave a “narrower interpretation” to the broad opening words of s. 11 (“[a]ny person charged with an offence”); *Carter v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 981, per Lamer J.; *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594, per McIntyre J.; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, per Sopinka J., in which this Court held that the right “to be tried within a reasonable time” under s. 11(b) of the *Charter* does not protect against pre-charge delay or appellate delay).

[56] In light of the above, it is necessary to approach the determination of whether s. 11(i) confers a binary or a global right from an understanding of

du droit que confère cette disposition ne la justifiait pas (*Sinclair*, par. 36 et 56-57). En effet, l’objet de l’al. 10b) est atteint si le droit que confère cette disposition est interprété d’une façon plus mesurée qui permet aux détenus subissant un interrogatoire de consulter de nouveau un avocat lorsqu’un changement de circonstances pendant l’enquête justifie une consultation.

[55] À mon humble avis, les tribunaux qui ont donné à l’al. 11i) une interprétation globale ont fait l’erreur, tel qu’il a été mentionné dans l’arrêt *Grant*, d’accorder la priorité à la libéralité de l’interprétation plutôt qu’à l’objet. Au lieu de relever les principes ou les objets qui sous-tendent l’al. 11i), ils ont tout simplement conclu qu’il fallait donner à l’al. 11i) l’interprétation la plus favorable à l’accusé, interprétation qu’ils ont qualifiée de libérale (voir *Yusuf*, par. 30 (CanLII); *Mehanmal*, par. 75-76; *R. c. D.H.*, 2017 ONCJ 51, par. 17 (CanLII); *Bent*, par. 79; voir aussi *Cadman*, lequel arrêt est fondé sur les paragraphes cités des arrêts *Yusuf* et *Bent*). Toutefois, le principe selon lequel une disposition ayant plus d’une signification plausible doit être interprétée d’une manière favorable à l’accusé ne constitue pas un principe d’interprétation de la *Charte*. Il s’agit plutôt d’un principe d’interprétation législative pénale (voir *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 27, 29 et 38-39; *R. c. Dunn*, [1995] 1 R.C.S. 226, par. 28). Comme je viens de l’expliquer, les droits garantis par la *Charte* ne sont pas interprétés automatiquement de la façon la plus libérale que peut permettre leur libellé (voir *Sinclair*, par. 19-23 et 35-36; voir également, par exemple, l’arrêt *Wigglesworth*, p. 553-554, dans lequel notre Cour a donné aux termes généraux « [t]out inculpé » qui figurent au début de l’art. 11 une « interprétation plus restrictive »; *Carter c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 981, le juge Lamer; *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594, le juge McIntyre; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, le juge Sopinka, arrêt dans lequel notre Cour a statué que le droit « d’être jugé dans un délai raisonnable » que garantit l’al. 11b) de la *Charte* n’empêche pas qu’il y ait un délai antérieur à l’accusation ou un délai d’appel).

[56] Compte tenu de ce qui précède, il est nécessaire de se pencher sur la question de savoir si l’al. 11i) confère un droit binaire ou un droit global

the purposes of s. 11(i) — and not simply from the perspective of the interested offender.

[57] Echoing this Court’s statement in *Big M*, Professor Hogg observes that guidance about a right’s purposes “can be obtained from the language in which the right is expressed, from the implications to be drawn from the context in which the right is to be found, including other parts of the Charter, from the pre-Charter history of the right and from the legislative history of the Charter” (p. 36-30). In this case, I find that the language and origins of s. 11(i), in particular, provide helpful indicia of the provision’s meaning. Therefore, after reviewing the purposes of s. 11(i) already identified in *K.R.J.*, I study the language and origins of s. 11(i). Then, with the purposes, language and origins of s. 11(i) in mind, I turn to the heart of the purposive analysis: deciding which interpretation of s. 11(i) is supported by the right’s purposes.

(a) *The Recognized Purposes and Effect of Section 11(i)*

[58] At common law, the general rule is that an accused must be tried and punished under the substantive law in force at the time the offence was committed, rather than the law in force at any other time — such as at trial or sentencing (*R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170, at p. 203, per McLachlin J.; *Johnson*, at para. 41; *K.R.J.*, at para. 1; *R. v. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81, at para. 42. I call this a “general rule” as it can sometimes be displaced by other interpretive rules or principles). Where the law changes after an offence is committed, the new criminal provisions are generally presumed not to apply retrospectively to the offence (*R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272, at paras. 10, 35 and 45-46; *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; *Tran*, at para. 43; *R. v. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22). This explains why, in this case, the state was able to charge Mr. Poulin in 2014 for an offence that had been repealed from the *Criminal Code* in 1987. While the offence no longer existed when Mr. Poulin was charged, convicted and sentenced, it existed when

du point de vue des objets de cet alinéa, et non seulement du point de vue du contrevenant concerné.

[57] Reprenant la déclaration de notre Cour dans l’arrêt *Big M*, le professeur Hogg a fait observer que certaines indications sur les objets d’un droit [TRANSDUCTION] « peuvent être dégagées des termes dans lesquels le droit est énoncé, des inférences découlant du contexte dans lequel se situe le droit, y compris d’autres dispositions de la Charte, de l’historique du droit antérieur à la Charte et de l’historique législatif de la Charte » (p. 36-30). En l’espèce, j’estime que le libellé et les origines de l’al. 11*i* fournissent des indices utiles du sens de cette disposition. Par conséquent, après avoir examiné les objets de l’al. 11*i* qui ont déjà été cernés dans l’arrêt *K.R.J.*, j’examinerai le libellé et les origines de l’al. 11*i*. Par la suite, en gardant à l’esprit les objets, le libellé et les origines de cet alinéa, j’en arriverai au cœur de l’analyse téléologique et je déciderai laquelle des interprétations de l’al. 11*i* est étayée par les objets du droit que confère cette disposition.

a) *Objets et effet reconnus de l’al. 11i*

[58] En common law, la règle générale est qu’un inculpé doit être jugé et puni en vertu du droit substantiel en vigueur au moment où l’infraction a été commise et non en vertu du droit en vigueur à tout autre moment, comme celui du procès ou de la sentence (*R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170, p. 203, la juge McLachlin; *Johnson*, par. 41; *K.R.J.*, par. 1; *R. c. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81, par. 42. J’utilise le terme « règle générale » parce que cette règle peut parfois être remplacée par d’autres règles ou principes d’interprétation). Dans les cas où le droit est modifié après la perpétration d’une infraction, on présume généralement que les nouvelles dispositions en matière criminelle ne s’appliquent pas rétrospectivement à l’infraction (*R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272, par. 10, 35 et 45-46; *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301; *Tran*, par. 43; *R. c. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22). C’est la raison pour laquelle, en l’espèce, l’État a été en mesure d’accuser M. Poulin en 2014 d’une infraction au *Code criminel* qui avait été abolie en

he committed his offences of gross indecency between 1979 and 1983 (see also *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 43).

[59] The rationale for this common law rule is the rule of law and, more specifically, the principle of legality. The principle of legality dictates that persons who rely on the state of the law in conducting themselves, or who risk the liability associated with a law in breaking it, should not subsequently be held to different laws, particularly more stringent ones (*K.R.J.*, at paras. 22-25). This principle is a pillar of the criminal law. In *K.R.J.*, this Court recognized that it lies at the heart of s. 11(i) (paras. 2, 23-24, 27 and 37). Section 11(i) safeguards the principle of legality by “constitutionally enshrining the fundamental notion that criminal laws should generally not operate retrospectively” (*K.R.J.*, at para. 22). The principle of legality also finds expression, for instance, in s. 11(g) of the *Charter*, which protects a person against being convicted for an act which was not a crime when the person engaged in it. As explained in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1152:

[T]here can be no crime or punishment unless it is in accordance with law that is certain, unambiguous and not retroactive. The rationale underlying this principle is clear. It is essential in a free and democratic society that citizens are able, as far as is possible, to foresee the consequences of their conduct in order that persons be given fair notice of what to avoid . . .

[60] Section 11(i) of the *Charter* enshrines the common law rule that an offender should not be retrospectively subjected to a heavier punishment than the one applicable at the time the person committed the offence (*Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392, at para. 55; *K.R.J.*, at para. 22). However, it does not stop there.

1987. Même si l’infraction ne figurait plus dans la loi lorsque M. Poulin a été accusé, déclaré coupable et condamné, elle y figurait lorsqu’il a commis ses infractions de grossière indécence entre 1979 et 1983 (voir également la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 43).

[59] Cette règle de common law est fondée sur la primauté du droit et, plus précisément, sur le principe de la légalité. Le principe de la légalité veut que les personnes qui ajustent leur comportement en fonction de l’état du droit, ou qui prennent le risque d’assumer les conséquences liées à la violation d’une règle de droit donnée, ne devraient pas ensuite être jugées en vertu d’autres règles de droit, en particulier de règles de droit plus rigoureuses (*K.R.J.*, par. 22-25). Ce principe est un pilier du droit criminel. Dans l’arrêt *K.R.J.*, notre Cour a reconnu que ce principe est au cœur même de l’al. 11*i*) (par. 2, 23-24, 27 et 37). L’alinéa 11*i*) protège le principe de la légalité en « constitutionnalis[ant] la notion fondamentale voulant que, en matière pénale, une disposition ne doive généralement pas s’appliquer rétrospectivement » (*K.R.J.*, par. 22). Le principe de la légalité trouve également son expression, par exemple, à l’al. 11*g*) de la *Charte*, qui protège le droit d’une personne de ne pas être déclarée coupable en raison d’un acte qui, au moment où il a été commis, ne constituait pas un crime. Comme il a été expliqué dans le *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1152 :

[I]l n’y a de crime ou de peine qu’en conformité avec une loi qui est certaine, sans ambiguïté et non rétroactive. La raison d’être de ce principe est claire. Il est essentiel dans une société libre et démocratique que les citoyens soient le mieux possible en mesure de prévoir les conséquences de leur conduite afin d’être raisonnablement prévenus des conduites à éviter . . .

[60] L’alinéa 11*i*) de la *Charte* consacre la règle de common law selon laquelle un contrevenant ne doit pas être soumis rétrospectivement à une peine plus sévère que celle qui s’appliquait au moment où il a commis son infraction (*Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392, par. 55; *K.R.J.*, par. 22). Cependant, cela ne s’arrête

Section 11(i) constitutionalizes an additional protection. It stipulates that, where the law provides a more favourable punishment at the time of the offender's sentencing than it did at the time of the offence, the offender is entitled to the benefit of this more favourable, current punishment. This is so even though the offender actively risked a greater punishment in committing the offence.

[61] Why, then, should the offender enjoy access to a lower present-day punishment? The clear rationale is fairness (see *K.R.J.*, at paras. 2, 27, 37 and 39). It would not be fair to subject an offender to a punishment which, in choosing to reduce it, Parliament has expressly recognized as no longer appropriate. Further, a criminal sentence is an expression of society's collective voice; it is meant to reflect contemporary values. It would frustrate a fundamental principle of sentencing — proportionality (*Criminal Code*, s. 718.1) — to impose a disproportionately high, outdated punishment which no longer reflects the moral blameworthiness of the offence. Thus, an offender who committed an offence at a time when that offence attracted a life sentence should not be imprisoned for life if, at the moment of sentencing, the offence now attracts a lesser sentence of imprisonment. Instead of being unfairly subjected to a sentence which is out of step with current moral norms, this offender should receive the benefit of society's current, modernized view of the offender's conduct.

[62] By adopting this view and entitling the offender to lesser, current punishments, s. 11(i) involves an expansion of the offender's common law right to be judged according to the law in force at the time of the offence. The additional protection that s. 11(i) confers is, therefore, access to a *decrease* in punishment which coincides with an important step in the proceedings — namely, sentencing. Instead of merely guaranteeing to the offender the punishment applicable at the time of the offence, s. 11(i)

pas là. L'alinéa 11*i*) constitutionnalise une autre mesure de protection. Il dispose que, lorsque la loi prévoit l'infliction d'une peine plus favorable au moment de la sentence du contrevenant que celle qui s'appliquait au moment de la perpétration de l'infraction, le contrevenant a le droit de bénéficier de la peine actuelle, qui lui est plus favorable. Il en est ainsi même si le contrevenant s'est exposé au risque de subir une peine plus sévère en commettant l'infraction.

[61] Alors pourquoi le contrevenant devrait-il avoir la possibilité de bénéficier d'une peine actuelle moins sévère? L'équité en est manifestement la raison (voir *K.R.J.*, par. 2, 27, 37 et 39). Il ne serait pas équitable d'infliger à un contrevenant une peine qui, lorsque le législateur a choisi de l'adoucir, a expressément été reconnue par ce dernier comme n'étant plus juste. De plus, une peine criminelle est l'expression de la voix collective de la société; elle doit donc tenir compte des valeurs contemporaines. L'infliction d'une peine démesurément lourde et dépassée qui ne tient plus compte du caractère moralement répréhensible de l'infraction commise irait à l'encontre d'un principe fondamental de la détermination de la peine — la proportionnalité (*Code criminel*, art. 718.1). Ainsi, le contrevenant qui a commis une infraction qui était passible d'une peine d'emprisonnement à perpétuité ne devrait pas être emprisonné à vie si, au moment de sa sentence, l'infraction est passible d'une peine d'emprisonnement moins sévère. Plutôt que d'être soumis injustement à une peine qui n'est pas conforme aux normes morales actuelles, ce contrevenant devrait pouvoir bénéficier d'une peine qui reflète l'opinion moderne actuelle de la société quant à sa conduite.

[62] En adoptant ce point de vue et en donnant au contrevenant le droit de bénéficier de peines actuelles moins sévères, l'al. 11*i*) élargit le droit que la common law confère au contrevenant d'être jugé en fonction des règles de droit en vigueur au moment de la perpétration de l'infraction. L'autre mesure de protection qu'offre l'al. 11*i*) est donc l'accès à un *adoucissement* de peine, ce qui coïncide avec une étape importante de l'instance, soit le prononcé de la sentence. Au lieu de garantir simplement au

designates that punishment as *the ceiling*. An offender is entitled to the benefit of that punishment if it is favourable to the offender, and to the benefit of a lesser punishment if one has replaced the first punishment. The result is that, where the punishment at the time of the offence is lesser, the offender is entitled to it even though its imposition might mean that the offender receives a punishment which is now considered disproportionately low. Conversely, where the current punishment is lesser, the offender is entitled to it even though the offender might have risked a much higher punishment at the time the offender broke the law. In this way, s. 11(i) balances, on one hand, the principle of the rule of law (or legality) and, on the other, the principle of fairness (see F. Chevrette, H. Cyr and F. Tanguay Renaud, “La protection lors de l’arrestation, la détention et la protection contre l’incrimination rétroactive”, in G.-A. Beaudoin and E. Mendes, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (4th ed. 2005), at p. 781).

[63] The parties and interveners appear to agree that the rule of law and fairness are underlying purposes of s. 11(i). Their dispute centres on whether these purposes support a binary or a global interpretation of s. 11(i). For its part, and as further discussed below, the CLA asserts that an additional purpose of s. 11(i) is to counteract the randomness or arbitrariness of the timing of one’s sentencing. I see no indication of such a purpose in the right’s language or origins. To the contrary, I find that the language and origins of s. 11(i) lend support to a binary interpretation of the provision. I examine each of them next.

(b) *The Language of Section 11(i)*

[64] When conducting a purposive analysis of a *Charter* right, “the starting point must be the

contrevenant le droit de bénéficier de la peine applicable au moment de la perpétration de son infraction, l’al. 11i) désigne cette peine comme la peine *maximale* qui peut lui être infligée. Un contrevenant a le droit de bénéficier de cette peine si elle lui est favorable et de bénéficier d’une peine moins sévère si une telle peine a remplacé celle qui s’appliquait au moment de la perpétration de l’infraction. Par conséquent, lorsque la peine applicable au moment de la perpétration de l’infraction est moins sévère, le contrevenant a le droit de bénéficier de cette peine même s’il peut ainsi obtenir une peine qui est maintenant considérée comme démesurément légère. À l’inverse, lorsque la peine actuelle est moins sévère, le contrevenant a le droit de bénéficier de cette peine même s’il était exposé à une peine beaucoup plus sévère au moment où il a enfreint la loi. L’alinéa 11i) concilie ainsi, d’une part, le principe de la primauté du droit (ou de la légalité) et, d’autre part, le principe de l’équité (voir F. Chevrette, H. Cyr et F. Tanguay-Renaud, « La protection lors de l’arrestation, la détention et la protection contre l’incrimination rétroactive », dans G.-A. Beaudoin et E. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (4^e éd. 2005), p. 781).

[63] Les parties et les intervenants semblent être d’accord pour dire que la primauté du droit et l’équité sont des objets qui sous-tendent l’al. 11i). Leur différend est centré sur la question de savoir si ces objets appuient une interprétation binaire ou une interprétation globale de l’al. 11i). Pour sa part, et comme il en sera question plus loin, la CLA soutient que l’al. 11i) a un autre objet, soit celui de neutraliser le caractère aléatoire ou arbitraire du moment où la sentence est prononcée. Je crois que rien dans le libellé ou les origines du droit garanti par cette disposition ne démontre l’existence d’un tel objet. Au contraire, j’estime que le libellé et les origines de l’al. 11i) étayent une interprétation binaire de cette disposition. J’aborderai maintenant chacun de ces points.

b) *Libellé de l’al. 11i)*

[64] Lorsque l’on procède à une analyse téléologique d’un droit garanti par la *Charte*, « il faut tout

language of the section” (*Grant*, at para. 15). To reiterate, s. 11(i) reads:

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.

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.

[65] In support of a binary interpretation of this right, the Crown emphasizes the word “lesser” in “lesser punishment”, which denotes the lower of two options. It says that, had Parliament intended for s. 11(i) to confer a global right, it could have specified that the offender was entitled to the “least severe punishment” instead of the “lesser punishment”. To the extent that the French version of s. 11(i) employs broader language evoking the least severe punishment (“*la peine la moins sévère*”), the Crown says that, in this case, the English wording must take precedence. This is because of the established principle of bilingual interpretation that the authoritative meaning is the common meaning between the two provisions (*R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217, at paras. 26 and 29; *Montréal (City) v. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2008 SCC 48, [2008] 2 S.C.R. 698, at para. 53). As “least” encompasses “lesser”, the latter is the common meaning between the two.

[66] For his part, Mr. Poulin emphasizes the word “between”, which he says demonstrates Parliament’s

d’abord se pencher sur son libellé » (*Grant*, par. 15). Je le répète, l’al. 11*i*) est ainsi rédigé :

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.

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.

[65] Pour appuyer une interprétation binaire de ce droit, le ministère public insiste sur l’emploi du terme « *lesser* » dans l’expression « *lesser punishment* » dans la version anglaise de la disposition pour désigner la moins sévère de deux options. Le ministère public affirme que, si le législateur avait voulu que l’al. 11*i*) confère un droit global, il aurait utilisé l’expression « *least severe punishment* » au lieu de l’expression « *lesser punishment* » dans la version anglaise de la disposition pour désigner la peine dont un contrevenant a le droit de bénéficier. Dans la mesure où l’expression « la peine la moins sévère » employée dans la version française de l’al. 11*i*) possède un sens plus large, le ministère public soutient que, en l’espèce, la version anglaise doit avoir préséance. La raison en est que le principe bien établi de l’interprétation bilingue veut que le sens commun à deux dispositions fasse autorité (*R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217, par. 26 et 29; *Montréal (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2008 CSC 48, [2008] 2 R.C.S. 698, par. 53). Comme l’expression « la moins sévère » englobe le sens du terme anglais « *lesser* », ce dernier correspond au sens commun aux deux dispositions.

[66] Pour sa part, M. Poulin insiste sur l’emploi du terme « entre » qui, selon lui, témoigne de la

intent that s. 11(i) capture those punishments available *in the interval between* the offence and sentencing. As set out above, the courts in *Cadman*, at para. 44, *Bent*, at para. 79, and *Mehanmal*, at para. 75, placed similar reliance on the term “between” in reading s. 11(i) globally.

[67] I do not find that the use of “between” favours a global reading of s. 11(i). In my view, this wording is consistent with both a binary and a global interpretation of s. 11(i). While it evokes an interval, an interval, in itself, does not suggest a global interpretation. This is because, for a different punishment to exist at the time of sentencing than existed at the time of the offence, the punishment must necessarily have changed *in the interval between* those two times. By its orientation toward change during that interval, s. 11(i) does not necessarily constitutionalize a right to the most favourable of any multiple changes in that interval. Put simply, s. 11(i)’s use of “between” tells us nothing about whether the right it confers is binary or global; it only tells us that s. 11(i) concerns itself with the situation where the punishment has been “varied between” the time of the offence and the time of sentencing — whether only once or multiple times.

[68] Not only do I reject Mr. Poulin’s reliance on “between”, I agree with the Crown that “lesser” evokes the comparison of two options. Whereas comparative terms ending in “est” or “st” single out one thing from the others, comparative terms ending in “er” contrast one thing with another. For instance, we speak of the “better” of two options and the “best” of multiple, the “higher” of two heights and the “highest” of multiple, the “faster” of two speeds and “fastest” of multiple, to give only a few examples. Instead of employing the obviously global phrase “the least severe punishment” (or even “the lowest punishment”), s. 11(i) uses the binary language

volonté du législateur de faire en sorte que l’al. 11*i*) englobe les peines qui pouvaient être infligées *dans l’intervalle entre* le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence. Comme il a été indiqué précédemment, dans les décisions *Cadman* (par. 44), *Bent* (par. 79) et *Mehanmal* (par. 75), les cours se sont appuyées d’une manière similaire sur l’emploi du terme « entre » en interprétant l’al. 11*i*) de façon globale.

[67] Je ne crois pas que l’emploi du terme « entre » favorise une interprétation globale de l’al. 11*i*). À mon avis, l’emploi de ce terme cadre autant avec une interprétation binaire qu’avec une interprétation globale de l’al. 11*i*). Bien que ce terme évoque la notion d’intervalle, un intervalle n’implique pas, en soi, une interprétation globale. En effet, pour qu’une peine différente de celle qui existait au moment de la perpétration de l’infraction puisse être infligée au moment de la sentence, la peine doit nécessairement avoir été modifiée *dans l’intervalle entre* ces deux moments. En étant axé sur la modification qui a été apportée pendant cet intervalle, l’al. 11*i*) ne constitutionnalise pas nécessairement le droit de bénéficier de la modification la plus favorable parmi les nombreuses modifications qui ont été apportées pendant cet intervalle. Pour le dire simplement, l’emploi du terme « entre » à l’al. 11*i*) ne permet pas de déterminer si le droit qu’il confère est binaire ou global; il nous apprend uniquement que l’al. 11*i*) s’attache à la peine qui a été « modifiée entre » le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence, et ce, que la peine ait été modifiée une seule fois ou de nombreuses fois.

[68] Non seulement je rejette l’analyse que fait M. Poulin de l’emploi du terme « entre », mais je souscris aussi à la thèse du ministère public selon laquelle l’emploi du terme « lesser » dans la version anglaise de la disposition évoque une comparaison de deux possibilités. Alors qu’en anglais, les termes comparatifs qui se terminent par « est » ou « st » distinguent une chose par rapport à d’autres, les termes comparatifs se terminant par « er » mettent une chose en contraste avec une autre. Par exemple, nous disons d’une option qu’elle est meilleure (*better*) qu’une autre et qu’elle est la meilleure (*best*) en comparaison avec plusieurs autres, qu’un sommet

“the lesser punishment”. “Lesser” further reflects the more specific, common meaning between the two articulations of s. 11(i) (*R. v. Stillman*, 2019 SCC 40, [2019] 3 S.C.R. 144, at para. 32; see also *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at paras. 85-87, per Bastarache J., concurring; *R. v. S.A.C.*, 2008 SCC 47, [2008] 2 S.C.R. 675, at para. 15). As such, I reject the view that the use of “between” overcomes, or even counterbalances, the use of “lesser”.

[69] Further, I find that the origins and history of s. 11(i) corroborate the conclusion that s. 11(i) was worded to confer a binary right.

(c) *The Origins of Section 11(i)*

[70] Unlike those *Charter* rights that refer to evolving, open-ended standards — such as “reasonable” and “unreasonable” (ss. 8, 11(a), 11(b) and 11(e)), “fundamental justice” (s. 7), and “cruel and unusual” (s. 12) — s. 11(i) enunciates a rule with a particular application. In simple terms, s. 11(i) was enacted to confer a particular, constant protection. As explained above, the protection that s. 11(i) confers is something greater than the general common law entitlement to be judged according to the substantive law in force at the time of the offence. To understand what protection s. 11(i) is meant to confer, and in accordance with the direction in *Big M*, it is useful to review the origins of the right. While these are not determinative of the right’s proper scope, they provide an instructive starting point.

est plus haut (*higher*) qu’un autre et qu’il est le plus haut (*highest*) en comparaison avec plusieurs autres, ou encore que quelqu’un est plus rapide (*faster*) que quelqu’un d’autre et qu’il est le plus rapide (*fastest*) comparé à plusieurs autres, pour ne donner que quelques exemples. Plutôt que d’employer les termes clairement généraux « *the least severe punishment* » (ou encore, « *the lowest punishment* »), l’al. 11*i*) utilise le terme binaire « *the lesser punishment* ». Le mot « *lesser* » reflète le sens commun le plus précis des deux versions de l’al. 11*i*) (*R. c. Stillman*, 2019 CSC 40, [2019] 3 R.C.S. 144, par. 32; voir aussi *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 85-87, motifs concordants du juge Bastarache; *R. c. S.A.C.*, 2008 CSC 47, [2008] 2 R.C.S. 675, par. 15). En conséquence, je ne souscris pas à l’opinion selon laquelle l’emploi du mot « entre » permet de surmonter, voire de contrebalancer, l’emploi du terme « *lesser* » dans la version anglaise.

[69] En outre, j’estime que les origines et l’historique de l’al. 11*i*) corroborent la conclusion selon laquelle cet alinéa a été rédigé de façon à conférer un droit binaire.

c) *Les origines de l’al. 11i)*

[70] Contrairement aux droits garantis par la *Charte*, qui renvoient à des normes aux contours non définis et en constante évolution — comme les termes « anormal » et « abusives » (art. 8 et al. 11*a*), 11*b*) et 11*e*)), « justice fondamentale » (art. 7) et « cruels et inusités » (art. 12) — l’al. 11*i*) énonce une règle d’application particulière. En termes simples, l’al. 11*i*) a été adopté dans le but de conférer une protection particulière et constante. Comme il a été expliqué précédemment, la protection que confère l’al. 11*i*) est supérieure au droit général conféré par la common law, soit celui d’être jugé en fonction du droit substantiel en vigueur au moment de la perpétration de l’infraction. Pour comprendre quelle protection l’al. 11*i*) vise à conférer, et conformément à la directive formulée dans l’arrêt *Big M*, il est utile de passer en revue les origines de ce droit. Bien que ces origines ne déterminent pas la portée exacte du droit conféré, elles offrent un point de départ instructif.

[71] As the following history reveals, there was nothing to inspire a global s. 11(i) right at the time of its drafting and enactment. A global right was not part of the legal landscape; the common law certainly did not recognize one, and none of the enactments inspiring s. 11(i) embraced one either.

[72] Published by the Government of Canada in 1969, possibly the earliest documented draft of what is now s. 11(i) (then s. 11(g)) read:

(g) the right of a person not to be held guilty of an offence on account of any act or omission which at the time of its commission or omission did not constitute an offence, and the right of a person on being found guilty of an offence not to be subjected to a penalty heavier than the one applicable at the time the offence was committed . . . [Emphasis added.]

(Government of Canada, The Right Honourable P. E. Trudeau, *The Constitution and the People of Canada: An approach to the Objectives of Confederation, the Rights of People and the Institutions of Government* (1969), at p. 54)

As is apparent, this early draft of s. 11(i) simply enshrined the common law principle that an offender should only face as heavy a punishment as they risked at the time of their offence. This version did not entitle the offender to any decrease in punishment occurring after the offence.

[73] The 1969 publication introducing this provision notes that, unlike many of the other legal rights contained in the *Charter*, s. 11(i) did not have an existing counterpart in the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44 (Government of Canada, at p. 54). However, the policy paper does not explain the origin of the right.

[74] Nonetheless, it is reasonable to assume that this first articulation of s. 11(i) was inspired by

[71] Comme le révèle l'historique qui suit, rien ne pointait vers une interprétation globale du droit garanti à l'al. 11*i*) au moment de sa rédaction et de son adoption. Une interprétation globale de ce droit ne faisait pas partie du paysage juridique; la common law ne reconnaissait sûrement aucune interprétation globale et aucune des dispositions à l'origine de l'al. 11*i*) n'appuyait une telle interprétation.

[72] Publiée en 1969 par le gouvernement du Canada, ce qui représente peut-être la première ébauche documentée de l'actuel al. 11*i*) (alors l'al. 11*g*)) était ainsi rédigée :

g) le droit d'une personne de ne pas être reconnue coupable d'un délit pour toute action ou omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas un délit, et le droit d'une personne déclarée coupable d'un délit de ne pas être soumise à une peine plus sévère que celle qui était applicable au moment où le délit a été commis . . . [Je souligne.]

(Gouvernement du Canada, le très honorable P. E. Trudeau, *La Constitution Canadienne et le Citoyen : Un aperçu des objectifs de la Confédération, des droits des individus et des institutions gouvernementales* (1969), p. 55)

À l'évidence, cette ébauche initiale de l'al. 11*i*) enchâssait simplement le principe de common law selon lequel un contrevenant ne devrait pas être passible d'une peine plus lourde que celle qu'il risquait de se voir infliger au moment où il a commis l'infraction. Cette ébauche n'accordait pas au contrevenant le droit au bénéfice d'un adoucissement de la peine survenu après la perpétration de l'infraction.

[73] La publication de 1969 introduisant cette disposition souligne que, contrairement à bon nombre d'autres droits reconnus dans la *Charte*, le droit garanti par l'al. 11*i*) n'avait pas d'équivalent dans la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44 (gouvernement du Canada, p. 55). Cependant, l'exposé de principes n'explique pas l'origine de ce droit.

[74] Néanmoins, il est raisonnable de présumer que cette première formulation de l'al. 11*i*) était inspirée

two similar provisions. The first is s. 37(e) of the *Interpretation Act*, S.C. 1967-68, c. 7 — a form of which has existed since 1886 (*Dunn*, at paras. 17 and 41), and which is now expressed in s. 44(e) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21. Section 37(e) stated (and s. 44(e) continues to state, with minor changes):

37. Where an enactment (in this section called the “former enactment”) is repealed and another enactment (in this section called the “new enactment”) is substituted therefor,

...

(e) when any penalty, forfeiture or punishment is reduced or mitigated by the new enactment, the penalty, forfeiture or punishment if imposed or adjudged after the repeal shall be reduced or mitigated accordingly

Mr. Poulin agrees that s. 11(i) was inspired by what is now s. 44(e) (R.F., at para. 55). Indeed, s. 11(i) has been characterized as the constitutional entrenchment of s. 44(e) of the *Interpretation Act* (Chevrette, Cyr and Tanguay-Renaud, at pp. 780-81; see also the comments of L’Heureux-Dubé J. in *Dunn*, at paras. 49-50, although dissenting, she was not contradicted by the majority).

[75] The second provision which can be credited for inspiring the first draft of s. 11(i) is art. 7(1) of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221 (“*ECHR*”), which came into force on September 3, 1953. While Canada is not a party to the *ECHR*, the first draft of s. 11(i) bears strong resemblance to art. 7(1), which stated (and continues to state):

(1) No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.

[76] In 1976, Canada acceded to the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S.

de deux dispositions semblables. La première est l’al. 37e) de l’*Interpretation Act*, S.C. 1967-1968, c. 7 — dont une forme existe depuis 1886 (*Dunn*, par. 17 et 41) et qui figure maintenant à l’al. 44e) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21. L’alinéa 37e) prévoyait (et l’al. 44e) prévoit toujours, sous réserve de modifications mineures) ce qui suit :

37. Lorsqu’un texte législatif (au présent article appelé « texte antérieur ») est abrogé et qu’un autre texte législatif (au présent article appelé « nouveau texte ») y est substitué,

...

e) lorsqu’une peine, une confiscation ou une punition est réduite ou mitigée par le nouveau texte, la peine, confiscation ou punition, si elle est infligée ou prononcée après l’abrogation, doit être réduite ou mitigée en conséquence . . .

M. Poulin convient que l’al. 11i) tire son origine de ce qui est aujourd’hui l’al. 44e) (m.i., par. 55). En effet, on a dit de l’al. 11i) qu’il constitutionnalise l’al. 44e) de la *Loi d’interprétation* (Chevrette, Cyr et Tanguay-Renaud, p. 780-781; voir aussi les commentaires que la juge L’Heureux-Dubé a faits aux par. 49-50 de l’arrêt *Dunn*, bien que dissidente, elle n’a pas été contredite par la majorité).

[75] La deuxième disposition que l’on peut dire à l’origine de la première formulation de l’al. 11i) est le par. 7(1) de la *Convention européenne des droits de l’homme*, 213 R.T.N.U. 221 (« *CEDH* »), entrée en vigueur le 3 septembre 1953. Bien que le Canada ne soit pas partie à la *CEDH*, la première formulation de l’al. 11i) ressemble beaucoup au par. 7(1), qui était (et est toujours) ainsi libellé :

1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d’après le droit national ou international. De même il n’est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l’infraction a été commise.

[76] En 1976, le Canada a adhéré au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T.

1976 No. 47 (“*ICCPR*”). Article 15(1) of the *ICCPR* said (and continues to say):

1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time when the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of a lighter penalty, the offender shall benefit thereby.

Notably, the first two sentences of art. 15(1) practically duplicate the entirety of art. 7(1) of the *ECHR*. It is only the last sentence of art. 15(1) — which codifies the equivalent of “the benefit of the lesser punishment” — which is distinct. The *ICCPR* appears to have been among the first international instruments to codify the “relatively modern” principle that an offender should benefit from a post-offence decrease in punishment — which is sometimes called the “*lex mitior*” principle (P. Westen, “*Lex Mitior: Converse of Ex Post Facto and Window into Criminal Desert*” (2015), 18 *New Crim. L. Rev.* 167, at pp. 169-70; *R. v. Docherty*, [2016] UKSC 62, [2017] 4 All E.R. 263, at para. 32).

[77] After Canada acceded to the *ICCPR*, the draft language of s. 11(i) changed. By 1979, it reflected the right to a decrease in punishment, saying:

(g) the right to the benefit of the lesser punishment where the punishment for an offence of which he or she has been convicted has been varied between the time of commission and the time of conviction

(Meeting of Officials on the Constitution, *Canadian Charter of Rights and Freedoms (Draft for Discussion Purposes Only)* (1979), div. III, at p. 4)

With the exception of “the time of conviction” as the relevant end point, this is effectively the same language now enshrined in s. 11(i), albeit structured differently. By 1980, the words “time of sentencing” had replaced the words “time of conviction”

Can. 1976 n° 47 (« *PIRDGP* »). Le paragraphe 15(1) du *PIRDGP* était alors (et est toujours) ainsi libellé :

1. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d’après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l’infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l’application d’une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier.

Il convient de noter que les deux premières phrases du par. 15(1) sont une reproduction quasi fidèle de la totalité du par. 7(1) de la *CEDH*. Seule la dernière phrase du par. 15(1) — qui codifie l’équivalent de « bénéficier de la peine la moins sévère » — diffère. Le *PIRDGP* semble faire partie des premiers instruments internationaux à codifier le principe [TRA-DUCTION] « relativement moderne » selon lequel un contrevenant devrait bénéficier d’un adoucissement de peine postérieur à l’infraction — parfois appelé le principe de la « *lex mitior* » (P. Westen, « *Lex Mitior: Converse of Ex Post Facto and Window into Criminal Desert* » (2015), 18 *New Crim. L. Rev.* 167, p. 169-170; *R. c. Docherty*, [2016] UKSC 62, [2017] 4 All E.R. 263, par. 32).

[77] Après l’adhésion du Canada au *PIRDGP*, le libellé du projet d’al. 11*i*) a changé. En 1979, il faisait état du droit au bénéfice d’un adoucissement de peine :

g) le droit [d’un accusé] 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 commission de l’infraction et celui de la déclaration de culpabilité

(Réunion de fonctionnaires sur la Constitution, *La Charte canadienne des droits et libertés (Avant-projet pour étude seulement)* (1979), section III, p. 4)

Mis à part les mots « celui de la déclaration de culpabilité » à la fin, c’est effectivement le même langage qui est maintenant enchâssé à l’al. 11*i*), mais il est structuré différemment. En 1980, les mots « celui de la sentence » avaient remplacé « celui de la

(“Proposed Resolution for a Joint Address to Her Majesty the Queen respecting the Constitution of Canada”, in *The Canadian Constitution 1980: Proposed Resolution respecting the Constitution of Canada* (1980), at p. 18).

[78] As stated in the explanatory notes to the 1980 draft, s. 11(i), among other rights, was drawn from similar provisions in the *ICCPR*, including art. 15(1) (*Proposed Resolution*, at p. 16). However, the drafters did not give s. 11(i) identical scope to art. 15(1). Whereas the language of art. 15(1) grants an offender the seemingly more expansive and indefinite right to a lesser punishment enacted “subsequent to the commission of the offence”, the text of s. 11(i) limits the offender’s entitlement to “the time of sentencing”. This important difference was deliberate (see Senate and House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 47, 1st Sess., 32nd Parl., January 28, 1981 (“Committee”), at pp. 65-69).

[79] The Committee’s discussion about cutting off s. 11(i) at “the time of sentencing” was its only discussion about s. 11(i) over its 56 sitting days. The Committee did not expressly consider whether s. 11(i) confers a binary or global right. The House of Commons debates from 1980 to 1983 similarly do not reflect any consideration of this question.

[80] Nonetheless, there is good reason to believe that s. 11(i) was intended to confer no more than the binary right reflected in its language; none of the three provisions inspiring s. 11(i) endorsed a global right.

[81] As Mr. Poulin acknowledges in his factum, s. 44(e) of the *Interpretation Act* is binary in nature. This provision entitles an offender to a reduced punishment in the “new enactment” if that enactment is in force by the time punishment is “imposed or adjudged”. This merely confers on an offender the

déclaration de culpabilité » (« Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada », dans *La Constitution canadienne 1980 : Projet de résolution concernant la Constitution du Canada* (1980), p. 19).

[78] Comme l’indiquent les notes explicatives du projet de 1980, l’al. 11*i*), parmi d’autres dispositions conférant des droits, était tiré de dispositions semblables que l’on trouve dans le *PIRDGP*, notamment le par. 15(1) (*Projet de résolution*, p. 17). Cependant, les rédacteurs n’ont pas donné à l’al. 11*i*) une portée identique à celle du par. 15(1). Alors que le par. 15(1) garantit au contrevenant le droit, apparemment plus large et indéfini, de bénéficier d’une peine moins sévère adoptée « postérieurement à [l’]infraction », le texte de l’al. 11*i*) limite quant à lui la portée de ce droit au « [moment] de la sentence ». Cette importante différence était délibérée (voir Sénat et Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 47, 1^{re} sess., 32^e lég., 28 janvier 1981 (« Comité »), p. 65-69).

[79] La discussion du Comité sur la possibilité de limiter la portée de l’al. 11*i*) au « [moment] de la sentence » a été sa seule discussion sur l’al. 11*i*) au cours de ses 56 jours de séance. Le Comité ne s’est pas penché explicitement sur la question de savoir si l’al. 11*i*) confère un droit binaire ou un droit global. Cette question n’a pas non plus été examinée au cours des débats de la Chambre des communes de 1980 à 1983.

[80] Néanmoins, il y a tout lieu de croire que l’al. 11*i*) n’était destiné à conférer que le droit binaire dont fait état son libellé; aucune des trois dispositions qui a inspiré l’al. 11*i*) n’appuyait un droit global.

[81] Comme le reconnaît M. Poulin dans son mémoire, l’al. 44e) de la *Loi d’interprétation* est de nature binaire. Cette disposition confère au contrevenant le droit au bénéfice d’une peine réduite prévue par le « nouveau texte » si ce texte est en vigueur au moment où la peine est « infligée ou prononcée ».

benefit of any *current* lesser punishment. This provision therefore cannot have inspired a global s. 11(i) right. To the contrary, it seems to have planted the seed of a binary right.

[82] Likewise, the *ECHR* could not have inspired a global s. 11(i) right. From 1978 until 2009, the second sentence of art. 7(1) of the *ECHR* was understood as merely codifying the principle that an offender cannot be subjected to a heavier penalty than the one applicable when the offence was committed (*X. v. Federal Republic of Germany*, Application No. 7900/77, March 6, 1978, D.R. 13, p. 70; *Scoppola v. Italy (No. 2)* (2010), 51 E.H.R.R. 12, at paras. 103-9). Indeed, there is no language whatsoever in art. 7(1) reflecting the principle that an offender should benefit from a decrease in punishment — let alone a *global* version of that principle. In fact, as the Supreme Court of the United Kingdom observed in *Docherty*, at para. 32, “[a]n additional sentence containing th[e] *lex mitior* principle (benefit of a more lenient penalty) was considered and rejected when art. 7 ECHR was adopted in 1950” (see para. 55, and the partly dissenting reasons of Judge Nicolaou in *Scoppola*, at pp. 364-65). I acknowledge that in 2009, in *Scoppola*, a majority of a divided Grand Chamber of the European Court of Human Rights departed from its own precedent and superimposed a global right onto art. 7(1). (I address the merits of this decision below.) Nonetheless, it remains the case that, at the time of the *Charter*’s enactment, art. 7(1) was not understood as conferring a global right.

[83] Article 15(1) of the *ICCPR* is admittedly more ambiguous. Like s. 11(i), it employs binary language (“a lighter penalty”), but, as stated above, the rest of its language is quite expansive. The parties have not identified, nor am I aware of, any decisions or General Comments of the United Nations Human Rights Committee grappling with the binary/global question in relation to art. 15(1). It therefore appears to remain undecided whether art. 15(1) confers a

Comme elle ne fait que conférer à un contrevenant le droit au bénéfice d’une peine moins sévère *actuelle*, cette disposition ne peut donc pas avoir inspiré une interprétation globale du droit garanti à l’al. 11*i*). Au contraire, elle semble avoir été à l’origine d’un droit binaire.

[82] De même, la *CEDH* n’aurait pas pu inspirer un droit global garanti à l’al. 11*i*). De 1978 à 2009, la deuxième phrase du par. 7(1) de la *CEDH* était interprétée comme codifiant simplement le principe selon lequel un contrevenant ne peut faire l’objet d’une peine plus lourde que celle qui s’appliquait au moment de la perpétration de l’infraction (*X. c. République fédérale d’Allemagne*, requête n° 7900/77, 6 mars 1978, D.R. 13, p. 70; *Scoppola c. Italie (n° 2)* (2010), 51 E.H.R.R. 12, par. 103-109). En effet, rien dans le libellé du par. 7(1) ne fait référence au principe selon lequel un contrevenant devrait bénéficier d’un adoucissement de peine, encore moins à une version *globale* de ce principe. En réalité, comme l’a fait observer la Cour suprême du Royaume-Uni au par. 32 de l’arrêt *Docherty*, [TRADUCTION] « [l]a possibilité d’ajouter une phrase supplémentaire faisant mention [du] principe de la *lex mitior* (droit de bénéficier d’une peine plus clément) a été examinée puis rejetée lorsque l’art. 7 de la *CEDH* a été adopté en 1950 » (voir le par. 55 ainsi que les motifs dissidents en partie du juge Nicolaou dans l’arrêt *Scoppola*, p. 364-365). Je reconnais qu’en 2009, dans *Scoppola*, les juges majoritaires de la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l’homme se sont écartés du précédent établi par la cour elle-même et ont superposé au par. 7(1) un droit global. (Je me pencherai sur le bien-fondé de cette décision ci-dessous.) Malgré cela, il demeure qu’au moment de l’adoption de la *Charte*, le par. 7(1) n’était pas considéré comme conférant un droit global.

[83] Le paragraphe 15(1) du *PIRDGP* est certes plus ambigu. À l’instar de l’al. 11*i*), il contient un langage binaire (« peine plus légère »), mais comme il a été mentionné précédemment, le reste du libellé a une portée assez vaste. Les parties n’ont renvoyé à aucune décision ni à aucun commentaire général du Comité des droits de l’homme des Nations Unies portant sur la question de l’interprétation binaire ou globale du par. 15(1), et je n’en connais pas non

binary or a global right. As such, I do not see how art. 15(1) could have caused the drafters of the *Charter* to deviate from a binary approach to s. 11(i) built upon s. 37(e) of the *Interpretation Act* and art. 7(1) of the *ECHR*.

[84] From this review of the origins of s. 11(i), I see no indication that s. 11(i) enshrined a right broader than the binary one suggested in its wording. While a binary right was already expressly recognized in the *Interpretation Act* at the time of the *Charter*'s enactment, a global right was nowhere to be found.

[85] What remains to be seen is whether the purposes of s. 11(i) support a global interpretation of s. 11(i), or whether there is any purposive basis to read s. 11(i) globally. While the origins of s. 11(i) do not support a global interpretation, s. 11(i) could still receive that interpretation if its purposes justified it (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, per Lamer J.). However, I find that the purposes of s. 11(i) do not support a global right. I now conduct this central analysis.

(d) *The Purposes of Section 11(i) Give Rise to a Binary Right*

[86] To reiterate, the purposes animating s. 11(i) are the rule of law and fairness. Of these purposes, Mr. Poulin and the CLA argue primarily that it is the fairness principle that demands a global interpretation of the right.

[87] In particular, Mr. Poulin and the CLA submit that a binary interpretation of s. 11(i) would result in unfairness where, for instance, two offenders who committed the same crime at the same time are sentenced at different times, when different sentencing regimes are in force. They argue that, under a binary s. 11(i) right, these two offenders would have constitutional rights to different punishments. The AQAAD also claims that this result would be arbitrary as offenders do not control the timing of

plus. Il semble donc que la question de savoir si le par. 15(1) confère un droit binaire ou un droit global n'a toujours pas été tranchée. De ce fait, je ne vois pas comment le par. 15(1) aurait pu amener les rédacteurs de la *Charte* à s'écarter, pour l'al. 11*i*), d'une interprétation binaire fondée sur l'al. 37e) de la *Loi d'interprétation* et sur le par. 7(1) de la *CEDH*.

[84] À l'issue de cet examen des origines de l'al. 11*i*), rien ne me laisse croire que l'al. 11*i*) a enchâssé un droit plus vaste que le droit binaire que laisse entrevoir son libellé. Alors qu'un droit binaire était déjà explicitement reconnu dans la *Loi d'interprétation* au moment de l'adoption de la *Charte*, il n'était fait état d'un droit global nulle part.

[85] Il reste à voir si les objets de l'al. 11*i*) appuient une interprétation globale de ce dernier ou s'il existe un fondement téléologique justifiant une interprétation globale de l'al. 11*i*). Bien que les origines de l'al. 11*i*) n'appuient pas une interprétation globale, l'al. 11*i*) pourrait tout de même être interprété de cette façon si ses objets le justifiaient (voir *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Lamer). Cependant, je suis d'avis que les objets de l'al. 11*i*) n'appuient pas une interprétation globale du droit. Je me pencherai maintenant sur cette analyse essentielle.

d) *Les objets de l'al. 11i) donnent naissance à un droit binaire*

[86] Je le répète, les objets qui sous-tendent l'al. 11*i*) sont la primauté du droit et l'équité. M. Poulin et la CLA font valoir principalement que celui de ces principes qui exige une interprétation globale du droit est le principe de l'équité.

[87] Plus particulièrement, M. Poulin et la CLA plaident qu'une interprétation binaire de l'al. 11*i*) entraînerait une iniquité lorsque, par exemple, deux contrevenants ayant commis le même crime au même moment sont condamnés à des moments différents, alors que les régimes de détermination des peines en vigueur diffèrent. Ils soutiennent qu'une interprétation binaire du droit garanti par l'al. 11*i*) accorderait à ces deux contrevenants le droit constitutionnel de bénéficier de peines différentes. L'AQAAD prétend

their investigations, prosecutions and sentencings, nor the timing of legislative changes to sentencing provisions.

[88] I offer the following hypothetical to illustrate the kind of situation contemplated by these parties:

- “A” and “B” commit the same offence at the same time. The punishment for the offence is at “Level 3”.
- The punishment for the offence temporarily drops to “Level 1”.
- A is sentenced and receives a “Level 1” sentence.
- The punishment for the offence rises to “Level 2”.
- B is sentenced and receives a “Level 2” sentence.

[89] There are, in my view, three crucial flaws with the argument that fairness (and, in particular, concerns about arbitrariness) mandate a global interpretation of s. 11(i).

[90] First, it is not unfair or arbitrary for an offender like B to be punished according to the laws in force at the time he committed his offence, or a more favourable law, if one is in force when he is sentenced. To the contrary, these two laws are *linked* to the offender and the proceedings against him; the first sets out the punishment he risked incurring at the time he acted, and the other likewise sets the contours for a sentence that reflects society’s attitude about the gravity of the offence and the responsibility of the offender at the precise moment that the sentence is imposed. These punishments are therefore tethered to two points in time that bear a deep connection to the offender’s conduct and criminality. It is, accordingly, fair and rational for the offender to have the benefit of one of these punishments. Conversely, there is no principled basis to grant an offender like B the benefit of a punishment which has no connection to his offending conduct or to society’s view of his

elle aussi que ce résultat serait arbitraire puisque les contrevenants n’ont aucun contrôle sur le moment de l’enquête, de la poursuite et de la détermination de la peine, ni sur le moment où des modifications législatives sont apportées aux dispositions sur la détermination de la peine.

[88] Voici un exemple hypothétique qui illustre bien le type de situation auquel songent ces parties :

- « A » et « B » commettent la même infraction au même moment. La peine prévue pour l’infraction est de « niveau 3 ».
- La peine prévue pour l’infraction est temporairement ramenée au « niveau 1 ».
- A est condamné à une peine de « niveau 1 ».
- La peine prévue pour l’infraction passe ensuite au « niveau 2 ».
- B est condamné à une peine de « niveau 2 ».

[89] Il y a, à mon avis, trois failles cruciales dans l’argument selon lequel le principe d’équité (et, plus particulièrement, les préoccupations au sujet du caractère arbitraire) commande une interprétation globale de l’al. 11*i*).

[90] Premièrement, il n’est ni injuste ni arbitraire qu’un contrevenant comme B soit puni conformément aux lois en vigueur au moment où il a commis son infraction, ou à une loi plus favorable s’il y en avait une en vigueur au moment de sa sentence. Au contraire, ces deux lois sont *liées* au contrevenant et à la poursuite engagée contre lui : la première loi établit la peine qu’il risquait de se voir infliger au moment où il a commis l’infraction et l’autre établit de la même manière les contours d’une peine qui tient compte de la perception de la société quant à la gravité de l’infraction et à la responsabilité du contrevenant au moment précis où la peine lui est infligée. Ces peines sont donc rattachées à deux moments précis qui sont profondément liés à la criminalité et à la conduite du contrevenant. Il est, par conséquent, juste et rationnel que le contrevenant puisse bénéficier de l’une de ces peines. À l’inverse, il n’existe aucune raison de principe d’accorder à un contrevenant

conduct at the time the court is called upon to pass sentence.

[91] The fact that one of the two hypothetical offenders described above, A, receives a more lenient punishment than the other, B, is justified by society's changed sense of the gravity of the offence as between the dates of A and B's sentencings. This is not arbitrary; this is the reality of legislative change. One offender is not treated unfairly, or arbitrarily, by the other being sentenced at a time when society looks more forgivingly upon the offence.

[92] Without using its name, Mr. Poulin, the CLA and the AQAAD essentially resort to the sentencing principle of "parity" in arguing that s. 11(i) must be read in a manner that treats like offenders alike at sentencing. This principle, set out in s. 718.2(b) of the *Criminal Code*, instructs that "a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances". Yet this principle has never guaranteed similar offenders equivalent sentences across different sentencing regimes. Indeed, it has never guaranteed like offenders equivalent sentences within the *same* regime (*R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 92). As stated in *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163, at para. 36:

Owing to the very nature of an individualized sentencing process, sentences imposed for offences of the same type will not always be identical. The principle of parity does not preclude disparity *where warranted by the circumstances*, because of the principle of proportionality (see *Dadour*, at p. 18). As this Court noted in *M. (C.A.)*, at para. 92, "there is no such thing as a uniform sentence for a particular crime". [Emphasis in original.]

comme B le bénéficie d'une peine n'ayant aucun lien avec sa conduite fautive ou avec la perception de la société à l'égard de sa conduite au moment où le tribunal est appelé à déterminer la peine.

[91] Le fait que l'un des deux contrevenants hypothétiques mentionnés plus haut (soit A) reçoive une peine plus clémente que l'autre (soit B) s'explique par le changement de perception de la société quant à la gravité de l'infraction, lequel changement est survenu entre le moment de la sentence de A et celui de la sentence de B. Ce n'est en rien arbitraire; c'est la réalité des modifications législatives. Un contrevenant n'est pas traité de façon injuste, ou arbitraire, du simple fait que l'autre est condamné à un moment où la société se montre plus indulgente à l'égard de l'infraction en cause.

[92] Sans le nommer, M. Poulin, la CLA et l'AQAAD invoquent essentiellement le principe de la « parité » lorsqu'ils allèguent que l'al. 11*i*) doit être interprété d'une manière visant à traiter les contrevenants semblables de façon semblable au moment de la sentence. Ce principe, établi à l'al. 718.2**b**) du *Code criminel*, prévoit « l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables ». Toutefois, ce principe n'a jamais garanti à des contrevenants semblables des peines équivalentes dans le cadre de régimes de détermination des peines différents. Il n'a d'ailleurs jamais garanti des peines équivalentes à des contrevenants semblables dans le cadre d'un *même* régime (*R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 92). Comme la Cour l'a déclaré dans l'arrêt *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163, par. 36 :

Des peines prononcées à l'égard des mêmes catégories d'infraction ne seront pas toujours parfaitement semblables, en raison de la nature même d'un processus de détermination de la peine axé sur l'individu. En effet, le principe de la parité n'interdit pas la disparité *si les circonstances le justifient*, en raison de l'existence de la règle de la proportionnalité (voir *Dadour*, p. 18). Comme notre Cour l'a rappelé dans *M. (C.A.)*, par. 92, « il n'existe pas de peine uniforme pour un crime donné ». [En italique dans l'original.]

A different sentencing regime is clearly a circumstance that warrants a different sentence. To put it in terms of the hypothetical above, the difference in punishments for A and B “can be rationally explained” by the change in legislation (*R. v. Klemenz*, 2015 SKCA 89, 465 Sask. R. 134, at para. 46).

[93] By insisting that the two offenders in the hypothetical ought to be entitled to the same, lowest punishment, Mr. Poulin, the CLA and the AQAAD elevate their misplaced concern about unfairness or arbitrariness *as between these two offenders* above the settled principles of s. 11(i) — namely that an offender should not be “ambushed” by a subsequent aggravation of the applicable punishment and that an offender should not be subjected to an outdated harsher punishment. Proportionality looks in part to “the gravity of the offence” (*Criminal Code*, s. 718.1). Apart from the time of commission, it does not look to Parliament’s former sense of the gravity of the offence, merely because it had once been more favourable to the offender.

[94] It is worth noting that, in the above hypothetical, both offenders receive a benefit. Both receive a punishment lower than the one in place at the time they committed the offence: A receives a Level 1, and B receives a Level 2, when the punishment they risked at the time of the offence was a Level 3. While s. 11(i) provides them with different lesser punishments from each other, they both receive the protection of a binary s. 11(i) right at their time of sentencing. They both face, as a *maximum* punishment, the punishment applicable at the time of their offence.

[95] Second, and more fatally to the logic of their position, a global approach to s. 11(i) would not, in fact, ensure identical results for two offenders who committed their offences at the same time. This is

Un régime de détermination des peines différent constitue visiblement une circonstance qui justifie une peine différente. Pour en revenir à l’exemple hypothétique présenté plus haut, la différence entre les peines infligées à A et à B [TRADUCTION] « peut s’expliquer rationnellement » par la modification législative (*R. c. Klemenz*, 2015 SKCA 89, 465 Sask. R. 134, par. 46).

[93] En insistant pour dire que les deux contrevenants présentés dans l’exemple hypothétique devraient tous deux bénéficier de la même peine la moins sévère, M. Poulin, la CLA et l’AQAAD font passer leur préoccupation mal placée quant au caractère injuste ou arbitraire de la situation *entre ces deux contrevenants* devant les principes établis par l’al. 11*i* — à savoir qu’un contrevenant ne devrait pas se trouver « pris au piège » par l’aggravation ultérieure de la peine prévue et qu’il ne devrait pas se voir infliger une peine plus sévère et dépassée. La proportionnalité tient en partie à « la gravité de l’infraction » (*Code criminel*, art. 718.1). À part le moment où l’infraction est commise, elle ne tient pas à l’ancienne perception du législateur quant à la gravité de l’infraction simplement parce qu’elle a déjà été plus favorable au contrevenant.

[94] Il vaut la peine de noter que, dans l’exemple hypothétique donné plus haut, les deux contrevenants sont avantagés. Ils bénéficient tous deux d’une peine moins sévère que celle qui s’appliquait au moment où ils ont commis leur infraction : A reçoit une peine de niveau 1 et B, une peine de niveau 2, alors que la peine à laquelle ils s’exposaient au moment où ils ont commis leur infraction était de niveau 3. Même s’ils bénéficient de peines moins sévères différentes au titre de l’al. 11*i*, ils bénéficient tous deux de la protection offerte par le droit binaire garanti à l’al. 11*i* au moment de leur sentence. Ils sont tous deux passibles, en guise de peine *maximale*, de la peine applicable au moment où ils ont commis leur infraction.

[95] Deuxièmement, la logique de la position de ces parties est fortement sapée par le fait qu’une interprétation globale de l’al. 11*i* ne garantirait pas, en réalité, un résultat identique pour deux contrevenants ayant

illustrated by the following hypothetical, which, incidentally, was raised by the CLA:

- “A” and “B” commit an offence together. The punishment is a mandatory minimum sentence.
- A and B are tried separately.
- A is found guilty and sentenced to the mandatory minimum.
- B’s trial ends in a mistrial. B undergoes a second trial.
- The mandatory minimum is abolished.
- B is found guilty and sentenced, without the mandatory minimum.

Notably, a global approach to s. 11(i) would not assist A here. Unlike in our previous hypothetical, this offender did not lose out on a lesser, intermediary sentence because of the timing of his sentencing. Rather, it just so happened that B’s proceedings took longer, and lasted until a more favourable punishment was enacted. In essence, all that the CLA’s hypothetical serves to illustrate is that individual offenders’ proceedings can, inevitably, progress at different paces. As this hypothetical reveals, a global approach to s. 11(i) cannot prevent or counteract differences in treatment that flow from different proceedings progressing at their own paces.

[96] I offer a second hypothetical to demonstrate that a global interpretation of s. 11(i) could not succeed in ensuring that like offenders receive the same punishment:

- “A” commits an offence. The punishment for the offence is at “Level 2”.
- The punishment for the offence temporarily drops to “Level 1”.
- The punishment for the offence is quickly restored to “Level 2”.
- “B” commits the same offence.

commis leur infraction au même moment. L’exemple hypothétique qui suit, lequel a d’ailleurs été donné par la CLA, l’illustre bien :

- « A » et « B » commettent une infraction ensemble. La peine prévue est une peine minimale obligatoire.
- A et B sont jugés séparément.
- A est déclaré coupable et est condamné à la peine minimale obligatoire.
- Le procès de B se solde par une annulation. B subit un deuxième procès.
- La peine minimale obligatoire est abolie.
- B est déclaré coupable et est condamné, mais ne se voit pas infliger la peine obligatoire.

Dans cet exemple, une interprétation globale de l’al. 11*i*) ne favoriserait en rien A. Contrairement à l’exemple précédent, ce contrevenant n’a pas été privé d’une peine intermédiaire moins sévère en raison du moment de sa sentence. Le fait est que les procédures engagées contre B ont pris plus de temps et ont duré jusqu’à ce qu’une peine plus clémente soit adoptée. En somme, tout ce que l’exemple hypothétique de la CLA arrive à démontrer est que les procédures engagées contre divers contrevenants peuvent, inévitablement, se dérouler à des rythmes différents. Comme le révèle l’exemple, une interprétation globale de l’al. 11*i*) ne peut ni empêcher ni contrebalancer les différences dans le traitement qui découlent du fait que chaque procédure se déroule à son propre rythme.

[96] Je propose un autre exemple hypothétique pour démontrer qu’une interprétation globale de l’al. 11*i*) ne permettrait pas de garantir que la même peine sera infligée à des contrevenants semblables :

- « A » commet une infraction. La peine prévue pour l’infraction est de « niveau 2 ».
- La peine prévue pour l’infraction est temporairement ramenée au « niveau 1 ».
- La peine prévue pour l’infraction est rapidement rétablie au « niveau 2 ».
- « B » commet la même infraction.

- The punishment for the offence is increased to “Level 3”.
- A and B are both found guilty of the offence and are sentenced on the same day.

Under a global approach to s. 11(i), A would receive the benefit of a Level 1 punishment, as it was in place — albeit temporarily — between A’s offence and sentencing. Meanwhile, B would only receive the benefit of a Level 2 sentence, even though the offenders both offended when the applicable punishment was at Level 2 and were both sentenced when the applicable punishment was at Level 3. Despite their identical positions, a global interpretation of s. 11(i) arbitrarily bestows a greater benefit upon A. I therefore do not see how a global approach to s. 11(i) can be championed on the basis that it meaningfully counteracts a certain inherent arbitrariness in the timing of one offender’s sentencing as compared to another’s. To the contrary, and as this hypothetical illustrates, a global approach to s. 11(i) can confer arbitrary benefits. While a binary approach to s. 11(i) will not ensure that like offenders receive *the same result*, it will ensure that like offenders are treated *fairly*; they each receive protections which are connected to them and their proceedings.

[97] Third, there are countervailing fairness considerations that militate against a global approach to s. 11(i). Recall that those offenders who stand to benefit most from a global approach to s. 11(i) are those who have gone unprosecuted or unsentenced long enough for the punishments in place for their offences to have changed multiple times. In my view, any perceived unfairness or arbitrariness flowing from a binary approach to s. 11(i) is outweighed by the unfairness or arbitrariness that would result from according greater constitutional protections to those offenders who are sentenced long after their offences, compared to those offenders who are promptly brought to justice. In simpler terms, a global approach to s. 11(i) would disproportionately

- La peine pour l’infraction est élevée au « niveau 3 ».
- A et B sont tous deux déclarés coupables et reçoivent leur sentence le même jour.

Selon une interprétation globale de l’al. 11*i*), A bénéficierait d’une peine de niveau 1, puisque cette peine s’appliquait — quoique temporairement — entre le moment où il a commis l’infraction et le moment de sa sentence. B, quant à lui, recevrait une peine de niveau 2, même si les deux contrevenants ont commis leur infraction alors que la peine applicable était de niveau 2 et qu’ils ont tous deux été condamnés alors que la peine applicable était de niveau 3. En dépit de leurs situations identiques, une interprétation globale de l’al. 11*i*) confère, de façon arbitraire, un plus grand avantage à A. Par conséquent, je ne vois pas comment on pourrait défendre une interprétation globale de l’al. 11*i*) au motif qu’elle permettrait de contrebalancer adéquatement un certain caractère arbitraire inhérent au moment de la sentence d’un contrevenant par rapport à celle d’un autre contrevenant. Au contraire, et l’exemple hypothétique ci-dessus le démontre, une interprétation globale de l’al. 11*i*) peut conférer des bénéfices arbitraires. Bien qu’une interprétation binaire de l’al. 11*i*) ne puisse pas garantir que des contrevenants semblables obtiendront *le même résultat*, elle garantit que des contrevenants semblables seront traités de façon *équitable*; chacun bénéficiera de la protection qui se rattache à lui et à la poursuite engagée contre lui.

[97] Troisièmement, il existe des considérations en matière d’équité qui militent contre une interprétation globale de l’al. 11*i*). Rappelons que les contrevenants qui sont susceptibles de bénéficier le plus d’une interprétation globale de l’al. 11*i*) sont ceux pour qui la poursuite ou la condamnation ont tardé suffisamment pour que les peines prévues pour leurs infractions aient le temps de changer de multiples fois. À mon avis, toute perception de caractère injuste ou arbitraire susceptible de découler d’une interprétation binaire de l’al. 11*i*) est supplantée par le caractère injuste ou arbitraire qui résulterait du fait d’accorder une meilleure protection constitutionnelle aux contrevenants condamnés longtemps après avoir commis leurs infractions

benefit those who are sentenced years, or even decades, after their offences, such as Mr. Poulin himself. It bears repeating that Mr. Poulin went over three decades before being held to account for his sexual offences. As this Court has observed, sexual offences like Mr. Poulin's often go long unreported. Survivors of sexual trauma commonly delay in disclosing abuse for reasons such as "embarrassment, fear, guilt, or a lack of understanding and knowledge" (*R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275, at para. 65). There should be no additional gain to an offender under s. 11(i) when a victim is traumatized to the point of requiring significant time to overcome any reluctance to report the offence. Offenders whose crimes go long unreported should not have access to a greater number of possible punishments under s. 11(i) by virtue of their own offending conduct.

[98] For these reasons, I reject the contention that the principle of fairness animating s. 11(i) supports a global interpretation of that provision. To the contrary, a global interpretation of s. 11(i) would unfairly and arbitrarily benefit certain offenders by granting them the right to a punishment which is utterly disconnected from their conduct or proceedings. It is sufficiently and amply fair for s. 11(i) to guarantee to the offender the lesser of the punishments under the laws in force at the time of commission and the time of sentencing.

[99] In addition, I find that a global interpretation of s. 11(i) would have at least two other unwarranted consequences.

[100] First, a global s. 11(i) right would have the effect of resurrecting punishments which Parliament has, by repealing or amending them, expressly

que les contrevenants traduits rapidement en justice. En termes plus simples, une interprétation globale de l'al. 11*i*) avantagerait démesurément les contrevenants condamnés des années, voire des décennies, après avoir commis leurs infractions, comme M. Poulin lui-même. Il vaut la peine de répéter que M. Poulin a passé plus de trois décennies avant de rendre des comptes pour les infractions d'ordre sexuel qu'il a commises. Ainsi que notre Cour l'a fait remarquer, les infractions d'ordre sexuel comme celles de M. Poulin demeurent souvent cachées durant de longues périodes. Il arrive fréquemment que des survivants de traumatismes sexuels tardent à révéler les agressions pour diverses raisons comme « la gêne, la crainte, le sentiment de culpabilité ainsi que le manque de compréhension et de connaissance » (*R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275, par. 65). Un contrevenant ne devrait pas pouvoir bénéficier d'un avantage supplémentaire au titre de l'al. 11*i*) lorsqu'une victime est traumatisée au point d'avoir besoin d'un délai considérable pour surmonter sa réticence à dénoncer l'infraction. Les contrevenants dont les crimes sont gardés sous silence pendant longtemps ne devraient pas avoir accès au plus grand nombre de peines possibles, au titre de l'al. 11*i*), en raison de leur propre conduite fautive.

[98] Pour ces motifs, je rejette la prétention selon laquelle le principe de l'équité qui sous-tend l'al. 11*i*) appuie une interprétation globale de cette disposition. Au contraire, une interprétation globale de l'al. 11*i*) profiterait de façon injuste et arbitraire à certains contrevenants en leur accordant le droit de bénéficier d'une peine qui n'a rien à voir avec leur conduite ou la poursuite engagée contre eux. Il est suffisamment et amplement équitable que l'al. 11*i*) garantisse au contrevenant la moins sévère des peines prévues par les lois en vigueur au moment de la perpétration de l'infraction et à celui de la sentence.

[99] En outre, je suis d'avis qu'une interprétation globale de l'al. 11*i*) aurait au moins deux autres conséquences injustifiées.

[100] Tout d'abord, une interprétation globale du droit garanti à l'al. 11*i*) aurait pour effet de faire renaître des peines que le législateur a expressément

rejected — even where such a result is not justified by the principle of legality. As set out above, s. 11(i) does not merely provide the sentencing court with additional options; it entitles the offender to the lesser punishment. I see no reason why the *Charter* would enshrine the constitutional right to access, in all cases, an array of punishments which Parliament has since deemed unsuitable. It is one thing for s. 11(i) to resurrect for the offender the lesser punishment under the laws in force when the offender committed the offence. It is quite another thing for s. 11(i) to resurrect any temporary reductions in punishment which came after the offence and bear no connection whatsoever to the offender's conduct or to contemporary sentencing norms (see *Docherty*, at para. 45). An interpretation of s. 11(i) that entitles an offender to the most favourable punishment in the array of past punishments would not only overshoot the purposes of this constitutional right, it would unduly undermine Parliament's general and exclusive authority to enact and amend the criminal law.

[101] Moreover, as the Supreme Court of the United Kingdom observed in *Docherty*, there remains the possibility of legislative oversight or error. A global s. 11(i) right would entitle offenders to the benefit of any intervening oversights or errors in past sentencing provisions, even those not in force during the commission of the offence or at sentencing. But in my view, there is no principled basis to grant an offender the right to that benefit. As that Supreme Court held:

Sentencing legislation and practice may well go up and down as public policy is held by legislators to change, or current responsible views on particular offending are perceived by courts to develop. But there is no injustice to a defendant to be sentenced according either to the law as it existed at the time of his offence or, if more lenient, according to the law as it exists when he is convicted and

rejetées en les abrogeant ou en les modifiant, même si ce résultat n'est pas justifié par le principe de la légalité. Comme je l'ai mentionné précédemment, l'al. 11*i*) ne fait pas qu'offrir des possibilités supplémentaires au tribunal qui détermine la peine; il donne au contrevenant le droit au bénéfice de la peine la moins sévère. Je ne vois pas pourquoi la *Charte* enchâsserait le droit constitutionnel de bénéficiaire, dans toutes les affaires, d'un éventail de peines que le législateur a depuis jugées inadéquates. C'est une chose d'invoquer l'al. 11*i*) pour faire renaître, au profit du contrevenant, la peine la moins sévère prévue par les lois en vigueur au moment où le contrevenant a commis l'infraction. C'en est une autre de faire renaître tous les adoucissements de peine temporaires qui sont survenus après la perpétration de l'infraction et qui n'ont aucun lien avec la conduite du contrevenant ou les normes actuelles de détermination de la peine (voir *Docherty*, par. 45). Non seulement une interprétation de l'al. 11*i*) qui accorderait au contrevenant le droit au bénéfice de la peine la plus favorable parmi toutes les peines qui se sont appliquées par le passé irait au-delà des objets de ce droit constitutionnel, mais elle saperait indûment le pouvoir général et exclusif du législateur d'adopter et de modifier les règles du droit criminel.

[101] En outre, comme l'a fait remarquer la Cour suprême du Royaume-Uni dans *Docherty*, le risque d'omission ou d'erreur de la part du législateur subsiste. Une interprétation globale du droit garanti à l'al. 11*i*) permettrait aux contrevenants de bénéficier d'omissions ou d'erreurs contenues dans les dispositions antérieures sur la détermination de la peine, même celles qui n'étaient pas en vigueur au moment de la perpétration de l'infraction ou au moment de la sentence. À mon avis, il n'y a aucune raison de principe d'accorder à un contrevenant le droit à cet avantage. Comme l'a statué cette cour suprême :

[TRADUCTION] La législation et les pratiques en matière de détermination de la peine peuvent très bien fluctuer puisque, d'un côté, il revient aux législateurs de modifier les politiques publiques et, de l'autre côté, il revient aux tribunaux de déterminer de quelle façon ils perçoivent certaines infractions. Cependant, il n'est pas injuste pour un défendeur de recevoir une sentence conforme à la loi

sentenced. To insist that a defendant should not be sentenced on a basis now authoritatively regarded as excessive is one thing. It is quite another to say that he should be sentenced according to a practice which did not obtain when he committed the offence and does not obtain now, merely because for some time in the interim, however short, a different practice was adopted which has now been abandoned as wrong.

(*Docherty*, at para. 45)

[102] Second, and on a more practical level, I have difficulty accepting that the vision for s. 11(i) was for counsel and the court to have to identify and then compare and contrast *every* sentencing provision that has applied to the offence since the offender committed it. As set out above (under the heading “Context: How Section 11(i) Operates”), a global approach to s. 11(i) would require just this. I fail to see what would justify this exercise. An offender does not suffer any injustice by not having access to *all* punishments that have come and gone through valid legislative change, especially those punishments that are completely disconnected from any step taken by the state against the offender or any step taken by the offender in reliance on the contemporaneous punishment. By claiming the right to a conditional sentence, Mr. Poulin asks for the benefit of a punishment which had no bearing on his conduct, case or sentencing. There is no unfairness in not having access to a sentencing regime which was unknown at the time of the offence and not relied upon when it was in force.

[103] In closing — and in response to Mr. Poulin’s position that s. 11(i) should be read in a manner that provides sentencing courts with enhanced sentencing options — I reiterate that it is inaccurate to say that a global s. 11(i) would normally increase options and discretion in sentencing. As explained above, the

telle qu’elle existait au moment où il a commis son infraction ou, si elle est plus clémente, à la loi telle qu’elle est au moment où il est condamné. Insister pour dire qu’un défendeur ne devrait pas se voir infliger une peine fondée sur une disposition maintenant formellement considérée comme démesurée est une chose. Il en est une autre de dire qu’il devrait se voir infliger une peine conformément à une pratique à laquelle il n’avait pas droit au moment où il a commis son infraction et à laquelle il n’a pas droit maintenant, et ce, simplement parce que durant une brève période dans l’intervalle, une pratique différente avait été adoptée, laquelle pratique a maintenant été abandonnée parce qu’elle était mauvaise.

(*Docherty*, par. 45)

[102] Deuxièmement, sur un plan plus pratique, j’ai du mal à accepter que la vision pour l’al. 11*i*) était d’obliger l’avocat et le tribunal à cerner puis à comparer et à mettre en opposition *chaque* disposition sur la détermination de la peine s’étant appliquée à l’infraction depuis la perpétration de celle-ci par le contrevenant. Comme je l’ai indiqué précédemment (sous la rubrique « Contexte : Application de l’al. 11*i*) », c’est exactement ce qu’exigerait une interprétation globale de l’al. 11*i*). Je ne vois pas ce qui pourrait justifier cet exercice. Ne constitue pas une injustice pour un contrevenant le fait de ne pas avoir accès à *toutes* les peines qui ont été mises en vigueur puis écartées dans le cadre de modifications législatives légitimes, surtout les peines qui ne sont aucunement liées aux mesures prises par l’État contre le contrevenant ou aux mesures prises par le contrevenant en s’appuyant sur la peine actuelle. En revendiquant le droit à une peine d’emprisonnement avec sursis, M. Poulin demande à bénéficier d’une peine qui n’avait rien à voir avec sa conduite, sa cause ou sa sentence. Il n’est pas injuste qu’il n’ait pas accès à un régime de détermination de la peine qui était inconnu au moment de la perpétration de l’infraction et sur lequel il ne s’est pas appuyé pendant qu’il était en vigueur.

[103] Pour conclure — et en réponse à la position de M. Poulin suivant laquelle l’al. 11*i*) devrait être interprété de manière à offrir davantage de possibilités aux tribunaux qui déterminent les peines — je réitère qu’il est inexact de dire qu’une interprétation globale de l’al. 11*i*) offrirait normalement un

effect of s. 11(i) is to confine the sentencing court to sentencing the offender according to the lesser punishment. It is appropriate for s. 11(i) to confine the court to the lesser of the two sentencing regimes mentioned in s. 11(i). For the reasons given, it is *not* appropriate for s. 11(i) to require the court to impose what is, from the offender's perspective, a random baseline punishment plucked from the past. I agree wholeheartedly with Mr. Poulin that discretion in sentencing enhances justice in sentencing. I part company with Mr. Poulin in his view that a global approach to s. 11(i) generally serves discretion; it demonstrably does not.

[104] For these reasons, I conclude that the principled interpretation of s. 11(i) is a binary one. Reading s. 11(i) in a manner that would require the court to impose the most favourable punishment identifiable in the interval between the offence and sentencing does not reflect the kind of generous interpretation that *Charter* rights should receive. Rather, it reflects an unduly generous interpretation, disconnected from the purposes of the right.

(e) *Addressing the Contrary Jurisprudence*

[105] In coming to the conclusion that s. 11(i) confers a binary right, I am cognizant that Canadian courts have consistently assumed that s. 11(i) confers a global right (with perhaps one exception: see *R. v. Dubois*, Que. Sup. Ct., December 8, 1982, cited in R. M. McLeod, J. D. Takach, H. F. Morton, and M. D. Segal, *The Canadian Charter of Rights: The Prosecution and Defence of Criminal and Other Statutory Offences* (2019 (loose-leaf)), vol. 4, at p. 20-10.12). However, as stated above, I do not find these authorities to be based upon a complete or compelling purposive analysis of s. 11(i). Had they properly examined and weighed the functioning of s. 11(i), its language and origins, and the implications of a global right, they should, in my view,

nombre accru de possibilités et une plus grande latitude en matière de détermination de la peine. Comme il a été expliqué plus haut, l'al. 11*i*) a pour effet d'obliger le tribunal qui détermine la peine à s'en tenir à condamner le contrevenant à la peine la moins sévère. Il est approprié que l'al. 11*i*) oblige le tribunal à s'en tenir au moins sévère des deux régimes de détermination de la peine prévus par celui-ci. Pour les motifs exposés, il *n'est pas* approprié que l'al. 11*i*) oblige le tribunal à infliger une peine qui, du point de vue du contrevenant, constitue une peine de base quelconque tout droit sortie du passé. Je partage entièrement l'avis de M. Poulin que le pouvoir discrétionnaire en matière de détermination de la peine favorise la justice. Je ne suis toutefois pas de son avis lorsqu'il affirme qu'une interprétation globale de l'al. 11*i*) favorise habituellement le pouvoir discrétionnaire; ce n'est manifestement pas le cas.

[104] Pour ces motifs, je conclus que, rationnellement, l'al. 11*i*) doit être interprété de façon binaire. Une interprétation qui obligerait le tribunal à infliger la peine la plus favorable parmi celles qui se sont appliquées dans l'intervalle entre le moment de la perpétration de l'infraction et le moment de la sentence ne correspond pas au type d'interprétation libérale qui devrait être faite des droits garantis par la *Charte*. Il s'agit plutôt d'une interprétation excessivement libérale, sans rapport avec les objets du droit.

e) *Analyse de la jurisprudence contraire*

[105] Même si j'en suis arrivée à la conclusion que l'al. 11*i*) confère un droit binaire, je suis consciente que les tribunaux canadiens ont toujours présumé que l'al. 11*i*) conférerait un droit global (sauf peut-être dans un cas : voir *R. c. Dubois*, C.S. Qc, 8 décembre 1982, cité dans R. M. McLeod, J. D. Takach, H. F. Morton et M. D. Segal, *The Canadian Charter of Rights : The Prosecution and Defence of Criminal and Other Statutory Offences* (2019 (feuilles mobiles)), vol. 4, p. 20-10.12). Cependant, comme il a été mentionné précédemment, je suis d'avis que cette jurisprudence n'est pas fondée sur une analyse téléologique complète ou convaincante de l'al. 11*i*). Si les tribunaux avaient correctement examiné et soupesé l'application de l'al. 11*i*), son libellé et ses origines,

have concluded that there is no purposive basis to interpret s. 11(i) in a global manner. The purposes of s. 11(i) — including fairness — do not support a global s. 11(i) right; to the contrary, they reject it.

[106] Similarly, I find that the European Court of Human Rights' majority decision in *Scoppola* does not provide a persuasive basis for reading s. 11(i) in a global manner. As the U.K. Supreme Court noted, the majority reasons in *Scoppola* do not appear to recognize the crucial distinction between the binary and global versions of the right to a decrease in punishment. In fact, the majority relied on the justification for a *binary* right in concluding that art. 7(1) of the *ECHR* should be *global*; it stated that art. 7(1) should not allow the imposition of a punishment “which the State — and the community it represents — now consider excessive” (para. 108 (emphasis added)). I echo the Supreme Court of the United Kingdom's statement in *Docherty* that:

There is a very clear difference between (1) a principle which prevents a court from imposing a penalty above and outside the range currently provided for by the state as appropriate to the crime and (2) a principle which requires the court to seek out and apply the most favourable rule which has existed at any intervening time since the offence was committed, even if it has since been abandoned. The first would fall within the rationale of confining the court to a range currently considered appropriate for the offence; the latter would not. The difference between the two is not adverted to, still less explored, in the judgment in *Scoppola*. It is, accordingly, by no means clear that the court intended to expand its incorporation of *lex mitior* into art. 7 by including the latter proposition. [para. 40]

[107] I further agree with the Supreme Court that the majority decision in *Scoppola* must be read in context. First, it is crucial to note that *Scoppola*'s treatment of art. 7(1) was informed by a provision

ainsi que les répercussions d'un droit global, ils auraient dû, selon moi, conclure qu'il n'existe aucun fondement téléologique justifiant une interprétation globale de l'al. 11*i*). Les objectifs de l'al. 11*i*) — y compris l'équité — n'appuient pas une interprétation globale du droit garanti par cet alinéa; au contraire, ils la rejettent.

[106] De même, je conclus que la décision des juges majoritaires de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Scoppola* ne constitue pas une raison persuasive d'interpréter l'al. 11*i*) d'une façon globale. Comme l'a signalé la Cour suprême du R.-U., les motifs des juges majoritaires dans l'arrêt *Scoppola* ne semblent pas reconnaître la distinction cruciale entre les interprétations binaire et globale du droit à un adoucissement de peine. En fait, les juges majoritaires se sont appuyés sur la justification d'un droit *binaire* pour conclure que le par. 7(1) de la *CEDH* devrait être interprété de façon *globale*; ils ont déclaré que le par. 7(1) ne devrait pas permettre l'infliction de peines « que l'État, et la collectivité qu'il représente, considèrent désormais comme excessives » (par. 108 (je souligne)). Je fais mienne la déclaration faite par la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'arrêt *Docherty* :

[TRANSDUCTION] Il existe une différence très claire entre (1) un principe qui empêche un tribunal d'infliger une peine allant au-delà de l'éventail des peines actuellement jugées appropriées pour le crime par l'État et (2) un principe qui exige d'un tribunal qu'il cible et applique la règle la plus favorable ayant existé à n'importe quel moment depuis la perpétration de l'infraction, même si elle a été abandonnée depuis. Le premier s'inscrirait dans le cadre du raisonnement justifiant d'obliger les tribunaux à s'en tenir à un éventail de peines actuellement considérées comme étant appropriées pour l'infraction; ce ne serait pas le cas du deuxième. La différence entre les deux n'est pas mentionnée, encore moins étudiée, dans l'arrêt *Scoppola*. Par conséquent, il est loin d'être clair que le tribunal avait l'intention d'étendre la portée du principe de la *lex mitior* à l'art. 7 en s'appuyant sur la deuxième proposition. [par. 40]

[107] Je conviens aussi avec la Cour suprême que la décision des juges majoritaires dans l'arrêt *Scoppola* doit être lue dans son contexte. D'abord, il est crucial de souligner que l'analyse du par. 7(1) faite

of Italy’s criminal legislation that appeared to confer a global right:

Article 2 of the 1930 Criminal Code, entitled “Succession of criminal laws”, reads as follows:

...

3. If the law in force at the time when the offence was committed and later [laws] differ, the law to be applied is the one whose provisions are most favourable to the defendant, except where a final sentence has already been imposed. [Emphasis added.]

(*Scoppola*, at para. 32; see also paras. 106 and 108)

Second, the facts of *Scoppola* were such that a global interpretation of art. 7(1) entitled Mr. Scoppola to a lesser punishment on which he had expressly *relied* in conducting his defence. At the time he committed his offences, the offences were punishable by life imprisonment and were not eligible for trial by summary procedure. A few months after Mr. Scoppola’s offences (in January 2000), a legislative change made the summary procedure available for Mr. Scoppola’s offences and stipulated that a person convicted of such offences through the summary procedure would be liable to face 30 years’ imprisonment, not life. The summary procedure represented a trade-off for the accused who elected it; it entailed a reduction in sentence upon conviction, but came at the expense of important procedural safeguards — such as the ability to present evidence in response to the prosecution’s case (para. 134). In reliance on that change, Mr. Scoppola elected to be tried by summary procedure. But a few months after that, on the very day he was convicted and sentenced, yet another legislative amendment entered into force, reverting the punishment for Mr. Scoppola’s offences back to life imprisonment. It was in these circumstances that the European Court of Human Rights agreed that Mr. Scoppola’s sentence of life imprisonment breached art. 7.

dans l’arrêt *Scoppola* s’appuyait sur une disposition de la législation pénale italienne qui semblait conférer un droit global :

L’article 2 du code pénal [...] de 1930, intitulé « Succession des lois pénales », se lit comme suit :

...

3. Si la loi en vigueur au moment où l’infraction a été commise et les [lois] postérieures sont différentes, on applique celle dont les dispositions sont les plus favorables à l’accusé, sauf s’il y a eu prononcé d’un jugement définitif. [Je souligne.]

(*Scoppola*, par. 32; voir aussi les par. 106 et 108.)

Ensuite, les faits de l’affaire *Scoppola* étaient tels qu’une interprétation globale du par. 7(1) accordait à M. Scoppola le droit au bénéfice de la peine la moins sévère sur laquelle il s’était expressément appuyé pour assurer sa défense. Au moment où il a commis ses infractions, celles-ci étaient passibles de l’emprisonnement à perpétuité et inadmissibles à un procès sommaire. Quelques mois après que M. Scoppola eut commis ses infractions (en janvier 2000), une modification législative a rendu possible le recours à la procédure sommaire dans le cas des infractions de M. Scoppola. Cette modification prévoyait qu’une personne reconnue coupable de ces infractions par suite d’une procédure sommaire devenait passible d’une peine d’emprisonnement de 30 ans, mais pas d’une peine d’emprisonnement à perpétuité. La procédure sommaire représentait un compromis pour l’accusé qui la choisissait; elle entraînait une réduction de peine au moment de la condamnation, mais cette réduction était offerte au détriment d’importantes garanties procédurales, notamment la possibilité de présenter des éléments de preuve en réponse à la preuve de la poursuite (par. 134). S’appuyant sur cette modification, M. Scoppola a choisi de subir un procès sommaire. Mais quelques mois plus tard, le jour même où il a été reconnu coupable et condamné, une autre modification législative est entrée en vigueur, ramenant la peine prévue pour les infractions commises par M. Scoppola à l’emprisonnement à perpétuité. C’est dans ces circonstances que la Cour européenne des droits de l’homme a reconnu que la peine d’emprisonnement à perpétuité infligée à M. Scoppola violait l’art. 7.

[108] In my view, it is significant that the European Court of Human Rights appeared to endorse a global right on such facts. The Court did not adopt a global approach in order to give an offender access to a punishment bearing no connection to the offender's conduct or proceedings. It adopted a global approach in response to a situation in which the offender had reasonably and detrimentally relied on an intervening provision.

[109] Given the legal and factual context in which *Scoppola* was decided, and the absence of any treatment of the distinction between a binary and a global interpretation in the majority's reasons, I do not find that the majority decision lends support to a global interpretation of s. 11(i).

(f) *Beyond the Section 11(i) Binary*

[110] While *Scoppola* does not justify recognizing a global right under s. 11(i) of the *Charter*, it does illustrate a potentially attractive feature of the global approach to s. 11(i): the global approach ensures that the offender will have access to lesser, past punishments on which the offender relied in making decisions implicating their liberty. On a strict binary approach to s. 11(i), an offender is only entitled to the lesser of the punishments under the laws in force at the time of commission and the time of sentencing. Such an approach prevents the offender from accessing a lesser punishment that was applicable when the offender cooperated with the police or entered a plea, for example.

[111] Concerned with this prospect, the Crown in this case is prepared to accept that, in addition to being entitled to the lesser of the two punishments mentioned in s. 11(i), an offender should also be entitled to benefit from any lesser punishment in place from the time of charge to the time of sentencing. In the Crown's view, it would prejudice offenders not to have access to lesser sentences on which they

[108] À mon avis, il est significatif que la Cour européenne des droits de l'homme ait semblé donner son aval à un droit global au vu des faits relatés ci-dessus. La Cour n'a pas adopté une interprétation globale dans le but de donner à un contrevenant l'accès à une peine n'ayant aucun rapport avec sa conduite ou la poursuite engagée contre lui. Elle a adopté une interprétation globale en réponse à une situation où le contrevenant s'était raisonnablement fondé, à son détriment, sur une disposition entrée en vigueur dans l'intervalle.

[109] Étant donné le contexte juridique et factuel dans lequel l'arrêt *Scoppola* a été rendu, et vu l'absence de tout examen de la distinction entre une interprétation binaire et une interprétation globale dans les motifs des juges majoritaires, j'estime que la décision des juges majoritaires n'appuie pas une interprétation globale de l'al. 11i).

f) *Au-delà de l'interprétation binaire de l'al. 11i)*

[110] Bien que l'arrêt *Scoppola* ne justifie pas de reconnaître que l'al. 11i) de la *Charte* confère un droit global, il fait ressortir une caractéristique potentiellement attrayante de la conception globale de l'al. 11i) : cette conception garantit que le contrevenant aura accès aux peines les moins sévères qui se sont appliquées antérieurement et sur lesquelles il s'est appuyé pour prendre des décisions ayant une incidence sur sa liberté. Selon une interprétation strictement binaire de l'al. 11i), le contrevenant n'a droit qu'à la moins sévère des peines prévues par les lois en vigueur au moment de la perpétration de l'infraction et à celui de la sentence. Une telle interprétation empêche le contrevenant de bénéficier d'une peine moins sévère qui s'appliquait, par exemple, au moment où il a coopéré avec la police ou au moment où il a enregistré un plaidoyer.

[111] En l'espèce, soucieux de cette possibilité, le ministère public est disposé à accepter qu'en plus d'avoir le droit de bénéficier de la moins sévère des deux peines mentionnées à l'al. 11i), un contrevenant devrait aussi pouvoir bénéficier de toute peine moins sévère qui se serait appliquée entre le moment de l'inculpation et le moment de la sentence. De l'avis du ministère public, il serait préjudiciable aux

(detrimentally) relied in conducting their defences. While the Crown is only prepared to extend “time of sentencing” to “time of charge”, it seems to me that, on the Crown’s logic, offenders should also be entitled to benefit from any lesser punishment in place when they turned themselves in to the police, confessed, or otherwise detrimentally relied on the law in inculcating themselves — even pre-charge.

[112] Whether there is, or ought to be, a rule that offenders are entitled to the benefit of lesser sentences on which they *relied* in conducting their defences or inculcating themselves — either as a matter of s. 11(i), another section of the *Charter*, or common law principles — is a question best left for another case. The question does not arise in this case; there is no indication from the record, nor did the parties suggest, that during the time a conditional sentence was applicable to his offences, Mr. Poulin made decisions engaging his liberty in reliance on that sentence. As the facts of this case do not raise this question, the parties have not made the submissions required for this Court to address it judiciously.

[113] What is clear is that s. 11(i) does not guarantee to every offender the benefit of *every* change in punishment in the interval between the commission of the offence and sentencing. An offender is not entitled to lesser punishments which are wholly unconnected to significant legal events in the proceedings against them. A legitimate concern for granting the offender access to a punishment on which the offender relied does not justify a global interpretation of s. 11(i). As explained throughout these reasons, a global s. 11(i) would vastly overshoot the purposes of s. 11(i). Every single offender should not enjoy the constitutional right to the lowest punishment that has ever applied to their offence since they committed it so that those few offenders who relied on particular lesser punishments can gain access to those

contrevenants de ne pas pouvoir bénéficier des peines les moins sévères sur lesquelles ils se sont appuyés (à leur détriment) pour assurer leur défense. Bien que le ministère public ne soit disposé qu’à étendre la portée de l’expression « moment de la sentence » jusqu’au « moment de l’inculpation », il me semble que, selon la logique du ministère public, les contrevenants devraient aussi pouvoir bénéficier de toute peine moins sévère qui s’appliquait au moment où ils se sont rendus à la police, au moment où ils ont avoué ou à tout autre moment où ils se sont, à leur détriment, appuyés sur la loi pour s’incriminer — même avant l’inculpation.

[112] La question de savoir s’il existe, ou s’il devrait exister, une règle autorisant les contrevenants à bénéficier des peines les moins sévères sur lesquelles ils se sont *appuyés* pour assurer leur défense ou pour s’incriminer — que ce soit au titre de l’al. 11*i*), d’un autre article de la *Charte* ou de principes de common law — en est une qu’il vaudrait mieux traiter dans une autre affaire. Cette question ne se pose pas en l’espèce; rien dans le dossier n’indique, et les parties ne l’ont pas laissé entendre, que durant la période où une peine d’emprisonnement avec sursis s’appliquait à ses infractions, M. Poulin se soit appuyé sur cette peine pour prendre des décisions mettant en jeu sa liberté. Puisque les faits de l’espèce ne soulèvent pas cette question, les parties n’ont pas formulé les observations nécessaires pour permettre à notre Cour de l’examiner judicieusement.

[113] Ce qui est clair, c’est que l’al. 11*i*) ne garantit pas à chaque contrevenant le bénéfice de *chaque* modification apportée à la peine dans l’intervalle entre la perpétration de l’infraction et la sentence. Un contrevenant n’a pas droit au bénéfice des peines les moins sévères qui sont complètement sans rapport avec les principaux événements juridiques de la poursuite engagée contre lui. Une préoccupation légitime concernant le fait d’accorder à un contrevenant l’accès à une peine sur laquelle il s’est appuyé ne justifie pas une interprétation globale de l’al. 11*i*). Comme il a été expliqué tout au long des présents motifs, une interprétation globale de l’al. 11*i*) irait largement au-delà des objets de cet alinéa. Ce ne sont pas tous les contrevenants qui devraient jouir du droit constitutionnel à la peine la moins sévère

punishments. To read s. 11(i) globally for the benefit of those few offenders would be to use a cleaver where a scalpel suffices. The situation of those few offenders may, in a subsequent case, require a tailored response. It does not, in this case, call for an unjustified and non-purposive interpretation of s. 11(i).

[114] I therefore leave for another, more suitable, case the question of whether an offender has any legal entitlement to the benefit of a lesser punishment on which the offender actually relied. The rule of law and fairness considerations of such a case may give rise to a right and remedy under this, or another, section of the *Charter*.

[115] In leaving this question for another case, I am aware that, in *K.R.J.*, a majority of the Court made the following statement:

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. . . . [Emphasis added; para. 25.]

[116] I do not take this statement to have said anything conclusive about the binary/global debate, or about whether offenders are entitled to the benefit of punishments on which they relied. This is for two reasons. First, *K.R.J.* was not contemplating

s’étant appliquée à leur infraction depuis qu’ils l’ont commise de sorte que les quelques contrevenants qui se sont appuyés sur ces peines les moins sévères puissent en bénéficier. Interpréter l’al. 11i) de façon globale au profit de ces quelques contrevenants reviendrait à utiliser un couperet alors qu’un simple scalpel suffirait. La situation de ces quelques contrevenants pourrait, dans une affaire subséquente, nécessiter une réponse adaptée, mais en l’espèce, elle ne commande pas une interprétation de l’al. 11i) qui ne serait ni justifiée ni téléologique.

[114] Par conséquent, je vais laisser à un autre juge, dans une affaire qui s’y prêtera mieux, le soin de trancher la question de savoir si un contrevenant a légalement droit au bénéfice de la peine la moins sévère sur laquelle il s’est réellement appuyé. Dans une telle affaire, les principes de la primauté du droit et de l’équité pourraient donner naissance à un droit et à un recours au titre de cette disposition, ou de toute autre disposition, de la *Charte*.

[115] J’estime certes que cette question doit être tranchée dans une autre affaire, mais je suis consciente que, dans l’arrêt *K.R.J.*, les juges majoritaires de la Cour ont déclaré ce qui suit :

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 rétroactif 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 . . . [Je souligne; par. 25.]

[116] Or, je ne crois pas que cet énoncé ait indiqué quoi que ce soit de concluant au sujet du débat entourant l’interprétation binaire ou globale, ni sur la question de savoir si les contrevenants ont droit au bénéfice des peines sur lesquelles ils se sont appuyés,

intermediary punishments under the laws in force in the interval between the offence and sentencing. The Court was merely comparing consecutive sentencing provisions (see paras. 9-11). The Court in *K.R.J.* was therefore not addressing the binary/global debate, or the question of reliance. Second, and most tellingly, the Court made this statement in the context of explaining why s. 11(i) entitles offenders to the lower punishment applicable when they committed their offence. The statement envisages the situation in which the punishment remains the same from the time of the offence through to the time of the offender's plea, but increases thereafter. As such, the statement does not speak to changes in punishment between the time of commission and sentencing, and whether offenders ought to have access to any of these.

(g) *Summary of Purposive Analysis*

[117] A purposive analysis of s. 11(i) leads me to conclude that it confers a binary right, not a global one. In particular, I find that the language and origins of s. 11(i) both confirm the purposes set out in *K.R.J.* — namely the rule of law and fairness — and indicate that s. 11(i) is intended to confer a binary right consistent with these purposes. It would not respect the purposes of s. 11(i) to read the right globally. Nor would it respect Parliament's role in adapting sentencing provisions, or the courts' role in crafting proportionate sentences under those provisions. While s. 11(i) embraces a degree of retrospectivity (in allowing the lesser current punishment to replace the harsher punishment at the time of the offence), this principled, purposive retrospectivity does not support an interpretation of s. 11(i) that embraces retrospectivity writ large.

et ce, pour deux raisons. D'abord, l'arrêt *K.R.J.* ne portait pas sur les peines intermédiaires prévues par les lois en vigueur dans l'intervalle entre la perpétration de l'infraction et la sentence. Dans cet arrêt, la Cour a simplement comparé des dispositions consécutives sur la détermination de la peine (voir par. 9-11). Elle ne s'est penchée ni sur le débat entourant l'interprétation binaire ou globale ni sur la question de savoir si le contrevenant s'est appuyé sur une disposition particulière. Ensuite, et c'est ce qui est le plus révélateur, la Cour a fait cette affirmation en expliquant pourquoi l'al. 11*i*) accorde aux contrevenants le bénéfice de la peine la moins sévère applicable au moment où ils ont commis leur infraction. L'énoncé envisage une situation où la peine demeurerait la même du moment de la perpétration de l'infraction jusqu'au moment du plaidoyer du contrevenant, mais s'aggraverait par la suite. Ainsi, l'énoncé ne porte pas sur les diverses peines qui se sont appliquées entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence, ni sur la question de savoir si les contrevenants devraient pouvoir bénéficier de l'une ou l'autre de ces peines.

g) *Résumé de l'analyse téléologique*

[117] Une analyse téléologique de l'al. 11*i*) m'amène à conclure que celui-ci confère un droit binaire et non un droit global. Plus particulièrement, j'estime que tant le libellé que les origines de l'al. 11*i*) confirment les objectifs qui le sous-tendent, lesquels sont énoncés dans l'arrêt *K.R.J.* — soit la primauté du droit et l'équité — et indiquent que l'al. 11*i*) vise à conférer un droit binaire qui s'accorde avec ces objectifs. Une interprétation globale du droit en question ne respecterait pas les objectifs de l'al. 11*i*). Elle ne respecterait pas non plus le rôle du législateur d'adapter les dispositions sur la détermination de la peine, ni le rôle des tribunaux de fixer des peines proportionnelles au titre de ces dispositions. Bien que l'al. 11*i*) prévoit un certain degré de rétrospectivité (en permettant que la peine actuelle moins sévère remplace la peine plus sévère applicable au moment de la perpétration de l'infraction), cette rétrospectivité téléologique, fondée sur des principes, n'appuie pas une interprétation de l'al. 11*i*) qui prévoit une rétrospectivité en termes larges.

(3) Application of Section 11(i) to the Respondent, Mr. Poulin

[118] In light of the parties' agreement that a conditional sentence was not applicable under the sentencing provisions in force either at the time of Mr. Poulin's acts of gross indecency (1979 to 1983) or at the time of his sentencing (May 2017), Mr. Poulin did not have the right to this sentence under s. 11(i) of the *Charter*. The courts below therefore erred in imposing it.

[119] The sentencing court was required to impose a sentence in accordance with the lesser punishment as between the punishment applicable at the time of the offence and the punishment applicable at the time of sentencing. In this regard, I note that the sentencing provision in force at the time of Mr. Poulin's gross indecencies would have offered the sentencing judge significant discretion to impose a sentence that would achieve the same objectives as the conditional sentence he ordered. At the time of Mr. Poulin's offences, the sentence for gross indecency was a maximum of five years' imprisonment (*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C 34, s. 157).

[120] Given that he is now deceased, it is no longer necessary to sentence Mr. Poulin anew. There is no utility in passing a new sentence which the offender cannot serve (see, likewise, *R. v. R.N.S.*, 2000 SCC 7, [2000] 1 S.C.R. 149, at para. 22; *R.A.R.*, at para. 34).

V. Conclusion

[121] An offender is not entitled to the benefit of a temporary reduction in punishment which occurred in the interval between the time of commission and the time of sentencing. Both the sentencing judge and the Court of Appeal erred in sentencing Mr. Poulin to a punishment applicable under the laws in force only in that interval and upon which Mr. Poulin placed no reliance. I would therefore allow the appeal. However, given Mr. Poulin's recent death, I would decline

(3) Application de l'al. 11i) à l'intimé, M. Poulin

[118] Étant donné que les parties conviennent qu'une peine d'emprisonnement avec sursis ne s'appliquait pas suivant les dispositions sur la détermination de la peine en vigueur au moment où M. Poulin a commis ses actes de grossière indécence (de 1979 à 1983) ou au moment de sa sentence (mai 2017), M. Poulin n'avait pas droit à cette peine au titre de l'al. 11i) de la *Charte*. Les juridictions inférieures ont donc erré en l'infligeant.

[119] Le tribunal était tenu d'infliger une peine correspondant à la peine la moins sévère entre celle qui s'appliquait au moment de la perpétration de l'infraction et celle qui s'appliquait au moment de la sentence. À cet égard, je souligne que la disposition sur la détermination de la peine qui était en vigueur au moment où M. Poulin a commis ses actes de grossière indécence aurait offert au juge qui déterminait la peine toute la latitude voulue pour infliger une peine qui aurait permis d'atteindre les mêmes objectifs que la peine d'emprisonnement avec sursis qu'il a ordonnée. Au moment où M. Poulin a commis ses infractions, la peine applicable à une infraction de grossière indécence était une peine maximale de cinq ans d'emprisonnement (*Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 157).

[120] Puisque M. Poulin est maintenant décédé, il n'est plus nécessaire de le condamner de nouveau. Il est inutile de déterminer une nouvelle peine que le contrevenant ne peut purger (voir, dans la même veine, *R. c. R.N.S.*, 2000 CSC 7, [2000] 1 R.C.S. 149, par. 22; *R.A.R.*, par. 34).

V. Conclusion

[121] Un contrevenant n'a pas droit au bénéfice d'un adoucissement temporaire de la peine survenu dans l'intervalle entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence. Le juge qui a déterminé la peine et la Cour d'appel ont commis une erreur en condamnant M. Poulin à une peine applicable selon les lois en vigueur uniquement au cours de cet intervalle et sur laquelle M. Poulin ne s'est pas appuyé. J'accueillerai donc le pourvoi.

to remit the matter to the sentencing court or to pass a different sentence. The parties do not seek costs and I would not order any.

English version of the reasons of Abella, Karakatsanis and Brown JJ. delivered by

[122] KARAKATSANIS J. (dissenting) — Section 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees that any person found guilty of an offence has the right, 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 conditional sentence did not exist at the time when the respondent committed the criminal acts in this case. This type of punishment was introduced by Parliament almost a decade after the last of the impugned acts. It continued to be available for crimes of this nature for some time, but was revoked before he was charged. Did the respondent accordingly have a right to the benefit of this type of punishment? Canadian courts have consistently answered this question in the affirmative. Unlike my colleagues, I see no reason to authorize the continuation of the appeal despite the fact that it is now moot given the respondent’s death, or to depart from this consistent line of authority. I explain this below.

I. Facts and Proceedings

[124] Between 1979 and 1987, the respondent committed acts of a sexual nature against a young relative. These acts, which began with touching the young child’s genitals, escalated to sodomy when the child reached adolescence. The respondent was charged for the acts in 2014 and was convicted for them only in 2016, before being sentenced in 2017. During the almost 40 years that passed between the commission of the first offence and his sentencing, the legal framework for this type of crime underwent significant changes.

Toutefois, vu le récent décès de M. Poulin, je m’abstiendrais de renvoyer l’affaire au tribunal chargé de la détermination de la peine ou d’infliger une peine différente. Les parties n’ont pas demandé les dépens, et je n’en adjugerais aucuns.

Les motifs des juges Abella, Karakatsanis et Brown ont été rendus par

[122] LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) — L’alinéa 11*i*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à toute personne déclarée coupable d’une infraction le droit de bénéficier de la peine la moins sévère lorsque la peine qui sanctionne l’infraction « est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence ».

[123] En l’espèce, l’emprisonnement avec sursis n’existait pas lors de la perpétration par l’intimé des gestes criminels concernés. En effet, ce type de peine sera introduit par le Parlement un peu moins d’une dizaine d’années après les derniers gestes reprochés. Elle restera applicable à ce genre de crimes pendant une certaine période, puis sera abrogée pour ce genre de crimes avant que l’intimé ne soit inculpé. En conséquence, l’intimé avait-il le droit de bénéficier de ce type de peine? La jurisprudence canadienne répond de façon constante par l’affirmative à cette question. Contrairement à mes collègues, je ne vois aucune raison d’autoriser la poursuite de l’instance malgré son caractère théorique vu le décès de l’intimé, ou de nous écarter de cette jurisprudence constante. Voici pourquoi.

I. Faits et procédures

[124] Entre 1979 et 1987, l’intimé s’est livré à des gestes à caractère sexuel sur la personne de son jeune parent. Ces gestes, qui ont d’abord commencé par des attouchements aux parties génitales du jeune enfant, ont progressé jusqu’à la sodomie quand ce dernier est devenu un adolescent. L’intimé est inculpé de ces gestes en 2014, dont il n’est déclaré coupable qu’en 2016, avant de recevoir sa peine en 2017. Dans l’intervalle de presque 40 ans qui sépare la perpétration de la première infraction reprochée et le prononcé de la peine, le cadre juridique applicable à ce genre de crimes évolue de façon considérable.

[125] At the time of commission, the respondent's criminal acts fell under the offence of gross indecency: *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 157. That offence did not entail a minimum sentence. The conditional sentence (also known as the "community sentence") did not exist.

[126] In the late 1980s, the offence of gross indecency was abolished, and it was eventually replaced with equivalent present-day offences, such as sexual assault and sexual interference: *An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. 19 (3rd Supp.), s. 4; see also *R. v. L. (J.-J.)*, [1998] R.J.Q. 971 (Que. C.A.).

[127] In 1996, Parliament introduced the conditional sentence: *An Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1995, c. 22, s. 6. The new s. 742.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which governed the conditional sentence, provided that this type of sentence could be imposed for any offence that was not punishable by a minimum term of imprisonment, which at that time included the offences of sexual assault and sexual interference.

[128] In 2005, Parliament imposed, for the first time, a minimum term of imprisonment for the offence of sexual interference: *An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, S.C. 2005, c. 32, s. 3. Seven years later, Parliament amended s. 742.1 such that it would no longer apply to the offence of sexual assault: *Safe Streets and Communities Act*, S.C. 2012, c. 1, s. 34. When the respondent was charged in 2014, therefore, and when he was convicted in 2016 and sentenced in 2017, the conditional sentence was no longer available as a punishment for the offences corresponding to the ones he had committed.

[129] At the sentencing hearing in 2017, Crown counsel suggested that the appropriate sentence would be a term of imprisonment for three and a half to five years. Defence counsel agreed that a sentence of three

[125] Au moment de la perpétration des infractions, les gestes criminels de l'intimé étaient visés par l'infraction de grossière indécence : *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 157. Cette infraction ne comportait aucune peine minimale. L'emprisonnement avec sursis (aussi appelé « emprisonnement dans la collectivité ») n'existait pas.

[126] Vers la fin des années 1980, l'infraction de grossière indécence est abrogée et, éventuellement, elle est remplacée par des infractions équivalentes contemporaines, telles que l'agression sexuelle et le contact sexuel illicite : *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. 19 (3^e suppl.), art. 4; voir aussi : *R. c. L. (J.-J.)*, [1998] R.J.Q. 971 (C.A. Qc).

[127] En 1996, le Parlement instaure des peines d'emprisonnement avec sursis : *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1995, c. 22, art. 6. Le nouvel art. 742.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, qui régit l'emprisonnement avec sursis, prévoit alors que ce type de peine peut être appliqué à l'égard de toute infraction qui ne comporte pas de peine minimale, ce qui comprend alors l'agression sexuelle et le contact sexuel illicite.

[128] En 2005, le Parlement impose pour la première fois une peine minimale d'emprisonnement à l'égard de l'infraction de contact sexuel illicite : *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 2005, c. 32, art. 3. Sept ans plus tard, il modifie l'art. 742.1 afin de soustraire à son application l'infraction d'agression sexuelle : *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c. 1, art. 34. Ainsi, lors de l'inculpation de l'intimé en 2014, puis de sa déclaration de culpabilité en 2016 et du prononcé de sa peine en 2017, l'emprisonnement avec sursis ne fait plus partie des peines possibles à l'égard des infractions qui correspondent à celles commises par l'intimé.

[129] En 2017, à l'audience de détermination de la peine, la procureure de la Couronne suggère que la peine appropriée est une peine d'emprisonnement de trois ans et demi à cinq ans. Le procureur de la

and a half years would be appropriate. Because the respondent was in poor health, however, he asked, on an exceptional basis, for a community sentence. In support of this request, he filed a medical report to the effect that he had a variety of physical ailments as well as a degenerative neurological disorder. The judge found that the respondent, who was no longer really autonomous, faced the cessation of treatment and death in either the short- or the medium-term future.

[130] While acknowledging that an offender's poor health is not in itself a decisive sentencing factor, the judge noted that in this case, the respondent would represent a very heavy burden for the penitentiary system. Although prison officials said that they would be able to assume that responsibility, the judge pointed out that the respondent's situation would be [TRANSLATION] "exactly the same" in a penitentiary hospital as in the extended care facility where he was then living.

[131] The judge recognized that the conditional sentence had not existed at the time when the offences were committed. At the hearing, he asked counsel questions about the possibility of imposing such a sentence, which, everyone agreed, is not one that could be imposed without the protection of s. 11(i). In their submissions, both counsel avoided the question of the temporal aspect of the application of s. 11(i), focusing instead on the various forms taken by the offences and by s. 742.1 itself.

[132] In the end, the judge ruled in the respondent's favour. He found that any offender has a right to the benefit of the lesser punishment that applied between the time of commission of the offence and the time of sentencing, which meant that the conditional sentence was one of the sentences that could be imposed. Being of the view that the exceptional case before him called for an exceptional solution, the judge sentenced the respondent to a term of two years less a day to be served in the community.

[133] The Court of Appeal unanimously affirmed that decision. Dutil J.A. rightly pointed to the great

défense est d'accord pour dire qu'une peine de trois ans et demi serait appropriée. Or, comme son état de santé est précaire, l'intimé demande, à titre de mesure exceptionnelle, une peine d'emprisonnement dans la collectivité. Au soutien de sa demande, il dépose un rapport médical indiquant qu'il souffre de diverses difficultés physiques ainsi que d'une maladie dégénérative neurologique. Le juge conclut que l'intimé, qui n'a plus de réelle autonomie, se dirige vers une cessation des traitements et la mort à court ou à moyen terme.

[130] Tout en reconnaissant que le mauvais état de santé d'un délinquant ne constitue pas en soi un facteur décisif pour déterminer la peine à lui infliger, le juge constate qu'en l'espèce l'intimé représentera un très lourd fardeau pour les institutions pénitentiaires. Quoique les autorités carcérales se disent capables d'assumer cette charge, le juge fait observer que la situation de l'intimé sera « exactement la même », qu'il soit à l'infirmerie du pénitencier ou dans le centre de soins qui l'héberge alors.

[131] Le juge reconnaît que l'emprisonnement avec sursis n'existait pas au moment de la perpétration des infractions. Lors de l'audience, il pose des questions aux procureurs quant à la possibilité d'infliger une telle peine qui, de l'aveu de tous, n'est pas une peine qui pourrait être imposée sans la protection qu'offre l'al. 11*i*). De part et d'autre, les procureurs esquivent dans leurs observations la question de l'aspect temporel de l'application de l'al. 11*i*), et s'attachent plutôt aux multiples moutures des infractions et de l'art. 742.1 lui-même.

[132] Finalement, le juge tranche en faveur de l'intimé. Il estime que tout contrevenant a le droit de bénéficier de la peine la moins sévère qui ait été applicable entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de l'infliction de la peine. En conséquence, l'emprisonnement avec sursis fait partie des peines pouvant être infligées. Étant d'avis que le cas exceptionnel dont il est saisi appelle une solution exceptionnelle, le juge condamne l'intimé à une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour à être purgée dans la collectivité.

[133] La Cour d'appel confirme ce jugement à l'unanimité. La juge Dutil souligne avec justesse la

deference shown by appellate courts to the decisions of sentencing judges. She acknowledged that the evidence did not justify the sentencing judge's conclusion regarding the respondent's health, but held that this was not an overriding error. Citing *R. v. Belzil*, [1989] R.J.Q. 1117 (Que. C.A.), Dutil J.A. rejected Crown counsel's argument that s. 11(i) guarantees the benefit only of the sentences that applied at two specific times, that of commission of the offence and that of sentencing — a position that had not been thoroughly argued at the sentencing hearing. In her view, *Belzil* instead confirms the interpretation to the effect that s. 11(i) guarantees that the accused has a right to the benefit of any sentence that applied *between* those two times, [TRANSLATION] “even if there has been only a temporary reduction of the sentence between the time of the offence and that of sentencing”: 2018 QCCA 21, 43 C.R. (7th) 216, at para. 33. This meant that it had been open to the sentencing judge to impose a conditional sentence.

[134] This Court granted the Crown's application for leave to appeal in October 2018. The respondent died on February 22, 2019 without having filed his factum. At that time, part of his sentence remained to be served, as a motion to suspend the sentence had been dismissed by Doyon J.A. in July 2017: 2017 QCCA 1137, at para. 12 (CanLII).

[135] A week later, Crown counsel filed a motion for authorization to proceed with the appeal despite the respondent's death. Although he recognized that this Court has a discretion to refuse to hear the case, Crown counsel argued that proceeding with the appeal was in the interests of justice. In his opinion, the question of law in this case is one that is often evasive of appellate review and one that transcends the individual case of the respondent. He submitted that to decline to proceed with the appeal would just postpone this Court's inevitable consideration of the question and would at the same time waste the judicial resources that the Court had already expended on this appeal.

grande déférence dont font montre les cours d'appel envers les décisions sur la peine prononcées en première instance. Elle reconnaît que le juge de première instance a conclu au-delà de ce que lui permettait la preuve quant à l'état de santé de l'intimé. Toutefois, selon elle, cette erreur n'est pas déterminante. Citant l'arrêt *R. c. Belzil*, [1989] R.J.Q. 1117 (C.A. Qc), la juge Dutil rejette l'argument du procureur de la Couronne voulant que l'al. 11*i* ne garantisse que le bénéfice des peines applicables à deux moments précis, soit celui de la perpétration de l'infraction et celui du prononcé de la peine — un argument qui n'avait pas fait l'objet d'un débat approfondi en première instance. De l'avis de la juge Dutil, l'arrêt *Belzil* confirme plutôt l'interprétation selon laquelle l'al. 11*i* garantit à l'accusé le droit de bénéficier de toute peine applicable *entre* ces deux moments, « même s'il n'y a eu qu'un adoucissement temporaire de la peine survenu entre le moment de l'infraction et celui de l'imposition de la peine » : 2018 QCCA 21, 43 C.R. (7th) 216, par. 33. Par conséquent, il était loisible au premier juge d'infliger une peine d'emprisonnement avec sursis.

[134] En octobre 2018, notre Cour accueille la demande d'autorisation d'appel de la Couronne. L'intimé décède le 22 février 2019, sans avoir déposé son mémoire. Il lui reste toujours une partie de sa peine à purger, la requête sollicitant la suspension de l'exécution de sa peine ayant été rejetée par le juge Doyon de la Cour d'appel en juillet 2017 : 2017 QCCA 1137, par. 12 (CanLII).

[135] Une semaine plus tard, le procureur de la Couronne dépose une requête en autorisation de poursuivre l'instance malgré le décès de l'intimé. Bien qu'il reconnaisse que la Cour dispose du pouvoir discrétionnaire de refuser de statuer sur la présente affaire, le procureur de la Couronne prétend que l'intérêt de la justice commande la poursuite de l'instance. À son avis, la question de droit en litige échappe souvent à l'examen des tribunaux d'appel et transcende le cas individuel de l'intimé. Selon lui, refuser la poursuite de l'instance ne ferait que repousser à plus tard l'inévitable examen de la question par notre Cour, tout en gaspillant les ressources judiciaires déjà affectées par celle-ci au présent pourvoi.

[136] A few days after that, counsel for the respondent filed their response to the appellant’s motion. In it, they indicated that the executor of the deceased respondent, his daughter, did not wish to proceed with the appeal, but that she had nonetheless instructed them to defend the position the respondent had advanced while still alive should the Court decide to hear the case.

II. Issues

[137] There are two issues in this appeal. First, should the Court exercise its discretion and hear this appeal that has become moot as a result of the respondent’s death? Second, should the Court overturn 30 years of consistent case law on the interpretation of s. 11(i) of the *Charter*? I would answer both these questions in the negative.

III. Mootness of the Appeal

[138] The Court noted in *Smith* that “cases in which it will be proper to exercise jurisdiction to hear a moot criminal appeal will be rare and exceptional”: *R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385, at para. 10. In that case, it listed five “helpful rather than exhaustive” factors that can be considered in deciding whether there are special circumstances that make it in “the interests of justice” to proceed with an appeal that has been rendered moot: para. 50. These five factors are as follows:

1. whether the appeal will proceed in a proper adversarial context;
2. the strength of the grounds of the appeal;
3. whether there are special circumstances that transcend the death of the individual appellant/respondent, including:
 - (a) a legal issue of general public importance, particularly if it is otherwise evasive of appellate review;
 - (b) a systemic issue related to the administration of justice;

[136] Quelques jours plus tard, les procureurs de l’intimé déposent leur réponse à la requête de l’appellante. Ils y indiquent que l’exécutrice testamentaire du défunt intimé, sa fille, ne souhaite pas poursuivre l’instance, mais leur a néanmoins confié le mandat de défendre la position avancée par l’intimé de son vivant, advenant que la Cour accepte d’entendre l’affaire.

II. Questions en litige

[137] Il y a deux questions en litige dans le présent appel. Premièrement, la Cour devrait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire et accepter d’entendre cet appel, devenu théorique par suite du décès de l’intimé? Deuxièmement, la Cour devrait-elle renverser 30 ans de jurisprudence constante sur l’interprétation de l’al. 11*i*) de la *Charte*? Je réponds à ces deux questions par la négative.

III. Le caractère théorique de l’appel

[138] Dans l’arrêt *Smith*, la Cour souligne que « [c]e n’est que rarement et à titre exceptionnel qu’il sera opportun d’exercer le pouvoir d’entendre un appel théorique en matière criminelle » : *R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385, par. 10. Elle y dresse une liste de cinq facteurs « plutôt utiles qu’exhaustifs » qui peuvent être pris en considération afin de décider si des circonstances spéciales font en sorte qu’il est dans « l’intérêt de la justice » de poursuivre une instance devenue théorique : par. 50. Ces cinq facteurs sont les suivants :

1. l’existence d’un débat contradictoire approprié à la poursuite de l’instance en appel;
2. le sérieux des motifs d’appel;
3. l’existence de circonstances spéciales qui transcendent le décès de l’appelant ou de l’intimé, dont :
 - a) une question de droit d’intérêt général, particulièrement s’il s’agit d’une question qui échappe ordinairement à l’examen en appel;
 - b) une question de nature systémique ayant trait à l’administration de la justice;

- | | |
|---|---|
| <p>(c) collateral consequences to the family of the deceased or to other interested persons or to the public;</p> <p>4. whether the nature of the order which could be made by the appellate court justifies the expenditure of limited judicial (or court) resources to resolve a moot appeal;</p> <p>5. whether continuing the appeal would go beyond the judicial function of resolving concrete disputes and involve the court in free-standing, legislative-type pronouncements more properly left to the legislature itself. [para. 50]</p> | <p>c) les conséquences accessoires pour la famille du défunt, tout autre intéressé ou le public;</p> <p>4. la question de savoir si la nature de l'ordonnance que pourrait rendre la cour d'appel justifie l'affectation de ses ressources limitées au règlement d'un appel théorique;</p> <p>5. la question de savoir si, en poursuivant l'instance en appel, la cour n'excède pas la fonction judiciaire, qui est de trancher des différends concrets, et est amenée à se prononcer sur des questions de type législatif autonomes qu'il vaut mieux laisser au législateur. [par. 50]</p> |
|---|---|

[139] In my view, this case is one of the “overwhelming number of cases” in which proceeding with the appeal would not be in the “interests of justice”: *Smith*, at para. 46.

[139] Je suis d'avis que la présente affaire fait partie de la « très grande majorité des cas » dans lesquels la poursuite de l'instance ne serait pas dans l'« intérêt de la justice » : *Smith*, par. 46.

[140] First, I find it hard to conclude that a real adversarial context exists. Although the sentencing judge did raise the question of the application of s. 11(i), the temporal aspect of the application of this paragraph was not argued at the sentencing hearing. The judge's reasons on this point were particularly brief and cited no authorities. And although the Court of Appeal also touched on the question of the interpretation of this *Charter* right at the end of its reasons, it did not discuss this question in detail either.

[140] Premièrement, j'ai de la difficulté à conclure à l'existence d'un véritable débat contradictoire. Bien que le juge de première instance ait soulevé la question de l'application de l'al. 11*i*), l'aspect temporel de l'application de cette disposition n'a pas été débattu lors de l'audience de détermination de la peine. Les motifs du premier juge sur cette question sont des plus brefs et ne font état d'aucune source faisant autorité. Pour sa part, la Cour d'appel effleure elle aussi la question de l'interprétation de ce droit garanti par la *Charte* à la fin de son jugement, mais elle ne se livre pas elle non plus à une analyse fouillée de cette question.

[141] Moreover, this is hardly surprising given that there have since 1989 been some 15 judicial decisions — including five from courts of appeal — in which a single interpretation of s. 11(i) — the one adopted by the Quebec courts in the instant case — has been applied. Where the courts below have followed what is not just a majority but a unanimous line of cases, it seems to me that deference is in order on appeal. As I will explain below, the strength of Crown counsel's grounds of appeal is undermined by the solid reasoning that supports that jurisprudence.

[141] D'ailleurs, ceci n'est guère surprenant si l'on considère qu'environ une quinzaine de décisions judiciaires rendues depuis 1989 — dont cinq qui émanent de cours d'appel — ont appliqué une seule interprétation de l'al. 11*i*), soit celle retenue par les tribunaux québécois dans la présente instance. Lorsque les tribunaux inférieurs ont suivi un courant jurisprudentiel non seulement majoritaire, mais unanime, il me semble que la déférence est de mise en appel. Pour les raisons que j'expose plus loin, le sérieux des motifs d'appel invoqués par le procureur de la Couronne est affaibli par le solide raisonnement qui étaye cette jurisprudence.

[142] Second, while it is true that any issue concerning the interpretation of a *Charter* provision is always of great importance, there are no special circumstances in this case that transcend the death of the respondent. This Court has frequently exercised its discretion and agreed to hear a moot appeal on an issue that is ordinarily evasive of review by courts or on which there is uncertainty in the case law: see, e.g., *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at pp. 360-61. But in light of 30 years of consistent case law on this issue, I cannot accept the argument that we are facing conflicting lines of cases or the argument that the issue before us is one that is ordinarily evasive of appellate review. It became clear that there is no difference of opinion between courts when the only intervener who supports the appellant's interpretation — the only attorney general who saw fit to intervene — was unable to identify a single Canadian authority in support of that interpretation.

[143] Finally, the inequity of proceeding with an appeal against a deceased offender despite opposition from his family seems obvious to me. That doing so is excessive is clear from the conclusions being sought by the Crown in its motion. Rather than seeking a declaration with respect to the interpretation of s. 11(i), the Crown asks the Court to set aside a sentence imposed on a deceased man and to substitute for it the sentence the Court considers appropriate before simply staying the new sentence. This appeal should not have been heard.

[144] For the foregoing reasons, I would dismiss the motion to proceed with the appeal.

IV. Interpretation of Section 11(i) of the *Charter*

[145] The Crown submits that the Court of Appeal erred in interpreting s. 11(i). In the Crown's opinion, s. 11(i) provides that any offender has the right to the benefit of the lesser punishment, but *only* between two punishments: the one that applied at the time of commission and the one that applied at the time of sentencing. It argues that the interpretation

[142] Deuxièmement, bien qu'une question portant sur l'interprétation d'une disposition de la *Charte* soit toujours d'une grande importance, il n'existe pas en l'espèce de circonstances spéciales qui transcendent le décès de l'intimé. Notre Cour a fréquemment exercé son pouvoir discrétionnaire et accepté d'entendre un appel théorique lorsque la question en litige échappe ordinairement à l'examen des tribunaux ou fait l'objet d'une incertitude dans la jurisprudence : voir, p. ex., *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 360-361. Or, face à 30 ans de jurisprudence constante sur la question en litige, je ne peux pas me rallier aux arguments selon lesquels nous serions en présence d'une controverse jurisprudentielle ou d'une question qui échappe ordinairement à l'examen des tribunaux d'appel. L'absence de toute controverse jurisprudentielle est devenue évidente lorsque le seul intervenant qui appuie l'interprétation de l'appelante — à savoir le seul procureur général qui a jugé bon d'intervenir — s'est avéré incapable de faire état d'une seule autorité canadienne au soutien de l'interprétation proposée par l'appelante.

[143] Enfin, l'inéquité du fait de poursuivre une instance contre un délinquant décédé, malgré l'opposition de sa famille, me semble évidente. Le caractère démesuré de cette démarche ressort clairement des conclusions recherchées dans la requête de la Couronne. Au lieu de solliciter une déclaration quant à l'interprétation de l'al. 11*i*), cette dernière demande à la Cour d'infirmer la peine qui a été infligée à un homme décédé et d'y substituer la peine qu'elle estime appropriée seulement pour surseoir à cette dernière. Le présent appel n'aurait pas dû être entendu.

[144] Pour les motifs qui précèdent, je rejetterais la requête en poursuite de l'instance.

IV. Interprétation de l'al. 11*i*) de la *Charte*

[145] La Couronne prétend que la Cour d'appel a mal interprété l'al. 11*i*). Selon la Couronne, cet alinéa signifie que tout contrevenant a droit au bénéfice de la peine la moins sévère, mais *seulement* parmi deux peines, soit la peine applicable au moment de la perpétration de l'infraction et celle qui s'appliquait au moment du prononcé de la sentence. À son

adopted by the courts is contrary to the three objects of s. 11(i): (1) protection from the retrospective imposition of a harsher punishment than the one that applied at the time of commission of the offence; (2) preservation of the principle of fairness that enables an accused to make decisions in relation to his or her criminal liability in light of the existing law, which the Crown limits to the times of commission of the offence, of the laying of charges and of sentencing; and (3) the principle that Canadian courts impose punishments that correspond to the stigma that contemporary society associates with the offence.

[146] The respondent contends that the interpretation adopted unanimously by the Canadian courts is the right one. In his opinion, the words of s. 11(i) are perfectly clear: an offender is guaranteed the mildest punishment that applied during the period *between* (“*entre*”) the time of commission and the time of sentencing. Its wording suggests no limit in the number of variations in punishments that there might be over that period, which could easily have been indicated by replacing the word “between” with “or”: the punishment available “at the time of commission of the offence or at the time of sentencing” (R.F., at para. 49 (emphasis in original)). The respondent argues that the interpretation proposed by the appellant, the effect of which would be to unjustifiably separate the various stages of the criminal process for the purpose of applying s. 11(i), is impractical.

[147] For 30 years, the Canadian courts have interpreted s. 11(i) consistently, holding that it guarantees any offender the benefit of the lesser sentence that applied between the time of commission of the offence and the time of sentencing. This conclusion has been reached in five cases in which courts had directly addressed the question raised in this appeal, that is, the possibility of imposing a conditional sentence for what is described as a “historical” sexual assault: see *R. v. Cadman*, 2018 BCCA 100, 359 C.C.C. (3d) 427; *R. v. A.E.S.*, 2018 BCCA 478, 369 C.C.C. (3d) 92; *R. v. Yusuf*, 2011 BCSC 626; *R. v. G.C.D.*, 2011 MBQB 235, 271 Man. R. (2d) 41; *R. v. Mehanmal*, 2012 ONCJ 681, 270 C.R.R. (2d)

avis, l’interprétation adoptée par la jurisprudence est contraire aux trois objets de l’al. 11*i*), à savoir : (1) la protection contre l’infliction rétrospective d’une peine plus sévère que celle qui était applicable au moment de la perpétration de l’infraction; (2) la préservation du principe d’équité qui permet à l’inculpé de prendre des décisions concernant sa responsabilité criminelle sur la foi du droit en vigueur — que la Couronne limite aux moments de la perpétration de l’infraction, de l’inculpation et de la sentence; et (3) le principe selon lequel les tribunaux canadiens infligent des peines qui correspondent au degré de réprobation sociale contemporaine associé à l’infraction.

[146] L’intimé avance que l’interprétation retenue par l’ensemble de la jurisprudence canadienne est la bonne. Selon lui, le texte de l’alinéa est limpide : c’est la peine la plus clémentine qui ait été applicable dans l’intervalle *entre* (« *between* ») le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence qui est garantie au contrevenant. Le libellé ne suggère aucune limite quant au nombre de variations de la peine pouvant survenir dans cet intervalle — ce qui aurait été facile à indiquer en remplaçant le mot « *entre* » par le mot « *ou* » : « la peine en vigueur au moment de la commission de l’infraction ou celle en vigueur au moment de l’imposition de la peine » (m.i., par. 49 (souligné dans l’original)). L’intimé qualifie de peu pratique l’interprétation proposée par l’appelante, qui a pour effet de morceler de manière injustifiée les différentes étapes du processus pénal pour l’application de l’al. 11*i*).

[147] Pendant 30 ans, les tribunaux canadiens ont interprété l’al. 11*i*) de façon constante, concluant que cette disposition garantit à tout contrevenant le bénéfice de la peine la moins sévère qui ait été applicable entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence. Dans cinq décisions, le tribunal est arrivé à cette conclusion après s’être penché directement sur la question soulevée par le présent appel, soit celle de la possibilité d’infliger une peine d’emprisonnement avec sursis pour une agression sexuelle dite « historique » : voir *R. c. Cadman*, 2018 BCCA 100, 359 C.C.C. (3d) 427; *R. c. A.E.S.*, 2018 BCCA 478, 369 C.C.C. (3d) 92; *R. c. Yusuf*, 2011 BCSC 626; *R. c. G.C.D.*, 2011 MBQB 235,

271. In some cases, the same reasoning has been adopted implicitly: *R. v. Leroux*, 2015 SKCA 48, 460 Sask. R. 1; *R. v. E.H.*, 2009 NLTD 62, 285 Nfld. & P.E.I.R. 78; *R. v. Palacios*, 2012 ONCJ 195. In other cases, the *same* interpretation has been applied in contexts as varied as eligibility for parole after being convicted of murder (*Belzil*), effect of new rules for “faint hope” applications (*R. v. Simmonds*, 2018 BCCA 205, 415 C.R.R. (2d) 88) and changes to the rules applicable to dangerous offenders (*R. v. F.C.*, 2018 ONSC 561). Not to mention, finally, that there have been a series of Ontario cases in which Crown counsel have *conceded* the opposite interpretation to the one the Crown is advancing here: *R. v. Boudreau*, 2012 ONCJ 322, at para. 50 (CanLII); *R. v. D.P.*, 2014 ONSC 386, at para. 10 (CanLII); *R. v. Bent*, 2017 ONSC 3189, 383 C.R.R. (2d) 161, at para. 47.

[148] The approach taken in the above decisions finds ample support in the words of s. 11(i), which suggest a continuum *between* the time of commission and the time of sentencing: see, e.g., *Cadman*, at paras. 31-46. See also: M. Vauclair and T. Desjardins, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (26th ed. 2019), at para. 2743. In my opinion, this interpretation is dictated by both the English and the French versions of s. 11(i):

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.

11. Tout inculpé a le droit :

...

271 Man. R. (2d) 41; *R. c. Mehanmal*, 2012 ONCJ 681, 270 C.R.R. (2d) 271. Dans certaines décisions, le tribunal a adopté le même raisonnement de façon implicite : *R. c. Leroux*, 2015 SKCA 48, 460 Sask. R. 1; *R. c. E.H.*, 2009 NLTD 62, 285 Nfld. & P.E.I.R. 78; *R. c. Palacios*, 2012 ONCJ 195. Dans d’autres encore, le tribunal a appliqué la *même* interprétation dans des contextes aussi variés que l’admissibilité à une libération conditionnelle suivant une déclaration de culpabilité pour meurtre : *Belzil*; l’application de nouvelles règles à des demandes dites [TRADUCTION] « du faible espoir » : *R. c. Simmonds*, 2018 BCCA 205, 415 C.R.R. (2d) 88; et la modification des règles applicables aux délinquants dangereux : *R. c. F.C.*, 2018 ONSC 561. Sans compter, enfin, une série de décisions ontariennes dans lesquelles les procureurs de la Couronne ont *concéde* l’interprétation opposée à celle avancée par la Couronne dans la présente instance : *R. c. Boudreau*, 2012 ONCJ 322, par. 50 (CanLII); *R. c. D.P.*, 2014 ONSC 386, par. 10 (CanLII); *R. c. Bent*, 2017 ONSC 3189, 383 C.R.R. (2d) 161, par. 47.

[148] L’approche adoptée dans les décisions précitées est amplement appuyée par le texte de l’al. 11*i*), dont la formulation suggère un continuum *entre* le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence : voir, notamment, *Cadman*, par. 31-46. Voir aussi : M. Vauclair et T. Desjardins, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (26^e éd. 2019), par. 2743. À mon avis, tant la version anglaise que la version française de l’al. 11*i*) exigent cette interprétation :

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.

11. Any person charged with an offence has the right

...

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.

[149] I am not convinced that the English word “lesser” dictates a “binary” interpretation: see, e.g., *Collins Canadian Dictionary* (2010), definition of “lesser”, “not as great in quantity, size, or worth”; *Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004), definition of “lesser”, “not so great or much as the other or the rest” (emphasis added). A non-binary interpretation of “lesser” corresponds to the French version — “*la peine la moins sévère*” — which is in no way limited to a dual comparison: *Le Petit Robert* (new ed. 2012), definition of “*le moins*”, [TRANSLATION] “superlative of *peu* (little, not much)”.

[150] If the legislature had intended to codify the restrictive interpretation proposed by the appellant, a more precise wording would have been necessary. The appellant’s submissions clearly show that there was no shortage of examples of such wordings: see, e.g., *R. v. Docherty*, [2016] UKSC 62, [2017] 4 All E.R. 263, at paras. 29 et seq.

[151] A technical construction such as the one proposed by the appellant is contrary to this Court’s conclusion that a generous *and* purposive approach must be taken to the interpretation of *Charter* rights: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 155-56; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 17. Moreover, the Court has held that the meaning of a *Charter* provision cannot be limited to rights and freedoms that existed before the enactment of the *Charter*, whether by virtue of the common law, international law or otherwise: *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 360; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, at p. 123; *Big M Drug Mart Ltd.*

[152] The interpretation adopted by other Canadian courts reflects two objects of s. 11(i) identified by this Court, namely the rule of law and ensuring

(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.

[149] Je ne suis pas convaincue que le mot anglais « *lesser* » commande une interprétation dite « binaire » : voir, p. ex., *Collins Canadian Dictionary* (2010), *sub verbo* « *lesser* » : « *not as great in quantity, size, or worth* »; *Canadian Oxford Dictionary* (2^e éd. 2004), *sub verbo* « *lesser* » : « *not so great or much as the other or the rest* » (je souligne). Une interprétation non binaire de « *lesser* » correspond à la version française, « *la peine la moins sévère* » qui n’est aucunement limitée à une comparaison duale : *Le Petit Robert* (nouvelle éd. 2012), *sub verbo* « *le moins* », « superlatif de *peu* ».

[150] Si le législateur avait voulu codifier l’interprétation restreinte proposée par l’appelante, une formulation plus précise aurait été nécessaire. Les observations de l’appelante montrent bien que les exemples de formulations plus précises ne manquaient pas : voir, p. ex., *R. c. Docherty*, [2016] UKSC 62, [2017] 4 All E.R. 263, par. 29 et suiv.

[151] L’application d’une interprétation formaliste comme celle avancée par l’appelante va à l’encontre des enseignements de notre Cour voulant que les droits garantis par la *Charte* doivent être interprétés de façon libérale *et* en fonction de l’objet visé : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155-156; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 17. De plus, la Cour a déjà statué que le sens d’une disposition de la *Charte* ne saurait être limité aux droits et libertés qui existaient antérieurement à l’édiction de la *Charte*, que ce soit en vertu de la common law, du droit international ou autrement : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 360; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, p. 123; *Big M Drug Mart Ltd.*

[152] L’interprétation adoptée par les autres cours canadiennes reflète deux objets de l’al. 11i) dégagés par notre Cour : la primauté du droit et la garantie

fairness in criminal proceedings (*R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906, at para. 27). 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). A change in the possible consequences of such a course of action could not only cause unfairness in certain cases, but could also undermine public confidence in the criminal justice system: *K.R.J.*, at paras. 23 and 25.

[153] The interpretation proposed by the appellant would limit the application of these objects to two steps in the criminal process. In my view, there is no principled argument that would justify such a limitation, which is undermined by, among other things, the appellant’s concession that the time of sentencing includes — possibly — the period after the charge is laid. The example given in *K.R.J.* — of an accused who, on the strength of an existing punishment, declines to enter a guilty plea and is prepared to take the risk of going to trial — was in no way limiting. On the contrary, there are *several* points in the course of a criminal investigation and prosecution — before the time of sentencing — at which an individual might be required to make choices in light of punishments then applicable. Some choices might include, among others, the decision whether to cooperate in an investigation, whether to exercise the right to remain silent, whether to enter a plea or whether to submit a joint submission to the sentencing judge. With respect, it seems artificial to fix at only two specific points in time the moment when knowledge of the applicable rules would be more important for a person who has been or may be charged. In fact, this right is grounded in the very possibility that an accused will be required to make choices in light of the existing law at various points in the criminal process. The protection of s. 11(i) cannot be contingent on evidence that the accused relied on the existing law.

[154] Nor am I convinced that the possibility that the interpretation adopted by the courts will

de l’équité des procédures criminelles (*R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906, par. 27). 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 changement aux conséquences qui découleraient d’une telle ligne de conduite pourrait non seulement donner lieu à une injustice dans certains cas, mais pourrait aussi miner la confiance du public dans le système de justice criminelle : *K.R.J.*, par. 23 et 25.

[153] L’interprétation préconisée par l’appelante restreindrait l’application de ces objets à deux étapes du processus pénal. À mon avis, aucun argument fondé sur des principes ne justifie une telle restriction, qui est affaiblie, entre autres, par la concession de l’appelante portant que le moment de la sentence comprend — possiblement — la période qui suit l’inculpation. L’exemple fourni dans *K.R.J.* — celui de l’accusé qui, sur la foi d’une peine existante, refuse d’inscrire un plaidoyer de culpabilité et est prêt à courir le risque de subir un procès — n’était aucunement limitatif. Au contraire, il y a, au cours des enquêtes et poursuites pénales — avant l’infliction de la peine —, *plusieurs* moments où un individu peut être appelé à faire des choix sur la foi des peines alors applicables. À titre d’exemple, on peut penser à la décision de coopérer ou non lors d’une enquête, d’exercer ou non son droit de garder le silence, d’inscrire ou non un plaidoyer, de soumettre ou non une suggestion commune au juge de la peine, et j’en passe. Avec égards, il m’apparaît artificiel de fixer à deux points précis dans le temps le moment où la connaissance des règles du jeu serait plus importante pour une personne inculpée ou susceptible de l’être. Car, en effet, c’est précisément la possibilité qu’un inculpé ait, à plusieurs moments du processus pénal, à effectuer des choix sur la foi du droit en vigueur qui est à la base de ce droit. La protection de l’al. 11*i*) ne saurait être conditionnelle à une preuve que l’inculpé s’est fié au droit en vigueur.

[154] Je ne suis pas davantage persuadée que la possibilité que l’interprétation retenue par la

complicate the analysis of the applicable punishments should weigh against it. First, counsel for the intervenor the Attorney General of Ontario was unaware of any problems arising from the law as it now stands with respect to the interpretation of s. 11(i), which has applied for at least 30 years. Second, Canadian courts habitually consider the possibility of less restrictive sanctions — indeed, they are required to by the *Criminal Code*: s. 718.2(d) and (e). All things considered, the time of commission of the offence and the time of sentencing will in most cases not be as far apart as in historical sexual assault cases. The possibility that a punishment will be varied several times in the intervening period is therefore also more remote. I think it would be imprudent to rule out an interpretation that provides offenders with more substantial protection where there is no evidence that there are real difficulties, especially in light of the actual wording of the provision.

[155] Finally, the appellant argues that s. 11(i) has a third object: to ensure that the imposed punishment corresponds to the social stigma associated with the offence at the time of sentencing. With respect, this proposal seems to confuse the *availability* of a punishment with its fairness and appropriateness. Crafting a fair and appropriate punishment is a highly individualized exercise that involves a variety of factors, including the gravity of the offence, the extent of the offender's responsibility and the specific circumstances of each case: *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at para. 58. But the fact that a punishment is available in no way means that it will, if imposed, be fair and appropriate in the case in question. In a case involving multiple incidents in which serious acts of sexual abuse were committed against a young relative, it may be that the conditional sentence was not a fair and appropriate punishment. But that is not the question before the Court.

[156] For these reasons, I would dismiss the appeal on the merits.

Appeal allowed, ABELLA, KARAKATSANIS and BROWN JJ. dissenting.

jurisprudence alourdisse l'analyse des peines applicables devrait militer contre celle-ci. D'une part, l'avocat de l'intervenant le procureur général de l'Ontario n'était au fait d'aucun problème que soulève le droit actuel concernant l'interprétation de l'al. 11i), interprétation qui s'applique depuis au moins 30 ans. D'autre part, les tribunaux canadiens sont habitués à examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes — en effet, c'est ce que leur exige le *Code criminel* : al. 718.2d) et e). Au demeurant, dans la plupart des cas, le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence seront moins éloignés dans le temps que dans les affaires d'agressions sexuelles historiques. La possibilité qu'une peine soit modifiée plusieurs fois dans l'intervalle s'en trouve donc aussi amoindrie. Il me semble téméraire d'écarter une interprétation qui offre une protection plus importante aux contrevenants en l'absence de toute preuve de l'existence des difficultés, surtout à la lumière du libellé exprès de la disposition.

[155] Enfin, suivant l'appelante, l'al. 11i) a un troisième objet, garantir que la peine infligée corresponde au degré de réprobation sociale associé à l'infraction au moment où la peine est infligée. Avec égards, cette proposition semble confondre la question de la *disponibilité* d'une peine et la nature juste et appropriée de celle-ci. La détermination d'une peine juste et appropriée est un exercice éminemment individualisé, qui fait appel à une panoplie de facteurs dont la gravité de l'infraction, le degré de responsabilité du délinquant et les circonstances particulières de chaque cas : *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 58. Cependant, la disponibilité d'une peine n'indique aucunement que son infliction sera juste et appropriée dans le cas en question. Dans une affaire concernant de multiples abus sexuels sérieux contre un jeune parent, il se peut que l'emprisonnement avec sursis ne soit pas une peine juste et appropriée. Or, ceci n'est pas la question dont nous sommes saisis.

[156] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel sur le fond.

Pourvoi accueilli, les juges ABELLA, KARAKATSANIS et BROWN sont dissidents.

Solicitor for the appellant: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Longueuil.

Solicitors for the respondent: Poitras, Fournier, Cossette, Granby; Desrosiers, Joncas, Nouraie, Massicotte, Montréal.

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

Solicitors for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Carette Desjardins, Montréal.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Rusonik, O'Connor, Ross, Gorham & Angelini, Toronto; Edward Royle & Partners, Toronto.

Procureur de l'appelante : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Longueuil.

Procureurs de l'intimé : Poitras, Fournier, Cossette, Granby; Desrosiers, Joncas, Nouraie, Massicotte, Montréal.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense : Carette Desjardins, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Rusonik, O'Connor, Ross, Gorham & Angelini, Toronto; Edward Royle & Partners, Toronto.