

T-1378-18
2020 FC 393

T-1378-18
2020 CF 393

P.H. (*Applicant*)

P.H. (*demandeur*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*défendeur*)

INDEXED AS: P.H. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : P.H. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court, Roussel J.—Ottawa, April 1, 2019 and March 19, 2020.

Cour fédérale, juge Roussel—Ottawa, 1^{er} avril 2019 et 19 mars 2020.

*Criminal Justice — Application for order declaring retrospective application of certain amendments to Criminal Records Act (CRA or Act) to be constitutionally invalid on basis provisions at issue infringing Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(h), 11(i) in manner that cannot be saved under Charter, s. 1 — Applicant also seeking order directing Parole Board of Canada to consider application for record suspension based on Act as it read at time applicant committing offence in June 2009 — In 2010, 2012, Parliament enacting Limiting Pardons for Serious Crimes Act (LPSCA), Safe Streets and Communities Act (SSCA), which amended certain provisions of CRA — Pursuant to LPSCA, s. 10, SSCA, s. 161 (collectively “transitional provisions”), amendments applying to all new applications for record suspensions regardless of when offence committed or when offender sentenced — Applicant convicted in December 2010 of sexual assault — Prior to adoption of transitional provisions, applicant would have been eligible to apply for record suspension in January 2018 rather than in January 2023 — In 2017, Supreme Court of British Columbia (S.C.B.C.) declaring in *Chu v. Canada (Attorney General)* that transitional provisions of no force, effect — Later, Ontario Superior Court of Justice affirming findings in two separate cases — Parole Board since applying old provisions in British Columbia, Ontario, new provisions everywhere else — Applicant resident of Quebec — Respondent consenting to application herein — Whether Federal Court having jurisdiction to grant declaratory relief sought; whether Federal Court having sufficient evidence before it and whether it could rely on evidence in case of *Chu v. Canada*; whether principles of judicial comity should apply in present case; whether transitional provisions infringing Charter, ss. 11(h), 11(i) in manner that could not be saved under Charter, s. 1 — Three-part test set out by Supreme Court of Canada in *ITO-Int’l Terminal Operators v. Miida Electronics met*; Federal Court having jurisdiction to deal with matter — Furthermore, Federal Court having jurisdiction to issue general declarations of invalidity for purpose of Constitution Act, 1982, s. 52 — Also, applicant having standing to challenge*

*Justice criminelle et pénale — Demande d’ordonnance déclarant l’application rétrospective de certaines modifications apportées à la Loi sur le casier judiciaire (LCJ ou Loi) inconstitutionnelles pour le motif qu’elles enfreignent les art. 11h) et i) de la Charte canadienne des droits et libertés d’une manière qui ne peut être justifiée par l’article premier de la Charte — Le demandeur a sollicité également une ordonnance enjoignant à la Commission des libérations conditionnelles du Canada d’examiner sa demande de suspension de casier judiciaire en fonction de la Loi telle qu’elle était libellée lorsqu’il a commis l’infraction, en juin 2009 — En 2010 et en 2012, le Parlement a adopté la Loi limitant l’admissibilité à la réhabilitation pour des crimes graves (LLARCG) et la Loi sur la sécurité des rues et des communautés (LSRC), modifiant certaines dispositions de la LCJ — Conformément à l’art. 10 de la LLARCG et à l’art. 161 de la LSRC (collectivement, les « dispositions transitoires »), les modifications s’appliquaient à toutes les nouvelles demandes de suspensions de casier judiciaire, quelles que soient la date à laquelle l’infraction a été commise ou la date à laquelle la personne a été condamnée — Le demandeur a été déclaré coupable en décembre 2010 d’agression sexuelle — Avant l’adoption des dispositions transitoires, le demandeur aurait pu demander une suspension de son casier judiciaire dès janvier 2018 plutôt qu’en janvier 2023 — En 2017, la Cour suprême de la Colombie-Britannique (C.S.C.-B.) a déclaré les dispositions transitoires inopérantes dans l’affaire *Chu v. Canada (Attorney General)* — Plus tard, la Cour supérieure de justice de l’Ontario a confirmé ces conclusions dans deux décisions distinctes — Depuis, la Commission des libérations conditionnelles applique les anciennes dispositions aux personnes qui résident en Colombie-Britannique et en Ontario et, partout ailleurs, les nouvelles dispositions — Le demandeur réside au Québec — Le défendeur a consenti à la demande en l’espèce — Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale était compétente pour accorder le jugement déclaratoire demandé; si la Cour fédérale disposait de suffisamment d’éléments de preuve et si elle pouvait s’appuyer sur la preuve*

constitutionality of transitional provisions — Sufficient evidence before Federal Court to support declaration of invalidity — Federal Court could also rely on evidence submitted in *Chu* — *Chu* constituting another “reasonably foreseeable situation” where impugned law could apply and which Federal Court could consider — Given recognition by respondent’s own expert in *Chu* that criminal records significantly affecting liberty, security interests in particular; findings in *Chu* on particular issue could be relied on — As well, possible to take judicial notice of impact of criminal record in general as well as that of record suspension, particularly as provided in CRA, other relevant laws — Regarding judicial comity, unnecessary to decide whether principles of judicial comity applying here since considerations underlying judicial comity nevertheless applying in this case — In interests of justice that amendments to CRA, s. 4 be applied consistently across Canada — Possible to take notice of judgment, reasoning in *Chu* — Determination of whether retrospective amendments to CRA constitute changes to conditions of offender’s “original punishment” in manner contrary to Charter, ss. 11(h), 11(i) requiring consideration of two questions: whether criminal record constituting “punishment” under Charter, ss. 11(h), 11(i); if so, whether retrospective effect of transitional provisions having effect of adding to that punishment — Criminal records meeting first, second branches of test — Federal Court nevertheless considering third branch of test as to impact of criminal record on offender’s liberty, security interests — Federal Court determining that criminal record meeting third branch of test since it can significantly restrict person’s ability to engage in lawful conduct — Therefore, criminal record constituting both “punishment” within meaning of Charter, ss. 11(h), 11(i), sanction imposed as part of offender’s original punishment — Conclusion in *Chu* that retrospective application of CRA amendments increasing punishment, thus violating Charter persuasive, authoritative — Consequently, transitional provisions violating Charter, ss. 11(h), 11(i) — In absence of evidence justifying violation, transitional provisions could not be saved under Charter, s. 1; accordingly of no force, effect — Also, appropriate to issue both declaratory, injunctive relief in circumstances of this case — Injunctive relief issued requiring Parole Board of Canada to consider applicant’s application for record suspension in accordance with provisions of CRA as reading at time applicant committing offence in June 2009 — Application allowed.

présentée dans l’affaire *Chu v. Canada*; si les principes de courtoisie judiciaire devraient s’appliquer dans la présente affaire; si les dispositions transitoires enfreignaient les art. 11h) et i) de la Charte d’une manière qui ne pouvait être justifiée par l’article premier de la Charte — Le critère à trois volets énoncé par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *ITO-Int’l Terminal Operators c. Miida Electronics* permettant de conclure que la Cour fédérale a compétence pour traiter de la demande s’appliquait en l’espèce — En outre, la Cour fédérale a compétence pour prononcer des jugements déclaratoires d’invalidité aux fins d’application de l’art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 — De plus, le demandeur avait qualité pour contester la constitutionnalité des dispositions transitoires — La Cour fédérale disposait de suffisamment d’éléments de preuve à l’appui d’une déclaration d’invalidité — La Cour fédérale pouvait également se fonder sur les éléments de preuve déposés dans l’affaire *Chu* — L’affaire *Chu* constituait une autre « situation raisonnablement prévisible » à laquelle les dispositions contestées pourraient s’appliquer et que la Cour fédérale pourrait considérer — Étant donné que l’expert cité par le défendeur dans l’affaire *Chu* a lui-même reconnu que les casiers judiciaires ont un effet important sur le droit du contrevenant à la liberté et à la sécurité en particulier, la Cour fédérale pouvait se fonder sur les conclusions tirées dans l’affaire *Chu* sur cette question précise — En outre, la Cour pouvait prendre acte d’office des répercussions d’un casier judiciaire en général ainsi que d’une suspension du casier, particulièrement comme le prévoit la LCJ et d’autres lois pertinentes — En ce qui concerne la courtoisie judiciaire, il n’était pas nécessaire de décider si les principes de courtoisie judiciaire s’appliquaient en l’espèce puisque les considérations qui sous-tendent la courtoisie judiciaire s’appliquaient malgré tout dans la présente affaire — Il était dans l’intérêt de la justice que les modifications de l’art. 4 de la LCJ soient appliquées de façon uniforme partout au Canada — Il était possible d’admettre d’office le jugement rendu dans l’affaire *Chu* et le raisonnement qui y a été suivi — Il fallait se pencher sur deux questions pour déterminer si les modifications rétrospectives de la LCJ changent les conditions de la « peine initialement infligée » à une personne condamnée de manière contraire aux art. 11h) et i) de la Charte : la question de savoir si l’existence d’un casier judiciaire constitue une « peine » au sens des art. 11h) et i) de la Charte; dans l’affirmative, la question de savoir si l’application rétrospective des dispositions transitoires a pour effet d’allourdir cette peine — Les casiers judiciaires répondent au premier et deuxième volets du critère — La Cour fédérale a néanmoins examiné le troisième volet du critère, à savoir l’incidence de l’existence d’un casier judiciaire sur le droit du contrevenant à la liberté ou à la sécurité — La Cour fédérale a conclu que l’existence d’un casier judiciaire respecte le troisième volet du critère, puisqu’un casier judiciaire peut limiter considérablement la capacité d’une personne de mener des activités légales — Pour ces motifs, un casier judiciaire constitue une « peine » au sens des art. 11h) et i) de la Charte et cette sanction fait partie de la

Constitutional Law — Charter of Rights — Criminal Process — In 2010, 2012, Parliament enacting Limiting Pardons for Serious Crimes Act (LPSCA), Safe Streets and Communities Act (SSCA), which amended certain provisions of CRA — Pursuant to LPSCA, s. 10, SSCA, s. 161 (collectively “transitional provisions”), amendments applying to all new applications for record suspensions regardless of when offence committed or when offender sentenced — Whether transitional provisions infringing Charter, ss. 11(h), 11(i) in manner that could not be saved under Charter, s. 1 — To determine whether retrospective amendments to CRA constitute changes to conditions of offender’s “original punishment” in manner contrary to Charter, ss. 11(h), 11(i), two questions having to be answered: whether criminal record constituting “punishment” under Charter, ss. 11(h), 11(i); if so, whether retrospective effect of transitional provisions having effect of adding to that punishment — Charter, s. 11(h) protecting against double jeopardy while s. 11(i) guaranteeing right to benefit of lesser punishment where punishment for offence is changed after person committing offence but before person sentenced — Criminal records meeting first, second branches of test — Federal Court nevertheless considering third branch of test as to impact of criminal record on offender’s liberty, security interests — Federal Court determining that criminal record meeting third branch of test since it can significantly restrict person’s ability to engage in lawful conduct — Therefore, criminal record constituting both “punishment” within meaning of Charter, ss. 11(h), 11(i), sanction imposed as part of offender’s original punishment — Transitional provisions thus violating Charter, ss. 11(h), 11(i) — No evidence submitted to justify retrospective application of amendments to CRA caused by adoption of transitional provisions — In absence of evidence justifying violation, transitional provisions could not be saved under Charter, s. 1 — Accordingly, transitional provisions of no force, effect.

peine initialement infligée à une personne condamnée — Dans l’affaire Chu, on a conclu que l’application rétrospective des modifications de la LCJ avait pour effet d’aggraver la peine, ce qui contrevenait à la Charte; cette conclusion avait un caractère persuasif et faisait autorité — En conséquence, les dispositions transitoires contrevenaient aux art. 11h) et i) de la Charte — Puisqu’aucun élément de preuve n’a été fourni pour justifier la violation, les dispositions transitoires ne pouvaient pas être justifiées par l’article premier de la Charte; par conséquent, elles étaient inopérantes — En outre, il convenait, dans les circonstances de l’espèce, de rendre un jugement déclaratoire et de prononcer une injonction — Une injonction a été prononcée pour obliger la Commission des libérations conditionnelles du Canada à examiner la demande de suspension de casier judiciaire du demandeur en fonction de la LCJ telle qu’elle était libellée lorsqu’il a commis l’infraction, en juin 2009 — Demande accueillie.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — En 2010 et en 2012, le Parlement a adopté la Loi limitant l’admissibilité à la réhabilitation pour des crimes graves (LLARCG) et la Loi sur la sécurité des rues et des communautés (LSRC), modifiant certaines dispositions de la LCJ — Conformément à l’art. 10 de la LLARCG et à l’art. 161 de la LSRC (collectivement, les « dispositions transitoires »), les modifications s’appliquaient à toutes les nouvelles demandes de suspension de casier judiciaire, quelles que soient la date à laquelle l’infraction a été commise ou la date à laquelle la personne a été condamnée — Il s’agissait de savoir si les dispositions transitoires enfreignaient les art. 11h) et i) de la Charte d’une manière qui ne pouvait être justifiée par l’article premier de la Charte — Il fallait se pencher sur deux questions pour déterminer si les modifications rétrospectives de la LCJ changent les conditions de la « peine initialement infligée » à une personne condamnée de manière contraire aux art. 11h) et i) de la Charte : la question de savoir si l’existence d’un casier judiciaire constitue une « peine » au sens des art. 11h) et i) de la Charte; dans l’affirmative, la question de savoir si l’application rétrospective des dispositions transitoires a pour effet d’allourdir cette peine — L’art. 11h) de la Charte assure une protection contre le double péril, tandis que l’art. 11i) garantit le droit de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l’infraction dont une personne est déclarée coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence — Les casiers judiciaires répondent au premier et deuxième volets du critère — La Cour fédérale a néanmoins examiné le troisième volet du critère, à savoir l’incidence de l’existence d’un casier judiciaire sur le droit du contrevenant à la liberté ou à la sécurité — La Cour fédérale a conclu que l’existence d’un casier judiciaire respecte le troisième volet du critère, puisqu’un casier judiciaire peut limiter considérablement la capacité d’une personne de mener des activités légales — Pour ces motifs, un casier judiciaire constitue une « peine » au sens

des art. 11h) et i) de la Charte et cette sanction fait partie de la peine initialement infligée à une personne condamnée — Les dispositions transitoires contrevenaient par conséquent aux art. 11h) et 11i) de la Charte — Aucun élément de preuve n’a été avancé pour justifier l’application rétrospective des modifications de la LCJ provoquées par l’adoption des dispositions transitoires — Puisqu’aucun élément de preuve n’a été fourni pour justifier la violation, les dispositions transitoires ne pouvaient pas être justifiées par l’article premier de la Charte — Les dispositions transitoires étaient par conséquent inopérantes.

This was an application for an order declaring the retrospective application of certain amendments to the *Criminal Records Act* (CRA or Act) to be constitutionally invalid on the basis that they infringe paragraphs 11(h) and 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in a manner that cannot be saved under section 1 of the Charter. The applicant also sought an order directing the Parole Board of Canada to consider his application for a record suspension based on the Act as it read at the time he committed the offence in June 2009. In 2010 and 2012, Parliament enacted the *Limiting Pardons for Serious Crimes Act* (LPSCA) and the *Safe Streets and Communities Act* (SSCA), which amended certain provisions of the CRA. One of the amendments increased the waiting period before offenders can apply for a record suspension. Another changed the criteria the Parole Board of Canada applies to assess whether to grant a record suspension. Pursuant to section 10 of the LPSCA and section 161 of the SSCA (collectively, the “transitional provisions”), the amendments applied to all new applications for record suspensions regardless of when the offence was committed or when the offender was sentenced. The applicant did not challenge the constitutional validity of the amendments themselves but rather the constitutional validity of the transitional provisions that give the amendments their retrospective application.

The applicant was convicted in December 2010 of one count of sexual assault, contrary to section 271.1 of the *Criminal Code*. The offence in question was committed in June 2009. This was the applicant’s only conviction. Prior to the adoption of the transitional provisions, the applicant would have been eligible to apply for a record suspension in January 2018. Now, he remains ineligible to apply until January 2023. In 2017, the Supreme Court of British Columbia declared in *Chu v. Canada (Attorney General)* the transitional provisions to be of no force and effect and a few months later, the Ontario Superior Court of Justice affirmed these findings in two separate cases. Since the British Columbia and Ontario decisions, the Parole

Il s’agissait d’une demande d’ordonnance déclarant l’application rétrospective de certaines modifications apportées à la *Loi sur le casier judiciaire* (LCJ ou Loi) inconstitutionnelles pour le motif qu’elles enfreignent les alinéas 11h) et i) de la *Charte canadienne des droits et libertés* d’une manière qui ne peut être justifiée par l’article premier de la Charte. Le demandeur a sollicité également une ordonnance enjoignant à la Commission des libérations conditionnelles du Canada d’examiner sa demande de suspension de casier judiciaire en fonction de la Loi telle qu’elle était libellée lorsqu’il a commis l’infraction, en juin 2009. En 2010 et en 2012, le Parlement a adopté la *Loi limitant l’admissibilité à la réhabilitation pour des crimes graves* (LLARCG) et la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés* (LSRC), modifiant certaines dispositions de la LCJ. Une des modifications prolongeait le délai avant lequel les personnes condamnées peuvent demander une suspension de leur casier judiciaire. Une autre modification changeait les critères appliqués par la Commission des libérations conditionnelles du Canada pour décider d’octroyer une suspension du casier judiciaire. Conformément à l’article 10 de la LLARCG et à l’article 161 de la LSRC (collectivement, les « dispositions transitoires »), les modifications s’appliquaient à toutes les nouvelles demandes de suspensions de casier judiciaire, quelles que soient la date à laquelle l’infraction a été commise ou la date à laquelle la personne a été condamnée. Le demandeur n’a pas contesté la constitutionnalité des modifications en tant que telles. Il a plutôt contesté la constitutionnalité des dispositions transitoires qui permettent l’application rétrospective des modifications.

Le demandeur a été déclaré coupable en décembre 2010 d’un chef d’agression sexuelle, en vertu de l’article 271.1 du *Code criminel*. L’infraction en question a été commise en juin 2009. Il s’agissait de la seule infraction dont il ait jamais été reconnu coupable. Avant l’adoption des dispositions transitoires, le demandeur aurait pu demander une suspension de son casier judiciaire dès janvier 2018. À présent, il ne peut le faire avant janvier 2023. En 2017, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a déclaré les dispositions transitoires inopérantes dans l’affaire *Chu v. Canada (Attorney General)* et, quelques mois plus tard, la Cour supérieure de justice de l’Ontario a confirmé les conclusions de la C.S.C.-B. dans

Board of Canada has been applying the old CRA provisions to individuals residing in British Columbia and Ontario. In all other provinces and territories, the Parole Board of Canada applies the new CRA provisions, as amended. The applicant is a resident of Quebec. The respondent consented to the applicant's application.

The issues were whether the Federal Court had the jurisdiction to grant the declaratory relief sought; whether the Federal Court had sufficient evidence before it and whether it could rely on the evidence in the case of *Chu v. Canada*; whether the principles of judicial comity should apply in this case; and whether the transitional provisions infringed paragraphs 11(h) and 11(i) of the Charter in a manner that could not be saved under section 1 of the Charter.

Held, the application should be allowed.

The three-part test set out by the Supreme Court of Canada in *ITO-Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics* applied in this case to support a finding that the Federal Court has jurisdiction to deal with a given claim. This three-part test was met in this matter. Furthermore, the Federal Court has jurisdiction to issue general declarations of invalidity for the purpose of section 52 of the *Constitution Act, 1982*. As well, the applicant had standing to challenge the constitutionality of the transitional provisions because he was directly affected by them and also had the requisite standing to challenge the retrospective application of the CRA amendments as they applied to all affected offenders.

There was sufficient evidence before the Federal Court to support a declaration of invalidity. It also had to be determined whether the Court could rely on the evidence submitted in *Chu*. Although the Federal Court did not have the benefit of the extensive evidence that was before the S.C.B.C. in *Chu*, the applicant did file some evidence involving his personal experience of having a criminal record. And while the expert reports in *Chu* were not before the Federal Court in this case, *Chu* constituted another "reasonably foreseeable situation" where the impugned law could apply and which the Federal Court could consider. Given the recognition by the respondent's own expert in *Chu* that criminal records significantly affect liberty and security interests and given the uncontested findings of the S.C.B.C., its findings on this particular issue could be relied on. As well, it was possible to take judicial notice of the impact of a criminal record in general as well as that of a record suspension, particularly as provided in the CRA and other relevant laws.

deux décisions distinctes. Depuis les décisions rendues en Colombie-Britannique et en Ontario, la Commission des libérations conditionnelles du Canada applique les anciennes dispositions de la LCJ aux personnes qui résident dans ces deux provinces. Partout ailleurs, la Commission des libérations conditionnelles du Canada applique les nouvelles dispositions modifiées de la LCJ. Le demandeur réside au Québec. Le défendeur a consenti à sa demande.

Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale était compétente pour accorder le jugement déclaratoire demandé; si la Cour fédérale disposait de suffisamment d'éléments de preuve et si elle pouvait s'appuyer sur la preuve présentée dans l'affaire *Chu c. Canada*; si les principes de courtoisie judiciaire devraient s'appliquer dans la présente affaire; et si les dispositions transitoires enfreignaient les alinéas 11h) et i) de la Charte d'une manière qui ne pouvait être justifiée par l'article premier de la Charte.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Le critère à trois volets énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics* permettant de conclure que la Cour fédérale a compétence pour traiter une demande donnée s'appliquait en l'espèce. Le critère à trois volets a été respecté. En outre, la Cour fédérale a compétence pour prononcer des jugements déclaratoires d'invalidité aux fins d'application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. De plus, le demandeur avait qualité pour contester la constitutionnalité des dispositions transitoires, puisqu'il est directement touché par celles-ci, et il avait aussi la qualité requise pour contester l'application rétrospective des modifications de la LCJ telles qu'elles s'appliquent à toutes les personnes condamnées concernées.

La Cour fédérale disposait de suffisamment d'éléments de preuve à l'appui d'une déclaration d'invalidité. Il fallait en outre déterminer si elle pouvait s'appuyer sur la preuve présentée dans l'affaire *Chu*. Bien que la Cour fédérale n'avait pas bénéficié de la preuve abondante dont disposait la CSCB dans l'affaire *Chu*, le demandeur a déposé une preuve concernant sa situation personnelle, dans laquelle il a fait état des conséquences de l'existence de son casier judiciaire. Dans la présente affaire, la Cour fédérale ne disposait pas des rapports d'experts déposés dans l'affaire *Chu*, mais cette affaire constituait une autre « situation raisonnablement prévisible » à laquelle les dispositions contestées pourraient s'appliquer et que la Cour fédérale pourrait considérer. Étant donné que l'expert cité par le défendeur dans l'affaire *Chu* a lui-même reconnu que les casiers judiciaires ont un effet important sur le droit du contrevenant à la liberté et à la sécurité, et puisque les conclusions de la CSCB n'ont pas été contestées, la Cour pouvait s'en inspirer sur cette question précise. En outre, la Cour pouvait prendre acte d'office des répercussions d'un casier judiciaire en général

With respect to judicial comity, it was unnecessary to decide whether the principles of judicial comity applied in this instance since the considerations that underlie judicial comity—deference and respect, order and fairness, stability and unity—nevertheless applied in this case. The constitutional issue to be decided here was the same as that decided in *Chu*. Despite the CRA being a federal statute, the current state of the law in Canada is such that different versions of section 4 of the CRA are being applied in the provinces and territories, resulting in record suspensions being more difficult to obtain for certain individuals outside British Columbia and Ontario. It was in the interests of justice that the amendments to section 4 of the CRA be applied consistently across Canada. There was no reason why the decision of the S.C.B.C. should not have persuasive value in this case, especially considering there was nothing in the record demonstrating that the S.C.B.C. failed to consider legislation or binding authorities that would have yielded a different result. Thus, it was possible to take notice of the judgment in *Chu* and its reasoning in conducting the Federal Court’s own legal analysis to answer the constitutional questions at issue in this case.

The determination of whether the retrospective amendments to the CRA constitute changes to the conditions of an offender’s “original punishment” in a manner that is contrary to paragraphs 11(*h*) and 11(*i*) of the Charter required consideration of two questions. The first is whether a criminal record constitutes “punishment” under paragraphs 11(*h*) and 11(*i*) of the Charter. If the answer to the first question is yes, then the second question is whether the retrospective effect of the transitional provisions has the effect of adding to that punishment. Paragraph 11(*h*) of the Charter protects against double jeopardy. It enshrines the right not to be tried or punished twice for the same offence. Paragraph 11(*i*) of the Charter guarantees the right to the benefit of the lesser punishment where the punishment for an offence is changed after a person commits the offence but before the time of sentencing. In determining whether a criminal record is part of an offender’s original punishment, the analysis made on this issue by the S.C.B.C. in *Chu* was reviewed. Despite that the Federal Court was satisfied that criminal records met the first and second branches of the test for punishment, it nevertheless considered the alternative third branch of the test in this case, specifically the impact of having a criminal record on an offender’s liberty and security interests. Based on the uncontested evidence on the record, the stigma associated with a criminal record has interfered, in particular, with the applicant’s ability to earn a livelihood and travel for work-related reasons. Therefore, in light of the case law and the evidence adduced by the applicant, it was determined that

ainsi que d’une suspension du casier, particulièrement comme le prévoient la LCJ et d’autres lois pertinentes.

En ce qui concerne la courtoisie judiciaire, il n’était pas nécessaire de décider si les principes de courtoisie judiciaire s’appliquaient en l’espèce, puisque les considérations qui sous-tendent la courtoisie judiciaire (déférence et respect, ordre et équité, stabilité et unité) s’appliquaient malgré tout dans la présente affaire. La question constitutionnelle à trancher en l’espèce était la même que dans l’affaire *Chu*. Bien que la LCJ soit une loi fédérale, l’état actuel du droit au Canada fait en sorte que différentes versions de l’article 4 de la LCJ sont appliquées dans les provinces et territoires, ce qui fait qu’il est difficile d’obtenir des suspensions de casier pour certaines personnes en dehors de la Colombie-Britannique et de l’Ontario. Il était dans l’intérêt de la justice que les modifications de l’article 4 de la LCJ soient appliquées de façon uniforme partout au Canada. Il n’y avait aucune raison pour laquelle l’arrêt de la C.S.C.-B. ne devrait pas avoir une valeur de persuasion en l’espèce, d’autant plus qu’il n’y avait rien au dossier qui établissait que la C.S.C.-B. n’a pas tenu compte d’une loi ou d’une jurisprudence qui aurait mené à un résultat différent. Pour tous ces motifs, la Cour fédérale pouvait admettre d’office le jugement rendu dans l’affaire *Chu* et le raisonnement qui y a été suivi pour mener sa propre analyse juridique afin de répondre aux questions constitutionnelles soulevées en l’espèce.

Il fallait se pencher sur deux questions pour déterminer si les modifications rétroactives de la LCJ changent les conditions de la « peine initialement infligée » à une personne condamnée de manière contraire aux alinéas 11(*h*) et *i*) de la Charte. La première question est de savoir si l’existence d’un casier judiciaire constitue une « peine » au sens des alinéas 11(*h*) et *i*) de la Charte. Dans l’affirmative, la deuxième question est alors de savoir si l’application rétrospective des dispositions transitoires a pour effet d’alourdir cette peine. L’alinéa 11(*h*) de la Charte assure une protection contre le double péril. Il consacre le droit de ne pas être jugé ni puni deux fois pour la même infraction. L’alinéa 11(*i*) de la Charte garantit le droit de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l’infraction dont une personne est déclarée coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence. L’analyse effectuée par la C.S.C.-B. sur cette question dans l’affaire *Chu* a été examinée afin de déterminer si le casier judiciaire fait partie de la peine initialement infligée à une personne condamnée. Bien qu’elle ait conclu que les casiers judiciaires répondaient au premier et deuxième volets du critère, la Cour fédérale a néanmoins examiné le troisième volet à caractère subsidiaire du critère, à savoir l’incidence de l’existence d’un casier judiciaire sur le droit du contrevenant à la liberté ou à la sécurité. Compte tenu des éléments de preuve non contestés qui figurent au dossier, la stigmatisation qui accompagne un casier judiciaire a compromis la capacité du demandeur de gagner sa vie et d’effectuer des voyages à titre professionnel.

a criminal record meets the third branch of the test since it can significantly restrict a person's ability to engage in otherwise lawful conduct and it imposes significant burdens not imposed on other members of the public. As a result, a criminal record constitutes "punishment" within the meaning of paragraphs 11(h) and 11(i) of the Charter and it is a sanction imposed as part of an offender's original punishment.

Regarding the impact of the transitional provisions, the S.C.B.C. in *Chu* concluded that the retrospective application of the CRA amendments, as prescribed by section 161 of the SSCA, had the effect of increasing punishment, thus violating both paragraphs 11(h) and 11(i) of the Charter. With respect to section 10 of the LPSCA, the S.C.B.C. in *Chu* concluded that section 10 has the effect of increasing punishment and, as a result, infringes paragraphs 11(h) and 11(i) of the Charter. The reasoning of the S.C.B.C. was considered as well as the fact that the respondent did not appeal the findings of the S.C.B.C. and consented to the applications in the previous cases heard by the Ontario Superior Court. Relevant case law was also examined. Thus, the *Chu* decision was both persuasive and authoritative. In conclusion, the transitional provisions violated paragraphs 11(h) and 11(i) of the Charter.

Unlike in the *Chu* case, in this case the respondent did not put forward any argument or evidence to justify the retrospective application of the amendments to the CRA caused by the adoption of the transitional provisions. In the absence of any evidence to justify the violation, it was concluded that the transitional provisions could not be saved under section 1 of the Charter and were accordingly of no force and effect. Moreover, it was appropriate to issue both declaratory and injunctive relief in the circumstances of this case. The injunctive relief issued required the Parole Board of Canada to consider the applicant's application for a record suspension in accordance with the provisions of the CRA as they read at the time he committed the offence in June 2009.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 11, 15.
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 96, 101.

Par conséquent, compte tenu de la jurisprudence et des éléments de preuve présentés par le demandeur, la Cour a conclu que l'existence d'un casier judiciaire respecte le troisième volet du critère, puisqu'un casier judiciaire peut limiter considérablement la capacité d'une personne de mener des activités par ailleurs légales, et qu'il impose des fardeaux importants que n'ont pas à supporter les autres membres du public. Pour ces motifs, un casier judiciaire constitue une « peine » au sens des alinéas 11h) et i) de la Charte et cette sanction fait partie de la peine initialement infligée à une personne condamnée.

En ce qui concerne l'incidence des dispositions transitoires, dans l'affaire *Chu*, la C.S.C.-B. a conclu que l'application rétrospective des modifications de la LCJ, prévue à l'article 161 de la LSRC, avait pour effet d'aggraver la peine, ce qui contrevenait aux alinéas 11h) et i) de la Charte. En ce qui concerne l'article 10 de la LLARCG, dans l'affaire *Chu*, la C.S.C.-B. a conclu que l'article 10 a pour effet d'aggraver la peine et qu'il contrevient par conséquent aux alinéas 11h) et i) de la Charte. La Cour a pris en considération les motifs de la C.S.C.-B., de même que le fait que le défendeur n'a pas fait appel des conclusions de la C.S.C.-B. et a consenti aux demandes dans les décisions antérieures rendues par la Cour supérieure de l'Ontario. La Cour a également examiné la jurisprudence pertinente. Elle a donc conclu au caractère persuasif de l'affaire *Chu* et a estimé qu'elle faisait autorité. En conclusion, les dispositions transitoires contrevenaient aux alinéas 11h) et i) de la Charte.

En l'espèce, contrairement à l'affaire *Chu*, le défendeur n'a pas avancé d'arguments ou d'éléments de preuve pour justifier l'application rétrospective des modifications de la LCJ provoquées par l'adoption des dispositions transitoires. Puisqu'aucun élément de preuve n'a été fourni pour justifier la violation, la Cour a conclu que les dispositions transitoires ne pouvaient pas être justifiées par l'article premier de la Charte et qu'elles étaient par conséquent inopérantes. En outre, il convenait, dans les circonstances de l'espèce, de rendre un jugement déclaratoire et de prononcer une injonction. L'injonction prononcée obligeait la Commission des libérations conditionnelles du Canada à examiner la demande de suspension de casier judiciaire du demandeur en fonction de la LCJ telle qu'elle était libellée lorsqu'il a commis l'infraction, en juin 2009.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 11, 15.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 95(2)a), 161(1), 271.1, 718, 718.1, 752.
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.

Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 95(2)(a), 161(1), 271.1, 718, 718.1, 752.
Criminal Records Act, R.S.C., 1985, c. C-47, s. 4, 4.1(1)(a),(b) (as am. by S.C. 2010, c. 5, s. 3).
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 18.1, 28, 57(1),(2).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 309, 359, Part V.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 35(1).
Limiting Pardons for Serious Crimes Act, S.C. 2010, c. 5, ss. 2, 10, Sch. 1.
Safe Streets and Communities Act, S.C. 2012, c. 1, ss. 115, 161, 162.
Sex Offender Information Registration Act, S.C. 2004, c. 10.

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 96, 101.
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 35(1).
Loi limitant l'admissibilité à la réhabilitation pour des crimes graves, L.C. 2010, ch. 5, art. 2, 10, ann. 1.
Loi sur la sécurité des rues et des communautés, L.C. 2012, ch. 1, art. 115, 161, 162.
Loi sur le casier judiciaire, L.R.C. (1985), ch. C-47, art. 4, 4.1(1)a),b) (tel que modifié par L.C. 2010, ch. 5, art. 3).
Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels, L.C. 2004, ch. 10.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18, 18.1, 28, 57(1),(2).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles, 309, 359, part V.

CASES CITED

APPLIED:

Chu v. Canada (Attorney General), 2017 BCSC 630, 347 C.C.C. (3d) 449; *ITO-Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics*, [1986] 1 S.C.R. 752, (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392.

DISTINGUISHED:

Windsor (City) v. Canadian Transit Co., 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617.

CONSIDERED:

Charron v. The Queen, OSCJ File No. 16-67821; *Rajab v. The Queen*, OSCJ File No. 16-67822; *Canada v. Domtar Inc.*, 2009 FCA 218, 392 N.R. 200; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, (1990), 76 D.L.R. (4th) 256; *Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 223, [2020] 2 F.C.R. 299; *R. v. Malmo-Levine*; *R. v. Caine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571.

REFERRED TO:

Reference re Same-Sex Marriage, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *Advantage Products Inc. v. Excalibre Oil Tools Ltd.*, 2019 FCA 22, 302 A.C.W.S. (3d) 14; *Deegan v. Canada (Attorney General)*, 2019 FC 960, [2020] 1 F.C.R. 411; *Fédération des francophones de la Colombie-Britannique v. Canada (Employment and Social Development)*, 2018

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Chu v. Canada (Attorney General), 2017 BCSC 630, 347 C.C.C. (3d) 449; *ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Windsor (Ville) c. Canadian Transit Co., 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Charron v. The Queen, OSCJ File No. 16-67821; *Rajab v. The Queen*, OSCJ File No. 16-67822; *Canada c. Domtar Inc.*, 2009 CAF 218; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 223, [2020] 2 R.C.F. 299 *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571.

DÉCISIONS CITÉES :

Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Advantage Products Inc. c. Excalibre Oil Tools Ltd.*, 2019 CAF 22; *Deegan c. Canada (Procureur général)*, 2019 CF 960, [2020] 1 R.C.F. 411; *Fédération des francophones de la Colombie-Britannique c. Canada (Emploi et Développement social)*, 2018 CF 530,

FC 530, [2019] 1 F.C.R. 243; *Bilodeau-Massé v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 604, [2018] 1 F.C.R. 386; *Lee v. Canada (Correctional Service)*, 2017 FCA 228; *Almrei v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1025, 316 F.T.R. 49; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599; *Liang v. Canada (Attorney General)*, 2014 BCCA 190, 355 B.C.A.C. 238; *R. v. Barinecutt*, 2015 BCPC 189, 337 C.R.R. (2d) 1; *R. v. Michael*, 2014 ONCJ 360, 121 O.R. (3d) 244; *R. v. D. (J.)*, 1999 CarswellOnt 1551, 66 C.R.R. (2d) 172 (Ont. Sup. Ct. J.).

APPLICATION for an order declaring certain transitional provisions of the *Criminal Records Act* (Act) to be constitutionally invalid on the basis that they infringe paragraphs 11(h) and 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in a manner that cannot be saved under section 1 thereof and for an order directing the Parole Board of Canada to consider the applicant's application for a record suspension based on the Act as it read at the time he committed his offence in June 2009. Application allowed.

APPEARANCES

Isabelle Turgeon for applicant.
Caroline Laverdière for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Grey Casgrain s.e.n.c., Montréal, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment and judgment rendered in English by

ROUSSEL J.:

I. Overview

[1] The *Criminal Records Act*, R.S.C., 1985, c. C-47 (CRA) provides for and governs the suspension of records of persons who have been convicted of offences and have subsequently rehabilitated themselves.

[2019] 1 R.C.F. 243; *Bilodeau-Massé c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 604, [2018] 1 R.C.F. 386; *Lee c. Canada (Service correctionnel)*, 2017 CAF 228; *Almrei c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 1025; *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599; *Liang v. Canada (Attorney General)*, 2014 BCCA 190, 355 B.C.A.C. 238; *R. v. Barinecutt*, 2015 BCPC 189, 337 C.R.R. (2d) 1; *R. v. Michael*, 2014 ONCJ 360, 121 O.R. (3d) 244; *R. v. D. (J.)*, 1999 CarswellOnt 1551, 66 C.R.R. (2d) 172 (C. sup. J. Ont.).

DEMANDE d'ordonnance déclarant certaines dispositions transitoires de la *Loi sur le casier judiciaire* (Loi) inconstitutionnelles pour le motif qu'elles enfreignent les alinéas 11h) et i) de la *Charte canadienne des droits et libertés* d'une manière qui ne peut être justifiée par l'article premier de la Charte et d'ordonnance enjoignant à la Commission des libérations conditionnelles du Canada d'examiner la demande de suspension de casier judiciaire du demandeur en fonction de la Loi telle qu'elle était libellée lorsqu'il a commis l'infraction, en juin 2009. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Isabelle Turgeon pour le demandeur.
Caroline Laverdière pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Grey Casgrain s.e.n.c., Montréal, pour le demandeur.
La sous-procureure générale du Canada, pour le défendeur.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement et du jugement rendus par

LA JUGE ROUSSEL :

I. Aperçu

[1] La *Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. (1985), ch. C-47 (LCJ) porte sur la suspension du casier judiciaire des condamnés qui se sont réadaptés.

[2] In 2010 and 2012, Parliament enacted the *Limiting Pardons for Serious Crimes Act*, S.C. 2010, c. 5 (LPSCA) and the *Safe Streets and Communities Act*, S.C. 2012, c. 1 (SSCA), which amended certain provisions of the CRA. One of the amendments increased the waiting period before offenders can apply for a record suspension. Another changed the criteria the Parole Board of Canada applies to assess whether to grant a record suspension.

[3] Pursuant to section 10 of the LPSCA and section 161 of the SSCA (collectively, the “Transitional Provisions”), the amendments apply to all new applications for record suspensions regardless of when the offence was committed or when the offender was sentenced.

[4] The applicant, P.H., was convicted in December 2010 of one count of sexual assault, contrary to section 271.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The offence in question was committed in June 2009. This is the applicant’s only conviction. Prior to the adoption of the Transitional Provisions, P.H. would have been eligible to apply for a record suspension in January 2018. Now, he remains ineligible to apply until January 2023.

[5] In April 2017, Madam Justice MacNaughton of the Supreme Court of British Columbia (S.C.B.C.) declared the Transitional Provisions to be of no force and effect in *Chu v. Canada (Attorney General)*, 2017 BCSC 630, 347 C.C.C. (3d) 449 (*Chu*). She found that they infringe paragraphs 11(h) and 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter). The respondent, the Attorney General of Canada (AGC), did not appeal the decision.

[6] A few months later, in *Charron v. The Queen*, OSCJ File No. 16-67821 (*Charron*) and *Rajab v. The Queen*, OSCJ File No. 16-67822 (*Rajab*), Madam Justice Bell

[2] En 2010 et en 2012, le Parlement a adopté la *Loi limitant l’admissibilité à la réhabilitation pour des crimes graves*, L.C. 2010, ch. 5 (LLARCG) et la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, ch. 1 (LSRC), qui modifient certaines dispositions de la LCJ. Une des modifications prolongeait le délai avant lequel les personnes condamnées peuvent demander une suspension de leur casier judiciaire. Une autre modification changeait les critères appliqués par la Commission des libérations conditionnelles du Canada pour décider d’octroyer une suspension du casier judiciaire.

[3] Conformément à l’article 10 de la LLARCG et à l’article 161 de la LSRC (collectivement, les « dispositions transitoires »), les modifications s’appliquent à toutes les nouvelles demandes de suspensions de casier judiciaire, quelles que soient la date à laquelle l’infraction a été commise ou la date à laquelle la personne a été condamnée.

[4] Le demandeur, P.H., a été déclaré coupable en décembre 2010 d’un chef d’agression sexuelle, en vertu de l’article 271.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. L’infraction en question a été commise en juin 2009. Il s’agit de la seule infraction dont il ait jamais été reconnu coupable. Avant l’adoption des dispositions transitoires, P.H. aurait pu demander une suspension de son casier judiciaire dès janvier 2018. À présent, il ne peut le faire avant janvier 2023.

[5] En avril 2017, madame la juge MacNaughton, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (C.S.C.-B.), a déclaré les dispositions transitoires inopérantes dans l’affaire *Chu v. Canada (Attorney General)*, 2017 BCSC 630, 347 C.C.C. (3d) 349 (*Chu*). Elle a conclu que ces dispositions enfreignent les alinéas 11h) et i) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (Charte). Le défendeur, le procureur général du Canada (PGC), n’a pas fait appel de la décision.

[6] Quelques mois plus tard, dans les décisions *Charron v. R.*, 16-67821 (C. Sup. Ont.) (*Charron*), et *Rajab v. R.*, 16-67822 (C. Sup. Ont.) (*Rajab*), madame

of the Ontario Superior Court of Justice (Ont. Sup. Ct. J.) affirmed the findings of the S.C.B.C. in *Chu* and declared the Transitional Provisions to be of no force and effect. The AGC consented to the applications.

[7] Since the British Columbia and Ontario decisions, the Parole Board of Canada has been applying the old CRA provisions to individuals residing in British Columbia and Ontario. In all other provinces and territories, the Parole Board of Canada applies the new CRA provisions, as amended.

[8] P.H. is a resident of Quebec. He seeks an order from this Court declaring the Transitional Provisions constitutionally invalid on the basis that they infringe paragraphs 11(*h*) and 11(*i*) of the Charter in a manner that cannot be saved under section 1 of the Charter. He also seeks an order directing the Parole Board of Canada to consider his application for a record suspension based on the CRA as it read at the time he committed the offence in June 2009. P.H. does not challenge the constitutional validity of the amendments themselves. Rather, he challenges the constitutional validity of the Transitional Provisions that give the amendments their retrospective application.

[9] The AGC consents to P.H.'s application.

[10] For the reasons that follow, I have concluded that the Transitional Provisions infringe paragraphs 11(*h*) and 11(*i*) of the Charter in a manner that cannot be saved under section 1 of the Charter. Consequently, section 10 of the LPSCA and section 161 of the SSCA are declared to be constitutionally invalid and of no force or effect pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

II. History of the Proceedings in This Court

[11] On July 19, 2018, P.H. and a co-applicant filed a notice of application pursuant to subsection 18(1) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (the Act), seeking a declaration that they were eligible to apply for a record suspension under subparagraph 4(a)(i) of

la juge Bell, de la Cour supérieure de justice de l'Ontario (C. sup. J. Ont.), a confirmé les conclusions de la C.S.C.-B. dans l'affaire *Chu* et a déclaré que les dispositions transitoires étaient inopérantes. Le PGC a consenti aux demandes.

[7] Depuis les décisions rendues en Colombie-Britannique et en Ontario, la Commission des libérations conditionnelles du Canada applique les anciennes dispositions de la LCJ aux personnes qui résident dans ces deux provinces. Partout ailleurs, la Commission des libérations conditionnelles du Canada applique les nouvelles dispositions modifiées de la LCJ.

[8] P.H. réside au Québec. Il sollicite une ordonnance de cette Cour déclarant inconstitutionnelles les dispositions transitoires pour le motif qu'elles enfreignent les alinéas 11(*h*) et *i*) de la Charte d'une manière qui ne peut être justifiée par l'article premier de la Charte. Il sollicite également une ordonnance enjoignant à la Commission des libérations conditionnelles du Canada d'examiner sa demande de suspension de casier judiciaire en fonction de la LCJ telle qu'elle était libellée lorsqu'il a commis l'infraction, en juin 2009. P.H. ne conteste pas la constitutionnalité des modifications en tant que telles. Il conteste plutôt la constitutionnalité des dispositions transitoires qui permettent l'application rétrospective des modifications.

[9] Le PGC consent à la demande de P.H.

[10] Pour les motifs qui suivent, la Cour conclut que les dispositions transitoires enfreignent les alinéas 11(*h*) et *i*) de la Charte d'une manière qui ne peut être justifiée par l'article premier de la Charte. Par conséquent, l'article 10 de la LLARCG et l'article 161 de la LSRC sont déclarés inconstitutionnels et inopérants conformément au paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

II. Historique des procédures devant la Cour

[11] Le 19 juillet 2018, P.H. et un codemandeur ont déposé, en application du paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (la Loi), un avis de demande visant à faire déclarer qu'ils sont admissibles à demander une suspension de leur casier

the CRA as it read at the time they committed their offence. They also requested an order requiring the Parole Board of Canada to accept record suspension applications under the rules in force before the adoption of the Transitional Provisions. The same day, P.H. requested an order to keep his name and other personally identifiable information confidential. After hearing from the parties, Prothonotary Alexandra Steele granted the confidentiality order on August 2, 2018.

[12] In August 2018, P.H. and his co-applicant filed an amended notice of application to include additional relief. They requested that the Court declare the Transitional Provisions unconstitutional. While the original and the amended notice of application also included relief against section 162 of the SCA, which applied to pending applications for record suspensions, the parties have since abandoned this aspect of their application.

[13] In December 2018, the co-applicant withdrew from the application.

[14] On January 23, 2019, P.H. and the AGC filed a joint motion record under rule 359 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (Rules), seeking: (1) an order declaring that the Transitional Provisions infringe paragraphs 11(h) and 11(i) of the Charter in a manner that cannot be saved under section 1 of the Charter and are therefore of no force or effect; and (2) an order directing the Parole Board of Canada to consider P.H.'s record suspension application pursuant to the CRA as it read at the time he committed the offence in June 2009. The motion was returnable on January 29, 2019 at the General Sittings of this Court in Montréal, Quebec.

[15] After reviewing the joint motion record and noting the AGC's consent, I issued a direction advising the parties that I would not hear the motion on its merits as

aux termes du sous-alinéa 4a)(i) de la LCJ tel qu'il était libellé lorsqu'ils ont commis leur infraction. Ils ont également demandé une ordonnance enjoignant à la Commission des libérations conditionnelles du Canada d'accepter les demandes de suspension de casier judiciaire en appliquant les règles en vigueur avant l'adoption des dispositions transitoires. Le même jour, P.H. a sollicité une ordonnance afin que son nom et les autres renseignements permettant de l'identifier demeurent confidentiels. Après avoir entendu les parties, la protonotaire Alexandra Steele a rendu une ordonnance de confidentialité le 2 août 2018.

[12] En août 2018, P.H. et son codemandeur ont déposé un avis de demande modifié pour y inclure une demande de réparation supplémentaire. Ils demandaient à la Cour de déclarer inconstitutionnelles les dispositions transitoires. L'avis de demande initial et l'avis de demande modifié contenaient également des demandes de réparation relativement à l'article 162 de la LSRC, en lien avec les demandes de suspension de casier judiciaire en cours; cependant, les parties ont depuis abandonné cet aspect de leur demande.

[13] En décembre 2018, le codemandeur s'est retiré du dossier.

[14] Le 23 janvier 2019, P.H. et le PGC ont déposé un dossier de requête conjointe aux termes de la règle 359 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (Règles), en vue d'obtenir : 1) une ordonnance déclarant que les dispositions transitoires enfreignent les alinéas 11(h) et i) de la Charte d'une manière qui ne peut être justifiée par l'article premier de la Charte, et qu'elles sont par conséquent inopérantes; et 2) une ordonnance enjoignant à la Commission des libérations conditionnelles du Canada d'examiner la demande de suspension de casier judiciaire déposée par P.H. en fonction de la LCJ telle qu'elle était libellée lorsqu'il a commis l'infraction, en juin 2009. La requête devait être présentée le 29 janvier 2019 lors des séances générales de la Cour à Montréal, au Québec.

[15] Après avoir examiné le dossier de requête conjointe et avoir pris acte du consentement du PGC, la Cour a émis une directive dans laquelle elle a informé

scheduled, but that counsel should appear nevertheless to discuss process and scheduling. When counsel appeared before me on January 29, 2019, I raised a number of concerns regarding their joint motion.

[16] My first concern regarded the process followed. It was not clear to me why the parties were proceeding by way of a notice of motion given that sections 18 and 18.1 of the Act and Part 5 [rules 300–334] of the Rules govern the underlying application. P.H. had not perfected his application record under rule 309 of the Rules, and there appeared to be minimal evidence on the record to support the constitutional challenge. I queried whether the record was complete and, if so, whether the parties had brought this motion at the Court’s General Sittings in an attempt to obtain an expedited hearing on the underlying application.

[17] My second concern related to the AGC’s consent to the declaration of invalidity and the absence of an adversarial process. I reminded counsel that legislation is presumptively valid and that it is generally the AGC’s role to argue why federal law should be upheld. I asked the AGC whether it was not Parliament’s responsibility to amend the Transitional Provisions in response to the AGC’s view that (a) it could no longer defend the constitutional validity of the Transitional Provisions and (b) that it was in the public interest to ensure a consistent application of the record suspension eligibility provisions across Canada.

[18] My third concern related to the principles of judicial comity. In their joint written submissions, the parties essentially ask this Court to rely on the decision of the S.C.B.C. in *Chu* to grant the relief sought. I informed them of my reluctance to do so in the absence of a similarly extensive evidentiary record and without the benefit of any adversarial context. I also questioned whether, by virtue of the principles of judicial comity, this Court was bound by the findings of the S.C.B.C., a court of coordinate jurisdiction.

les parties qu’elle n’entendrait pas la requête sur le fond comme prévu, mais que les procureurs devraient néanmoins comparaître afin de discuter du processus et du calendrier à suivre. Lorsque les procureurs ont comparu devant la Cour le 29 janvier 2019, la Cour a fait part de certaines réserves quant à leur demande conjointe.

[16] La première réserve de la Cour concernait le processus suivi. La Cour ne comprenait pas pourquoi les parties procédaient par voie d’avis de requête étant donné que les articles 18 et 18.1 de la Loi, ainsi que la partie 5 [règles 300 à 334] des Règles, régissent la demande sous-jacente. P.H. n’avait pas mis en état son dossier de demande aux termes de la règle 309 des Règles, et le dossier ne semblait contenir que peu de preuves à l’appui de la contestation. La Cour a demandé si le dossier était complet et, dans l’affirmative, si les parties avaient déposé cette requête lors des séances générales de la Cour dans le but d’obtenir une instruction accélérée de la demande sous-jacente.

[17] La deuxième réserve de la Cour avait trait à l’absence de processus contradictoire et au consentement du PGC quant à la déclaration d’invalidité. La Cour a rappelé aux procureurs que la loi est présumée valide et que le rôle du PGC est généralement d’expliquer pourquoi les lois fédérales doivent être maintenues. La Cour a demandé au PGC s’il n’incombait pas au législateur de modifier les dispositions transitoires puisque le PGC estimait a) qu’il ne pouvait plus défendre la constitutionnalité des dispositions transitoires, et b) que l’intérêt public justifiait d’assurer l’application uniforme, partout au Canada, des dispositions d’admissibilité à la suspension du casier judiciaire.

[18] La troisième réserve de la Cour concernait les principes de la courtoisie judiciaire. Dans leurs observations écrites conjointes, les parties demandent essentiellement à la Cour d’appliquer l’affaire *Chu* de la C.S.C.-B. afin d’accorder la réparation demandée. La Cour leur a fait part de sa réticence étant donné que le dossier de preuve en l’espèce n’est pas aussi volumineux que dans l’affaire *Chu* et qu’il n’existe pas de débat contradictoire. La Cour a aussi voulu établir si, en vertu des principes de courtoisie judiciaire, elle était liée par

[19] Finally, since the parties instituted these proceedings to achieve a consistent application of the amendments across Canada, I asked them to address whether this Court has the jurisdiction to grant general declarations of constitutional invalidity. I did so in light of the comments of the Supreme Court of Canada in *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617 (*Windsor*), discussed below.

[20] At the hearing, the parties offered their views on these concerns. They argued that the AGC does not control Parliament's legislative agenda and that the AGC cannot defend legislation once a Court declares it unconstitutional in a decision that the AGC does not challenge on appeal. Moreover, they were of the view that all of the evidence required to adjudicate the issues was before the Court and that this Court had jurisdiction to grant the requested declaration.

[21] Following the hearing, the AGC sent a letter to the Court on February 6, 2019 indicating that its decision to consent to a declaration of invalidity was exceptional and not taken lightly. The AGC has the overarching responsibility of promoting respect for the law and representing the public interest, including in the conduct of litigation. However, the AGC also has the obligation to ensure, in the public interest, the consistent application of federal law across Canada. The AGC contends that the issues before this Court were the subject of a final decision in *Chu*, where the AGC defended the constitutionality of the Transitional Provisions. After a detailed analysis, the S.C.B.C. found that the impugned provisions infringe both paragraphs 11(h) and 11(i) of the Charter in a manner not justified by section 1 of the Charter. Following this decision, the AGC reassessed its position and decided not to appeal. When the same issue arose before the Ont. Sup. Ct. J., the AGC determined that it could not meaningfully distinguish the constitutional analysis in the *Charron* and *Rajab* cases from the S.C.B.C.'s decision in *Chu*. Guided by the principle that

les conclusions de la C.S.C.-B., qui est une cour de juridiction équivalente.

[19] Enfin, puisque les parties ont engagé les présentes procédures pour obtenir l'application uniforme des modifications partout au Canada, la Cour leur a demandé d'examiner si elle a compétence pour prononcer des jugements déclaratoires généraux d'invalidité constitutionnelle. La Cour a procédé ainsi à la lumière des commentaires formulés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617 (*Windsor*), qui seront examinés plus loin.

[20] À l'audience, les parties se sont exprimées quant à ces réserves. Elles ont affirmé que le PGC n'exerce aucun contrôle sur les priorités législatives du Parlement et qu'il ne peut pas défendre une loi déclarée inconstitutionnelle par une Cour dans une décision qu'il n'a pas contestée en appel. Elles estimaient également que la Cour disposait de tous les éléments de preuve nécessaires pour trancher les questions en litige et qu'elle avait compétence pour prononcer le jugement déclaratoire demandé.

[21] Après l'audience, le PGC a envoyé une lettre à la Cour le 6 février 2019 pour indiquer que sa décision de consentir à une déclaration d'invalidité était exceptionnelle et n'avait pas été prise à la légère. La responsabilité primordiale du PGC est de promouvoir le respect de la loi et de représenter l'intérêt public, notamment lors de poursuites. Cependant, l'intérêt public l'oblige également à veiller à l'application uniforme des lois fédérales partout au Canada. Le PGC prétend que les questions soumises à la Cour ont fait l'objet d'une décision finale dans l'affaire *Chu*, dans lequel le PGC a défendu la constitutionnalité des dispositions transitoires. Après une analyse minutieuse, la C.S.C.-B. a conclu que les dispositions contestées enfreignent à la fois les alinéas 11h) et i) de la Charte d'une manière qui ne peut se justifier au regard de l'article premier de celle-ci. À la suite de cette décision, le PGC a révisé sa position et a décidé de ne pas porter le jugement en appel. Lorsque la même question a été soulevée devant la C. sup. J. Ont., le PGC a conclu qu'il n'était pas capable de distinguer l'analyse constitutionnelle dans les dossiers *Charron* et *Rajab*,

federal laws should apply consistently across the country, the AGC consented to the applications in *Charron* and *Rajab*.

[22] In the same letter, the AGC adds that while the decision not to defend a law is unusual, it is not unprecedented. For example, the AGC refers the Court to the same-sex marriage litigation in the early 2000s, where the AGC initially defended the federal legislation but ultimately decided that it was no longer in the public interest to continue. The Courts of Appeal for British Columbia and Ontario and the Superior Court of Quebec all found that the opposite-sex marriage requirement was contrary to section 15 of the Charter and could not be saved under section 1 of the Charter. The AGC decided not to appeal the judgments of the Courts of Appeal and discontinued its appeal of the Superior Court of Quebec judgment. This resulted in different constitutional rights for same-sex partners from one province to another. To remedy this inconsistent application, proceedings for declaratory relief to permit same-sex marriages were instituted in other provinces and territories. Courts in those jurisdictions adopted the reasoning and conclusions of the British Columbia and Ontario Courts of Appeal and issued declarations of invalidity.

[23] The AGC submits that, as with the same-sex marriage litigation, the current state of the law on record suspensions suffers from an uneven application of Charter rights for offenders seeking a record suspension. A ruling by this Court invalidating the impugned provisions would allow for a declaration of unconstitutionality with national effect and would ensure a consistent application of record suspensions across Canada. By supporting the relief sought by P.H., the AGC is discharging its duty to act in the public interest, maintaining a coherent litigation approach and demonstrating its commitment to respect constitutional and Charter rights.

d'une part, et l'affaire *Chu* rendu par la C.S.C.-B., d'autre part. Obéissant au principe selon lequel les lois fédérales doivent être appliquées de la même manière partout au pays, le PGC a consenti aux demandes dans les décisions *Charron* et *Rajab*.

[22] Dans la même lettre, le PGC ajoute que même si la décision de ne pas défendre une loi est inhabituelle, elle n'est pas sans précédent. Le PGC renvoie par exemple la Cour au contentieux concernant le mariage entre personnes de même sexe au début des années 2000, dans lequel le PGC a tout d'abord défendu les lois fédérales avant de décider qu'il n'était plus dans l'intérêt public de le faire. Les cours d'appel de la Colombie-Britannique et de l'Ontario, tout comme la Cour supérieure du Québec, ont conclu que l'exigence selon laquelle seules deux personnes de sexe opposé peuvent se marier était contraire à l'article 15 de la Charte et ne pouvait être justifiée par l'article premier de celle-ci. Le PGC a décidé de ne pas faire appel des arrêts rendus par les cours d'appel; il s'est également désisté de son appel de la décision rendue par la Cour supérieure du Québec. Il en est résulté des droits constitutionnels différents pour les partenaires de même sexe d'une province à l'autre. Pour remédier à cette application non uniforme, des procédures en jugement déclaratoire afin de permettre le mariage entre personnes de même sexe ont été intentées dans les autres provinces et territoires. Les tribunaux de ces provinces et territoires ont adopté le raisonnement et les conclusions des cours d'appel de la Colombie-Britannique et de l'Ontario, et ont prononcé des déclarations d'invalidité.

[23] Le PGC prétend que, tout comme pour le contentieux concernant le mariage entre personnes de même sexe, l'état actuel du droit quant aux suspensions de casier souffre d'une application inégale des droits garantis par la Charte pour les personnes condamnées qui cherchent à obtenir une suspension de leur casier. En déclarant invalides les dispositions contestées, la Cour rendrait possible une déclaration d'inconstitutionnalité ayant un effet national et garantirait l'application uniforme des suspensions de casier partout au Canada. En appuyant la mesure de redressement demandée par P.H., le PGC s'acquitte de son obligation d'agir dans l'intérêt public tout en conservant une approche cohérente à l'égard du contentieux et en manifestant son engagement

[24] Regarding the issue of this Court's jurisdiction, the AGC argues that the Federal Court does indeed have the authority to grant declarations of invalidity where there is a direct challenge to federal legislation.

[25] Finally, the AGC writes that this Court has the inherent power to appoint *amicus curiae* in order to provide an adversarial debate to ensure an informed decision rendered in light of all relevant arguments and evidence. However, the AGC does not consider it necessary in this case because the constitutionality of the Transitional Provisions has already been litigated in an adversarial context in *Chu*. A notice of constitutional question was served on all of the provincial attorneys general, and none chose to intervene.

[26] After examining the material submitted by the AGC and considering the same-sex marriage decisions, I held a telephone conference with the parties on February 20, 2019 during which I highlighted the distinction between the case before me and the same-sex marriage cases. I noted that, in those cases, three superior courts and two appeal courts had examined the same constitutional issues. The Supreme Court of Canada also considered similar issues in *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698. Relying on the decision of the Federal Court of Appeal in *Advantage Products Inc. v. Excalibre Oil Tools Ltd.*, 2019 FCA 22, 302 A.C.W.S. (3d) 14, I reminded the parties of this Court's obligation to act judicially and not as a "rubber stamp". In other words, I informed them that I had to be satisfied on the facts and the law that I should make the requested declaration. Noting that this Court lacks the evidence available in *Chu*, I asked the parties to provide additional submissions on the following subjects:

(a) The Court's jurisdiction to grant the requested relief;

à respecter les droits constitutionnels et les droits garantis par la Charte.

[24] Pour ce qui est de la compétence de la Cour, le PGC affirme que la Cour fédérale a effectivement le pouvoir de prononcer des jugements déclaratoires d'invalidité en cas d'attaque directe des lois fédérales.

[25] Enfin, le PGC indique que la Cour a le pouvoir inhérent de désigner un *amicus curiae* afin d'avoir un débat contradictoire pour garantir une prise de décision éclairée à la lumière de tous les arguments et éléments de preuve pertinents. Il estime toutefois que cela n'est pas nécessaire en l'espèce puisque la constitutionnalité des dispositions transitoires a déjà fait l'objet d'un débat contradictoire dans l'affaire *Chu*. Un avis de question constitutionnelle a été signifié aux procureurs généraux de toutes les provinces, et aucun n'a décidé d'intervenir.

[26] Après avoir examiné les documents que le PGC a remis à la Cour et les décisions relatives au mariage entre conjoints de même sexe, la Cour a organisé une téléconférence avec les parties le 20 février 2019, au cours de laquelle elle a souligné la différence entre l'affaire dont elle est saisie et les dossiers relatifs au mariage entre conjoints de même sexe. La Cour a mentionné que dans ces dossiers, trois cours supérieures et deux cours d'appel s'étaient penchées sur les mêmes questions constitutionnelles. La Cour suprême du Canada a elle aussi examiné des questions semblables dans l'arrêt *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698. En se fondant sur la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Advantage Products Inc. c. Excalibre Oil Tools Ltd.*, 2019 CAF 22, la Cour a rappelé aux parties qu'elle a l'obligation d'agir de façon judiciaire et non en « se contentant d'acquiescer à la demande ». Autrement dit, elle leur a indiqué qu'elle devait avoir la certitude, au regard des faits et du droit, qu'il fallait rendre le jugement déclaratoire demandé. Soulignant que la Cour ne dispose pas des éléments de preuve qui existaient dans l'affaire *Chu*, elle a demandé aux parties de déposer des observations supplémentaires sur les points suivants :

a) La compétence de la Cour pour accorder la mesure de redressement demandée;

- | | |
|---|---|
| <p>(b) Whether the Court had enough evidence to issue a general declaration of invalidity, and whether it could rely on the evidence presented in <i>Chu</i>, particularly regarding the expert evidence;</p> <p>(c) Updated representations on the applicable law since <i>Chu</i>; and</p> <p>(d) Whether this Court should make a distinction between the <i>Chu</i> case and this case, given the nature of the crimes for which Mr. Chu and P.H. were convicted.</p> | <p>b) Si la Cour a suffisamment d'éléments de preuve pour prononcer un jugement déclaratoire général d'invalidité, et si elle peut s'appuyer sur les éléments de preuve présentés dans l'affaire <i>Chu</i>, en particulier concernant la preuve d'expert;</p> <p>c) Une mise à jour des observations concernant le droit applicable depuis l'affaire <i>Chu</i>; et</p> <p>d) Si la Cour doit distinguer l'affaire <i>Chu</i> de l'espèce, compte tenu de la nature des crimes pour lesquels M. Chu et P.H. ont été condamnés.</p> |
|---|---|

[27] The parties agreed to file written representations by March 20, 2019. After considering all of their submissions, I agreed to hear the matter on April 1, 2019.

[27] Les parties ont convenu de soumettre des observations écrites avant le 20 mars 2019. Après avoir examiné toutes leurs observations, la Cour a accepté d'entendre l'affaire le 1^{er} avril 2019.

III. Relevant Provisions

III. Dispositions pertinentes

[28] When P.H. committed his offence in 2009, section 4 of the CRA read as follows:

[28] Voici comment était libellé l'article 4 de la LCJ lorsque P.H. a commis son infraction en 2009 :

Conviction-free period

Admissibilité à la réhabilitation

4 Before an application for a pardon may be considered, the following period must have elapsed after the expiration according to law of any sentence, including a sentence of imprisonment, a period of probation and the payment of any fine, imposed for an offence, namely,

4 La période consécutive à l'expiration légale de la peine, notamment une peine d'emprisonnement, une période de probation ou le paiement d'une amende, pendant laquelle la demande de réhabilitation ne peut être examinée est de :

(a) five years, in the case of

a) cinq ans pour les infractions punissables par voie de mise en accusation [...] [Non souligné dans l'original.]

(i) an offence prosecuted by indictment [My emphasis.]

[29] On June 29, 2010, the LPSCA amended section 4 [S.C. 2010, c. 5, s. 2] of the CRA. The amendment extended the ineligibility period from five to ten years for a series of offences, namely: serious personal injury offences within the meaning of section 752 of the *Criminal Code*, including manslaughter, for which the applicant was sentenced to imprisonment for two years or more; or an offence referred to in Schedule 1 that was prosecuted by indictment (Schedule 1 offences generally relate to sexual offences involving young victims).

[29] Le 29 juin 2010, la LLARCG a modifié l'article 4 [L.C. 2010, ch. 5, art. 2] de la LCJ. La modification faisait passer de cinq à dix ans la période d'inadmissibilité pour une série d'infractions, à savoir : les sévices graves à la personne au sens de l'article 752 du *Code criminel*, y compris l'homicide involontaire coupable, pour lesquels le demandeur a été condamné à au moins deux ans d'emprisonnement; ou une infraction visée à l'annexe 1 et ayant fait l'objet d'une poursuite par voie de mise en accusation (les infractions visées à l'annexe 1

[30] The LPSCA also imposed additional substantive criteria for the Parole Board of Canada to consider in assessing whether to grant a record suspension for offences prosecuted by indictment. In addition to being satisfied that “the applicant, during the applicable period referred to in section 4, has been of good conduct and has not been convicted of an offence under an Act of Parliament”, [CRA, s. 4.1(1)(a) (as am. by S.C. 2010, c. 5, s. 3)] the Parole Board of Canada had to be satisfied that:

Pardon

4.1 (1) [(as am. by S.C. 2010, c. 5, s. 3)]

(b) in the case of an offence referred to in paragraph 4(a), granting the pardon at that time would provide a measurable benefit to the applicant, would sustain his or her rehabilitation in society as a law-abiding citizen and would not bring the administration of justice into disrepute. [My emphasis.]

[31] In addition to these amendments, section 10 of the LPSCA provided for the retrospective application of the amendments:

New applications for pardons

10. Subject to section 11, an application for a pardon under the *Criminal Records Act* in respect of an offence that is referred to in paragraph 4(a) of that Act, as it read immediately before the day on which this Act comes into force, and that is committed before that day shall be dealt with and disposed of in accordance with the *Criminal Records Act*, as amended by this Act.

[32] On March 13, 2012, the SSCA amended section 4 [S.C. 2012, c. 1, s.115] of the CRA to read as follows:

Restrictions on application for record suspension

4 (1) A person is ineligible to apply for a record suspension until the following period has elapsed after the expiration according to law of any sentence, including a

concernent généralement les infractions d’ordre sexuel mettant en cause de jeunes victimes).

[30] La LLARCG a également imposé des critères de fond supplémentaires dont la Commission des libérations conditionnelles du Canada doit tenir compte pour déterminer s’il convient d’ordonner une suspension de casier pour les infractions ayant fait l’objet d’une poursuite par voie de mise en accusation. En plus d’être convaincue « que le demandeur s’est bien conduit pendant la période applicable mentionnée à l’article 4 et qu’aucune condamnation, au titre d’une loi du Parlement, n’est intervenue pendant cette période » [LCJ, art. 4.1(1)a) (tel que modifié par L.C. 2010, ch. 5, art. 3)], la Commission des libérations conditionnelles du Canada doit avoir la certitude :

Réhabilitation

4.1 (1) [...] [tel que modifié par L.C. 2010, ch. 5, art. 3]

b) dans le cas d’une infraction visée à l’alinéa 4a), que le fait d’octroyer à ce moment la réhabilitation apporterait au demandeur un bénéfice mesurable, soutiendrait sa réadaptation en tant que citoyen respectueux des lois au sein de de la société et ne serait pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. [Non souligné dans l’original.]

[31] L’article 10 de la LLARCG prévoyait également l’application rétrospective de ces modifications :

Nouvelles demandes de réhabilitation

10. Sous réserve de l’article 11, la demande de réhabilitation présentée en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire* à l’égard d’une infraction visée à l’alinéa 4a) de cette loi, dans sa version antérieure à la date d’entrée en vigueur de la présente loi, et perpétrée avant cette date est traitée en conformité avec la *Loi sur le casier judiciaire*, dans sa version modifiée par la présente loi.

[32] Le 13 mars 2012, la LSRC a modifié l’article 4 [L.C. 2012, ch. 1, art. 115] de la LCJ de la manière suivante :

Restrictions relatives aux demandes de suspension du casier

4 (1) Nul n’est admissible à présenter une demande de suspension du casier avant que la période consécutive à l’expiration légale de la peine, notamment une peine

sentence of imprisonment, a period of probation and the payment of any fine, imposed for an offence:

(a) 10 years, in the case of an offence that is prosecuted by indictment [My emphasis.]

[33] In addition to changing the term pardon to “record suspension” and extending the application of the ten year ineligibility period to all offences prosecuted by indictment, the SSCA also provided for the retrospective application of the section 4 amendment, as follows:

New applications for pardons

161. Subject to section 162, an application for a pardon under the *Criminal Records Act* in respect of an offence that is referred to in paragraph 4(a) or (b) of that Act, as it read immediately before the day on which this section comes into force, and that is committed before that day shall be dealt with and disposed of in accordance with the *Criminal Records Act*, as amended by this Part, as though it were an application for a record suspension.

[34] Finally, paragraphs 11(h) and 11(i) of the Charter provide:

Proceedings in criminal and penal matters

11. Any person charged with an offence has the right

...

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

(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.

IV. Analysis

A. *Jurisdiction to Grant the Declaratory Relief Sought*

[35] In *ITO-Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics*, [1986] 1 S.C.R. 752 (*ITO*), the Supreme

d’emprisonnement, une période de probation ou le paiement d’une amende, énoncée ci-après ne soit écoulée :

a) dix ans pour l’infraction qui a fait l’objet d’une poursuite par voie de mise en accusation [...]; [Non souligné dans l’original.]

[33] En plus de remplacer le terme « réhabilitation » par « suspension du casier » et d’étendre l’application de la période d’inadmissibilité de dix ans à toutes les infractions ayant fait l’objet d’une poursuite par voie de mise en accusation, la LSRC prévoyait l’application rétrospective de la modification de l’article 4 :

Nouvelles demandes de réhabilitation

161. Sous réserve de l’article 162, la demande de réhabilitation présentée en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire* à l’égard d’une infraction visée à l’alinéa 4a) ou b) de cette loi, dans sa version antérieure à la date d’entrée en vigueur du présent article, et perpétrée avant cette date est traitée en conformité avec la *Loi sur le casier judiciaire*, dans sa version modifiée par la présente partie, comme s’il s’agissait d’une demande de suspension du casier.

[34] Enfin, les alinéas 11(h) et i) de la Charte prévoient ce qui suit :

Affaires criminelles et pénales

11. Tout inculpé a le droit :

[...]

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

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.

IV. Analyse

A. *Compétence pour accorder le jugement déclaratoire demandé*

[35] Dans l’arrêt *ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752 (*ITO*), la Cour

Court of Canada set out a three-part test to support a finding that the Federal Court has jurisdiction to deal with a given claim:

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by Parliament.
2. There must be an existing body of federal law, essential to the disposition of the case, which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
3. The law on which the case is based must be “a law of Canada” as the phrase is used in section 101 of the *Constitution Act, 1867*.

[36] More recently, the Supreme Court of Canada reiterated the *ITO* three-part test in *Windsor*. It also pointed out that in order to decide whether the Federal Court has jurisdiction over a claim, it is necessary to determine the essential nature or character of the claim. It further added that the essential nature of the claim must be determined based on “a realistic appreciation of the practical result sought by the claimant” (*Windsor*, at paragraphs 25–26, citing *Canada v. Domtar Inc*, 2009 FCA 218, at paragraph 28).

[37] Here, the pith and substance of these proceedings concern the legality of the authority granted to the Parole Board of Canada to retrospectively apply the statutory ten-year ineligibility period and the criteria for granting a record suspension. The purpose of the application is to require the Parole Board of Canada to consider P.H.’s application for a record suspension under the CRA provisions as they read at the time he committed the offence in June 2009. P.H.’s injunctive remedy is predicated on a finding that the Transitional Provisions are constitutionally invalid on the basis that they infringe paragraphs 11(*h*) and 11(*i*) of the Charter.

[38] Turning to the first prong of the tripartite *ITO* test, I agree with the parties that there is a statutory grant of

suprême du Canada a énoncé un critère à trois volets permettant de conclure que la Cour fédérale a compétence pour traiter une demande donnée :

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l’attribution légale de compétence.
3. La loi invoquée dans l’affaire doit être « une loi du Canada » au sens où cette expression est employée à l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[36] Récemment, dans l’arrêt *Windsor*, la Cour suprême du Canada a repris le critère à trois volets établi dans l’arrêt *ITO*. Elle a également souligné que pour décider si la Cour fédérale a compétence sur une demande, il est nécessaire de déterminer la nature ou le caractère essentiel de cette demande. Elle a ajouté que la nature essentielle de la demande devait être dégagée selon « une appréciation réaliste du résultat concret visé par le demandeur » (*Windsor*, aux paragraphes 25–26, citant l’arrêt *Canada c. Domtar Inc*, 2009 CAF 218, au paragraphe 28).

[37] En l’espèce, le caractère véritable de l’instance concerne la légalité du pouvoir conféré à la Commission des libérations conditionnelles du Canada d’appliquer rétrospectivement la période d’inadmissibilité de dix ans prévue par la loi et les critères pour ordonner une suspension de casier. Avec sa demande, P.H. réclame que la Commission des libérations conditionnelles du Canada examine sa demande de suspension de casier judiciaire en fonction de la LCJ telle qu’elle était libellée lorsqu’il a commis l’infraction, en juin 2009. Son recours en injonction repose sur une conclusion selon laquelle les dispositions transitoires sont inconstitutionnelles pour le motif qu’elles enfreignent les alinéas 11(*h*) et *i*) de la Charte.

[38] Concernant le premier des trois volets du critère énoncé dans l’arrêt *ITO*, la Cour convient avec les

jurisdiction by Parliament. Sections 18 and 18.1 of the Act grant this Court exclusive jurisdiction (subject to section 28 of the Act) to issue an injunction and grant declaratory relief against any federal board, which includes the Parole Board of Canada. There is also an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction. The CRA, the LPSCA and the SSCA are federal laws essential to the disposition of this case, since a declaration that the Transitional Provisions are constitutionally invalid is the only remedy available to put an end to the inconsistent retrospective application of eligibility conditions for criminal record suspensions across Canada. Finally, the relevant statutes in this case are undoubtedly laws of Canada as per section 101 of the *Constitution Act, 1867*. They are federal statutes dealing with matters falling within the federal government's exclusive jurisdiction over criminal law.

[39] Based on the above, I am satisfied that the *ITO* three-part test is met.

[40] I am also of the view that this Court has the jurisdiction to issue general declarations of invalidity for the purpose of section 52 of the *Constitution Act, 1982*. In reaching this conclusion, I have considered the comments made by the Supreme Court of Canada in *Windsor*, which appear to question the Federal Court's plenary power to issue formal general declarations of invalidity, as the parties seek in this case.

[41] Writing for the majority in *Windsor*, Madam Justice Karakatsanis indicated that it was not necessary to consider the Federal Court of Appeal's finding that this Court has the remedial power to declare legislation constitutionally invalid, inapplicable or inoperative. While declining to comment on the issue, she nevertheless noted "[the] important distinction between the power to make a constitutional finding which binds only the parties to the proceeding and the power to make a

parties qu'il y a attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral. Conformément aux articles 18 et 18.1 de la Loi, la Cour a compétence exclusive (sous réserve de l'article 28 de la Loi) pour décerner une injonction et rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral, ce qui comprend la Commission des libérations conditionnelles du Canada. Il existe également un ensemble de règles de droit fédérales qui est essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence. La LCJ, la LLARCG et la LSRC sont des lois fédérales essentielles pour trancher l'espèce, puisqu'un jugement déclarant que les dispositions transitoires sont inconstitutionnelles est le seul recours disponible pour mettre fin à l'application rétrospective non uniforme des conditions d'admissibilité à une suspension du casier judiciaire partout au Canada. Enfin, les lois pertinentes en l'espèce sont incontestablement des lois du Canada au sens de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il s'agit de lois fédérales qui traitent de sujets relevant de la compétence exclusive du gouvernement fédéral quant au droit criminel.

[39] Compte tenu de ce qui précède, la Cour conclut que le critère à trois volets énoncé dans l'arrêt *ITO* est respecté.

[40] La Cour est également d'avis qu'elle a compétence pour prononcer des jugements déclaratoires d'invalidité aux fins d'application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour arriver à cette conclusion, la Cour a examiné les commentaires de la Cour suprême du Canada qui, dans l'arrêt *Windsor*, semble remettre en question le plein pouvoir de la Cour fédérale de prononcer des jugements déclaratoires formels d'invalidité tels que celui que les parties cherchent à obtenir en l'espèce.

[41] Madame la juge Karakatsanis, s'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *Windsor*, a indiqué qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle la Cour fédérale possède le pouvoir de déclarer, à titre de réparation, qu'une règle de droit est inconstitutionnelle, inapplicable ou inopérante. Même si elle a déclaré ne pas vouloir aborder cette question, elle a néanmoins fait la remarque suivante : « Il existe une distinction importante entre le

formal constitutional declaration which applies generally and which effectively removes a law from the statute books”. She accepted that this Court has the power to make findings of constitutionality and to give no force or effect in a particular proceeding to a law found to be unconstitutional. However, she added that her “silence on this point should not be taken as tacit approval of the Federal Court of Appeal’s analysis or conclusion” that this Court does indeed have the power to grant a general declaration of statutory invalidity under section 52 of the *Constitution Act, 1982* (*Windsor*, at paragraphs 70–71).

[42] With the greatest of respect to the Supreme Court of Canada, I do not consider myself bound by these *obiter* comments. The facts in this case differ from those in *Windsor*. That case dealt with the application of a municipal bylaw to a federal undertaking. The applicant was not seeking relief under an Act of Parliament and under a federal right, but was seeking relief under the *Constitution Act, 1867*. In this case, sections 18 and 18.1 of the Act grant this Court the jurisdiction to issue declaratory relief against the Parole Board of Canada. There is no need to interpret this Court’s jurisdiction restrictively because this Court is a statutory court rather than a court of inherent jurisdiction. Although it is not a “superior court” within the meaning of section 96 of the *Constitution Act, 1867*, this Court is nevertheless comparable to a superior court when it exercises its general supervisory jurisdiction over federal boards, such as the Parole Board of Canada. Sections 18 and 18.1 of the Act do not remove the jurisdiction of provincial superior courts to grant a constitutional declaration against a federal board. However, the Act does create concurrent jurisdiction in cases where the Federal Court has been granted jurisdiction by an Act of Parliament (sections 18 and 18.1 of the Act) and the *ITO* test is otherwise met, as is the case here.

pouvoir de tirer, quant à la constitutionnalité d’une règle de droit, une conclusion qui ne lie que les parties à l’instance et celui de prononcer à cet égard une déclaration formelle qui s’applique de façon générale et retire de manière effective une disposition législative du corpus législatif ». Elle a reconnu que notre Cour a le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité d’une règle de droit et de déclarer inopérante, dans une instance donnée, une règle de droit qu’elle juge inconstitutionnelle. Elle a toutefois ajouté que son « silence sur ce point ne devrait pas être interprété comme une approbation tacite de l’analyse ou de la conclusion de la Cour d’appel fédérale » selon laquelle notre Cour a bel et bien le pouvoir de prononcer un jugement déclaratoire général d’invalidité aux termes de l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (*Windsor*, aux paragraphes 70–71).

[42] Malgré tout le respect qu’elle a pour l’opinion des juges de la Cour suprême du Canada, la Cour ne se considère pas liée par ces remarques incidentes. Les faits de l’espèce diffèrent de ceux présentés dans l’arrêt *Windsor*. Cette affaire portait sur l’application du droit municipal à un ouvrage fédéral. L’appelante ne sollicitait pas une réparation sous le régime d’une loi fédérale, mais plutôt sous le régime de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En l’espèce, les articles 18 et 18.1 de la Loi donnent compétence à notre Cour pour rendre un jugement déclaratoire à l’encontre de la Commission des libérations conditionnelles du Canada. Il n’est pas nécessaire d’interpréter restrictivement la compétence de notre Cour puisque c’est une cour de justice d’origine législative et non un tribunal possédant une compétence inhérente. Notre Cour, même si elle n’est pas une « cour supérieure » au sens de l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, est néanmoins assimilable à une cour supérieure lorsqu’elle exerce son pouvoir général de surveillance sur des offices fédéraux comme la Commission des libérations conditionnelles du Canada. Les articles 18 et 18.1 de la Loi ne retirent pas aux cours supérieures provinciales leur compétence pour prononcer, à l’encontre d’un office fédéral, un jugement déclaratoire quant à la constitutionnalité d’une règle de droit. Cependant, la Loi crée bel et bien une compétence concomitante dans les cas où une loi fédérale (articles 18 et 18.1 de la Loi) confère compétence à la Cour fédérale et où le critère de l’arrêt *ITO* est par ailleurs satisfait, comme c’est le cas en l’espèce.

[43] I do not intend to comment any further on the majority's *obiter* comments in *Windsor*. I accept and adopt as my own the reasoning of my colleagues who recently found that this Court does indeed have the jurisdiction to issue general declarations of invalidity for the purpose of section 52 of the *Constitution Act, 1982* (*Deegan v. Canada (Attorney General)*, 2019 FC 960, [2020] 1 F.C.R. 411, at paragraphs 212–240; *Fédération des francophones de la Colombie-Britannique v. Canada (Employment and Social Development)*, 2018 FC 530, [2019] 1 F.C.R. 243, at paragraphs 55–65; *Bilodeau-Massé v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 604, [2018] 1 F.C.R. 386, at paragraphs 38–88). I also rely on the statements made by the Federal Court of Appeal in *Lee v. Canada (Correctional Service)*, 2017 FCA 228 regarding the plenary powers of the Federal Courts. As I do not find it useful to repeat their analysis in these reasons, I refer the parties and the reader to the cited portions of those decisions.

[44] Additionally, I find that P.H. has standing to challenge the constitutionality of the Transitional Provisions because he is directly affected by them. Since he committed the offence in June 2009, his ineligibility period to apply for a record suspension has been extended by five years. In addition, he must meet the more onerous criteria to obtain a record suspension. As the Court found in *Chu*, I am also of the view that P.H. has the requisite standing to challenge the retrospective application of the CRA amendments as they apply to all affected offenders (*Chu*, at paragraph 90). In reaching this conclusion, I rely on the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773 (*Nur*), a challenge to the mandatory minimum sentences found in paragraph 95(2)(a) of the *Criminal Code*. There, the Supreme Court of Canada confirmed that a claimant who otherwise has standing can seek a declaration of invalidity under section 52 of the *Constitution Act, 1982* on the basis that the law has unconstitutional effects, whether on the claimant or on third parties (*Nur*, at paragraphs 50–51 and 63–65; *Chu*, at paragraphs 90–104).

[43] La Cour n'a pas l'intention de commenter davantage les remarques incidentes formulées par la majorité dans l'arrêt *Windsor*. Elle accepte et fait sienne le raisonnement de ses collègues qui ont récemment conclu que notre Cour a bel et bien compétence pour prononcer des jugements déclaratoires d'invalidité aux fins d'application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (*Deegan c. Canada (Procureur général)*, 2019 CF 960, [2020] 1 R.C.F. 411, aux paragraphes 212–240; *Fédération des francophones de la Colombie-Britannique c. Canada (Emploi et Développement social)*, 2018 CF 530, [2019] 1 R.C.F. 243, aux paragraphes 55–65; *Bilodeau-Massé c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 604, [2018] 1 R.C.F. 386, aux paragraphes 38–88). La Cour s'appuie également sur les déclarations de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Lee c. Canada (Service correctionnel)*, 2017 CAF 228, concernant les pleins pouvoirs des Cours fédérales. Puisqu'il semble inutile de reproduire leurs analyses dans les présents motifs, la Cour renvoie les parties et le lecteur aux extraits cités des décisions susmentionnées.

[44] De plus, la Cour conclut que P.H. a qualité pour contester la constitutionnalité des dispositions transitoires puisqu'il est directement touché par celles-ci. Puisque son infraction remonte à juin 2009, sa période d'inadmissibilité avant de pouvoir demander une suspension du casier a été prolongée de cinq ans. Qui plus est, il doit se conformer aux critères renforcés pour obtenir une suspension de son casier. Comme la C.S.C.-B. l'a conclu dans l'affaire *Chu*, la Cour est d'avis que P.H. a la qualité requise pour contester l'application rétrospective des modifications de la LCJ telles qu'elles s'appliquent à toutes les personnes condamnées concernées (*Chu*, au paragraphe 90). Pour arriver à cette conclusion, la Cour s'appuie sur la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773 (*Nur*), qui concernait une contestation des peines minimales obligatoires prévues à l'alinéa 95(2)a) du *Code criminel*. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a confirmé qu'un demandeur qui a par ailleurs qualité pour agir peut solliciter une déclaration d'invalidité en application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* au motif qu'une disposition a des effets inconstitutionnels pour lui-même ou pour des tiers (*Nur*, aux paragraphes 50–51, 63–65; *Chu*, aux paragraphes 90–104).

B. Evidence

[45] The second issue I must address is whether the Court has sufficient evidence before it and whether it can rely on the evidence submitted in *Chu*.

[46] I agree with the parties that there is sufficient evidence before the Court to support a declaration of invalidity.

[47] The issue in this case is essentially one of law, namely whether the retrospective application of amendments to the CRA constitutes changes to the conditions of an offender's original "punishment" in a manner that is contrary to paragraphs 11(h) and 11(i) of the Charter. As noted in *Chu*, to determine this issue, the Court must consider the following two questions: (1) whether a criminal record constitutes punishment within the meaning of section 11 of the Charter; and (2) if so, whether the retrospective effect of the Transitional Provisions has the effect of adding to that punishment (*Chu*, at paragraph 110).

[48] To determine the first question, it is necessary to refer to the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906 (*K.R.J.*), where the Court restated the test for punishment. A measure meets the test for punishment if it: (1) is a consequence of conviction that forms part of the arsenal of sanctions to which an accused might be liable in respect of a particular offence; and either (2) is imposed in furtherance of the purpose and principles of the sentence; or (3) has a significant impact on an offender's liberty or security interests (*K.R.J.*, at paragraph 41).

[49] In *Chu*, the S.C.B.C. concluded that the first and second branches of the *K.R.J.* test were met. It reached this conclusion by relying only on the jurisprudence and without discussing any of the evidence. It was only when examining the third branch of the *K.R.J.* test—whether criminal records significantly affect liberty and security interests—that the S.C.B.C. considered the evidence. The S.C.B.C. concluded that since the first and second branches of the *K.R.J.* test were met, it was not necessary to consider the alternative third branch (*Chu*, at

B. Preuve

[45] La Cour doit ensuite déterminer si elle dispose de suffisamment d'éléments de preuve et si elle peut s'appuyer sur la preuve présentée dans l'affaire *Chu*.

[46] La Cour convient avec les parties qu'elle dispose de suffisamment d'éléments de preuve à l'appui d'une déclaration d'invalidité.

[47] La question en l'espèce est essentiellement une question de droit : l'application rétrospective des modifications apportées à la LCJ change-t-elle les conditions de la « peine » initialement infligée à une personne condamnée de manière contraire aux alinéas 11h) et i) de la Charte? Pour y répondre, la Cour doit se pencher sur les deux questions suivantes, formulées au paragraphe 110 de l'affaire *Chu* : 1) L'existence d'un casier judiciaire constitue-t-elle une peine au sens de l'article 11 de la Charte? 2) Dans l'affirmative, l'application rétrospective des dispositions transitoires a-t-elle pour effet d'alourdir cette peine?

[48] Pour trancher la première question, il faut se rapporter à l'arrêt *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906 (*K.R.J.*), dans lequel la Cour suprême du Canada a reformulé le critère qui permet d'assimiler une mesure à une peine. Une mesure satisfait au critère relatif à la peine si 1) elle est une conséquence d'une déclaration de culpabilité qui fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et 2) soit elle est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine, 3) soit elle a une grande incidence sur le droit du contrevenant à la liberté ou à la sécurité (*K.R.J.*, au paragraphe 41).

[49] Dans l'affaire *Chu*, la C.S.C.-B. a conclu que les premier et deuxième volets du critère de l'arrêt *K.R.J.* étaient respectés. Elle est parvenue à cette conclusion sur la base de la jurisprudence, en n'examinant aucun élément de preuve. Ce n'est que pour examiner le troisième volet du critère de l'arrêt *K.R.J.* (déterminer si les casiers judiciaires ont un effet important sur le droit du contrevenant à la liberté et à la sécurité) que la C.S.C.-B. a tenu compte des éléments de preuve. Elle a conclu que puisque les premier et deuxième volets du critère de

paragraph 179). It nevertheless proceeded to do so on the basis that the case was one of first instance.

[50] I recognize that I do not have the benefit of the extensive evidence that was before the S.C.B.C. In this case, P.H. has filed an affidavit regarding his personal circumstances in which he sets out the impact of having a criminal record. He has also filed a report from a psychologist that discusses albeit briefly, the psychological effect of having a criminal record. In contrast, Mr. Chu filed a number of expert reports in addition to his own personal evidence. To demonstrate the impacts of having a criminal record, Mr. Chu filed expert reports from Dr. Neil Boyd, a professor and Director of the School of Criminology at Simon Fraser University, and from Dr. Anthony Doob, a professor emeritus at the Centre of Criminology at the University of Toronto. The AGC also filed an expert report from Dr. Alfred Blumstein, an emeritus professor of Urban Systems and Operations Research at Heinz College at Carnegie Mellon University (*Chu*, at paragraph 183). The three experts were cross-examined and the transcripts of the cross-examinations were before the S.C.B.C. The S.C.B.C. found the experts to be eminently qualified to give the evidence outlined in their reports (*Chu*, at paragraph 184). The parties did not object to the experts' qualifications or reports, and the parties made no submissions as to the weight to accord the expert evidence. The AGC's own expert acknowledged that a criminal record makes it more difficult for an offender to find employment, which, in turn, has further negative consequences on past offenders, especially in terms of marriage and family life (*Chu*, at paragraphs 193 and 198).

[51] The reports in question are not before this Court. Nevertheless, I note that the Supreme Court of Canada stated in *Nur* that, when examining the issue of standing to seek a general declaration of invalidity, a "court may look not only at the offender's situation, but at other

l'arrêt *K.R.J.* étaient respectés, il n'était pas nécessaire de se pencher sur le troisième volet à caractère subsidiaire (*Chu*, au paragraphe 179). Elle l'a tout de même fait pour le motif qu'il s'agissait d'un dossier de première instance.

[50] La Cour reconnaît qu'elle ne bénéficie pas de la preuve abondante dont disposait la C.S.C.-B. En l'espèce, P.H. a déposé un affidavit concernant sa situation personnelle, dans lequel il fait état des conséquences de l'existence de son casier judiciaire. Il a également déposé un rapport d'un psychologue qui aborde, quoique brièvement, l'effet psychologique d'un casier judiciaire. M. Chu, en revanche, avait déposé plusieurs rapports d'expert en plus de son propre témoignage. Pour démontrer les conséquences d'un casier judiciaire, M. Chu a déposé des rapports d'expert rédigés par M. Neil Boyd, professeur et directeur de la School of Criminology à l'Université Simon-Fraser, et par M. Anthony Doob, professeur émérite au Centre of Criminology de l'Université de Toronto. Le PGC a également déposé un rapport de M. Alfred Blumstein, professeur émérite dans le domaine des réseaux urbains et de la recherche opérationnelle au Heinz College de l'Université Carnegie Mellon (*Chu*, au paragraphe 183). Les trois experts ont été contre-interrogés et les transcriptions des contre-interrogatoires ont été remises à la C.S.C.-B. Cette dernière a estimé que les experts étaient éminemment qualifiés pour fournir les éléments de preuve énoncés dans leurs rapports (*Chu*, au paragraphe 184). Les parties n'ont soulevé aucune objection quant aux qualifications et aux rapports des experts, et n'ont fait aucune observation quant au poids à accorder à la preuve d'expert. L'expert cité par le PGC a lui-même reconnu qu'un casier judiciaire complique la recherche d'emploi pour une personne condamnée, et que l'accès limité aux occasions d'emploi avait des conséquences négatives sur les personnes ayant été condamnées, notamment en matière de mariage et de vie familiale (*Chu*, aux paragraphes 193 et 198).

[51] La Cour ne dispose pas des rapports en question. Elle note néanmoins que la Cour suprême du Canada a affirmé, dans l'arrêt *Nur*, que pour déterminer si un demandeur a qualité pour solliciter un jugement déclaratoire général d'invalidité, un tribunal peut « se pencher

reasonably foreseeable situations where the impugned law may apply” (*Nur*, at paragraph 58; *Chu*, at paragraph 93). I agree with the parties that I may consider the *Chu* case as another “reasonably foreseeable situation”.

[52] Given the recognition by the AGC’s own expert in *Chu* that criminal records significantly affect liberty and security interests and given the uncontested findings of the S.C.B.C., I am satisfied that I can rely on the S.C.B.C.’s findings on this particular issue.

[53] I am also of the view that I may take judicial notice of the impact of a criminal record in general as well as that of a record suspension, particularly as provided in the CRA and other laws such as the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (CHRA), which protects against discrimination based on a “conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered” (CHRA, subsection 3(1)).

C. Judicial Comity

[54] The principle of judicial comity is well recognized by the judiciary in Canada. In the Federal Court, the principle is to the effect that a substantially similar decision rendered by a judge of this Court should be followed in the interest of advancing certainty in the law (*Almrei v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1025, 316 F.T.R. 49 (*Almrei*), at paragraph 61). There are a number of exceptions to the principle: (1) the existence of a different factual matrix or evidentiary basis between the two cases; (2) the issue to be decided is different; (3) the previous decision failed to consider legislation or binding authorities that would have produced a different result; and (4) the decision followed would create an injustice (*Almrei*, at paragraph 62).

[55] The parties rely on *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077 (*Morguard*) to argue that the rules of judicial comity apply in this case and militate in favour of recognizing the *Chu* decision. They

non seulement sur la situation du délinquant, mais aussi sur toute autre situation raisonnablement prévisible à laquelle la disposition pourrait s’appliquer » (*Nur*, au paragraphe 58; *Chu*, au paragraphe 93). La Cour convient avec les parties qu’elle pourrait considérer l’affaire *Chu* comme une autre [TRADUCTION] « situation raisonnablement prévisible ».

[52] Étant donné que l’expert cité par le PGC dans l’affaire *Chu* a lui-même reconnu que les casiers judiciaires ont un effet important sur le droit du contrevenant à la liberté et à la sécurité, et puisque les conclusions de la C.S.C.-B. n’ont pas été contestées, la Cour conclut qu’elle peut s’en inspirer sur cette question précise.

[53] En outre, la Cour est d’avis qu’elle peut prendre acte d’office des répercussions d’un casier judiciaire en général ainsi que d’une suspension du casier, particulièrement comme le prévoient la LCJ et d’autres lois telles que la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (LCDP), qui protège contre la discrimination fondée sur « l’état de personne graciée » (LCDP, paragraphe 3(1)).

C. Courtoisie judiciaire

[54] Le principe de la courtoisie judiciaire est bien reconnu par la magistrature canadienne. À la Cour fédérale, ce principe veut qu’une décision essentiellement semblable rendue par un juge de cette Cour soit adoptée dans l’intérêt de favoriser la certitude du droit (*Almrei c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 1025 (*Almrei*), au paragraphe 61). Il existe plusieurs exceptions à ce principe : 1) les cas où l’ensemble de faits ou les éléments de preuve ne sont pas les mêmes pour les deux causes; 2) les cas où la question à trancher est différente; 3) les cas où la décision antérieure n’a pas examiné la loi ou la jurisprudence qui aurait donné lieu à un résultat différent; et 4) les cas où la décision suivie créerait une injustice (*Almrei*, au paragraphe 62).

[55] Les parties invoquent l’arrêt *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077 (*Morguard*) pour faire valoir que les règles de la courtoisie judiciaire s’appliquent en l’espèce et militent en

submit that the S.C.B.C.'s reasoning in *Chu* is complete and compelling, and they urge me to rely on that reasoning in the particular circumstances of this case to declare the Transitional Provisions constitutionally invalid.

[56] In *Morguard*, the Supreme Court of Canada considered whether the courts of British Columbia ought to recognize a judgment rendered by the courts of Alberta at a time when the defendant in a personal action did not live in Alberta. In discussing the need for recognition and enforcement of judgments within Canada, the Supreme Court of Canada emphasized that the considerations underlying the rules of comity applied with much greater force between the units of a federal state (*Morguard*, at page 1098). After noting that the creation of a single country presupposed a basic goal of stability and unity, the Court went on to find that the Canadian judicial structure was arranged in such a manner that any concerns about differential quality of justice among the provinces had no real foundation. It particularly noted that all superior court judges are appointed and paid by the federal authorities and subject to final review by the Supreme Court of Canada (*Morguard*, at pages 1099–1100). The Supreme Court of Canada found that, in relation to the recognition and enforcement of judgments within Canada, the courts in one province should give full faith and credit to the judgments given by a court in another province or territory, so long as that court has properly, or appropriately, exercised jurisdiction in that action.

[57] It is unnecessary for me to decide whether the principles of judicial comity apply in this instance since I am of the view that the considerations that underlie judicial comity—deference and respect, order and fairness, stability and unity—nevertheless apply in this case. The constitutional issue to be decided in this case is the same as that decided in *Chu*. Despite the CRA being a federal statute, the current state of the law in Canada is such that different versions of section 4 of the CRA are being applied in the provinces and territories, resulting in

faveur de la prise en compte de l'affaire *Chu*. Elles prétendent que le raisonnement de la C.S.C.-B. dans l'affaire *Chu* est complet et convaincant, et insistent pour que la Cour s'en inspire dans les circonstances particulières de l'espèce pour déclarer inconstitutionnelles les dispositions transitoires.

[56] Dans l'arrêt *Morguard*, la Cour suprême du Canada s'est demandée si les tribunaux de la Colombie-Britannique devaient reconnaître une décision rendue par les tribunaux de l'Alberta à une époque où le défendeur dans une action personnelle ne vivait pas en Alberta. Dans son analyse de la nécessité de reconnaître et d'exécuter les jugements au Canada, la Cour suprême du Canada a souligné que les considérations qui sous-tendent les règles de la courtoisie s'appliquent avec beaucoup plus de force entre les éléments d'un État fédéral (*Morguard*, à la page 1098). Après avoir fait remarquer que l'établissement d'un seul et même pays présume un objectif fondamental de stabilité et d'unité, la Cour a conclu que le système judiciaire canadien est organisé de telle manière que toute crainte de différence de qualité de justice d'une province à l'autre ne saurait être vraiment fondée. Elle a noté, en particulier, que tous les juges de cour supérieure sont nommés et rémunérés par les autorités fédérales, et sont assujettis à l'examen en dernier ressort de leurs décisions par la Cour suprême du Canada (*Morguard*, aux pages 1099–1100). La Cour suprême du Canada a conclu, à l'égard de la reconnaissance et de l'exécution des jugements à l'intérieur du Canada, que les tribunaux d'une province devraient « reconnaître totalement » les jugements rendus par un tribunal d'une autre province ou d'un territoire, pourvu que ce tribunal ait correctement et convenablement exercé sa compétence dans l'action.

[57] Il n'est pas nécessaire pour la Cour de décider si les principes de courtoisie judiciaire s'appliquent en l'espèce puisqu'elle estime que les considérations qui sous-tendent la courtoisie judiciaire (déférence et respect, ordre et équité, stabilité et unité) s'appliquent malgré tout. La question constitutionnelle à trancher en l'espèce est la même que dans l'affaire *Chu*. Bien que la LCJ soit une loi fédérale, l'état actuel du droit au Canada fait en sorte que différentes versions de l'article 4 de la LCJ sont appliquées dans les provinces et

record suspensions being more difficult to obtain for certain individuals outside British Columbia and Ontario. It is in the interests of justice that the amendments to section 4 of the CRA be applied consistently across Canada. In addition, as the Supreme Court of Canada noted in *Morguard*, I also consider that judges of the Federal Courts, like judges of provincial superior courts, are appointed and paid by the federal authorities, and they are subject to final review by the Supreme Court of Canada. I can think of no reason why the decision of the S.C.B.C. should not have persuasive value in this case, especially considering there is nothing in the record demonstrating that the S.C.B.C. failed to consider legislation or binding authorities that would have yielded a different result.

[58] For all of these reasons, I am satisfied that I may take notice of the judgment in *Chu* and its reasoning in conducting my own legal analysis to answer the constitutional questions at issue in this case.

D. Constitutional Challenge

[59] Before determining the merits of the constitutional challenge, I must address an issue that arose at the end of my deliberations. I became aware that the notice of constitutional question was not served on the attorneys general of the territories. Subsections 57(1) and 57(2) of the Act require notice to the AGC and the attorney general of “each province” at least ten days before the hearing of a constitutional question. While these provisions do not refer to the attorneys general of the territories, subsection 35(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 stipulates that the word “province” in federal enactments “includes Yukon, the Northwest Territories and Nunavut”. The attorneys general of the territories were therefore entitled to notice.

[60] In an attempt to rectify the defective service, the AGC served the notice of constitutional question on the attorneys general of the territories by fax on December 20, 2019 and January 2, 2020. Then, on January 21, 2020,

territoires, ce qui fait qu’il est difficile d’obtenir des suspensions de casier pour certaines personnes en dehors de la Colombie-Britannique et de l’Ontario. Il est dans l’intérêt de la justice que les modifications de l’article 4 de la LCJ soient appliquées de façon uniforme partout au Canada. En outre, comme la Cour suprême du Canada l’a mentionné dans l’arrêt *Morguard*, la Cour considère également que les juges de cour supérieure sont nommés et rémunérés par les autorités fédérales, et sont assujettis à l’examen en dernier ressort de leurs décisions par la Cour suprême du Canada. La Cour ne voit pas pourquoi l’arrêt de la C.S.C.-B. n’aurait pas une valeur de persuasion en l’espèce, d’autant plus qu’il n’y rien au dossier qui établisse que la C.S.C.-B. n’a pas tenu compte d’une loi ou d’une jurisprudence qui aurait mené à un résultat différent.

[58] Pour tous ces motifs, la Cour conclut qu’elle peut admettre d’office le jugement rendu dans l’affaire *Chu* et le raisonnement qui y est suivi pour mener sa propre analyse juridique afin de répondre aux questions constitutionnelles soulevées en l’espèce.

D. Contestation constitutionnelle

[59] Avant de déterminer le bien-fondé de la contestation constitutionnelle, la Cour doit se pencher sur une question qui s’est posée à la fin de son délibéré. La Cour a constaté que l’avis de question constitutionnelle n’avait pas été signifié aux procureurs généraux des territoires. Les paragraphes 57(1) et 57(2) de la Loi disposent qu’un avis doit être signifié au PGC et aux procureurs généraux « des provinces » au moins dix jours avant l’audience à laquelle la question constitutionnelle doit être débattue. Bien qu’il ne soit pas question des procureurs généraux des territoires dans ces dispositions, le paragraphe 35(1) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, porte que le mot « province » dans les textes fédéraux inclut « le Yukon, les Territoires du Nord-Ouest et le territoire du Nunavut ». Les procureurs généraux des territoires avaient donc droit à un avis.

[60] Pour remédier à la situation, le PGC a signifié l’avis de question constitutionnelle aux procureurs généraux des territoires par télécopieur le 20 décembre 2019 et le 2 janvier 2020. Ensuite, le 21 janvier 2020, le PGC

the AGC wrote to the attorneys general of the territories advising and assuring them that, if they wished to intervene, it would ask the Court to allow them to participate by adducing evidence and offering written and oral arguments. The AGC also indicated that it would appreciate a response at their earliest convenience, as it was required to follow up with the Court on the issue of the defective service by January 31, 2020. With its letter, the AGC also included the relevant proceedings and pleadings filed with the Court, and it informed the attorneys general of the territories that they could obtain the recording of the April 1, 2019 hearing from the Court.

[61] The Attorney General of Yukon and the Attorney General of the Northwest Territories have since replied to confirm that they do not intend to intervene. The Attorney General of Nunavut has yet to reply, but I am satisfied sufficient time was provided for a response. Given the assurances provided by the AGC in its January 21, 2020 letter, I am confident that if the Attorney General of Nunavut intended to participate in this matter, there would have been some communication with either the parties or the Court by now.

[62] I must now decide whether to give effect to these late notices by exercising my discretion under subsection 57(2) of the Act.

[63] Notice requirements ensure that laws are “not declared unconstitutional unless the fullest opportunity has been given to the government to support the law’s validity” (*Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 223, [2020] 2 F.C.R. 299 (*Kreishan*), at paragraph 54; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3, at paragraphs 19 and 113). In *Kreishan*, the Federal Court of Appeal gave effect to notices served eight days before the hearing, rather than the required ten. It noted responses from all 13 provincial and territorial attorneys general: none expressed an intention to intervene, and none objected to the request for an abridgement of the time for service of the notice. Based on these responses, the Federal Court of Appeal agreed to abridge the time for service, but it cautioned that its decision “was not lightly made and similar results should not be expected in future cases”, as the notice

a écrit aux procureurs généraux des territoires pour leur faire savoir et leur garantir que, s’ils souhaitaient intervenir, le PGC demanderait à la Cour de leur permettre de participer en produisant des éléments de preuve et en avançant des arguments écrits et oraux. Le PGC leur a précisé qu’il souhaitait obtenir leurs réponses le plus tôt possible puisqu’il devait faire un suivi auprès de la Cour avant le 31 janvier 2020 au sujet de la non-signification de l’avis aux procureurs généraux des territoires. Le PGC a joint à cette lettre les actes de procédure pertinents déposés à la Cour, et a indiqué aux procureurs généraux des territoires qu’ils pouvaient demander à la Cour l’enregistrement de l’audience du 1^{er} avril 2019.

[61] Le procureur général du Yukon et celui des Territoires du Nord-Ouest ont depuis répondu pour confirmer qu’ils n’avaient pas l’intention d’intervenir. Le procureur général du Nunavut n’a pas encore répondu, mais la Cour est d’avis qu’il a eu suffisamment de temps pour le faire. Compte tenu des garanties données par le PGC dans sa lettre du 21 janvier 2020, la Cour conclut que si le procureur général du Nunavut avait eu l’intention de participer dans ce dossier, il aurait déjà communiqué avec une des parties ou avec la Cour.

[62] La Cour doit à présent décider s’il y a lieu de donner effet à ces avis tardifs en exerçant le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 57(2) de la Loi.

[63] Les exigences en matière d’avis garantissent qu’une loi [TRADUCTION] « n’est pas déclarée inconstitutionnelle sans que le gouvernement ait vraiment eu l’occasion d’en soutenir la validité » (*Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 223, [2020] 2 R.C.F. 299 (*Kreishan*), au paragraphe 54; *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3, aux paragraphes 19 et 113). Dans l’arrêt *Kreishan*, la Cour d’appel fédérale a donné effet à des avis signifiés huit jours avant l’audience, au lieu des dix jours requis. Elle a pris note des réponses envoyées par les procureurs généraux des 13 provinces et territoires : aucun d’entre eux n’avait l’intention d’intervenir et aucun n’était opposé à la demande de raccourcissement du délai de signification de l’avis. S’appuyant sur ces réponses, la Cour d’appel fédérale a accepté de raccourcir le délai de signification, mais en prévenant que sa décision « n’a pas été prise

requirement “is not a mere formality” (*Kreishan*, at paragraph 53).

[64] In this case, the attorneys general of the territories were notified late, but, as in *Kreishan*, they have not expressed an intention to intervene. In fact, none of the provincial attorneys general have chosen to participate. This choice is perhaps not surprising given that the AGC has conceded that the Transitional Provisions are constitutionally invalid and the two provisions have already been declared to be of no force and effect in British Columbia and in Ontario. I consider that it is in the interests of justice that this matter be determined given the inconsistent application of the Transitional Provisions across Canada. As a result, I am extending the time for service, and I accept the notice as if it had been properly served before the hearing.

[65] Turning now to the constitutional challenge itself, as stated above, the determination of whether the retrospective amendments to the CRA constitute changes to the conditions of an offender’s “original punishment” in a manner that is contrary to paragraphs 11(*h*) and 11(*i*) of the Charter requires consideration of two questions. The first is whether a criminal record constitutes “punishment” under paragraphs 11(*h*) and 11(*i*) of the Charter. If the answer to the first question is yes, then the second question is whether the retrospective effect of the Transitional Provisions has the effect of adding to that punishment (*Chu*, at paragraph 110).

(1) Paragraph 11(*h*) of the Charter

[66] Paragraph 11(*h*) of the Charter protects against double jeopardy. It enshrines the right not to be tried or punished twice for the same offence. While it is normally triggered where there is a duplication of proceedings, the Supreme Court of Canada held in *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392 (*Whaling*) that paragraph 11(*h*) of the Charter also extends to additional punishment that does not involve an additional proceeding (*Whaling*, at paragraphs 36 and 42). The Court also held that the scope of “punishment” in the context of paragraph 11(*h*) of the Charter

à la légère et il ne faudrait pas s’attendre à des issues semblables dans de futures affaires » puisque l’exigence en matière d’avis « n’est pas une simple formalité » (*Kreishan*, au paragraphe 53).

[64] En l’espèce, les procureurs généraux des territoires ont été avisés tardivement; cependant, comme dans l’arrêt *Kreishan*, ils n’ont pas exprimé l’intention d’intervenir. Enfin, aucun des procureurs généraux des territoires n’a décidé de participer. Cette décision n’est peut-être pas surprenante puisque le PGC a reconnu l’inconstitutionnalité des dispositions transitoires et que les deux dispositions ont déjà été déclarées inopérantes en Colombie-Britannique et en Ontario. La Cour juge qu’il est dans l’intérêt de la justice de trancher cette question compte tenu de l’application non uniforme des dispositions transitoires au Canada. Par conséquent, la Cour prolonge le délai de signification et accepte l’avis comme s’il avait été dûment signifié avant l’audience.

[65] S’agissant maintenant de la contestation constitutionnelle en tant que telle, comme susmentionné, il faut se pencher sur deux questions pour déterminer si les modifications rétrospectives de la LCJ changent les conditions de la « peine initialement infligée » à une personne condamnée de manière contraire aux alinéas 11(*h*) et *i*) de la Charte. La première question est de savoir si l’existence d’un casier judiciaire constitue une « peine » au sens des alinéas 11(*h*) et *i*) de la Charte. Dans l’affirmative, la deuxième question est alors de savoir si l’application rétrospective des dispositions transitoires a pour effet d’alourdir cette peine (*Chu*, au paragraphe 110).

1) Alinéa 11(*h*) de la Charte

[66] L’alinéa 11(*h*) de la Charte assure une protection contre le double péril. Il consacre le droit de ne pas être jugé ni puni deux fois pour la même infraction. Bien que l’alinéa 11(*h*) de la Charte entre normalement en jeu en cas de dédoublement des procédures, la Cour suprême du Canada a conclu, dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392 (*Whaling*), qu’il s’appliquait également à toute peine supplémentaire qui ne s’accompagne pas d’une procédure supplémentaire (*Whaling*, aux paragraphes 36 et 42). La Cour suprême a également conclu que la portée

applied to the “retrospective changes to the conditions of the original sanction which have the effect of adding to the offender’s punishment (being ‘punished ... again’)” (*Whaling*, at paragraph 54).

[67] In examining the issue of what retrospective changes to the conditions of a sentence constitute double punishment, the Supreme Court of Canada noted that the “dominant consideration in each case will ... be the extent to which an offender’s settled expectation of liberty has been thwarted by retrospective action. It is the retrospective frustration of an expectation of liberty that constitutes punishment” (*Whaling*, at paragraph 60). The Court ultimately found that the retrospective repeal of the accelerated parole review provisions had the effect of lengthening the minimum period of incarceration for a person who would have qualified for early day parole under the accelerated parole review system, an expectation they had at the time of sentencing. This amounted to punishing the person again (*Whaling*, at paragraphs 70–72).

(2) Paragraph 11(i) of the Charter

[68] Paragraph 11(i) of the Charter guarantees the right to the benefit of the lesser punishment where the punishment for an offence is changed after a person commits the offence, but before the time of sentencing. In *K.R.J.*, the Supreme Court of Canada explained that paragraph 11(i) of the Charter constitutionally enshrines the fundamental notion that criminal laws should generally not operate retrospectively. This notion is predicated on the constitutional principle that a citizen should be able to know in advance the legal consequences of his actions before committing them (*K.R.J.*, at paragraphs 22–24). The issue in *K.R.J.* was whether the retrospective application of new community supervision orders under subsection 161(1) of the *Criminal Code*, which prohibit sexual offenders from having any contact with persons under the age of 16 and from using the internet, violated paragraph 11(i) of the Charter. In determining the issue, as noted above, the Court reformulated the test for determining the meaning of punishment under paragraph 11(i) of the Charter as follows:

de la « peine » dans le contexte de l’alinéa 11*h*) de la Charte s’appliquait aux « changements apportés rétrospectivement aux conditions de la sanction originale ayant pour effet d’aggraver la peine du délinquant (être “puni de nouveau”) » (*Whaling*, au paragraphe 54).

[67] Examinant la question de savoir quels changements rétrospectifs aux conditions de la peine constituent une double peine, la Cour suprême du Canada a noté que « la principale considération dans chaque cas sera la mesure selon laquelle l’attente légitime en matière de liberté aura été trompée par l’action législative rétrospective. La peine se cristallise par l’effet rétrospectif de l’atteinte aux attentes légitimes de liberté » (*Whaling*, au paragraphe 60). La Cour a finalement conclu que l’abrogation rétrospective des dispositions d’examen expéditif des demandes de libération conditionnelle avait pour effet de prolonger la période minimale d’incarcération d’une personne qui aurait été admissible à la semi-liberté anticipée selon la procédure d’examen expéditif, ce qui était une des attentes de cette personne au moment du prononcé de la peine. Cela revenait à punir la personne de nouveau (*Whaling*, aux paragraphes 70–72).

2) Alinéa 11*i*) de la Charte

[68] L’alinéa 11*i*) de la Charte garantit le droit de bénéficiaire de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l’infraction dont une personne est déclarée coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence. Dans l’arrêt *K.R.J.*, la Cour suprême du Canada a expliqué que l’alinéa 11*i*) de la Charte constitutionnalise la notion fondamentale voulant que, en matière pénale, une disposition ne doive généralement pas s’appliquer rétrospectivement. Cette notion repose sur le principe constitutionnel voulant qu’un citoyen puisse connaître à l’avance les conséquences de ses actions sur le plan juridique (*K.R.J.*, aux paragraphes 22–24). La question dans l’arrêt *K.R.J.* était de savoir si l’application rétrospective de nouvelles ordonnances de surveillance dans la collectivité en application du paragraphe 161(1) du *Code criminel*, qui interdit aux délinquants sexuels d’avoir des contacts avec des personnes âgées de moins de 16 ans et d’utiliser Internet, contrevenait à l’alinéa 11*i*) de la Charte. Pour trancher la question, comme expliqué ci-dessus, la Cour a reformulé

... a measure constitutes punishment if (1) it is a consequence of conviction that forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence, and either (2) it is imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, or (3) it has a significant impact on an offender's liberty or security interests. [Footnote omitted.]

(*K.R.J.*, at paragraph 41.)

[69] After applying the reformulated test, the Supreme Court of Canada held that the amendments constituted punishment because: (1) the orders under subsection 161(1) of the *Criminal Code* were a consequence of conviction and formed part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence; (2) the sanctions were imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing and could have a significant impact on the offender's Charter-protected interests, including protecting children, assisting in rehabilitation and deterring sexual violence; and (3) the amendments could have a significant impact on the liberty and security of offenders. On this last point, the Supreme Court of Canada noted in particular that living in a community under restrictions could attract a considerable degree of stigma and that a prohibition on having any contact with persons under the age of 16 could potentially curtail the types of employment an offender can pursue and the ability to interact with people. The Court also noted that depriving a person of access to the internet was tantamount to severing that person from an increasingly indispensable component of everyday life (*K.R.J.*, at paragraphs 49–54; *Chu*, at paragraphs 139–140). The Court concluded that the prohibitions contained in subsection 161(1) of the *Criminal Code* constitute punishment for the purposes of paragraph 11(i) of the Charter (*K.R.J.*, at paragraph 57).

[70] The test for punishment articulated in *K.R.J.* was reaffirmed by the Supreme Court of Canada in

ainsi le critère à appliquer pour déterminer le sens à donner au mot « peine », aux termes de l'alinéa 11*i*) de la Charte :

[...] une mesure constitue une peine si (1) elle est une conséquence d'une déclaration de culpabilité qui fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et (2) soit elle est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine, (3) soit elle a une grande incidence sur le droit du contrevenant à la liberté ou à la sécurité. [Note en bas de page omise.]

(*K.R.J.*, au paragraphe 41.)

[69] Après avoir appliqué le critère reformulé, la Cour suprême du Canada a conclu que les modifications constituaient une peine puisque : 1) les ordonnances en application du paragraphe 161(1) du *Code criminel* étaient la conséquence d'une déclaration de culpabilité et faisaient partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée; 2) les sanctions étaient conformes à l'objectif (y compris protéger les enfants, favoriser la réinsertion sociale et décourager la violence sexuelle) et aux principes de la détermination de la peine et pouvaient avoir une grande incidence sur les droits constitutionnels du contrevenant; et 3) les modifications pouvaient avoir une grande incidence sur le droit du contrevenant à la liberté ou à la sécurité. Sur ce dernier point, la Cour suprême du Canada a mentionné, plus précisément, que le fait de vivre dans une collectivité en étant soumis à des conditions strictes pouvait engendrer une stigmatisation non négligeable et que l'interdiction d'avoir des contacts avec une personne âgée de moins de 16 ans était susceptible de réduire les domaines d'emploi qui s'offrent au contrevenant et la possibilité qu'il a d'interagir avec autrui. La Cour a également fait remarquer que le fait d'empêcher le contrevenant d'avoir accès à Internet équivalait à le tenir à l'écart d'un élément de plus en plus essentiel à la vie quotidienne (*K.R.J.*, aux paragraphes 49–54; *Chu*, aux paragraphes 139–140). La Cour a conclu que les interdictions prévues au paragraphe 161(1) du *Code criminel* constituent une peine pour l'application de l'alinéa 11*i*) de la Charte (*K.R.J.*, au paragraphe 57).

[70] Le critère relatif à la peine énoncé dans l'arrêt *K.R.J.* a été confirmé par la Cour suprême du Canada

R. v. Boudreault, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599 (*Boudreault*), at paragraphs 38–39 and 125 of the decision.

- (3) Is a criminal record part of an offender’s original punishment?

[71] In determining whether a criminal record is part of an offender’s original punishment, the S.C.B.C. first considered the meaning and attributes of “punishment” under section 11 of the Charter. It reviewed the relevant jurisprudence of the Supreme Court of Canada, including the *Whaling* and *K.R.J.* decisions. In doing so, the S.C.B.C. particularly noted that the determination of what constitutes a “punishment” is an objective inquiry which is not dependent on the specific offender’s subjective experience (*Chu*, at paragraph 130) and that punishment encompasses more than the formal sentence imposed by a court and takes into account any related sanction or punitive treatment (*Chu*, at paragraph 132). The S.C.B.C. also found, relying on the decision of the Court of Appeal of British Columbia in *Liang v. Canada (Attorney General)*, 2014 BCCA 190, 355 B.C.A.C. 238, that punishment is treated the same for the purposes of both paragraphs 11(h) and 11(i) of the Charter (*Chu*, at paragraph 143).

[72] After determining the meaning of “punishment” under section 11 of the Charter, the S.C.B.C. went on to consider whether a criminal record is part of an offender’s original punishment. The S.C.B.C. concluded that criminal records meet the first branch of the *K.R.J.* test for punishment. In reaching this conclusion, the S.C.B.C. noted that sentencing judges have a number of sanctions available to them: imprisonment, fines, or, where certain conditions are met, conditional or absolute discharges (*Chu*, at paragraph 157). It further noted that in determining whether to grant a discharge, sentencing judges effectively determine whether to impose a record of conviction since the effect of a discharge is to avoid the damaging consequences of a criminal record for offenders charged with relatively minor offences (*Chu*, at paragraph 159).

dans l’arrêt *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599 (*Boudreault*), aux paragraphes 38, 39 et 125.

- 3) Le casier judiciaire fait-il partie de la peine initialement infligée à une personne condamnée?

[71] Pour déterminer si le casier judiciaire fait partie de la peine initialement infligée à une personne condamnée, la C.S.C.-B. a tout d’abord examiné le sens et les spécificités du mot « peine » aux termes de l’article 11 de la Charte. Elle a passé en revue la jurisprudence pertinente de la Cour suprême du Canada, y compris les arrêts *Whaling* et *K.R.J.* Ce faisant, la C.S.C.-B. a noté, en particulier, que la détermination de ce qui constitue une « peine » est un examen objectif qui ne dépend pas de l’expérience subjective de la personne condamnée concernée (*Chu*, au paragraphe 130) et que cette peine englobe plus que la peine officielle infligée par un tribunal et tient compte de toute sanction ou tout traitement punitif connexe (*Chu*, au paragraphe 132). La C.S.C.-B. a également conclu, en se fondant sur la décision rendue par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *Liang v. Canada (Attorney General)*, 2014 BCCA 190, 355 B.C.A.C. 338, que la peine est traitée de la même manière pour l’application des alinéas 11h) et i) de la Charte (*Chu*, au paragraphe 143).

[72] Après avoir établi le sens du mot « peine » aux termes de l’article 11 de la Charte, la C.S.C.-B. s’est demandé si un casier judiciaire fait partie de la peine initialement infligée à une personne condamnée. Elle a conclu que les casiers judiciaires respectent le premier volet du critère relatif à la peine énoncé dans l’arrêt *K.R.J.* Pour arriver à cette conclusion, la C.S.C.-B. a remarqué que les juges chargés de déterminer les peines disposent d’un éventail de sanctions : emprisonnement, amendes ou, lorsque certaines conditions sont remplies, libérations conditionnelles ou inconditionnelles (*Chu*, au paragraphe 157). Elle a également mentionné que pour décider d’accorder une libération, les juges chargés de déterminer les peines évaluent effectivement s’il convient d’imposer un dossier de condamnation étant donné qu’une libération a pour effet d’éviter les conséquences préjudiciables d’un casier judiciaire pour les personnes condamnées accusées d’infractions relativement mineures (*Chu*, au paragraphe 159).

[73] The S.C.B.C. also concluded, after reviewing sections 718 and 718.1 of the *Criminal Code* as well as relevant case law, that the imposition of a criminal record also advances the purpose and principles of sentencing, namely denunciation and deterrence, given the stigma that society imposes on persons who have a criminal record. The S.C.B.C. noted in particular that in deciding whether to grant a discharge or otherwise in sentencing, judges often take into account the hardship of having a criminal record when deciding the appropriate sentence and the circumstances of a particular offender and of the offence (*Chu*, at paragraphs 166–178).

[74] I have reviewed and considered the reasoning adopted by the S.C.B.C. and I am likewise satisfied that criminal records meet the first and second branches of the *K.R.J.* test.

[75] While it is not necessary for me to consider the alternative third branch of the *K.R.J.* test, I will nevertheless consider, as the S.C.B.C. did in *Chu*, the impact of having a criminal record on an offender's liberty and security interests.

[76] As I indicated earlier, the expert evidence that was before the S.C.B.C. is not before me. However, one need only refer to the case law to confirm the significant consequences of having a criminal record. In *R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, the Supreme Court of Canada described the stigmatizing and punitive effects of having a criminal record as follows [at paragraph 172]:

.... There is no doubt that having a criminal record has serious consequences. The legislative policy embodied in the [*Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1] is that a conviction for the possession of marihuana *should* have serious consequences. Therein lies the deterrent effect of the prohibition. The wisdom of this policy is, as mentioned, under review by Parliament. It appears that this review has been prompted, in part, by a recognition of the significant effects of being involved in the criminal justice

[73] La C.S.C.-B. a également conclu, à la lecture des articles 718 et 718.1 du *Code criminel* ainsi que la jurisprudence pertinente, que l'ouverture d'un casier judiciaire sert également l'objectif et les principes de détermination de la peine, à savoir la dénonciation et la dissuasion, étant donné que les personnes ayant un casier judiciaire sont stigmatisées au sein de la société. La C.S.C.-B. a noté, plus précisément, que pour décider d'accorder une libération ou, sinon, pour déterminer la peine appropriée, les juges prennent souvent en compte les difficultés qui accompagnent le fait d'avoir un casier judiciaire, de même que la situation de la personne condamnée concernée et le crime qu'elle a commis (*Chu*, aux paragraphes 166–178).

[74] La Cour a examiné le raisonnement suivi par la C.S.C.-B. et conclut aussi que les casiers judiciaires répondent au premier et deuxième volets du critère de l'arrêt *K.R.J.*

[75] Bien qu'il ne soit pas nécessaire que la Cour se penche sur le troisième volet à caractère subsidiaire du critère de l'arrêt *K.R.J.*, elle examinera néanmoins, comme l'a fait la C.S.C.-B. dans l'affaire *Chu*, l'incidence de l'existence d'un casier judiciaire sur le droit du contrevenant à la liberté ou à la sécurité.

[76] Comme expliqué ci-dessus, la Cour ne dispose pas de la preuve d'expert qui a été présentée à la C.S.C.-B. Toutefois, il suffit d'examiner la jurisprudence pour confirmer que l'existence d'un casier judiciaire a d'importantes conséquences. Dans l'arrêt *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 371, la Cour suprême du Canada a exposé les effets stigmatisants et punitifs de l'existence d'un casier judiciaire [au paragraphe 172] :

[...] Il est certain que l'existence d'un casier criminel a de graves conséquences. D'ailleurs, selon la politique législative qu'exprime la [*Loi sur les stupéfiants*, LRC 1985, c N-1], une déclaration de culpabilité pour possession de marihuana *est censée* avoir de graves conséquences. C'est en cela que réside l'effet dissuasif de l'interdiction. Comme nous l'avons signalé, le Parlement est à réexaminer l'à-propos de cette politique, examen qui résulterait en partie de la reconnaissance des répercussions importantes

system. For instance, background information from Health Canada states:

[B]eing prosecuted and convicted in a criminal court bears a stigma that can have far-reaching consequences in an individual's life in such areas as job choices, travel and education. Participating in the criminal court process can also involve personal upheaval.

Health Canada. “Information: Cannabis Reform Bill”, May 2003.

(*R. v. Barinecutt*, 2015 BCPC 189, 337 C.R.R. (2d) 1, at paragraphs 42, 71 and 75; *R. v. Michael*, 2014 ONCJ 360, 121 O.R. (3d) 244, at paragraph 77; *R. v. D. (J.)*, 1999 CarswellOnt 1551, 66 C.R.R. (2d) 172 (Ont. Sup. Ct. J.), at paragraph 19.)

[77] I also note that in its written submissions in *Chu*, the AGC acknowledged that having a criminal record does impact an offender's ability to secure employment, find housing and travel internationally. The AGC described the effect as follows:

A criminal record is a permanent record of past crimes. Behaviour that leads to the commission of a crime and results in a criminal record is often stigmatized in our society, particularly in the area of employment and housing. Potential employers or landlords may be less inclined to employ or rent to past offenders, especially in fields which involve work with vulnerable individuals. These practices are often formally derived from organizations' policy relating to employment screening. It is also recognized that a criminal record may have impacts on limiting international travel.

[78] With respect to the evidence on the record, P.H. filed an affidavit containing information about his personal circumstances. P.H. is a former member of the Canadian military. He holds a Graduate and Masters diploma in management. In describing the impact of his criminal record, he states that he has suffered discrimination when applying for jobs and has been told outright at an interview that his record was a bar to being hired.

d'une accusation au pénal. À titre d'exemple, un document d'information de Santé Canada donne les précisions suivantes :

Le fait d'être poursuivie et condamnée par un tribunal pénal stigmatise la personne et peut avoir des conséquences profondes sur sa vie dans des domaines tels que les choix d'emploi, les voyages et l'éducation. Participer à des procédures pénales peut aussi provoquer des bouleversements personnels.

Santé Canada. « Information : Projet de loi sur la réforme concernant le cannabis », mai 2003.

(*R. v. Barinecutt*, 2015 BCPC 189, 337 C.R.R. (2d) 1, aux paragraphes 42, 71 et 75; *R. v. Michael*, 2014 ONCJ 360, 121 O.R. (3d) 244, au paragraphe 77; *R. v. D. (J.)*, 1999 CarswellOnt 1551, 66 C.R.R. (2d) 172 (C. sup. J. Ont.), au paragraphe 19.)

[77] La Cour constate également que, dans ses observations écrites dans l'affaire *Chu*, le PGC a reconnu que l'existence d'un casier judiciaire nuit à la capacité d'une personne condamnée de trouver un emploi, de se loger et de voyager à l'étranger. Voici ce qu'il a déclaré quant aux effets d'un casier judiciaire :

[TRADUCTION] Un casier judiciaire est un dossier permanent des crimes passés. Les comportements qui amènent une personne à commettre un crime et qui entraînent la constitution d'un casier judiciaire sont souvent stigmatisés dans notre société, en particulier dans des domaines comme l'emploi et le logement. Il se peut que les propriétaires soient moins enclins à louer des logements aux personnes ayant été condamnées et les employeurs hésitent à les embaucher, surtout dans les domaines qui comportent du travail auprès de personnes vulnérables. Ces pratiques découlent souvent, officiellement, des politiques des organisations en matière de sélection pour l'emploi. Il est également reconnu que l'existence d'un casier judiciaire peut limiter les déplacements à l'étranger.

[78] En ce qui concerne les éléments de preuve au dossier, P.H. a déposé un affidavit contenant des renseignements sur sa situation personnelle. P.H. est un ancien membre des Forces canadiennes. Il est titulaire d'un diplôme d'études supérieures et d'une maîtrise en gestion. Faisant état des répercussions de son casier judiciaire, il explique qu'il a été victime de discrimination en matière d'embauche et qu'on lui a dit sans ambages

A former employer denied him a promotion because the role involved travel to the United States. He has been denied regular property and vehicle insurance, and he claims he pays premiums five times the typical rates. He has had to turn down an opportunity to compete in an academic event in the United States as well as employment opportunities in the United States when he worked for two international companies. He has also turned down internship offers and volunteering opportunities so that he would not have to reveal his record.

[79] In terms of social exclusion, P.H. also states that he has been separated from and not been able to visit family relatives in the United States for the past nine years, causing him to miss weddings, birthdays and other important family events. His self-confidence and self-worth have also been severely affected by the stigma of his criminal record and the ongoing reporting conditions imposed by the *Sex Offender Information Registration Act*, S.C. 2004, c. 10.

[80] P.H. also filed a psychological report. The report deals generally with the impact of the court proceedings on the applicant and the risk of recidivism rather than dealing specifically with the impacts of a criminal record. Nevertheless, the report does confirm that P.H.'s criminal record has negatively affected his career opportunities and has been both humiliating and frustrating for him.

[81] Based on the uncontested evidence on the record, I am satisfied that the stigma associated with a criminal record has interfered with P.H.'s ability to earn a livelihood and travel for work-related reasons. I am also persuaded that this has had a serious impact on his financial situation, psychological health and sense of identity.

[82] Therefore, in light of the case law and the evidence adduced by P.H., I am persuaded that a criminal record meets the third branch of the *K.R.J.* test, as it can

lors d'une entrevue qu'il n'était pas possible de l'embaucher à cause de son casier. Un ancien employeur lui a refusé une promotion parce que le poste nécessitait des déplacements aux États-Unis. On lui a refusé les taux ordinaires pour l'assurance sur les biens et l'assurance automobile, et il affirme qu'il paie des primes cinq fois plus élevées que la normale. Il a dû refuser de participer à un événement académique aux États-Unis et laisser passer des possibilités d'emploi dans ce pays lorsqu'il travaillait pour deux sociétés étrangères. Il a également décliné des offres de stage et renoncé à des occasions de bénévolat pour éviter de révéler ses antécédents.

[79] Pour ce qui est de l'exclusion sociale, P.H. affirme également que depuis neuf ans, il est séparé des membres de sa famille aux États-Unis et ne peut pas leur rendre visite, et qu'il a ainsi raté des mariages, des anniversaires et d'autres événements familiaux importants. Son assurance et son amour-propre ont également souffert de la stigmatisation qui accompagne son casier judiciaire et les conditions de comparution régulière imposées par la *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, L.C. 2004, ch. 10.

[80] P.H. a également déposé un rapport d'examen psychologique. Le rapport ne porte pas précisément sur les conséquences de l'existence d'un casier judiciaire; il aborde de façon générale les répercussions des procédures judiciaires sur le demandeur, ainsi que le risque de récidive. Néanmoins, le rapport confirme que le casier judiciaire de P.H. a bel et bien eu des répercussions négatives sur ses perspectives de carrière et a été à la fois humiliant et décourageant pour lui.

[81] Les éléments de preuve non contestés qui figurent au dossier amènent la Cour à conclure que la stigmatisation qui accompagne un casier judiciaire a compromis la capacité de P.H. de gagner sa vie et d'effectuer des voyages à titre professionnel. La Cour conclut aussi que cette stigmatisation a eu de graves répercussions sur sa situation financière, sa santé psychologique et son sentiment identitaire.

[82] Par conséquent, compte tenu de la jurisprudence et des éléments de preuve présentés par P.H., la Cour conclut que l'existence d'un casier judiciaire respecte

significantly restrict a person's ability to engage in otherwise lawful conduct, for example, in terms of employment, and it imposes significant burdens not imposed on other members of the public.

[83] For the above reasons, I conclude that a criminal record constitutes “punishment” within the meaning of paragraphs 11(*h*) and 11(*i*) of the Charter and that it is a sanction imposed as part of an offender's original punishment.

- (4) Do the Transitions Provisions have the effect of adding to an offender's original punishment in violation of paragraphs 11(*h*) and 11(*i*) of the Charter?

[84] In *Whaling*, the Supreme Court of Canada held that where an offender has been finally found guilty and punished for an offence, paragraph 11(*h*) of the Charter precludes retrospective changes to the conditions of an original sanction if the changes have the effect of adding to the offender's punishment (*Whaling*, at paragraph 54). The dominant consideration in each case will be the extent to which an offender's settled expectation of liberty has been thwarted by retrospective legislative action (*Whaling*, at paragraph 60). The Supreme Court found that the retrospective application provision had the effect of depriving the offenders of the possibility of being considered for early parole, an expectation they had had at the time of sentencing. This resulted in the lengthening of their minimum incarceration period, thus punishing the offenders again and triggering the protection against double punishment set out in paragraph 11(*h*) of the Charter (*Whaling*, at paragraphs 70–71).

[85] In *Chu*, the S.C.B.C. examined each of the Transitional Provisions with this context in mind. The S.C.B.C. found that the impact of the lengthened ineligibility periods caused by section 161 of the SSCA was analogous to the retrospective change considered in *Whaling*. The increased duration of the criminal record

le troisième volet du critère établi dans l'arrêt *K.R.J.*, puisqu'un casier judiciaire peut limiter considérablement la capacité d'une personne de mener des activités par ailleurs légales, par exemple en matière d'emploi, et qu'il impose des fardeaux importants que n'ont pas à supporter les autres membres du public.

[83] Pour les motifs qui précèdent, la Cour conclut qu'un casier judiciaire constitue une « peine » au sens des alinéas 11(*h*) et *i*) de la Charte et que cette sanction fait partie de la peine initialement infligée à une personne condamnée.

- 4) Les dispositions transitoires ont-elles pour effet d'aggraver la peine initialement infligée à une personne condamnée de manière contraire aux alinéas 11(*h*) et *i*) de la Charte?

[84] Dans l'arrêt *Whaling*, la Cour suprême du Canada a conclu que dans le cas où un délinquant (c'est-à-dire une personne condamnée) a été définitivement déclaré coupable d'une infraction et puni pour cette dernière, l'alinéa 11(*h*) de la Charte s'applique pour faire obstacle à des changements apportés rétrospectivement aux conditions de la sanction originale s'ils ont pour effet d'aggraver la peine du délinquant (*Whaling*, au paragraphe 54). La principale considération dans chaque cas sera la mesure selon laquelle l'attente légitime en matière de liberté aura été trompée par l'action législative rétrospective (*Whaling*, au paragraphe 60). La Cour suprême a conclu que la disposition d'application rétrospective avait pour effet de priver les délinquants de la possibilité de voir leur dossier examiné en vue d'une semi-liberté anticipée, possibilité à laquelle ils s'attendaient à l'époque où ils avaient été condamnés et punis. Cette disposition a prolongé leur période minimale d'incarcération, les punissant ainsi de nouveau et enclenchant la protection contre la double peine garantie à l'alinéa 11(*h*) de la Charte (*Whaling*, aux paragraphes 70–71).

[85] Dans l'affaire *Chu*, la C.S.C.-B. a examiné chacune des dispositions transitoires en tenant compte de ce contexte. Elle a conclu que la prolongation des périodes d'inadmissibilité engendrée par l'article 161 de la LSRC avait une incidence comparable à celle de la modification rétrospective examinée dans l'arrêt *Whaling*. La

applied automatically, without regard to the offender's personal circumstances, and foreseeably disrupted many offenders' settled expectations and plans, thus constituting additional punishment (*Chu*, at paragraphs 241–243). In considering the impact of the Transitional Provisions on settled expectations, the S.C.B.C. considered the following two hypothetical offenders:

First, a young offender who pleaded guilty to the indictable offence of possession of cocaine and received a one year suspended sentence. She would have expected to be able to apply for a pardon five years after her sentence expired. She turned her life around and, while waiting for her ineligibility to expire, and with the assistance of student loans, obtained a CPA certification. As a result of the retrospective application of the amendments, her settled expectation that she would be able to commence her career and repay her student loans are thwarted as she has to wait another five years to be able to apply for a record suspension.

Second, a 19-year old who, before the Amendments, pleaded guilty to an assault in a bar fight which had proceeded by indictment. He was sentenced to three years' probation. He would have expected to be 27 when his ineligibility to apply for a pardon expired, but, as a result of the retrospective effect of the Amendments, must now wait until he is 32.

(*Chu*, at paragraphs 245–246.)

[86] The S.C.B.C. concluded that the retrospective application of the CRA amendments, as prescribed by section 161 of the SSCA, had the effect of increasing punishment, thus violating both paragraphs 11(*h*) and 11(*i*) of the Charter (*Chu*, at paragraphs 247–249).

[87] With regards to section 10 of the LPSCA, which retrospectively changed the criteria the Parole Board of Canada considers before granting a record suspension, the S.C.B.C. made the following observations:

Prior to the *LPSCA* Amendments, a record suspension was granted if the applicant maintained a law-abiding lifestyle and was of good conduct during the ineligibility

durée du casier judiciaire était automatiquement prolongée, sans tenir compte de la situation personnelle de la personne condamnée, ce qui bouleversait vraisemblablement les attentes légitimes et les projets de nombreuses personnes condamnées et constituait ainsi une peine supplémentaire (*Chu*, aux paragraphes 241–243). Dans son examen des répercussions des dispositions transitoires sur les attentes légitimes, la C.S.C.-B. a pris les exemples de deux personnes condamnées hypothétiques :

[TRADUCTION] Tout d'abord, une jeune personne qui a plaidé coupable à l'acte criminel de possession de cocaïne et a été condamnée à un an d'emprisonnement avec sursis. Elle se serait attendue à pouvoir présenter une demande de réhabilitation cinq ans après la fin de sa peine. Elle a repris sa vie en main et, en attendant la fin de sa période d'inadmissibilité et grâce à des prêts d'études, elle a obtenu une certification de comptable professionnelle agréée. À cause de l'application rétrospective des modifications, son attente légitime de pouvoir commencer sa carrière et rembourser des prêts d'études a été trompée puisqu'elle doit attendre encore cinq ans avant de pouvoir présenter une demande de suspension de casier.

Ensuite, un jeune homme de 19 ans poursuivi par voie de mise en accusation et qui, avant les modifications, a plaidé coupable pour voies de fait lors d'une bagarre dans un bar. Il a été condamné à trois années de probation. Il se serait attendu à pouvoir présenter une demande de suspension de casier à l'âge de 27 ans, mais l'effet rétroactif des modifications l'oblige maintenant à attendre ses 32 ans.

(*Chu*, aux paragraphes 245 et 246.)

[86] La C.S.C.-B. a conclu que l'application rétrospective des modifications de la LCJ, prévue à l'article 161 de la LSRC, avait pour effet d'aggraver la peine, ce qui contrevient aux alinéas 11(*h*) et *i*) de la Charte (*Chu*, aux paragraphes 247–249).

[87] En ce qui concerne l'article 10 de la LLARCG, qui a modifié rétrospectivement les critères pris en compte par la Commission des libérations conditionnelles du Canada pour ordonner une suspension de casier, la C.S.C.-B. a fait les observations suivantes :

[TRADUCTION] Avant les modifications de la LLARCG, on accordait une suspension du casier si le demandeur conservait un mode de vie respectueux des lois et avait

period. Meeting the application criteria was within the control of the applicant and the outcome of the application, while not automatic, was predictable. Applicants were not required to make arguments or submissions about the nature of their past offences.

Under the *LPSCA*, the Board must now also be satisfied that the record suspension will provide the applicant with a measurable benefit, will sustain their rehabilitation in society as a law-abiding citizen, and will not bring the administration of justice into disrepute.

In considering whether a record suspension will bring the administration of justice into disrepute, the Board may consider the gravity of the applicant's offences. Accordingly, even if an applicant has remained of good conduct and it is clear that a record suspension will sustain his rehabilitation, the Board may deny the application solely on the nature of the applicant's past offences. This is a more onerous criterion.

The retrospective changes to the substantive criteria for obtaining a record suspension go to the heart of the decision-making process and fundamentally change the nature of the Board's decision, such that the risk of being denied a pardon is increased for many offenders who would have otherwise obtained a record suspension under the old criteria. Instead of focusing solely on the applicant's rehabilitation, the Board now looks backward and re-assesses the gravity of the applicant's offence(s). The criteria are no longer within the control of the applicant and the outcome of the application is more uncertain. Applicants are now required to make arguments and submissions on the nature of their past offences.

As set out above, the Parliamentary debates and committee review support a Parliamentary intention to substantively change the decision to grant a pardon. Also as noted above, the purpose behind the *LPSCA* Amendments was to give the Board a new "quasi-judicial" role to ensure proportionality between the granting of a record suspension and the seriousness of the offences. Opposition members expressed concern that this essentially amounted to "re-trying" the individual.

une bonne conduite au cours de la période d'inadmissibilité. Le demandeur avait le contrôle du respect des critères d'admissibilité; le résultat de la demande, bien qu'il ne fût pas automatique, était prévisible. Les demandeurs n'étaient pas tenus de formuler des arguments ou des observations quant à la nature de leurs infractions antérieures.

Aux termes de la *LLARCG*, la Commission doit également conclure, à présent, que la suspension du casier procurera un avantage mesurable au demandeur, favorisera sa réinsertion sociale en tant que citoyen respectueux des lois et ne sera pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Pour déterminer si une suspension du casier est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, la Commission doit tenir compte de la gravité de l'infraction commise par le demandeur. Ainsi, même si un demandeur a maintenu une bonne conduite et même s'il est évident qu'une suspension du casier favorisera sa réinsertion, la Commission peut rejeter la demande uniquement d'après la nature des infractions antérieures commises par le demandeur. Il s'agit d'un critère plus exigeant.

Les modifications rétrospectives des critères de fond pour l'obtention d'une suspension du casier sont au cœur du processus décisionnel et modifient en profondeur la nature de la décision de la Commission, de sorte que le risque de se voir refuser la réhabilitation augmente pour de nombreuses personnes condamnées qui auraient autrement obtenu une suspension de casier selon les anciens critères. Plutôt que de tenir compte uniquement de la réinsertion du demandeur, la Commission fait à présent un examen rétrospectif et réévalue la gravité de l'infraction commise par le demandeur. Le demandeur n'a plus de contrôle sur le respect des critères et l'incertitude est plus grande quant au résultat de la demande. Les demandeurs sont désormais tenus de formuler des arguments et des observations quant à la nature de leurs infractions antérieures.

Tel qu'il a été mentionné plus haut, les débats parlementaires et l'examen par les comités parlementaires appuient une intention législative de modifier considérablement la décision de réhabiliter une personne. Comme il est également indiqué ci-dessus, l'objet des modifications de la *LLARCG* était de donner à la Commission un nouveau rôle « quasi judiciaire » pour garantir un certain équilibre entre l'octroi d'une suspension du casier et la gravité des infractions. Les membres de l'opposition ont dit craindre que cela revienne essentiellement à « juger à nouveau » la personne.

In short, the effect of the retrospective application of the additional criteria is to make it more difficult than expected for offenders to obtain record suspensions, thus thwarting their settled expectations.

(*Chu*, at paragraphs 251–256.)

[88] As a result of these considerations, the S.C.B.C. concluded that section 10 of the LPSCA has the effect of increasing punishment and, as a result, infringes paragraphs 11(*h*) and 11(*i*) of the Charter (*Chu*, at paragraph 257).

[89] I have considered the reasoning of the S.C.B.C., as well as the fact that the AGC did not appeal the findings of the S.C.B.C. and that it consented to the applications in the *Charron* and *Rajab* cases. I have also reviewed the relevant jurisprudence, including the update provided by the parties. I find the *Chu* decision to be both persuasive and authoritative. I am satisfied that there is no need to distinguish the *Chu* case from this one based on the nature of the crimes for which the offenders were convicted since it is the retrospective application of the amendments that is contested in both cases.

[90] For all of these reasons, I also find that the Transitional Provisions violate paragraphs 11(*h*) and 11(*i*) of the Charter.

(5) Section 1 of the Charter

[91] Generally, where a Charter breach is established, the AGC will seek to justify the infringement under section 1 of the Charter. To successfully do so in the present case, the AGC would have to demonstrate that the retrospective effects of the Transitional Provisions serve a pressing and substantial government objective and that the law is proportional to that objective. Proportionality requires that (1) the means adopted are rationally connected to the objective; (2) the law is minimally impairing of the right; and (3) the salutary effects outweigh the deleterious effects of the law (*Boudreault*, at paragraph 96; *Nur*, at paragraph 111).

En bref, l'application rétrospective des critères supplémentaires a pour effet de rendre plus difficile que prévu l'obtention d'une suspension du casier, ce qui frustré les attentes légitimes des personnes condamnées.

(*Chu*, aux paragraphes 251–256.)

[88] Ces considérations ont amené la C.S.C.-B. à conclure que l'article 10 de la LLARCG a pour effet d'aggraver la peine et qu'il contrevient par conséquent aux alinéas 11*h*) et *i*) de la Charte (*Chu*, au paragraphe 257).

[89] La Cour a pris en considération les motifs de la C.S.C.-B., de même que le fait que le PGC n'a pas fait appel des conclusions de la C.S.C.-B. et a consenti aux demandes dans les décisions *Charron* et *Rajab*. La Cour a également examiné la jurisprudence pertinente, y compris la mise à jour fournie par les parties. La Cour conclut au caractère persuasif de l'affaire *Chu* et estime qu'il fait autorité. La Cour conclut également qu'il n'y a pas lieu d'établir une distinction entre l'affaire *Chu* et l'espèce en fonction de la nature des crimes pour lesquels les personnes ont été condamnées, puisque c'est l'application rétrospective des modifications qui est contestée dans les deux affaires.

[90] Pour tous ces motifs, la Cour conclut également que les dispositions transitoires contreviennent aux alinéas 11*h*) et *i*) de la Charte.

5) Article premier de la Charte

[91] En général, lorsqu'une violation de la Charte est établie, le PGC cherche à justifier cette violation en vertu de l'article premier de la Charte. Pour y parvenir en l'espèce, il faudrait que le PGC démontre que les effets rétroactifs des dispositions transitoires contribuent à un objectif urgent et réel du gouvernement et que la loi est proportionnelle à cet objectif. Le critère de la proportionnalité exige : 1) qu'il existe un lien rationnel entre la mesure choisie et l'objectif en question; 2) que cette mesure porte le moins possible atteinte au droit en question; et 3) que les effets bénéfiques de la mesure l'emportent sur ses effets préjudiciables (*Boudreault*, au paragraphe 96; *Nur*, au paragraphe 111).

[92] Unlike in the *Chu* case, where the S.C.B.C. found that the Transitional Provisions do not minimally impair the rights of the affected offenders, in this case the AGC did not put forward any argument or evidence to justify the retrospective application of the amendments to the CRA caused by the adoption of the Transitional Provisions. In the absence of any evidence to justify the violation, I must conclude that the Transitional Provisions cannot be saved under section 1 of the Charter and are accordingly of no force and effect.

(6) Remedy

[93] At the hearing, I requested additional representations from the parties pertaining to the injunctive relief sought by P.H. I questioned whether it would be necessary to issue injunctive relief against the Parole Board of Canada if I concluded that the Transitional Provisions were constitutionally invalid and declared them to be of no force and effect pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

[94] While injunctive relief and constitutional declarations are similar in some respects, I agree with the parties that their origins and purpose differ. Injunctive relief flows from this Court's supervisory role over federal administrative action. In this case, an injunction would enforce P.H.'s legal interest in preventing an unlawful act by the Parole Board of Canada. The constitutional declaration of invalidity, on the other hand, is the result of the Constitution's supremacy over laws pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. A declaration would ensure that the CRA and its amending legislation conform to the Constitution for the benefit of all affected offenders.

[95] Given the different purposes of both remedies, I am satisfied that it is appropriate to issue both declaratory and injunctive relief in the circumstances of this case.

[92] En l'espèce, contrairement à l'affaire *Chu* dans lequel la C.S.C.-B. a conclu que les dispositions transitoires ne portent pas le moins possible atteinte aux droits des personnes condamnées concernées, le PGC n'a pas avancé d'arguments ou d'éléments de preuve pour justifier l'application rétrospective des modifications de la LCJ provoquées par l'adoption des dispositions transitoires. Puisqu'aucun élément de preuve n'a été fourni pour justifier la violation, la Cour doit conclure que les dispositions transitoires ne peuvent pas être justifiées par l'article premier de la Charte et sont par conséquent inopérantes.

6) Recours

[93] À l'audience, la Cour a demandé aux parties de fournir d'autres observations quant à la demande d'injonction présentée par P.H. La Cour a demandé s'il serait nécessaire de prononcer une injonction contre la Commission des libérations conditionnelles du Canada si elle concluait à l'inconstitutionnalité des dispositions transitoires et si elle les déclarait inopérantes en application du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[94] Malgré les points communs entre les injonctions et les déclarations d'inconstitutionnalité, la Cour convient avec les parties qu'elles n'ont ni la même origine ni le même objectif. Les injonctions résultent du rôle de surveillance de la Cour à l'égard des mesures administratives fédérales. En l'espèce, une injonction défendrait l'intérêt juridique de P.H. d'empêcher la Commission des libérations conditionnelles du Canada de commettre un acte illégal. La déclaration d'inconstitutionnalité, en revanche, découle de la primauté de la Constitution en application du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Une telle déclaration ferait en sorte que la LCJ et ses lois modificatives soient conformes à la Constitution au profit de toutes les personnes condamnées concernées.

[95] Les deux recours ayant des vocations différentes, la Cour conclut qu'il convient, dans les circonstances de l'espèce, de rendre un jugement déclaratoire et de prononcer une injonction.

E. Conclusion

[96] I have concluded that this Court has the jurisdiction to grant the declaratory and injunctive relief sought by the parties, namely because the *ITO* test is met and P.H. has established that he has standing. This Court has sufficient evidence to support a declaration of invalidity because the constitutional question is essentially a matter of law. Moreover, based on the principles underlying judicial comity, this Court considered the reasoning in *Chu* to conduct its own legal analysis.

[97] I conclude that the Transitional Provisions have the effect of increasing punishment, thus violating both paragraphs 11(*h*) and 11(*i*) of the Charter. In the absence of any evidence to justify the violation, I also conclude that these provisions cannot be saved under section 1 of the Charter. Consequently, section 10 of the LPSCA and section 161 of the SSCA are declared to be constitutionally invalid and of no force or effect pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

[98] Finally, to remedy P.H.'s individual situation, I will issue injunctive relief to require the Parole Board of Canada to consider his application for a record suspension in accordance with the provisions of the CRA as they read at the time he committed the offence in June 2009.

[99] As for costs, the parties' joint submissions ask the Court to order costs in favour of P.H. Consequently, P.H. is entitled to costs in the amount of \$3 300.

JUDGMENT in T-1378-18

THIS COURT HEREBY DECLARES AND ORDERS that:

1. The application is allowed;

E. Conclusion

[96] La Cour a compétence pour rendre le jugement déclaratoire et prononcer l'injonction demandés par les parties, puisque le critère énoncé dans l'arrêt *ITO* est satisfait et que P.H. a établi qu'il avait qualité pour formuler ces demandes. Elle dispose de suffisamment d'éléments de preuve à l'appui d'une déclaration d'inconstitutionnalité puisque la question de la constitutionnalité est essentiellement une question de droit. En outre, d'après les principes qui sous-tendent la notion de courtoisie judiciaire, la Cour a pris en considération les motifs de l'affaire *Chu* pour mener sa propre analyse juridique.

[97] La Cour conclut que les dispositions transitoires ont pour effet d'aggraver la peine, ce qui contrevient aux alinéas 11(*h*) et *i*) de la Charte. Puisqu'aucun élément de preuve n'a été fourni pour justifier la violation, la Cour conclut également que ces dispositions ne peuvent pas être justifiées par l'article premier de la Charte. Par conséquent, l'article 10 de la LLARCG et l'article 161 de la LSRC sont déclarés inconstitutionnels et inopérants conformément au paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[98] Enfin, pour remédier à la situation de P.H., la Cour prononcera une injonction pour obliger la Commission des libérations conditionnelles du Canada à examiner sa demande de suspension de casier judiciaire en fonction de la LCJ telle qu'elle était libellée lorsqu'il a commis l'infraction, en juin 2009.

[99] Quant aux frais, les parties demandent à la Cour, dans leurs observations conjointes, d'adjuger les dépens en faveur de P.H. Par conséquent, P.H. a droit à des dépens de 3 300 \$.

JUGEMENT DANS LE DOSSIER T-1378-18

LA COUR DÉCLARE ET ORDONNE ce qui suit :

1. La demande est accueillie.

-
- | | |
|--|--|
| 2. Section 10 of the <i>Limiting Pardons for Serious Crimes Act</i> , S.C. 2010, c. 5 infringes paragraphs 11(h) and 11(i) of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> (Charter) in a manner that cannot be saved under section 1 of the Charter and is therefore, pursuant to subsection 52(1) of the <i>Constitution Act, 1982</i> , of no force and effect; | 2. L'article 10 de la <i>Loi limitant l'admissibilité à la réhabilitation pour des crimes graves</i> , L.C. 2010, ch. 5 contrevient aux alinéas 11h) et i) de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> (Charte) d'une manière qui ne peut être justifiée par l'article premier de la Charte, et est par conséquent inopérant conformément au paragraphe 52(1) de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i> . |
| 3. Section 161 of the <i>Safe Streets and Communities Act</i> , S.C. 2012, c. 1 infringes paragraphs 11(h) and 11(i) of the Charter in a manner that cannot be saved under section 1 of the Charter and is therefore, pursuant to subsection 52(1) of the <i>Constitution Act, 1982</i> , of no force and effect; | 3. L'article 161 de la <i>Loi sur la sécurité des rues et des communautés</i> , L.C. 2012, ch. 1 contrevient aux alinéas 11h) et i) de la Charte d'une manière qui ne peut être justifiée par l'article premier de la Charte, et est par conséquent inopérant conformément au paragraphe 52(1) de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i> . |
| 4. The Parole Board of Canada shall deal with and dispose of P.H.'s application for a record suspension in accordance with the provisions of the <i>Criminal Records Act</i> , R.S.C., 1985, c. C-47 as they read at the time he committed the offence in June 2009; and | 4. La Commission des libérations conditionnelles du Canada doit traiter la demande de suspension du casier présentée par P.H. et statuer sur cette demande conformément à la <i>Loi sur le casier judiciaire</i> , L.R.C. (1985), ch. C-47, telle qu'elle était libellée lorsqu'il a commis son infraction, en juin 2009. |
| 5. The respondent shall pay costs to P.H., assessed at \$3 300. | 5. L'intimé devra payer à P.H. des dépens de 3 300 \$. |