

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Hussein Jama Nur *Respondent*

- and -

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Hussein Jama Nur *Respondent*

and

**Attorney General of Quebec,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General of Alberta,
Pivot Legal Society,
John Howard Society of Canada,
Canadian Civil Liberties Association,
British Columbia Civil Liberties Association,
Advocates' Society,
Canadian Bar Association,
Canada's National Firearms Association,
Canadian Association for Community
Living and African Canadian
Legal Clinic** *Intervenors*

- and -

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Sidney Charles *Respondent*

- and -

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Hussein Jama Nur *Intimé*

- et -

Procureur général du Canada *Appelant*

c.

Hussein Jama Nur *Intimé*

et

**Procureur général du Québec,
procureur général de la
Colombie-Britannique,
procureur général de l'Alberta,
Pivot Legal Society,
Société John Howard du Canada,
Association canadienne des libertés civiles,
Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique,
Advocates' Society,
Association du Barreau canadien,
Association canadienne pour les armes à feu,
Association canadienne pour l'intégration
communautaire et Clinique juridique
africaine canadienne** *Intervenants*

- et -

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Sidney Charles *Intimé*

- et -

Procureur général du Canada *Appelant*

c.

Sidney Charles *Respondent*

and

**Attorney General of Quebec,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General of Alberta,
Pivot Legal Society,
Canadian Civil Liberties Association,
British Columbia Civil Liberties Association
and Canadian Association for Community
Living** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. NUR

2015 SCC 15

File Nos.: 35678, 35684.

2014: November 7; 2015: April 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual treatment or punishment — Sentencing — Mandatory minimum sentence — Firearms — Accused convicted of possessing loaded prohibited firearms — Accused sentenced to terms longer than mandatory minimum terms of imprisonment provided for in s. 95(2) of Criminal Code — Whether mandatory minimum imprisonment terms result in cruel and unusual punishment on accused — If not, whether s. 95(2)'s reasonably foreseeable applications would impose cruel and unusual punishment on other offenders — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 95.

N and C were convicted of possessing loaded prohibited firearms contrary to s. 95(1) of the *Criminal Code*. They were sentenced under s. 95(2)(a)(i) and (ii) which provided for three and five year mandatory minimum imprisonment terms, to 40 months and 7 years imprisonment respectively. In N's case, the trial judge

Sidney Charles *Intimé*

et

**Procureur général du Québec,
procureur général de la
Colombie-Britannique,
procureur général de l'Alberta,
Pivot Legal Society,
Association canadienne des libertés civiles,
Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique et
Association canadienne pour
l'intégration communautaire** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. NUR

2015 CSC 15

N^{os} du greffe : 35678, 35684.

2014 : 7 novembre; 2015 : 14 avril.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitements ou peines cruels et inusités — Détermination de la peine — Peine minimale obligatoire — Armes à feu — Accusés déclarés coupables de possession d'armes à feu prohibées chargées — Accusés condamnés à des peines supérieures aux peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues à l'art. 95(2) du Code criminel — Les peines minimales obligatoires d'emprisonnement emportent-elles l'infliction de peines cruelles et inusitées aux accusés? — Dans la négative, les applications raisonnablement prévisibles de l'art. 95(2) infligeront-elles des peines cruelles et inusitées à d'autres délinquants? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 95.

N et C ont été déclarés coupables de possession d'armes à feu prohibées chargées, une infraction prévue au par. 95(1) du *Code criminel*. Condamnés en application des sous-al. 95(2)a)(i) et (ii), lesquels prévoient des peines minimales obligatoires de trois et cinq ans, les deux accusés ont reçu respectivement des peines de

held that the three-year minimum sentence imposed by s. 95(2)(a)(i) did not offend either s. 12 or s. 15 of the *Charter*. However, he concluded that the two-year gap between the one-year maximum sentence if the Crown proceeded summarily and the three-year minimum sentence if the Crown proceeded on indictment offended s. 7 because it was arbitrary and was not justified under s. 1. Nevertheless, the trial judge held that N was not personally affected by the gap, and therefore dismissed the s. 7 claim.

In C's case, the judge also dismissed the s. 12 challenge. She held that the five-year mandatory minimum sentence imposed by s. 95(2)(a)(ii) was not grossly disproportionate for C, in light of the gravity of his crimes. She also held that C had failed to put forward any reasonable hypothetical cases in which the application of the five-year mandatory minimum sentence would be grossly disproportionate.

The Court of Appeal held that the mandatory minimum terms of imprisonment in s. 95(2)(a) resulted in grossly disproportionate sentences in reasonable hypothetical cases at the licensing end of the s. 95 spectrum, and therefore held that they violate s. 12 of the *Charter*. However, the Court of Appeal held that the sentences imposed on N and C were appropriate and should be upheld.

Held (Rothstein, Moldaver and Wagner JJ. dissenting): The appeals should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Gascon JJ.: The mandatory minimum sentences imposed by s. 95(2)(a)(i) and (ii) of the *Criminal Code* violate s. 12 of the *Charter* and are null and void under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. However, N and C's sentences were appropriate and are upheld. In most cases, including those of N and C, the mandatory minimum sentences of three and five years do not constitute cruel and unusual punishment. But in some reasonably foreseeable cases, they may do so.

When a mandatory minimum sentencing provision is challenged under s. 12, two questions arise. The first is whether the provision imposes cruel and unusual punishment (i.e. a grossly disproportionate sentence) on the particular individual before the court. If the answer is no, the second question is whether the provision's reasonably

40 mois et 7 ans d'emprisonnement. Dans le dossier de N, le juge du procès a conclu que la peine minimale obligatoire de trois ans prévue au sous-al. 95(2)(a)(i) ne contrevient ni à l'art. 12 ni à l'art. 15 de la *Charte*. Toutefois, l'écart de deux ans entre la peine maximale d'un an — sur procédure sommaire — et la peine minimale de trois ans — sur mise en accusation — ne respecte pas selon lui l'art. 7 parce qu'il est arbitraire et qu'il ne peut se justifier par application de l'article premier. Le juge est néanmoins arrivé à la conclusion que cet écart ne pénalise pas N, de sorte qu'il a rejeté la prétention fondée sur l'art. 7.

Dans le dossier de C, la juge du procès a également rejeté la contestation fondée sur l'art. 12. À son avis, la peine minimale obligatoire de cinq ans d'emprisonnement prévue au sous-al. 95(2)(a)(ii) n'est pas totalement disproportionnée dans le cas de C étant donné la gravité de ses crimes. Ce dernier n'a d'ailleurs invoqué aucune situation hypothétique raisonnable où il aurait été totalement disproportionné d'infliger la peine minimale obligatoire de cinq ans.

La Cour d'appel a opiné que les peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues au sous-al. 95(2)(a) se traduisent par des peines totalement disproportionnées dans des situations hypothétiques raisonnables où l'infraction commise se situe à l'extrémité du continuum d'application de l'art. 95 correspondant aux infractions réglementaires, et qu'elles violent donc l'art. 12 de la *Charte*. Elle a toutefois conclu que les peines imposées à N et à C sont appropriées et doivent être confirmées.

Arrêt (les juges Rothstein, Moldaver et Wagner sont dissidents) : Les pourvois sont rejetés.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Gascon : Les peines minimales obligatoires prévues aux sous-al. 95(2)(a)(i) et (ii) du *Code criminel* contreviennent à l'art. 12 de la *Charte* et sont donc inopérantes par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les peines infligées à N et à C sont toutefois appropriées et doivent être confirmées. Dans la plupart des cas — dont ceux de N et de C —, les peines minimales obligatoires de trois et cinq ans ne constituent pas des peines cruelles et inusitées. Mais, dans certaines situations raisonnablement prévisibles, elles le peuvent.

Lorsque la constitutionnalité d'une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire est contestée au regard de l'art. 12, deux questions se posent. Premièrement, la disposition inflige-t-elle une peine cruelle et inusitée (c.-à-d. une peine totalement disproportionnée) à l'accusé? Si la réponse est négative, il faut se demander

foreseeable applications would impose cruel and unusual punishment on other offenders. This approach is consistent with the long and settled jurisprudence of this Court relating to *Charter* review generally and to s. 12 review in particular, is workable, and provides sufficient certainty. There is no reason to overrule this jurisprudence, especially as the effect would be to diminish *Charter* protection.

Where mandatory minimum sentencing laws are challenged under s. 12 on the basis of their reasonably foreseeable application to others, the question is what situations may reasonably arise, not whether such situations are likely to arise in the general day-to-day application of the law. Only situations that are remote or far-fetched are excluded.

In this case, N and C do not argue that the mandatory minimum terms of imprisonment in s. 95(2) are grossly disproportionate as applied to them. Rather, they argue that those mandatory minimum terms of imprisonment are grossly disproportionate as they apply to other offenders.

Turning first to s. 95(2)(a)(i), the question is whether the three-year minimum term of imprisonment would result in grossly disproportionate sentences in reasonably foreseeable cases. The answer to this question is yes.

Section 95(1) casts its net over a wide range of potential conduct. Most cases within the range may well merit a sentence of three years or more, but conduct at the far end of the range may not. At that far end stands, for example, the licensed and responsible gun owner who stores his unloaded firearm safely with ammunition nearby, but makes a mistake as to where it can be stored. Given the minimal blameworthiness of this offender and the absence of any harm or real risk of harm flowing from the conduct, a three-year sentence would be disproportionate. Similar examples can be envisaged. The bottom line is that s. 95(1) foreseeably catches licensing offences that involve little or no moral fault and little or no danger to the public.

Firearms are inherently dangerous and the state is entitled to use sanctions to signal its disapproval of careless practices and to discourage gun-owners from making

en deuxième lieu si les applications raisonnablement prévisibles de la disposition infligeront à d'autres délinquants des peines cruelles et inusitées. La démarche s'harmonise avec la jurisprudence de la Cour, établie de longue date, concernant le contrôle constitutionnel au regard de la *Charte* en général et de son art. 12 en particulier, elle est applicable et elle assure une certitude suffisante. Il n'existe aucune raison de revenir sur cette jurisprudence, d'autant plus qu'un tel revirement aurait pour effet d'affaiblir une protection offerte par la *Charte*.

Lorsque la constitutionnalité d'une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire est contestée au regard de l'art. 12 et en fonction de son application raisonnablement prévisible à d'autres personnes, on doit se demander quelles situations sont raisonnablement susceptibles de se présenter, et non pas si une situation se présentera vraisemblablement dans le cadre de l'application générale et habituelle de la loi. Seules sont écartées les situations invraisemblables ou n'ayant qu'un faible rapport avec l'espèce.

Dans la présente affaire, N et C font valoir non pas que les peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues au par. 95(2) sont totalement disproportionnées dans leurs cas, mais bien qu'elles le sont lorsqu'elles s'appliquent à d'autres délinquants.

Pour ce qui est d'abord du sous-al. 95(2)a(i), la question qui se pose est celle de savoir si la peine minimale de trois ans d'emprisonnement emportera l'infliction de peines totalement disproportionnées dans des situations raisonnablement prévisibles. La réponse est oui.

Le paragraphe 95(1) vise une vaste gamme de comportements potentiels dont la plupart peuvent fort bien justifier l'infliction d'une peine de trois ans ou plus, mais peut-être pas ceux qui se situent à une extrémité du continuum d'application. À cette extrémité correspond par exemple le cas du propriétaire responsable d'une arme, titulaire d'un permis, qui entrepose son arme à feu non chargée de façon sécuritaire avec des munitions à proximité, mais qui se méprend sur le lieu d'entreposage autorisé. Vu la faible culpabilité morale de ce délinquant et l'absence de préjudice ou de risque réel qu'un préjudice découle de son comportement, une peine carcérale de trois ans serait disproportionnée. D'autres cas semblables peuvent être envisagés. Essentiellement, on peut prévoir que le par. 95(1) s'applique à des infractions réglementaires qui comportent une culpabilité morale minime, voire nulle, et qui n'exposent le public à aucun danger ou presque.

Certes, les armes à feu sont foncièrement dangereuses, et l'État peut recourir à des sanctions pour signaler sa désapprobation des pratiques négligentes et décourager la

mistakes, to be sure. But a three-year term of imprisonment for a person who has essentially committed a licensing infraction is totally out of sync with the norms of criminal sentencing set out in the s. 718 of the *Criminal Code* and legitimate expectations in a free and democratic society. As the Court of Appeal concluded, there exists a cavernous disconnect between the severity of the licensing-type offence and the mandatory minimum three-year term of imprisonment. Consequently, s. 95(2)(a)(i) breaches s. 12 of the *Charter*.

As for s. 95(2)(a)(ii), there is little doubt that in many cases those who commit second or subsequent offences should be sentenced to terms of imprisonment, and some for lengthy terms. The seven-year term of imprisonment imposed on C is an example. But the five-year mandatory minimum term of imprisonment would be grossly disproportionate for less serious offenders. For them, the five-year term goes far beyond what is necessary in order to protect the public, to express moral condemnation of the offenders, and to discourage others from engaging in such conduct. Therefore, s. 95(2)(a)(ii) violates s. 12 of the *Charter*.

These s. 12 *Charter* violations are not justified under s. 1. Although the government has not established that mandatory minimum terms of imprisonment act as a deterrent, a rational connection exists between mandatory minimums and the goals of denunciation and retribution. However, the government has not met the minimal impairment requirement under s. 1, as there are less harmful means of achieving its legislative goal. In addition, given the conclusion that the mandatory minimum terms of imprisonment in s. 95(2) when the Crown proceeds by indictment are grossly disproportionate, the limits are not a proportionate justification under s. 1. It follows that the mandatory minimum terms of imprisonment imposed by s. 95(2) are unconstitutional.

This conclusion makes it unnecessary to consider N and C's arguments that s. 95(2) violates s. 7 of the *Charter*.

Per Rothstein, Moldaver and Wagner JJ. (dissenting): The reasonable hypothetical approach under s. 12 of the *Charter* does not justify striking down s. 95(2) of the *Criminal Code*. The hypothetical licensing-type cases relied upon by the majority are not grounded in experience or common sense. First, experience shows that there is not a single licensing-type case over the entire

méprise chez les propriétaires d'armes à feu. Or, infliger une peine de trois ans d'emprisonnement à une personne qui a essentiellement commis une infraction réglementaire déroge totalement aux normes de détermination de la peine énoncées à l'art. 718 du *Code criminel* et aux attentes légitimes des citoyens dans une société libre et démocratique. Comme l'a conclu la Cour d'appel, il y a discordance totale entre la gravité de l'infraction réglementaire et la peine minimale obligatoire de trois ans d'emprisonnement. Par conséquent, le sous-al. 95(2)(a)(i) contrevient à l'art. 12 de la *Charte*.

Pour ce qui est du sous-al. 95(2)(a)(ii), il ne fait aucun doute que, dans bien des cas, le délinquant qui récidive doit être condamné à une peine carcérale et que, parfois, il faut lui infliger une peine de longue durée. La peine de sept ans d'emprisonnement infligée à C constitue un bon exemple. Toutefois, il serait totalement disproportionné d'infliger une peine minimale obligatoire de cinq ans d'emprisonnement à l'auteur d'une infraction de moindre gravité. Dans ce cas, la peine de cinq ans d'emprisonnement dépasse largement ce qu'exigent la protection du public, la réprobation morale du délinquant et la dissuasion d'autrui de faire de même. En conséquence, le sous-al. 95(2)(a)(ii) viole l'art. 12 de la *Charte*.

Ces violations de l'art. 12 de la *Charte* ne peuvent se justifier par application de l'article premier. L'État n'a pas établi que les peines minimales obligatoires d'emprisonnement avaient un effet dissuasif, mais il existe un lien rationnel entre ces peines et les objectifs de dénonciation et de châtiment. Toutefois, l'État n'a pas satisfait à l'exigence de l'atteinte minimale, car il existe des moyens moins préjudiciables d'atteindre l'objectif législatif. En outre, vu la conclusion selon laquelle les peines minimales obligatoires d'emprisonnement que prévoit le par. 95(2) lorsque le ministère public opte pour la mise en accusation sont totalement disproportionnées, la restriction ne peut se justifier sur le fondement de la proportionnalité pour les besoins de l'article premier. Les peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues au par. 95(2) sont donc inconstitutionnelles.

Cette conclusion dispense de l'examen des prétentions de N et de C selon lesquelles le par. 95(2) contrevient à l'art. 7 de la *Charte*.

Les juges Rothstein, Moldaver et Wagner (dissidents) : La démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables ne justifie pas l'invalidation du par. 95(2) du *Code criminel* sur le fondement de l'art. 12 de la *Charte*. Les situations hypothétiques d'infraction de type réglementaire qu'invoquent les juges majoritaires ne s'appuient ni sur l'expérience ni sur le bon sens. Premièrement, depuis

history of s. 95(2) where the imposition of a mandatory minimum could be regarded as grossly disproportionate. Moreover, the parties cannot identify a single case where an offender who has committed a licensing-type offence has been prosecuted by indictment, thus attracting a mandatory minimum. In fact, in the only licensing-type case raised by the parties, the Crown proceeded summarily.

Second, an application of the reasonable hypothetical approach which assumes that the Crown will elect to proceed by indictment when the fair, just, and appropriate election would be to proceed summarily does not accord with common sense. The Crown election has been purposely integrated into the legislative scheme and is a clear expression of Parliament's intent to confer on prosecutors the ability to divert the least serious licensing-type cases into summary proceedings. It is a mistake to shunt this factor aside when crafting reasonable hypotheticals.

Parliament's choice to raise the mandatory minimums in s. 95 reflects valid and pressing objectives, and it is not for this Court to frustrate the policy goals of our elected representatives based on questionable assumptions or loose conjecture. This Court has warned against the use of hypotheticals that are "far-fetched or only marginally imaginable". The hypothetical scenario advanced by the majority stretches the bounds of credulity. It is not a sound basis on which to nullify Parliament's considered response to a serious and complex issue.

The majority identifies an alternative scheme that, in its view, would accomplish Parliament's goals without offending s. 12 of the *Charter*. Under this scheme, the impugned mandatory minimums could be enacted as part of a revised offence containing an additional element beyond the existing elements of s. 95(1). For example, the offence could be limited to "those engaged in criminal activity" or to "conduct that poses a danger to others". The problem with this suggestion is two-fold.

First, it is discordant with Parliament's true objective in creating mandatory minimums for the unlawful *possession* of a loaded or readily loaded prohibited or restricted firearm. Section 95 targets the simple possession of guns that are frequently used in gang-related or other criminal

l'entrée en vigueur du par. 95(2), il appert de l'expérience que, dans aucune affaire d'infraction de type réglementaire, la peine minimale obligatoire infligée a pu être tenue pour totalement disproportionnée. Qui plus est, les parties ne peuvent citer un seul cas où l'auteur d'une telle infraction a été poursuivi par voie de mise en accusation, encourageant ainsi une peine minimale obligatoire. En fait, dans la seule décision relative à une infraction de ce type et invoquée par les parties, le poursuivant a opté pour la procédure sommaire.

Deuxièmement, l'application de la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables, qui suppose que le ministère public optera pour la mise en accusation, alors qu'il serait juste, équitable et approprié qu'il opte pour la procédure sommaire, va à l'encontre du bon sens. Le choix du mode de poursuite a délibérément été intégré au régime législatif et traduit clairement l'intention du législateur de permettre au poursuivant de soumettre les cas les moins graves — les infractions de type réglementaire — à la procédure sommaire. Il est erroné d'écarter cette réalité au moment de concevoir des situations hypothétiques raisonnables.

La décision du législateur de relever les peines minimales obligatoires prévues à l'art. 95 est motivée par des objectifs valables et urgents, et il n'appartient pas à la Cour de contrecarrer les objectifs de politique générale de nos élus sur la foi d'hypothèses discutables ou de vagues conjectures. La Cour a mis les tribunaux en garde contre la prise en compte de situations hypothétiques qui sont « invraisemblables ou difficilement imaginables ». Le scénario hypothétique évoqué par les juges majoritaires est peu crédible. Il ne s'agit pas d'une assise valable pour réduire à néant la solution réfléchie apportée par le législateur à un problème à la fois grave et complexe.

Les juges majoritaires avancent une solution de rechange qui, selon eux, permettrait de réaliser les objectifs du législateur sans contrevenir à l'art. 12 de la *Charte*. Selon la solution qu'ils proposent, le législateur pourrait établir les peines minimales obligatoires dans le cadre d'une infraction révisée qui comporterait un élément en sus de ceux qui sont déjà présents au par. 95(1). Par exemple, seul le comportement qui constituerait un « acte criminel » ou qui « présente[rait] un danger pour autrui » tomberait sous le coup de la disposition. La solution avancée présente deux difficultés.

Premièrement, elle va à l'encontre du véritable objectif de l'établissement de peines minimales obligatoires pour la *possession* illégale d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, chargée ou prête à l'être. L'article 95 criminalise la simple possession d'armes à feu qui

activity. Parliament has concentrated on simple possession for a reason: firearms — and particularly the firearms caught by s. 95 — are inherently dangerous. Outside of law enforcement, prohibited and restricted firearms are primarily found in the hands of criminals who use them to intimidate, wound, maim, and kill. Given the inherent danger associated with these guns, it was open to Parliament to conclude that their simple possession should attract a significant mandatory custodial sentence.

Second, adding new elements to the offence would render the mandatory minimums under-inclusive. Limiting the offence to “those engaged in criminal activity” could exclude cases where the imposition of a mandatory minimum is uncontroversial. Likewise, limiting the offence to “conduct that poses a danger to others” could exclude certain situations to which the mandatory minimums in s. 95 are intended to apply.

In sum, the reasonable hypothetical approach does not justify striking down the impugned mandatory minimums. In any event, a different analytical framework is required here. To date, this Court’s s. 12 jurisprudence has only considered the constitutionality of mandatory minimum sentences in the context of straight indictable offences. This is the first time it has examined their constitutionality in a hybrid scheme, which calls for a different analytical framework under s. 12.

The proper analytical framework has two stages. First, the court must determine whether the hybrid scheme adequately protects against the imposition of grossly disproportionate sentences *in general*. Second, the court must determine whether the Crown has exercised its discretion in a manner that results in a grossly disproportionate sentence *for a particular offender*. This two-stage approach offers a more compelling framework than the use of reasonable hypotheticals to resolve a s. 12 constitutional challenge to a mandatory minimum sentence in a hybrid scheme.

sont fréquemment employées par des gangs ou d’autres délinquants dans leurs activités criminelles. Le législateur s’en prend à la simple possession pour une raison : les armes à feu — en particulier celles que vise l’art. 95 — sont dangereuses en soi. Exception faite des responsables de l’application de la loi, ce sont surtout des criminels qui se servent des armes à feu prohibées ou à autorisation restreinte et qui intimident, blessent, mutilent et tuent. Étant donné le danger que présentent ces armes, le législateur pouvait fort bien conclure que leur simple possession devait emporter l’infliction d’une longue peine minimale obligatoire d’emprisonnement.

Deuxièmement, l’ajout de nouveaux éléments à l’infraction ferait indûment en sorte que les peines minimales obligatoires ne s’appliquent pas dans tous les cas voulus par le législateur. Préciser que l’infraction s’entend seulement « [du] comportement ou [de] l’acte criminel » pourrait soustraire certaines situations à l’application de ces peines même lorsque leur imposition n’est pas contestée. De même, préciser que seul est visé le comportement ou l’acte criminel « qui présente un danger pour autrui » pourrait exclure certaines situations auxquelles les peines minimales obligatoires prévues à l’art. 95 sont censées s’appliquer.

En somme, la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables ne justifie pas l’invalidation des peines minimales obligatoires contestées. Quoi qu’il en soit, un cadre d’analyse différent s’impose en l’espèce. À ce jour, dans ses décisions relatives à l’art. 12, la Cour ne s’est penchée que sur la constitutionnalité de peines minimales obligatoires dans le contexte d’infractions qui ne se prêtaient qu’à la poursuite sur mise en accusation. C’est la première fois qu’elle est appelée à examiner la constitutionnalité de telles peines dans le cadre d’un régime mixte, ce qui commande un cadre d’analyse différent pour l’application de l’art. 12.

L’analyse qui convient comporte deux étapes. Premièrement, le tribunal doit se demander si le régime mixte en question assure *de façon générale* une protection adéquate contre l’imposition de peines totalement disproportionnées. Deuxièmement, il doit se demander si le ministre public a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière qu’une peine totalement disproportionnée soit infligée *à un délinquant en particulier*. Cette démarche en deux étapes offre un cadre d’analyse plus convaincant que la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables lorsqu’il s’agit de statuer sur une contestation constitutionnelle qui se fonde sur l’art. 12 et qui vise une peine minimale obligatoire applicable dans le cadre d’un régime mixte.

The first stage of the analysis has two parts. First, the court must determine the sentencing range for indictable convictions under the sentencing regime that existed prior to the enactment of the impugned mandatory minimum. This is done with reference to actual sentences found in reported cases. The court must then isolate the low end of that sentencing range. This low end serves as an objective indicator of appropriate sentences for the least serious instances of the offence that would realistically be prosecuted by indictment.

Second, the court must compare the impugned mandatory minimum with the low end of the prior range. If the mandatory minimum is grossly disproportionate to sentences at the low end, then the scheme does not adequately protect against the imposition of grossly disproportionate sentences *in general*. On the contrary, it puts an identifiable set of offenders directly at risk of cruel and unusual punishment in violation of s. 12. The proper remedy here lies under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and the mandatory minimum must be struck down.

If the scheme itself is upheld, the court must move on to the second stage and determine whether the Crown has exercised its discretion in a manner that results in a grossly disproportionate sentence for the particular before the court. In those rare cases where the Crown's decision to proceed by indictment leads to a grossly disproportionate sentence, a remedy will lie under s. 24(1) of the *Charter*. The focus here is on the constitutionality of state action, and not the law itself. Specifically, the state action at issue is the Crown election, which is a matter of core prosecutorial discretion reviewable only for abuse of process.

A decision to prosecute by indictment that would give rise to a grossly disproportionate sentence represents a *per se* abuse of process in violation of s. 12. Imposing such a sentence would “undermine society’s expectations of fairness in the administration of justice”. Grossly disproportionate sentences are “so excessive as to outrage standards of decency” and are “abhorrent or intolerable” to society. They constitute a breach of an accused’s fundamental right to be free from cruel and unusual punishment, and are incompatible with the integrity of our justice

La première étape de l’analyse comporte deux volets. Le tribunal doit d’abord établir la fourchette des peines infligées sur déclaration de culpabilité à l’issue d’une mise en accusation suivant le régime de détermination de la peine qui existait avant l’adoption de la peine minimale obligatoire contestée. Pour le faire, il s’en remet aux peines effectivement imposées dans les cas répertoire. Il circonscrit ensuite l’extrémité inférieure de cette fourchette. Cette extrémité inférieure constitue un indicateur objectif des peines qui conviennent dans les cas les moins graves de perpétration de l’infraction où il serait réaliste que le poursuivant opte pour la mise en accusation.

En deuxième lieu, le tribunal compare la peine minimale obligatoire contestée et l’extrémité inférieure de la fourchette antérieure. Si la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée aux peines de l’extrémité inférieure, le régime n’assure pas *de façon générale* une protection adéquate contre l’infligence de peines totalement disproportionnées. Au contraire, il expose directement un groupe déterminable de délinquants au risque de se voir infliger une peine cruelle et inusitée en violation de l’art. 12. La réparation qui s’impose alors relève du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et la peine minimale obligatoire doit être invalidée.

S’il tient le régime pour valide, le tribunal passe à la deuxième étape de l’analyse et se demande si le poursuivant a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière qu’une peine totalement disproportionnée soit infligée au délinquant en cause. Dans les rares cas où la décision d’opter pour la mise en accusation mènera à l’imposition d’une peine totalement disproportionnée, une réparation pourra être obtenue sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*. Ainsi, l’accent est mis sur la constitutionnalité non pas de la loi comme telle, mais bien de l’acte de l’État, à savoir le choix du mode de poursuite, lequel relève du pouvoir discrétionnaire essentiel du poursuivant en matière de poursuites — un pouvoir dont l’exercice est susceptible de contrôle uniquement en cas d’abus de procédure.

Lorsque le choix de la mise en accusation entraînerait l’imposition d’une peine totalement disproportionnée, il y a abus de procédure en soi contrairement à l’art. 12. Imposer une telle peine « miner[ait] les attentes de la société sur le plan de l’équité en matière d’administration de la justice ». La peine totalement disproportionnée est « excessi[ve] au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » et elle est « odieuse ou intolérable » pour la société. Elle porte atteinte au droit fondamental de l’accusé à la protection contre les peines cruelles et

system. An exercise of prosecutorial discretion — be it by design or effect — that leads to such an outcome must be regarded as a *per se* abuse of process.

The offender bears the burden of proof to show an abuse of process at the sentencing phase. If the offender discharges this burden of proof, he or she is entitled to a remedy under s. 24(1). In most cases, the appropriate and just remedy would be a sentence reduction below the mandatory minimum.

The responsibility to ensure constitutional compliance under the proposed framework rests with judges, and not with prosecutors. The framework includes two checks to ensure compliance with s. 12, neither of which relies on prosecutorial discretion. First, if the sentencing scheme itself is challenged, the judge may strike it down as unconstitutional. Second, if an offender argues that the mandatory minimum would be grossly disproportionate in his or her case, the judge may find a *per se* abuse of process and grant a sentence reduction under s. 24(1).

In N's case, Code J. found that, prior to the enactment of the three-year mandatory minimum, the sentencing range for a first offence under s. 95 was a term of imprisonment between two years less a day and three years. Thus, the low end of the range is around two years less a day. The three-year mandatory minimum for a first offence under s. 95(2) is not grossly disproportionate to this low end. Therefore, at the first stage, the mandatory minimum does not violate s. 12. N's concession that a three-year sentence is not grossly disproportionate in his case disposes of the second stage.

In C's case, Backhouse J. did not refer to the sentencing range for a second or subsequent offence prior to the enactment of the five-year mandatory minimum. Code J., however, noted that while the sentencing range for a first offence was between two years less a day and three years, much longer sentences were imposed for recidivists. It is clear, then, that a second or subsequent offence would have attracted a sentence considerably longer than three years — at the very least, in the range of four or five years. The present five-year mandatory minimum is not grossly

inusitées et elle est incompatible avec l'intégrité de notre système de justice. Si, par son objet ou son effet, l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites mène à un tel résultat, il faut y voir un abus de procédure en soi.

Il incombe au délinquant de prouver l'abus de procédure à l'étape de la détermination de la peine. Le délinquant qui s'acquitte de ce fardeau de preuve a droit à une réparation en vertu du par. 24(1). Dans la plupart des cas, la réparation convenable et juste consiste à réduire la peine de façon qu'elle soit inférieure à la peine minimale obligatoire.

Suivant le cadre d'analyse proposé, il incombe au tribunal, et non au poursuivant, de s'assurer du respect des exigences de la Constitution. Deux éléments de contrôle de la conformité à l'art. 12 sont prévus, et aucun ne tient à l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Premièrement, lorsque le régime même de détermination de la peine est contesté, le tribunal peut le déclarer inconstitutionnel. Deuxièmement, lorsque le délinquant prétend que la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée dans son cas, le tribunal peut conclure à un abus de procédure en soi et accorder une réduction de peine en vertu du par. 24(1).

Dans le dossier de N, le juge Code a conclu que, avant l'application de la peine minimale obligatoire de trois ans, la fourchette des peines infligées pour une première infraction à l'art. 95 allait de deux ans moins un jour à trois ans d'emprisonnement. La peine correspondant à l'extrémité inférieure de la fourchette était donc d'environ deux ans moins un jour d'emprisonnement. La peine minimale obligatoire de trois ans que prévoit actuellement le par. 95(2) pour une première infraction n'est pas totalement disproportionnée à la peine qui correspondait auparavant à l'extrémité inférieure de la fourchette. La peine minimale obligatoire ne viole donc pas l'art. 12 à la première étape du contrôle. Comme N reconnaît qu'une peine de trois ans d'emprisonnement n'est pas totalement disproportionnée dans son cas, la deuxième étape du contrôle est aussi franchie.

Dans le dossier de C, la juge Backhouse n'a pas fait état de la fourchette des peines infligées en cas de récidive avant l'application de la peine minimale obligatoire de cinq ans. Le juge Code a toutefois souligné que même si la fourchette des peines infligées pour une première infraction allait de deux ans moins un jour à trois ans d'emprisonnement, des peines beaucoup plus longues étaient imposées aux récidivistes. Il est donc clair qu'une récidive aurait entraîné une peine d'emprisonnement de bien plus de trois ans — au moins quatre ou cinq ans. La

disproportionate to the previous low end of the range for second or subsequent offences under s. 95. Like N, C concedes that the mandatory minimum is not grossly disproportionate in his case.

In conclusion, neither the sentencing scheme itself, nor its application to N or C, offends s. 12 of the *Charter*. Moreover, s. 95 is neither arbitrary nor overbroad, and therefore does not offend s. 7 of the *Charter*.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; **referred to:** *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Brown*, [1994] 3 S.C.R. 749; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Smickle*, 2012 ONSC 602, 110 O.R. (3d) 25; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567.

By Moldaver J. (dissenting)

R. v. Smith, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. Snobelen*, [2008] O.J. No. 6021 (QL); *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206; *R. v.*

peine minimale obligatoire actuelle de cinq ans d'emprisonnement n'est pas totalement disproportionnée à l'extrémité inférieure de la fourchette des peines auparavant infligées sous le régime de l'art. 95 en cas de récidive. À l'instar de N, C reconnaît que la peine minimale obligatoire n'est pas totalement disproportionnée en ce qui le concerne.

En conclusion, ni le régime de détermination de la peine comme tel, ni son application à N ou à C ne contreviennent à l'art. 12 de la *Charte*. De plus, l'art. 95 n'est ni arbitraire ni d'une portée excessive, et ne porte donc pas atteinte au droit garanti par l'art. 7 de la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts appliqués : *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; **arrêts mentionnés :** *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Brown*, [1994] 3 R.C.S. 749; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Smickle*, 2012 ONSC 602, 110 O.R. (3d) 25; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567.

Citée par le juge Moldaver (dissident)

R. c. Smith, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. Snobelen*, [2008] O.J. No. 6021 (QL); *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206; *R. c.*

Felawka, [1993] 4 S.C.R. 199; *R. v. Elliston*, 2010 ONSC 6492, 225 C.R.R. (2d) 109; *R. v. Chin*, 2009 ABCA 226, 457 A.R. 233; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. Jack* (1996), 113 Man. R. (2d) 260; *R. v. Jack*, [1997] 2 S.C.R. 334; *R. v. Wiles*, 2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Skolnick*, [1982] 2 S.C.R. 47.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 12, 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), 56.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 84(1) “prohibited firearm”, “restricted firearm”, (5), (6), 85(2), 95, 108(1)(b), 109, 110, 111, 113, 117.01(1), 515(4.1), 579, 718, 718.1, 718.2, 732.1, 742.3, 786(2), 810(3.1).
Firearms Act, S.C. 1995, c. 39, ss. 5, 7(2), 12, 12.1, 17, 19.
Storage, Display, Transportation and Handling of Firearms by Individuals Regulations, SOR/98-209, ss. 6, 7, 15.
Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6, s. 8.

Authors Cited

Canada. Canadian Sentencing Commission. *Sentencing Reform: A Canadian Approach — Report of The Canadian Sentencing Commission*. Ottawa: The Commission, 1987.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 141, No. 33, 1st Sess., 39th Parl., June 5, 2006, pp. 1941 and 1943.
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 30, 1st Sess., 39th Parl., November 7, 2006, p. 1.
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 34, 1st Sess., 39th Parl., November 23, 2006, pp. 1, 3-4 and 8.
 Doob, Anthony N., and Carla Cesaroni. “The Political Attractiveness of Mandatory Minimum Sentences” (2001), 39 *Osgoode Hall L.J.* 287.

Felawka, [1993] 4 R.C.S. 199; *R. c. Elliston*, 2010 ONSC 6492, 225 C.R.R. (2d) 109; *R. c. Chin*, 2009 ABCA 226, 457 A.R. 233; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. Jack* (1996), 113 Man. R. (2d) 260; *R. c. Jack*, [1997] 2 R.C.S. 334; *R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Skolnick*, [1982] 2 R.C.S. 47.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 12, 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 84(1) « arme à feu à autorisation restreinte », « arme à feu prohibée », (5), (6), 85(2), 95, 108(1)(b), 109, 110, 111, 113, 117.01(1), 515(4.1), 579, 718, 718.1, 718.2, 732.1, 742.3, 786(2), 810(3.1).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 4(1), 56.
Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, c. 6, art. 8.
Loi sur les armes à feu, L.C. 1995, c. 39, art. 5, 7(2), 12, 12.1, 17, 19.
Règlement sur l'entreposage, l'exposition, le transport et le maniement des armes à feu par des particuliers, DORS/98-209, art. 6, 7, 15.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 30, 1^{re} sess., 39^e lég., 7 novembre 2006, p. 1.
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 34, 1^{re} sess., 39^e lég., 23 novembre 2006, p. 1, 3-4 et 8.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 141, n° 33, 1^{re} sess., 39^e lég., 5 juin 2006, p. 1941 et 1943.
 Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Réformer la sentence : une approche canadienne — Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine*, Ottawa, La Commission, 1987.
 Doob, Anthony N., and Carla Cesaroni. « The Political Attractiveness of Mandatory Minimum Sentences » (2001), 39 *Osgoode Hall L.J.* 287.

Doob, Anthony N., and Cheryl Marie Webster. "Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis" (2003), 30 *Crime & Just.* 143.

Pomerance, Renee M. "The New Approach to Sentencing in Canada: Reflections of a Trial Judge" (2013), 17 *Can. Crim. L.R.* 305.

Tonry, Michael. "The Mostly Unintended Effects of Mandatory Penalties: Two Centuries of Consistent Findings" (2009), 38 *Crime & Just.* 65.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Goudge, Cronk, Blair and Tulloch JJ.A.), 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401, 311 O.A.C. 244, 303 C.C.C. (3d) 474, 296 C.R.R. (2d) 21, 5 C.R. (7th) 292, [2013] O.J. No. 5120 (QL), 2013 CarswellOnt 15898 (WL Can.), affirming a sentencing decision of Code J., 2011 ONSC 4874, 241 C.R.R. (2d) 306, 275 C.C.C. (3d) 330, [2011] O.J. No. 3878 (QL), 2011 CarswellOnt 8821 (WL Can.). Appeal dismissed, Rothstein, Moldaver and Wagner JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Goudge, Cronk, Blair and Tulloch JJ.A.), 2013 ONCA 681, 117 O.R. (3d) 456, 311 O.A.C. 316, 303 C.C.C. (3d) 352, 296 C.R.R. (2d) 72, 5 C.R. (7th) 370, [2013] O.J. No. 5115 (QL), 2013 CarswellOnt 15470 (WL Can.), affirming a sentencing decision of Backhouse J., 2010 ONSC 5437, 262 C.C.C. (3d) 120, [2010] O.J. No. 4209 (QL), 2010 CarswellOnt 7496 (WL Can.). Appeal dismissed, Rothstein, Moldaver and Wagner JJ. dissenting.

Andreea Baiasu, for the appellant Her Majesty The Queen.

Nancy L. Dennison and *Richard A. Kramer*, for the appellant the Attorney General of Canada.

Dirk Derstine and *Janani Shanmuganathan*, for the respondent Hussein Jama Nur.

Carlos Rippell and *Michael Dineen*, for the respondent Sidney Charles.

Julie Dassylva and *Gilles Laporte*, for the intervenor the Attorney General of Quebec.

Doob, Anthony N., and Cheryl Marie Webster. « Sentence Severity and Crime : Accepting the Null Hypothesis » (2003), 30 *Crime & Just.* 143.

Pomerance, Renee M. « The New Approach to Sentencing in Canada : Reflections of a Trial Judge » (2013), 17 *Rev. can. D.P.* 305.

Tonry, Michael. « The Mostly Unintended Effects of Mandatory Penalties : Two Centuries of Consistent Findings » (2009), 38 *Crime & Just.* 65.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Goudge, Cronk, Blair et Tulloch), 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401, 311 O.A.C. 244, 303 C.C.C. (3d) 474, 296 C.R.R. (2d) 21, 5 C.R. (7th) 292, [2013] O.J. No. 5120 (QL), 2013 CarswellOnt 15898 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Code relative à la détermination de la peine, 2011 ONSC 4874, 241 C.R.R. (2d) 306, 275 C.C.C. (3d) 330, [2011] O.J. No. 3878 (QL), 2011 CarswellOnt 8821 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Rothstein, Moldaver et Wagner sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Goudge, Cronk, Blair et Tulloch), 2013 ONCA 681, 117 O.R. (3d) 456, 311 O.A.C. 316, 303 C.C.C. (3d) 352, 296 C.R.R. (2d) 72, 5 C.R. (7th) 370, [2013] O.J. No. 5115 (QL), 2013 CarswellOnt 15470 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Backhouse relative à la détermination de la peine, 2010 ONSC 5437, 262 C.C.C. (3d) 120, [2010] O.J. No. 4209 (QL), 2010 CarswellOnt 7496 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Rothstein, Moldaver et Wagner sont dissidents.

Andreea Baiasu, pour l'appelante Sa Majesté la Reine.

Nancy L. Dennison et *Richard A. Kramer*, pour l'appellant le procureur général du Canada.

Dirk Derstine et *Janani Shanmuganathan*, pour l'intimé Hussein Jama Nur.

Carlos Rippell et *Michael Dineen*, pour l'intimé Sidney Charles.

Julie Dassylva et *Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Rodney G. Garson, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Joshua B. Hawkes, Q.C., for the intervener the Attorney General of Alberta.

Written submissions only by *Michael A. Feder, Julia K. Lockhart* and *Adrienne Smith*, for the intervener the Pivot Legal Society.

Bruce F. Simpson, for the intervener the John Howard Society of Canada.

Kimberly Potter, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Nader R. Hasan and *Gerald Chan*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Anil K. Kapoor and *Lindsay E. Trevelyan*, for the intervener the Advocates' Society.

Eric V. Gottardi and *Nikos Harris*, for the intervener the Canadian Bar Association.

Solomon Friedman, for the intervener Canada's National Firearms Association.

Joanna L. Birenbaum, for the intervener the Canadian Association for Community Living.

Faisal Mirza and *Anthony N. Morgan*, for the intervener the African Canadian Legal Clinic.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Gascon JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Overview

[1] Gun-related crime poses grave danger to Canadians. Parliament has therefore chosen to prohibit some weapons outright, while restricting the possession of others. The *Criminal Code*, R.S.C.

Rodney G. Garson, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Joshua B. Hawkes, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Michael A. Feder, Julia K. Lockhart* et *Adrienne Smith*, pour l'intervenante Pivot Legal Society.

Bruce F. Simpson, pour l'intervenante la Société John Howard du Canada.

Kimberly Potter, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Nader R. Hasan et *Gerald Chan*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Anil K. Kapoor et *Lindsay E. Trevelyan*, pour l'intervenante Advocates' Society.

Eric V. Gottardi et *Nikos Harris*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Solomon Friedman, pour l'intervenante l'Association canadienne pour les armes à feu.

Joanna L. Birenbaum, pour l'intervenante l'Association canadienne pour l'intégration communautaire.

Faisal Mirza et *Anthony N. Morgan*, pour l'intervenante la Clinique juridique africaine canadienne.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Gascon rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Aperçu

[1] Les crimes liés aux armes à feu exposent les Canadiennes et les Canadiens à de graves dangers. Le législateur a donc résolu d'interdire carrément la possession de certaines armes et de restreindre

1985, c. C-46, imposes severe penalties for violations of these laws.

[2] Section 95(2)(a) imposes mandatory minimum sentences for the offence of possessing prohibited or restricted firearms when the firearm is loaded or kept with readily accessible ammunition (s. 95(1)) — three years for a first offence and five years for a second or subsequent offence.

[3] The respondents Hussein Jama Nur and Sidney Charles were convicted under s. 95(1). They assert that the mandatory minimum sentences imposed by s. 95(2)(a) are unconstitutional because they result in grossly disproportionate sentences in some cases, violating the guarantee in s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* against cruel and unusual punishment. The Ontario Court of Appeal agreed, and held that the mandatory minimum sentences imposed by s. 95(2)(a) were unconstitutional.

[4] I agree with the Court of Appeal that the mandatory minimum sentences imposed by s. 95(2)(a) of the *Criminal Code* violate s. 12 of the *Charter*. Accordingly, the mandatory minimum sentences in s. 95(2)(a) of the *Criminal Code* are null and void under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. In most cases, including those of Nur and Charles, the mandatory minimum sentences of three and five years respectively do not constitute cruel and unusual punishment. But in some reasonably foreseeable cases that are caught by s. 95(1) they may do so. This has not been shown to be justified under s. 1 of the *Charter*. It follows that s. 95(2)(a) is unconstitutional as presently structured. This conclusion makes it unnecessary to consider the respondents' arguments that s. 95(2)(a) violates s. 7 of the *Charter*.

[5] This does not prevent judges from imposing exemplary sentences that emphasize deterrence and denunciation in appropriate circumstances. Nur and Charles fall into this category. Like the Court of Appeal, I would uphold the sentences imposed by the trial judges in their cases.

celle d'autres armes. Le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, prévoit de lourdes peines lorsqu'il y a infraction aux dispositions ainsi créées.

[2] L'alinéa 95(2)a prévoit des peines minimales obligatoires pour la possession sans autorisation d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte lorsque l'arme est chargée ou que des munitions sont facilement accessibles (par. 95(1)), à savoir trois ans s'il s'agit d'une première infraction et cinq ans s'il s'agit d'une récidive.

[3] Les intimés, Hussein Jama Nur et Sidney Charles, ont été déclarés coupables de l'infraction établie au par. 95(1). Ils font valoir que les peines minimales obligatoires que prévoit l'al. 95(2)a sont inconstitutionnelles car elles se traduisent parfois par des peines totalement disproportionnées, ce qui contrevient à la protection contre les peines cruelles et inusitées garantie à l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel de l'Ontario leur a donné raison et a statué que les peines minimales obligatoires prévues à l'al. 95(2)a étaient inconstitutionnelles.

[4] Je conviens avec la Cour d'appel que les peines minimales obligatoires prévues à l'al. 95(2)a du *Code criminel* contreviennent à l'art. 12 de la *Charte*. Ces peines sont donc inopérantes par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans la plupart des cas — dont ceux de MM. Nur et Charles —, les peines minimales obligatoires de trois et cinq ans ne constituent pas des peines cruelles et inusitées. Mais dans certaines situations raisonnablement prévisibles tombant sous le coup du par. 95(1), elles peuvent l'être. Il n'a pas été démontré qu'elles sont alors justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*. Dans sa version actuelle, l'al. 95(2)a est donc inconstitutionnel, une conclusion qui dispense de l'examen des prétentions des intimés selon lesquelles l'al. 95(2)a contrevient à l'art. 7 de la *Charte*.

[5] Les tribunaux peuvent néanmoins infliger des peines exemplaires axées sur la dissuasion et la dénonciation lorsque les circonstances s'y prêtent, comme c'est le cas pour MM. Nur et Charles. À l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis de confirmer les peines infligées en première instance.

II. Legislative Background

[6] Firearm-related offences are serious crimes. Parliament has sought to protect the public from firearm-related injuries and to deter crimes involving firearms through a combination of strict licensing and registration requirements under the *Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39, and criminal prohibitions under Part III of the *Criminal Code: Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783 (“*Firearms Reference*”).

[7] The *Criminal Code* imposes severe restrictions and sanctions on two classes of firearms. A “prohibited firearm” includes short-barrelled handguns, sawed-off rifles and shotguns, and automatic firearms: *Criminal Code*, s. 84(1). It is unlawful to possess a prohibited firearm unless the individual possessed the firearm prior to the prohibition coming into force: *Firearms Act*, s. 12. This grandfathering also applies to next of kin. A “restricted firearm” includes any handgun that is not a prohibited firearm, some semi-automatic firearms, and some firearms that are less than the specified length: *Criminal Code*, s. 84(1). These weapons are inherently dangerous and are commonly used in criminal activity.

[8] Anyone who wishes to possess a firearm must obtain a licence under the *Firearms Act*. Although one can obtain licences that authorize the possession of prohibited or restricted firearms, stringent criteria must be met: *Firearms Act*, ss. 7(2) and 12. The *Firearms Act* imposes controls on places where a person who has a licence can possess the restricted or prohibited firearms: s. 17. A Chief Firearms Officer may deny a person a licence in the interests of public safety: s. 5. A licensed person must obtain authorization to transport firearms from one designated place to another: s. 19. In addition, the Act requires that a person obtain a registration certificate for the firearm: s. 12.1.

II. Historique législatif

[6] Les infractions liées aux armes à feu sont graves. Le législateur a voulu protéger la population contre les blessures par balle et décourager la perpétration de telles infractions au moyen d’un régime strict exigeant permis et certificat d’enregistrement (*Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, c. 39) et prévoyant des interdictions (partie III du *Code criminel*) (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783 (le « *Renvoi relatif aux armes à feu* »)).

[7] Le *Code criminel* prévoit des restrictions et des sanctions importantes dans le cas de deux types d’armes à feu. Mentionnons d’abord l’« arme à feu prohibée », qui englobe l’arme de poing pourvue d’un canon court, la carabine ou le fusil de chasse scié et l’arme à feu automatique (*Code criminel*, par. 84(1)). Sa possession est illégale, sauf lorsque le propriétaire possédait l’arme avant l’entrée en vigueur de l’interdiction (*Loi sur les armes à feu*, art. 12). Ce droit acquis vaut pour les proches parents du particulier. Vient ensuite l’« arme à feu à autorisation restreinte », qui s’entend de toute arme de poing qui n’est pas une arme à feu prohibée, de certaines armes à feu semi-automatiques et de certaines armes à feu mesurant moins d’une longueur donnée (*Code criminel*, par. 84(1)). Dangereuses en soi, ces armes sont couramment utilisées lors de la perpétration d’actes criminels.

[8] Posséder une arme à feu exige l’obtention d’un permis conformément à la *Loi sur les armes à feu*. Une personne peut obtenir un permis de possession d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, mais seulement si elle respecte certains critères stricts (*Loi sur les armes à feu*, par. 7(2) et art. 12). La *Loi sur les armes à feu* restreint alors les lieux où elle peut être en possession de l’arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte (art. 17). Le contrôleur des armes à feu peut, dans l’intérêt de la sécurité publique, refuser de délivrer un permis à une personne (art. 5). Le titulaire d’un permis doit obtenir l’autorisation de transporter une arme à feu d’un lieu précis à un autre (art. 19). La Loi exige en outre qu’une personne obtienne un certificat d’enregistrement de son arme à feu (art. 12.1).

[9] Restricted or prohibited firearms must be stored unloaded, with a secure locking device and in a locked container or in a vault, safe or room that has been constructed or modified for the secure storage of firearms. Ammunition may not be stored with the firearm unless both the ammunition and the unloaded locked firearm are stored in a securely locked room or container that cannot be readily broken open or into: *Storage, Display, Transportation and Handling of Firearms by Individuals Regulations*, SOR/98-209, ss. 6 and 7. The firearms may only be loaded in a place where they can be lawfully discharged: s. 15.

[10] These licensing and registration requirements under the *Firearms Act* are reinforced through a series of *Criminal Code* offences that criminalize the possession of firearms where the possession contravenes the terms and conditions of the *Firearms Act*. The provision at issue in this appeal is s. 95 of the *Criminal Code*. The relevant version came into force in December 1998: S.C. 1995, c. 39, s. 139. It prohibits the possession of a loaded prohibited or restricted firearm, or the possession of an unloaded prohibited or restricted firearm together with readily accessible ammunition that is capable of being discharged in the firearm: s. 95(1). The offence applies to a person in possession of a prohibited or restricted firearm who does not have an authorization or a licence to possess the firearm at the specific place at issue and a registration certificate for the firearm.

[11] The respondents challenge the constitutionality of the provisions in s. 95(2)(a)(i) and (ii) of the *Criminal Code* (as it read at the relevant time):

95. (1) Subject to subsection (3), every person commits an offence who, in any place, possesses a loaded prohibited firearm or restricted firearm, or an unloaded prohibited firearm or restricted firearm together with readily accessible ammunition that is capable of being discharged in the firearm, unless the person is the holder of

(a) an authorization or a licence under which the person may possess the firearm in that place; and

[9] L'arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte doit être entreposée, non chargée et rendue inopérante par un dispositif de verrouillage sécuritaire, dans un contenant verrouillé ou dans une chambre forte, un coffre-fort ou une pièce construits ou modifiés expressément pour l'entreposage sécuritaire des armes à feu. Les munitions ne peuvent être entreposées avec elle que si elle est non chargée et que le tout est entreposé dans une pièce ou un contenant gardé bien verrouillé et construit de façon qu'on ne peut le forcer facilement (*Règlement sur l'entreposage, l'exposition, le transport et le manie-ment des armes à feu par des particuliers*, DORS/98-209, art. 6 et 7). Une arme à feu ne peut être chargée qu'à l'endroit où il est permis de s'en servir (art. 15).

[10] Ces règles établies sous le régime de la *Loi sur les armes à feu* en matière de permis et d'enregistrement se doublent d'une série d'infractions prévues au *Code criminel* qui criminalisent la possession d'une arme à feu dont la possession contrevient à la *Loi sur les armes à feu*. Les pourvois portent sur l'art. 95 du *Code criminel*, dont la version pertinente est entrée en vigueur en décembre 1998 (L.C. 1995, c. 39, art. 139) et interdit la possession d'une arme à feu prohibée ou à utilisation restreinte chargée et celle d'une telle arme à feu non chargée avec des munitions facilement accessibles qui peuvent être utilisées avec elle (par. 95(1)). L'infraction est perpétrée par la personne en possession d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte qui n'a pas une autorisation ou un permis pour le lieu en cause, ou qui n'a pas de certificat d'enregistrement de l'arme à feu.

[11] Les intimés contestent la constitutionnalité des sous-al. 95(2)a)(i) et (ii) du *Code criminel*, dont voici la version applicable au moment considéré :

95. (1) Sous réserve du paragraphe (3), commet une infraction quiconque a en sa possession dans un lieu quelconque soit une arme à feu prohibée ou une arme à feu à autorisation restreinte chargées, soit une telle arme non chargée avec des munitions facilement accessibles qui peuvent être utilisées avec celle-ci, sans être titulaire à la fois :

a) d'une autorisation ou d'un permis qui l'y autorise dans ce lieu;

(b) the registration certificate for the firearm.

(2) Every person who commits an offence under subsection (1)

(a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding 10 years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of

- (i) in the case of a first offence, three years, and
- (ii) in the case of a second or subsequent offence, five years; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction and liable to imprisonment for a term not exceeding one year.

(3) Subsection (1) does not apply to a person who is using the firearm under the direct and immediate supervision of another person who is lawfully entitled to possess it and is using the firearm in a manner in which that other person may lawfully use it.

[12] Section 95 is a hybrid offence punishable by a maximum of 10 years' imprisonment if the Crown proceeds by way of indictment. When the provision was first introduced by Parliament, the offence carried a one-year minimum sentence if the Crown proceeded by indictment, and a one-year maximum penalty if the Crown proceeded summarily. In May 2008, Parliament increased the minimum term of imprisonment to three years for a first offence and five years for a subsequent offence if the Crown proceeded by indictment: S.C. 2008, c. 6, s. 8. But Parliament did not change the one-year maximum sentence if the Crown proceeded summarily. Therefore, there is a two-year gap between the maximum penalty on summary conviction and the minimum penalty on indictment. Nur challenges this gap under s. 7 of the *Charter*.

[13] A review of the firearms offences in the *Criminal Code* reveals that s. 95 carries a more serious penalty than any other simple possession offence. The mandatory minimum terms of imprisonment found in s. 95 reflect two aggravating factors. It applies to prohibited and restricted firearms, which present the most significant danger to public safety.

b) du certificat d'enregistrement de l'arme.

(2) Quiconque commet l'infraction prévue au paragraphe (1) est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, la peine minimale étant :

- (i) de trois ans, dans le cas d'une première infraction,
- (ii) de cinq ans, en cas de récidive;

b) soit d'une infraction punissable, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, d'un emprisonnement maximal de un an.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à quiconque utilise une arme à feu sous la surveillance directe d'une personne qui en a la possession légale, de la manière dont celle-ci peut légalement s'en servir.

[12] L'article 95 crée une infraction mixte qui rend passible, sur mise en accusation, d'une peine carcérale d'au plus 10 ans. Dans sa version initiale, la disposition prévoyait une peine minimale d'un an lorsque le poursuivant optait pour la mise en accusation et une peine maximale d'un an lorsqu'il optait pour la procédure sommaire. En mai 2008, le législateur a porté la peine carcérale minimale à trois ans pour une première infraction et à cinq ans pour une récidive, lorsqu'il y avait mise en accusation (L.C. 2008, c. 6, art. 8). Il n'a cependant pas modifié la peine maximale d'un an encourue lorsque le poursuivant opte pour la procédure sommaire. Il existe donc un écart de deux ans entre la peine maximale applicable sur procédure sommaire et la peine minimale applicable sur mise en accusation. M. Nur conteste cet écart sur le fondement de l'art. 7 de la *Charte*.

[13] Il appert de l'examen des dispositions du *Code criminel* sur les armes à feu que l'art. 95 prévoit une peine plus lourde que toute autre disposition relative à la seule possession. Les peines carcérales minimales obligatoires d'emprisonnement prévues à l'art. 95 tiennent compte de deux circonstances aggravantes. Elles s'appliquent en effet à la possession d'une arme

It only applies if the firearm is loaded or if ammunition for the firearm is readily available.

[14] Section 95(2)(a)(ii) imposes a five-year mandatory minimum term of imprisonment for a second or subsequent offence. For the purpose of determining whether a person has committed a second or subsequent offence within the meaning of s. 95(2)(a)(ii), one must have regard to s. 84(5) and (6):

(5) In determining, for the purpose of subsection 85(3), 95(2), 99(2), 100(2) or 103(2), whether a convicted person has committed a second or subsequent offence, if the person was earlier convicted of any of the following offences, that offence is to be considered as an earlier offence:

(a) an offence under section 85, 95, 96, 98, 98.1, 99, 100, 102 or 103 or subsection 117.01(1);

(b) an offence under section 244 or 244.2; or

(c) an offence under section 220, 236, 239, 272 or 273, subsection 279(1) or section 279.1, 344 or 346 if a firearm was used in the commission of the offence.

However, an earlier offence shall not be taken into account if 10 years have elapsed between the day on which the person was convicted of the earlier offence and the day on which the person was convicted of the offence for which sentence is being imposed, not taking into account any time in custody.

(6) For the purposes of subsection (5), the only question to be considered is the sequence of convictions and no consideration shall be given to the sequence of commission of offences or whether any offence occurred before or after any conviction.

[15] Charles challenges s. 84(5) and (6) as being overbroad and arbitrary, contrary to s. 7 of the *Charter*.

[16] The relevant provisions of the *Charter* state:

prohibée ou d'une arme à autorisation restreinte, lesquelles présentent le plus grand risque qui soit pour la sécurité publique, et seulement lorsque l'arme est chargée ou que ses munitions sont facilement accessibles.

[14] Le sous-alinéa 95(2)a)(ii) prévoit une peine carcérale obligatoire d'au moins cinq ans en cas de récidive. Pour déterminer s'il y a récidive au sens du sous-al. 95(2)a)(ii), il faut se reporter aux par. 84(5) et (6) :

(5) Lorsqu'il s'agit de décider, pour l'application des paragraphes 85(3), 95(2), 99(2), 100(2) ou 103(2), si la personne déclarée coupable se trouve en état de récidive, il est tenu compte de toute condamnation antérieure à l'égard :

a) d'une infraction prévue aux articles 85, 95, 96, 98, 98.1, 99, 100, 102 ou 103 ou au paragraphe 117.01(1);

b) d'une infraction prévue aux articles 244 ou 244.2;

c) d'une infraction prévue aux articles 220, 236, 239, 272 ou 273, au paragraphe 279(1) ou aux articles 279.1, 344 ou 346, s'il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration.

Toutefois, il n'est pas tenu compte des condamnations précédant de plus de dix ans la condamnation à l'égard de laquelle la peine doit être déterminée, compte non tenu du temps passé sous garde.

(6) Pour l'application du paragraphe (5), il est tenu compte de l'ordre des déclarations de culpabilité et non de l'ordre de perpétration des infractions, ni du fait qu'une infraction a été commise avant ou après une déclaration de culpabilité.

[15] M. Charles tient les par. 84(5) et (6) pour inconstitutionnels et contraires à l'art. 7 de la *Charte* du fait que leur portée est excessive et qu'ils sont arbitraires.

[16] Voici le texte des dispositions pertinentes de la *Charte* :

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

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

III. Facts and Judicial History

A. *Nur*

[17] One evening in January 2009, a young man entered a community centre in the Jane and Finch neighbourhood of Toronto and told a staff member that he was afraid of someone who was waiting outside to get him. The staff member saw someone waiting outside who looked threatening. The neighbourhood had very high levels of crime. Gun violence was a serious problem. The supervisor put the community centre on lockdown and called the police. When the police arrived, they saw four men standing at one of the entrances of the community centre. Nur was among them. As one of the police officers approached, the men scattered.

[18] The police officer chased Nur. He held his left hand against his body and appeared to be concealing something. As the officer gained ground on Nur, he saw Nur throw something away. The officer caught and arrested Nur moments after. Returning to the area where he had seen Nur throw something to the ground, the officer found a loaded handgun under a parked car. The gun was a working 22-calibre semi-automatic with an oversized ammunition clip. There were 23 bullets in the clip and one in the chamber. The gun is a prohibited firearm. When functioning properly, the gun can fire all 24 rounds in 3.5 seconds.

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

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

III. Faits et genèse de l'instance

A. *Dossier Nur*

[17] Un soir de janvier 2009, à Toronto, un jeune homme est entré dans un centre communautaire situé près de l'intersection de la rue Jane et de l'avenue Finch. Il a dit à un employé qu'il avait peur de quelqu'un qui l'attendait à l'extérieur et qui en avait après lui. L'employé a aperçu une personne à l'air menaçant qui attendait à l'extérieur. Le quartier connaissait un taux très élevé de criminalité, et le recours aux armes à feu y constituait un problème grave. Le surveillant a verrouillé les lieux et appelé la police. À leur arrivée, les policiers ont vu quatre hommes, dont M. Nur, près de l'une des entrées. Lorsqu'un agent s'est approché, les hommes ont pris la fuite dans des directions différentes.

[18] Pris en chasse par le policier, M. Nur serrait sa main gauche contre son corps et semblait dissimuler un objet. Au moment où l'agent allait le rattraper, M. Nur s'est débarrassé d'un objet. Quelques instants plus tard, M. Nur était immobilisé et mis en état d'arrestation. Le policier est revenu sur ses pas à l'endroit où il avait vu M. Nur jeter un objet par terre. Il a trouvé une arme de poing chargée sous une voiture garée. Il s'agissait d'un pistolet semi-automatique de calibre 22 en état de marche muni d'un chargeur grande dimension, une arme à feu prohibée. L'arme contenait 23 balles, dont une dans la chambre. Lorsqu'il est en bon état de marche, le pistolet permet de tirer ses 24 balles en 3,5 secondes.

[19] Nur was not found to be involved with the threatening behaviour, and it was not clear when, for how long, or how Nur came to possess the loaded handgun.

(1) Ontario Superior Court of Justice

[20] Nur was charged with one count of possession of a loaded prohibited firearm contrary to s. 95(1) of the *Criminal Code*. The Crown proceeded by indictment and Nur elected to be tried by judge alone. He ultimately pleaded guilty to the charge, but he did not admit any facts relevant to the allegations beyond those essential to the plea. At his sentencing, Nur put the Crown to the proof of any facts that it relied on as aggravating factors for sentencing. Nur also challenged the constitutionality of the three-year mandatory minimum sentence imposed by s. 95(2)(a)(i).

[21] Nur comes from a supportive, law-abiding family who came to Canada as refugees. At the time of the offence, he was 19 and attending high school. He was performing well and hoped to eventually attend university. He had worked a number of part-time jobs and volunteered in the community. Teachers and past employers praised his performance and his considerable potential. One teacher described Nur as “an exceptional student and athlete who excelled in the classroom and on the basketball court . . . an incredible youth with unlimited academic and great leadership skills”: 2011 ONSC 4874, 241 C.R.R. (2d) 306, at para. 34. Nur had no prior criminal record.

[22] The trial judge held that the three-year mandatory minimum sentence did not offend ss. 12 and 15 of the *Charter*. However, he concluded that the two-year gap between the one-year maximum sentence if the Crown proceeded summarily and the three-year minimum sentence if the Crown proceeded on indictment offended s. 7 of the *Charter* because it was arbitrary and was not justified under s. 1. Nevertheless, the trial judge held that Nur was not personally affected by the gap. In his view, the

[19] Il n’a pas été établi que M. Nur avait quoi que ce soit à voir avec le comportement menaçant, et aucun élément n’a clairement indiqué le moment à partir duquel M. Nur avait eu l’arme chargée en sa possession, la durée de cette possession, ou la manière dont il était entré en possession de l’arme.

(1) Cour supérieure de justice de l’Ontario

[20] M. Nur a été accusé d’un chef de possession d’une arme à feu prohibée chargée, une infraction prévue au par. 95(1) du *Code criminel*. Après avoir été mis en accusation, M. Nur a opté pour un procès devant juge seul. Il a finalement plaidé coupable, mais n’a reconnu aucun autre fait que ceux qui étaient essentiels à son plaidoyer. À l’audience de détermination de la peine, M. Nur a mis le poursuivant au défi de prouver les circonstances aggravantes invoquées. Il a également contesté la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire de trois ans prévue au sous-al. 95(2)a(i).

[21] M. Nur est issu d’une famille de réfugiés soutenant et respectueuse des lois. Au moment de l’infraction, il avait 19 ans et fréquentait l’école secondaire. Il avait de bonnes notes et espérait fréquenter un jour l’université. Il avait eu quelques emplois à temps partiel et faisait du bénévolat dans la collectivité. Ses enseignants et ses anciens employeurs ont souligné ses bons résultats et ses grandes perspectives d’avenir. Pour reprendre les propos d’un enseignant, M. Nur était [TRADUCTION] « un étudiant exceptionnel et un athlète qui excellait tant en classe que sur le terrain de basketball [. . .] un jeune extrêmement doué dont les aptitudes aux études se doublaient d’un grand sens du leadership » (2011 ONSC 4874, 241 C.R.R. (2d) 306, par. 34). M. Nur n’avait pas de casier judiciaire.

[22] Selon le juge du procès, la peine minimale obligatoire de trois ans ne contrevient pas aux art. 12 et 15 de la *Charte*. Il conclut toutefois que l’écart de deux ans entre la peine maximale d’un an — sur procédure sommaire — et la peine minimale de trois ans — sur mise en accusation — ne respecte pas l’art. 7 de la *Charte* parce qu’il est arbitraire et qu’il ne peut se justifier par application de l’article premier. Le juge arrive néanmoins à la conclusion que cet écart ne pénalise pas M. Nur. À son

gap only posed a constitutional problem for a small class of accused, in those cases where the Crown would reasonably elect to proceed summarily but for the arbitrary two-year gap. The trial judge held that the Crown would not have proceeded summarily against Nur regardless of the maximum penalty available on a summary conviction proceeding. The trial judge therefore dismissed the s. 7 claim.

[23] The trial judge held that a sentence of 40 months was appropriate for the offence and the offender, having regard to the “inflationary floor” of the mandatory minimum sentence. Nur had been denied bail and had been in custody for 26 months. Nur received two to one credit for 20 months of pre-trial custody at the time of sentencing. As a result, the trial judge imposed a sentence of one day in custody to be followed by two years of probation.

(2) Court of Appeal for Ontario, 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401

[24] Nur appealed to the Court of Appeal, which heard his appeal, and five others, concerning constitutional challenges to various provisions of the *Criminal Code* imposing or related to the imposition of mandatory minimum sentences for various firearm-related offences.

[25] Doherty J.A., for the court, allowed the appeal. He held that the three-year mandatory minimum penalty imposed by s. 95(2)(a)(i) was contrary to s. 12 of the *Charter* based on a reasonable hypothetical on the licensing end of the s. 95 spectrum, and that it was not saved by s. 1. He held that the appropriate remedy was to hold s. 95(2)(a)(i) of no force or effect to the extent that it imposes a three-year mandatory minimum term of imprisonment when the Crown proceeds by way of indictment. His declaration did not affect the 10-year maximum penalty in s. 95(2)(a). However, he also concluded that his analysis did not prevent Parliament from retaining the three-year mandatory minimum for the “true crime end” of the s. 95 spectrum,

avis, l'écart ne pose un problème constitutionnel que dans un nombre infime de cas, à savoir ceux où le poursuivant aurait raisonnablement opté pour la procédure sommaire n'eût été l'écart arbitraire de deux ans. Il conclut que, dans le cas de M. Nur, le poursuivant n'aurait pas opté pour la procédure sommaire peu importe la peine maximale alors applicable. Il rejette donc la prétention fondée sur l'art. 7.

[23] Selon le juge, une peine de 40 mois est appropriée et tient compte de la nature de l'infraction et de la situation du délinquant, eu égard au [TRADUCTION] « seuil ascendant » que constitue la peine minimale obligatoire. M. Nur s'est vu refuser la liberté sous caution et a passé 26 mois sous garde. Lors de la détermination de sa peine, on lui a accordé des crédits pour une période de détention présentencielle de 20 mois à raison de deux jours contre un. Le juge lui a donc infligé une peine carcérale d'un jour assortie d'une période de probation de deux ans.

(2) Cour d'appel de l'Ontario, 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401

[24] M. Nur a interjeté appel à la Cour d'appel, qui a entendu l'affaire, de même que cinq autres dossiers de contestation constitutionnelle visant diverses dispositions du *Code criminel* qui imposent des peines minimales obligatoires pour diverses infractions liées aux armes à feu ou qui se rapportent à pareille imposition.

[25] Au nom de la Cour d'appel, le juge Doherty accueille l'appel. Il estime que la peine minimale obligatoire de trois ans d'emprisonnement prévue au sous-al. 95(2)a)(i) contrevient à l'art. 12 de la *Charte* dans la situation hypothétique raisonnable où l'infraction commise se situe à l'extrémité du continuum d'application de l'art. 95 correspondant aux infractions réglementaires et que la disposition qui prévoit la peine minimale ne peut être sauvegardée par application de l'article premier. La réparation qui lui paraît convenable consiste à déclarer inopérant le sous-al. 95(2)a)(i) dans la mesure où il prévoit une peine minimale obligatoire de trois ans d'emprisonnement lorsque le poursuivant opte pour la mise en accusation. La déclaration d'invalidité ne

that is “[i]ndividuals who have loaded restricted or prohibited firearms that they have no business possessing anywhere or at any time, and who are engaged in criminal conduct or conduct that poses a danger to others”: para. 206. These offenders, Doherty J.A. held, should continue to receive exemplary sentences that emphasize deterrence and denunciation.

[26] The Court of Appeal held that, despite mitigating factors, the trial judge’s sentence was appropriate and should be upheld.

B. *Charles*

[27] In May 2008, Charles and another man were living in a Toronto rooming house. An incident at the rooming house was reported to the police. They attended and secured the scene. The Emergency Task Force arrived and searched the house, finding a loaded Ruger semi-automatic handgun and ammunition in Charles’ bedroom. It was equipped with an over-capacity magazine, which is a prohibited device under the *Criminal Code*, containing 13 rounds of live 9-mm ammunition. A further round of ammunition was found on Charles’ bed near the gun. The serial number on the gun had been removed. Charles admitted to police that he did not have a licence to possess a firearm and did not hold a current registration certificate for the firearm. Charles was arrested and charged with various firearm-related offences.

(1) Ontario Superior Court of Justice

[28] The Crown elected to proceed by way of indictment. Charles pleaded guilty to possession of a loaded prohibited firearm, contrary to s. 95(1) of the *Criminal Code*. He also pleaded guilty to possession of a firearm knowing that the serial number had been defaced, contrary to s. 108(1)(b); possession

s’applique pas à la peine maximale de 10 ans prévue à l’al. 95(2)a). Selon le juge Doherty, son analyse n’empêche toutefois pas le législateur de conserver la peine minimale obligatoire de trois ans dans le cas d’un [TRADUCTION] « vrai crime » qui se situe à l’autre extrémité du continuum d’application de l’art. 95, c’est-à-dire une infraction perpétrée par une « personne munie d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte chargée qu’elle n’est censée posséder nulle part et à aucun moment et qui prend part à un acte criminel ou qui expose autrui à un danger » (par. 206). Le juge conclut qu’une peine exemplaire, axée sur la dissuasion et la dénonciation, doit continuer d’être infligée à un tel délinquant.

[26] La Cour d’appel considère que malgré l’existence de circonstances atténuantes, la peine infligée en première instance est appropriée et doit être confirmée.

B. *Dossier Charles*

[27] En mai 2008, après le signalement d’un incident à la maison de chambres de Toronto où habitaient M. Charles et un autre homme, les policiers se sont rendus sur place et ont établi un périmètre de sécurité. En fouillant les lieux, l’équipe d’intervention d’urgence a découvert dans la chambre de M. Charles une arme de poing semi-automatique Ruger chargée et des munitions. L’arme était munie d’un chargeur grande capacité — un dispositif prohibé suivant le *Code criminel* — contenant 13 balles 9 mm. D’autres munitions ont été trouvées sur le lit de M. Charles, près de l’arme. Le numéro de série de l’arme avait été effacé. M. Charles a reconnu qu’il n’avait ni permis de possession, ni certificat d’enregistrement valide. Il a été arrêté et accusé de diverses infractions relatives aux armes à feu.

(1) Cour supérieure de justice de l’Ontario

[28] Le poursuivant a opté pour la mise en accusation. M. Charles a plaidé coupable à l’accusation de possession d’une arme à feu prohibée chargée, une infraction prévue au par. 95(1) du *Code criminel*. Il a aussi plaidé coupable aux accusations suivantes : possession d’une arme à feu dont il savait que

of a firearm while subject to a firearms prohibition order, contrary to s. 117.01(1), and without being the holder of a licence, contrary to s. 91(1); and possession of ammunition while subject to a firearms prohibition order, contrary to s. 117.01(1).

[29] Charles has a lengthy and serious criminal record. At the time of sentencing, it included approximately 20 prior convictions, five of which involved crimes of violence and five other convictions for firearm-related offences. Two of Charles's prior convictions are relevant (under s. 84(5) and (6)) to the application of the mandatory minimum sentence in s. 95(2)(a)(ii).

[30] The first notable conviction was in 2002, when Charles pleaded guilty to a charge of possession of ammunition while subject to a firearms prohibition order, contrary to s. 117.01(1) of the *Criminal Code*. He was charged following a dispute with his grandmother regarding a gun. The police responded to the dispute and found a locked box containing a single .38 calibre bullet, as well as identification documents belonging to Charles. Returning later to arrest him, the police also found Charles in possession of a large quantity of crack cocaine, electronic scales, a cell phone, scissors and a screwdriver. He was charged with possession of ammunition contrary to a prohibition order and possession of cocaine for the purpose of trafficking. It appears from the record that he was sentenced to two months' imprisonment on each charge, to be served concurrently, plus 96 days' credit for pre-sentence custody.

[31] The second notable conviction was in 2004, when Charles pleaded guilty to robbing an employment agency with three accomplices, while using an imitation firearm and having his face masked with the intent to commit an indictable offence, contrary to s. 85(2) of the *Criminal Code*. He was sentenced to 18 and a half months' imprisonment on each count, to be served concurrently, after credit of four and a half months of pre-sentence custody.

le numéro de série avait été maquillé (al. 108(1)b)), possession d'une arme à feu malgré une ordonnance qui le lui interdisait (par. 117.01(1)), possession d'une arme à feu sans permis (par. 91(1)) et possession de munitions malgré une ordonnance qui le lui interdisait (par. 117.01(1)).

[29] M. Charles a un lourd casier judiciaire et a commis de graves infractions. Au moment de déterminer sa peine, il comptait environ 20 déclarations de culpabilité, dont cinq pour des crimes avec violence et cinq autres pour des infractions liées aux armes à feu. Deux de ces déclarations de culpabilité valent (suivant les par. 84(5) et (6)) pour l'application de la peine minimale obligatoire du sous-al. 95(2)a)(ii).

[30] La première remonte à 2002. M. Charles avait plaidé coupable à l'accusation d'avoir été en possession de munitions malgré une ordonnance qui lui interdisait la possession d'une arme à feu (par. 117.01(1) du *Code criminel*). L'accusation avait été portée par suite d'une altercation avec sa grand-mère au sujet d'une arme de poing. Les policiers étaient alors intervenus et avaient trouvé une boîte verrouillée contenant une balle de calibre .38 ainsi que des papiers d'identité appartenant à M. Charles. Lorsqu'ils étaient revenus l'arrêter, les policiers avaient trouvé en sa possession de grandes quantités de crack, des balances électroniques, un téléphone portable, des ciseaux et un tournevis. M. Charles a été accusé de possession de munitions malgré une ordonnance d'interdiction et de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Le dossier révèle qu'il a été condamné à deux mois d'emprisonnement pour chacun des chefs, à purger concurremment, en sus de ses 96 jours de détention présentencielle.

[31] La deuxième déclaration de culpabilité remonte à 2004. Sur le fondement du par. 85(2) du *Code criminel*, il a été accusé du vol qualifié d'une agence de placement avec trois complices. Il avait utilisé une fausse arme à feu et masqué son visage dans un dessein criminel. M. Charles a plaidé coupable. Il a été condamné à une peine carcérale de 18 mois et demi pour chacun des chefs, à purger concurremment, après l'octroi d'un crédit pour détention présentencielle de quatre mois et demi.

[32] At sentencing for the present offence, Charles contested the Crown's invocation of the five-year mandatory minimum penalty. He challenged the combined effect of ss. 84(5)(a) and 95(2)(a)(ii) as being contrary to ss. 7, 9 and 12 of the *Charter*, though he later conceded that the determination of the s. 12 claim was dispositive of the ss. 7 and 9 challenges. Charles argued that the inclusion in s. 84(5)(a) of offences that did not involve the possession of firearms as earlier offences for the purpose of s. 95(2) violated s. 12.

[33] The sentencing judge dismissed Charles' s. 12 challenge. She held that the five-year mandatory minimum sentence imposed by s. 95(2)(a)(ii) was not grossly disproportionate for Charles, in light of the gravity of these crimes. She also held that Charles had failed to put forward any reasonable hypothetical circumstances in which the application of the five-year mandatory minimum sentence on conviction for a s. 95(1) offence to an offender previously convicted of an offence under ss. 85(2) or 117.01(1), would be grossly disproportionate. She sentenced Charles to seven years' imprisonment, less five years' credit on a two to one basis for two years, six months of pre-sentence custody: 2010 ONSC 8035, 222 C.R.R. (2d) 118.

(2) Court of Appeal for Ontario, 2013 ONCA 681, 117 O.R. (3d) 456

[34] Charles appealed to the Court of Appeal, which heard his appeal with Nur and four others concerning constitutional challenges arising out of the imposition of mandatory minimum sentences for various firearm-related offences.

[35] Cronk J.A., for the court, held that the five-year mandatory minimum sentence of imprisonment for a second offence under s. 95(2) is grossly disproportionate when measured against a reasonable hypothetical in the nature of a licensing offence, even where the offender has previously been

[32] Lors de la détermination de sa peine pour l'infraction visée en l'espèce, M. Charles a contesté la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire de cinq ans d'emprisonnement requise par le poursuivant. Il a soutenu que l'effet combiné de l'al. 84(5)a) et du sous-al. 95(2)a)(ii) contrevient aux art. 7, 9 et 12 de la *Charte*, mais il a reconnu par la suite que l'issue de la contestation constitutionnelle fondée sur l'art. 12 déterminerait le sort de celles fondées sur les deux autres articles. Il a fait valoir que, pour l'application du par. 95(2), il est contraire à l'art. 12 de la *Charte* de compter au nombre des infractions antérieures celles énumérées à l'al. 84(5)a) qui ne comportent pas la possession d'une arme à feu.

[33] La juge du procès rejette la contestation fondée sur l'art. 12. À son avis, la peine minimale obligatoire de cinq ans prévue au sous-al. 95(2)a)(ii) n'est pas totalement disproportionnée dans le cas de M. Charles étant donné la gravité de ses crimes. Ce dernier n'a d'ailleurs invoqué aucune situation hypothétique raisonnable où il aurait été totalement disproportionné qu'un délinquant précédemment déclaré coupable d'une infraction prévue aux par. 85(2) ou 117.01(1) se voit infliger la peine minimale obligatoire de cinq ans pour avoir contrevenu au par. 95(1). La juge le condamne à une peine carcérale de sept ans, réduite de cinq ans après l'octroi d'un crédit à raison de deux jours contre un pour la détention pré-sentencielle d'une durée de deux ans et six mois (2010 ONSC 8035, 222 C.R.R. (3d) 118).

(2) Cour d'appel de l'Ontario, 2013 ONCA 681, 117 O.R. (3d) 456

[34] M. Charles s'est pourvu en Cour d'appel, qui a regroupé son dossier avec celui de M. Nur et quatre autres dossiers de contestation constitutionnelle de peines minimales obligatoires prévues à l'égard de diverses infractions liées aux armes à feu.

[35] Au nom de la Cour d'appel, la juge Cronk conclut que la peine minimale obligatoire de cinq ans d'emprisonnement qui s'applique en cas de récidive est totalement disproportionnée si l'on considère la situation hypothétique raisonnable où l'infraction est de type réglementaire, à supposer même que le

convicted of an offence listed under s. 84(5). Consequently, she declared s. 95(2)(a)(ii) of no force or effect to the extent that it imposes a mandatory minimum sentence of five years' imprisonment for a second or subsequent offence when the Crown proceeds by way of indictment. However, Cronk J.A. dismissed Charles' claims under s. 7 of the *Charter*, holding that the impugned provisions were neither arbitrary nor overbroad and, therefore, did not infringe s. 7.

[36] Charles did not otherwise attack his overall sentence and conceded that a sentence of five years' imprisonment for his s. 95(1) offence alone was appropriate, even without the application of the five-year mandatory minimum. Consequently, Cronk J.A. affirmed the sentence imposed by the sentencing judge.

IV. Issues

[37] This appeal raises the following issues:

- (a) Do the mandatory minimum terms of imprisonment in s. 95(2)(a)(i) and (ii) of the *Criminal Code* infringe s. 12 of the *Charter*?
- (b) Do the mandatory minimum terms of imprisonment in s. 95(2)(a)(i) and (ii) of the *Criminal Code* infringe s. 7 of the *Charter*?
- (c) If so, are they saved under s. 1 of the *Charter*?

V. Discussion

A. *Do the Mandatory Minimum Terms of Imprisonment in Section 95(2)(a)(i) and (ii) Infringe Section 12 of the Charter?*

(1) The Test for Infringement of Section 12

[38] Section 12 of the *Charter* states that everyone has the right not to be subjected to any cruel and

délinquant hypothétique ait précédemment été reconnu coupable d'une infraction visée au par. 84(5). Elle déclare donc le sous-al. 95(2)(a)(ii) inopérant dans la mesure où il prévoit une peine minimale obligatoire de cinq ans d'emprisonnement en cas de récidive lorsque le poursuivant opte pour la mise en accusation. Elle rejette toutefois les prétentions de M. Charles fondées sur l'art. 7 de la *Charte*, estimant que les dispositions contestées ne sont pas arbitraires et que leur portée n'est pas excessive, de sorte qu'elles ne contreviennent pas à l'art. 7.

[36] M. Charles ne contestait pas par ailleurs la peine globale dont il avait écopé et il reconnaissait qu'une peine carcérale de cinq ans pour infraction au par. 95(1) serait appropriée dans son cas à lui même si la peine minimale obligatoire ne s'appliquait pas. Par conséquent, la juge Cronk confirme la peine infligée en première instance.

IV. Questions en litige

[37] Le pourvoi soulève les questions suivantes :

- a) Les peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues aux sous-al. 95(2)(a)(i) et (ii) du *Code criminel* contreviennent-elles à l'art. 12 de la *Charte*?
- b) Les peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues aux sous-al. 95(2)(a)(i) et (ii) du *Code criminel* contreviennent-elles à l'art. 7 de la *Charte*?
- c) Dans l'affirmative, sont-elles sauvegardées par application de l'article premier de la *Charte*?

V. Analyse

A. *Les peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues aux sous-al. 95(2)(a)(i) et (ii) contreviennent-elles à l'art. 12 de la Charte?*

(1) Le critère permettant de déterminer s'il y a violation ou non de l'art. 12

[38] L'article 12 de la *Charte* énonce que chacun a droit à la protection contre toutes peines cruelles

unusual punishment. The question is whether the mandatory minimum sentences imposed by s. 95(2) violate this guarantee. The respondents say they do, because s. 95(2) catches conduct that falls far short of true criminal conduct — for example licensing offences. The Attorney General for Ontario responds that these examples are inadmissible hypotheticals and should not enter into the constitutional analysis, and that in any event, the Crown will choose to prosecute offences of lesser culpability by summary conviction, avoiding the mandatory minimum provisions.

[39] This Court has set a high bar for what constitutes “cruel and unusual . . . punishment” under s. 12 of the *Charter*. A sentence attacked on this ground must be grossly disproportionate to the punishment that is appropriate, having regard to the nature of the offence and the circumstances of the offender: *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1073. Lamer J. (as he then was) explained at p. 1072 that the test of gross disproportionality “is aimed at punishments that are more than merely excessive”. He added, “[w]e should be careful not to stigmatize every disproportionate or excessive sentence as being a constitutional violation”. A prescribed sentence may be grossly disproportionate as applied to the offender before the court or because it would have a grossly disproportionate impact on others, rendering the law unconstitutional.

[40] In determining an appropriate sentence for purposes of the comparison demanded by this analysis, regard must be had to the sentencing objectives in s. 718 of the *Criminal Code*, which instructs the sentencing judge as follows:

718. The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:

(a) to denounce unlawful conduct;

et inusitées. La question à trancher est celle de savoir si les peines minimales obligatoires prévues au par. 95(2) portent atteinte à cette garantie. Les intimés soutiennent que c’est le cas parce que la disposition s’applique à des actes qui ne constituent pas de véritables actes criminels, par exemple les infractions réglementaires. La procureure générale de l’Ontario rétorque que cet exemple correspond à une situation hypothétique inadmissible, qu’il ne doit pas être pris en compte dans l’analyse constitutionnelle et que, de toute manière, le ministère public optera pour la procédure sommaire dans le cas d’une infraction comportant une culpabilité moindre, ce qui écartera l’application des peines minimales obligatoires.

[39] La Cour place la barre haute lorsqu’il s’agit de tenir une peine pour « cruel[le] et inusité[e] » au sens de l’art. 12 de la *Charte*. La peine doit en effet être totalement disproportionnée à celle qui convient eu égard à la nature de l’infraction et à la situation du délinquant (*R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1073). Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) explique à la p. 1072 que le critère de la disproportion [totale] « vise les peines qui sont plus que simplement excessives ». Il ajoute : « Il faut éviter de considérer que toute peine disproportionnée ou excessive est contraire à la Constitution . . . » Une peine prescrite peut être totalement disproportionnée dans le cas du délinquant en cause ou peut avoir sur une autre personne un effet totalement disproportionné, la disposition étant dès lors inconstitutionnelle.

[40] Pour déterminer la peine appropriée aux fins de la comparaison qui s’impose dès lors, il faut tenir compte des objectifs de détermination de la peine énoncés à l’art. 718 du *Code criminel*, qui précise ce qui suit à l’intention du tribunal appelé à déterminer la peine :

718. Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d’autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d’une société juste, paisible et sûre par l’infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants :

a) dénoncer le comportement illégal;

(b) to deter the offender and other persons from committing offences;

(c) to separate offenders from society, where necessary;

(d) to assist in rehabilitating offenders;

(e) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and

(f) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.

b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;

c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;

d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;

e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;

f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

[41] The sentencing judge must also have regard to the following: any aggravating and mitigating factors, including those listed in s. 718.2(a)(i) to (iv); the principle that a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances (s. 718.2(b)); the principle that where consecutive sentences are imposed, the combined sentence should not be unduly long or harsh (s. 718.2(c)); and the principle that courts should exercise restraint in imposing imprisonment (ss. 718.2(d) and (e)).

[41] Le juge qui détermine la peine doit également tenir compte des circonstances aggravantes et atténuantes, y compris celles énumérées aux sous-al. 718.2a)(i) à (iv), du principe de l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables (al. 718.2b)), de l'obligation d'éviter l'excès de nature ou de durée dans l'infliction de peines consécutives (al. 718.2c)) et de l'obligation de faire preuve de retenue dans l'infliction d'une peine carcérale (al. 718.2d) et e)).

[42] In reconciling these different goals, the fundamental principle of sentencing under s. 718.1 of the *Criminal Code* is that “[a] sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.”

[42] Pour concilier ces différents objectifs, le principe fondamental de la détermination de la peine suivant l'art. 718.1 du *Code criminel* veut que « [l]a peine [soit] proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. »

[43] It is no surprise, in view of the constraints on sentencing, that imposing a proportionate sentence is a highly individualized exercise, tailored to the gravity of the offence, the blameworthiness of the offender, and the harm caused by the crime: *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 80. “Only if this is so can the public be satisfied that the offender ‘deserved’ the punishment he received and feel a confidence in the fairness and rationality of the system”: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 533, per Wilson J. As LeBel J. explained in *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433:

[43] Il n'est donc pas étonnant, au vu de toutes ces exigences, que l'entreprise qui consiste à imposer une peine proportionnelle fasse grandement appel à l'individualisation et prenne en compte la gravité de l'infraction, la culpabilité morale du délinquant et le préjudice causé par le crime (*R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 80). Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 533, la juge Wilson dit que « [c]e n'est que dans ce cas que le public peut être convaincu que le contrevenant “méritait” la punition qui lui a été infligée et avoir confiance dans l'équité et la rationalité du système ». Pour reprendre les propos du juge LeBel dans l'arrêt *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433 :

Proportionality is the *sine qua non* of a just sanction. First, the principle ensures that a sentence reflects the gravity of the offence. This is closely tied to the objective of denunciation. It promotes justice for victims and ensures public confidence in the justice system.

La proportionnalité représente la condition *sine qua non* d'une sanction juste. Premièrement, la reconnaissance de ce principe garantit que la peine reflète la gravité de l'infraction et crée ainsi un lien étroit avec l'objectif de dénonciation. La proportionnalité favorise ainsi la justice envers les victimes et assure la confiance du public dans le système de justice.

Second, the principle of proportionality ensures that a sentence does not exceed what is appropriate, given the moral blameworthiness of the offender. In this sense, the principle serves a limiting or restraining function and ensures justice for the offender. In the Canadian criminal justice system, a just sanction is one that reflects both perspectives on proportionality and does not elevate one at the expense of the other. [para. 37]

Deuxièmement, le principe de proportionnalité garantit que la peine n'excède pas ce qui est approprié compte tenu de la culpabilité morale du délinquant. En ce sens, il joue un rôle restrictif et assure la justice de la peine envers le délinquant. En droit pénal canadien, une sanction juste prend en compte les deux optiques de la proportionnalité et n'en privilégie aucune par rapport à l'autre. [par. 37]

[44] Mandatory minimum sentences, by their very nature, have the potential to depart from the principle of proportionality in sentencing. They emphasize denunciation, general deterrence and retribution at the expense of what is a fit sentence for the gravity of the offence, the blameworthiness of the offender, and the harm caused by the crime. They function as a blunt instrument that may deprive courts of the ability to tailor proportionate sentences at the lower end of a sentencing range. They may, in extreme cases, impose unjust sentences, because they shift the focus from the offender during the sentencing process in a way that violates the principle of proportionality. They modify the general process of sentencing which relies on the review of all relevant factors in order to reach a proportionate result. They affect the outcome of the sentence by changing the normal judicial process of sentencing.

[44] La peine minimale obligatoire est en soi susceptible de s'écarter du principe de proportionnalité lors de la détermination de la peine. Elle est davantage axée sur la dénonciation, la dissuasion générale et le châtement que sur ce qui constitue une peine appropriée au vu de la gravité de l'infraction, de la culpabilité morale du délinquant et du préjudice causé. Implacable, la peine minimale obligatoire est susceptible d'empêcher le tribunal d'arrêter une peine proportionnelle se situant à l'extrémité inférieure de la fourchette. Dans certains cas extrêmes, elle peut même emporter l'infliction d'une peine injuste, le délinquant n'étant plus au centre du processus, et ce, d'une manière qui contrevient au principe de proportionnalité. Elle modifie le processus général de la détermination de la peine, lequel prend appui sur l'examen de tous les éléments pertinents pour arriver à un résultat proportionné. Elle influe sur le résultat en modifiant le processus judiciaire habituel de détermination de la peine.

[45] General deterrence — using sentencing to send a message to discourage others from offending — is relevant. But it cannot, without more, sanitize a sentence against gross disproportionality: “General deterrence can support a sentence which is more severe while still within the range of punishments that are not cruel and unusual” (*R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90, at para. 45, per Gonthier J.). Put simply, a person cannot be made to suffer a

[45] La dissuasion générale, à savoir l'infliction d'une peine pour transmettre un message de nature à dissuader les autres citoyens de contrevenir à la loi, importe. Or, cette seule considération ne saurait empêcher la disproportion totale : « [l]a dissuasion générale peut justifier l'infliction d'une peine qui, quoique sévère, se situe à l'intérieur de la fourchette des peines qui ne sont pas cruelles et inusitées » (*R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90, par. 45,

grossly disproportionate punishment simply to send a message to discourage others from offending.

[46] To recap, a challenge to a mandatory minimum sentencing provision on the ground it constitutes cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter* involves two steps. First, the court must determine what constitutes a proportionate sentence for the offence having regard to the objectives and principles of sentencing in the *Criminal Code*. Then, the court must ask whether the mandatory minimum requires the judge to impose a sentence that is grossly disproportionate to the fit and proportionate sentence. If the answer is yes, the mandatory minimum provision is inconsistent with s. 12 and will fall unless justified under s. 1 of the *Charter*.

(2) Whose Situation Is Considered in the Section 12 Analysis?

[47] We have seen that a s. 12 challenge to a mandatory sentencing provision compares a fit and proportionate sentence for the offence with the sentence imposed by the mandatory minimum. At this point, a question arises — a question that is at the heart of this case. In analyzing the constitutionality of a mandatory minimum sentencing provision, who does the court take as the offender? Does the court consider only the offender who brings the s. 12 challenge? Or should it also, if necessary, consider how the provision impacts on other persons who might reasonably be caught by it?

[48] Nur and Charles do not argue that the mandatory minimum terms of imprisonment in s. 95(2) are grossly disproportionate as applied to them. Rather, they argue that these mandatory minimum terms of imprisonment violate s. 12 as they apply to other offenders. Against this, the Attorney General of Ontario, supported by other Attorneys General, argues for a test that puts the primary or exclusive focus on the offender before the court. (The Attorney General of Ontario says the analysis should ask

le juge Gonthier). Pour simplifier, on ne peut infliger à une personne une peine totalement disproportionnée à la seule fin de dissuader ses concitoyens de désobéir à la loi.

[46] En bref, statuer sur une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire dont on allègue l'inconstitutionnalité parce qu'elle infligerait une peine cruelle et inusitée contrairement à l'art. 12 de la *Charte* commande une analyse en deux étapes. Premièrement, le tribunal doit déterminer ce qui constituerait une peine proportionnée à l'infraction eu égard aux objectifs et aux principes de détermination de la peine établis par le *Code criminel*. Deuxièmement, il lui faut décider si la disposition contraint à l'infliction d'une peine totalement disproportionnée à la peine juste et proportionnée. Dans l'affirmative, la disposition en cause est incompatible avec l'art. 12 et de ce fait inopérante, sauf justification par application de l'article premier de la *Charte*.

(2) Quelle situation prendre en compte dans l'analyse fondée sur l'art. 12?

[47] Nous avons vu que, dans le cadre de la contestation constitutionnelle fondée sur l'art. 12 d'une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire, on compare la peine juste et proportionnée et la peine minimale obligatoire. Se pose alors la question qui se trouve au cœur de la présente affaire. Dans l'examen de la constitutionnalité de la disposition contestée, quel délinquant le tribunal prend-il en considération? S'en tient-il à l'auteur du recours fondé sur l'art. 12 ou doit-il également, si besoin est, considérer l'effet de la disposition sur d'autres personnes raisonnablement susceptibles de tomber sous le coup de celle-ci?

[48] MM. Nur et Charles font valoir non pas que les peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues au par. 95(2) sont totalement disproportionnées dans leur cas, mais bien que ces peines contreviennent à l'art. 12 lorsqu'elles s'appliquent à d'autres délinquants. La procureure générale de l'Ontario, avec l'appui d'homologues, rétorque que le critère doit s'attacher principalement, voire uniquement, à la situation du délinquant qui saisit le tribunal. (Selon elle, le tribunal doit se demander si

whether the mandatory minimum is grossly disproportionate having regard to the purpose and gravity of the offence as manifested in *actual* common instances of committing the offence, as well as the *actual* case before the court: A.F. (Nur), at para. 41. The Attorney General of British Columbia goes further, asserting that only the circumstances of the offender should be considered.)

[49] For the reasons that follow, I conclude that excluding consideration of reasonably foreseeable applications of a mandatory minimum sentencing law would run counter to the settled authority of this Court and artificially constrain the inquiry into the law's constitutionality.

[50] To confine consideration to the offender's situation runs counter to the long and settled jurisprudence of this Court relating to *Charter* review generally, and to s. 12 review in particular.

[51] I turn first to the general jurisprudence of *Charter* review. This Court has consistently held that a challenge to a law under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* does not require that the impugned provision contravene the rights of the claimant: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 314; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, at paras. 58-66. As I wrote in *Ferguson*, “[a] claimant who otherwise has standing can generally seek a declaration of invalidity under s. 52 on the grounds that a law has unconstitutional effects either in his own case or on third parties”: para. 59. This is because “[i]t is the nature of the law, not the status of the accused, that is in issue”: *Big M*, at p. 314, per Dickson J. Section 52 of the *Constitution Act, 1982* trenches not only the supremacy of the Constitution but also commands that “any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect”. If the only way to challenge an unconstitutional law were on the

la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée eu égard à la raison d’être de l’infraction et à la gravité des actes réprimés, non seulement dans le cas *concret* dont il est saisi, mais également dans d’autres situations *concrètes* courantes (m.a. (Nur), par. 41). Son homologue de la Colombie-Britannique va plus loin et prétend que l’analyse ne doit porter que sur la situation du délinquant qui est à l’origine de l’instance.)

[49] Pour les motifs qui suivent, je conclus que ne pas tenir compte des applications raisonnablement prévisibles d’une disposition créant une peine minimale obligatoire irait à l’encontre de la jurisprudence établie de la Cour et limiterait de manière artificielle l’analyse portant sur la constitutionnalité de la disposition.

[50] Ne faire porter l’examen que sur la situation du délinquant en cause va à l’encontre de la jurisprudence de la Cour, établie de longue date, concernant le contrôle constitutionnel au regard de la *Charte* en général et de l’art. 12 en particulier.

[51] Considérons d’abord la jurisprudence sur le contrôle constitutionnel effectué au regard de la *Charte* en général. La Cour a toujours estimé qu’une personne pouvait contester une disposition législative sur le fondement de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* même lorsque ses propres droits n’étaient pas bafoués par la disposition (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 314; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, par. 58-66). Comme je l’indique dans l’arrêt *Ferguson*, « [u]n demandeur qui a par ailleurs qualité pour agir peut généralement solliciter une déclaration d’invalidité en application de l’art. 52 au motif qu’une disposition a des effets inconstitutionnels pour lui-même ou pour des tiers » (par. 59). Il en est ainsi parce que « [c]’est la nature de la loi, et non pas le statut de l’accusé, qui est en question » (*Big M*, p. 314, le juge Dickson). Non seulement l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* consacre la primauté de la Constitution, mais il dispose que celle-ci « rend inopérantes les

basis of the precise facts before the court, bad laws might remain on the books indefinitely. This violates the rule of law. No one should be subjected to an unconstitutional law: *Big M*, at p. 313. This reflects the principle that the Constitution belongs to all citizens, who share a right to the constitutional application of the laws of Canada.

[52] The argument that the focus should be mainly or exclusively on the offender before the court is also inconsistent with the jurisprudence of the Court on the review of mandatory minimum sentences under s. 12 of the *Charter*. The cases have sometimes referred to this review as proceeding on “reasonable hypotheticals”. The Attorney General of Ontario concedes that the cases under s. 12 support looking beyond the circumstances of the offender before the court, but asks us to overrule them. She says the cases on what constitutes a “reasonable hypothetical” are “irreconcilable”. A review of the cases does not, with respect, support this contention.

[53] The first case to consider the question was *Smith*. The majority of the Court, per Lamer J. (as he then was) struck down a seven-year mandatory minimum sentence for importing narcotics on the basis that the law could catch a student driving home to Canada from the United States with her first joint of grass. The Court acknowledged that a long prison sentence was appropriate with few exceptions for people who import drugs into the country, but held that because it could catch people for whom the seven-year minimum sentence would be grossly disproportionate, it violated the s. 12 guarantee against cruel and unusual punishment.

dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». Si une loi inconstitutionnelle ne pouvait être contestée qu’au regard des faits précis d’une instance donnée, des lois invalides pourraient demeurer en vigueur indéfiniment, ce qui irait à l’encontre de la primauté du droit. Nul ne doit être soumis à une loi inconstitutionnelle (*Big M*, p. 313). Est ainsi consacré le principe de l’appartenance de la Constitution à tous les citoyens, lesquels possèdent en commun le droit à l’application constitutionnelle des lois canadiennes.

[52] L’argument selon lequel l’analyse doit s’attacher principalement, voire uniquement, à la situation du délinquant qui saisit le tribunal va également à l’encontre de la jurisprudence de la Cour sur le contrôle constitutionnel d’une peine minimale obligatoire au regard de l’art. 12 de la *Charte*. La Cour a parfois dit de ce contrôle qu’il était effectué en fonction de « situations hypothétiques raisonnables ». La procureure générale de l’Ontario admet que les décisions rendues sur le fondement de l’art. 12 militent en faveur de la prise en compte de la situation d’autres personnes que l’auteur de la contestation, mais elle nous demande de revenir sur ces décisions. Elle affirme que les décisions qui définissent la « situation hypothétique raisonnable » sont [TRADUCTION] « inconciliables entre elles ». L’examen de la jurisprudence lui donne malheureusement tort.

[53] Dans l’arrêt *Smith*, le premier rendu sur ce point, les juges majoritaires de la Cour, par la voix du juge Lamer (plus tard Juge en chef), ont invalidé une peine minimale obligatoire de sept ans d’emprisonnement prévue pour l’importation de stupéfiants au motif que la disposition qui la prévoyait pouvait s’appliquer à un étudiant qui, de retour des États-Unis, était trouvé en possession de son premier joint de marijuana. La Cour a alors reconnu que, à quelques exceptions près, une longue peine carcérale était indiquée pour les personnes qui importaient de la drogue au pays. Elle a cependant statué que, dans la mesure où il était totalement disproportionné qu’une peine carcérale de sept ans s’applique à certaines personnes, la peine prévue contrevenait à l’art. 12 de la *Charte*, qui garantit la protection de chacun contre les peines cruelles et inusitées.

[54] A few years later in *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, the Court, per Gonthier J. for the majority, confirmed that a s. 12 review of mandatory minimum sentencing laws may look at cases other than that of the offender, and commented on the scope of that review. Laws should not be struck down as unconstitutional on the basis of examples that were unlikely ever to arise. The focus must be on “reasonable hypothetical circumstances, as opposed to far-fetched or marginally imaginable cases”: p. 506 (emphasis in original). The Court upheld a minimum sentence of seven days’ imprisonment for driving while prohibited.

[55] Once again, in *Morrisey*, the majority of the Court, per Gonthier J., stressed that the “reasonableness of the hypothetical cannot be overstated”: para. 30. The Court upheld a four-year mandatory minimum sentence for criminal negligence causing death by using a firearm.

[56] These are the only three cases to directly address the question of what cases, or “hypotheticals”, the court should consider on a s. 12 challenge to a mandatory minimum sentencing provision.¹ In my view, they do not establish that the jurisprudence is “irreconcilable”. A single theme underlies *Goltz* and *Morrisey* — the only two cases to discuss the issue in detail — reasonable foreseeability. When Gonthier J. in *Goltz* speaks of the “reasonable hypothetical” he is speaking of *a situation that may reasonably be expected to arise* — not “marginally

¹ In a brief oral judgment in *R. v. Brown*, [1994] 3 S.C.R. 749, the Court declined to consider a reasonable hypothetical with an underlying offence different from that in the case before the Court for the offence of using a firearm in the commission of an indictable offence under s. 85 of the *Criminal Code*, given that the Attorney General of Manitoba limited his defence of the constitutionality of the provision to the underlying offence of armed robbery. The Court did not give sustained consideration to the scope of the reasonable hypothetical.

[54] Quelques années plus tard, dans l’arrêt *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, le juge Gonthier, au nom des juges majoritaires de la Cour, confirmait que, lorsqu’il se fondait sur l’art. 12 de la *Charte*, le contrôle constitutionnel d’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire d’emprisonnement pouvait s’effectuer en fonction d’une autre situation que celle du délinquant en cause, et il se prononçait sur la portée de ce contrôle. Une disposition ne devait pas être déclarée inconstitutionnelle en fonction de situations éventuelles peu susceptibles de se présenter. Il fallait s’attacher à des « circonstances hypothétiques raisonnables, par opposition à des situations invraisemblables ou difficilement imaginables » (p. 506 (souligné dans l’original)). La Cour a confirmé la peine minimale de sept jours d’emprisonnement infligée pour conduite d’un véhicule malgré une interdiction de prendre le volant.

[55] Dans l’arrêt *Morrisey*, la Cour s’est de nouveau prononcée sur ce point, toujours par la voix du juge Gonthier, au nom des juges majoritaires, opinant que « [I]’on ne saurait trop insister sur le caractère raisonnable de l’hypothèse » (par. 30). La Cour a confirmé la peine minimale obligatoire de quatre ans d’emprisonnement pour négligence criminelle causant la mort par suite de l’usage d’une arme à feu.

[56] Ce sont les trois seuls arrêts qui portent directement sur les situations ou les « hypothèses » que le tribunal doit considérer pour statuer sur la constitutionnalité — au regard de l’art. 12 — d’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire¹. À mon sens, ils ne permettent pas de conclure que les décisions rendues en la matière sont « inconciliables entre elles ». Une notion est commune aux deux seuls arrêts — *Goltz* et *Morrisey* — qui approfondissent le sujet : la prévisibilité raisonnable. Dans *Goltz*, le juge Gonthier renvoie

¹ Dans *R. c. Brown*, [1994] 3 R.C.S. 749, un arrêt bref rendu de vive voix, la Cour a refusé de considérer une situation hypothétique raisonnable relative à une autre infraction sous-jacente que celle invoquée devant elle pour l’infraction d’usage d’une arme à feu lors de la perpétration d’une infraction, suivant l’art. 85 du *Code criminel*, puisque le procureur général du Manitoba ne plaidait la constitutionnalité de la disposition que pour l’infraction sous-jacente de vol à main armée. La Cour ne s’est pas attardée à la teneur d’une situation hypothétique raisonnable.

imaginable”, not “far-fetched”, but “reasonable”. The early case of *Smith* is not inconsistent in words or result with the theme developed in *Goltz* and *Morrisey* — in determining whether mandatory minimum sentencing laws violate s. 12, it is appropriate to consider how the law may impact on third parties in reasonably foreseeable situations.

[57] Unfortunately, the word “hypothetical” has overwhelmed the word “reasonable” in the intervening years, leading to debate on how general or particular a hypothetical must be, and to the unfortunate suggestion that if a trial judge fails to assign a particular concatenation of characteristics to her hypothetical, the analysis is vitiated. With respect, this overcomplicates the matter. The question is simply whether it is reasonably foreseeable that the mandatory minimum sentence will impose sentences that are grossly disproportionate to some peoples’ situations, resulting in a violation of s. 12. The terminology of “reasonable hypothetical” may be helpful in this regard, but the focus remains squarely on whether the sentence would be grossly disproportionate in reasonably foreseeable cases. At its core, the process is simply an application of well established principles of legal and constitutional interpretation.

[58] I conclude that the jurisprudence on general *Charter* review and on s. 12 review of mandatory minimum sentencing provisions supports the view that a court may look not only at the offender’s situation, but at other reasonably foreseeable situations where the impugned law may apply. I see no reason to overrule this settled principle.

à des « situations hypothétiques raisonnables » lorsqu’il parle de *situations dont on peut raisonnablement prévoir qu’elles se présenteront*, non à des situations « invraisemblables » ou « difficilement imaginables », mais bien à des situations « raisonnables ». Le premier arrêt rendu sur ce point — *Smith* — n’est pas incompatible en termes de terminologie et de résultat avec la notion dégagée dans les arrêts *Goltz* et *Morrisey*, à savoir que pour décider si une peine minimale obligatoire contrevient ou non à l’art. 12, il convient de tenir compte des répercussions de la disposition en cause sur des tiers dans des situations hypothétiques raisonnables.

[57] Au fil des ans, le mot « hypothétiques » l’a malheureusement emporté sur le mot « raisonnables », d’où le débat quant à savoir à quel point la situation hypothétique avancée doit avoir une portée générale ou particulière. D’où également la proposition malheureuse selon laquelle le juge du procès voit son analyse viciée s’il omet d’attribuer à la situation hypothétique considérée un enchaînement précis de caractéristiques. Soit dit en tout respect, c’est compliquer inutilement les choses. Il faut seulement se demander s’il est raisonnablement prévisible que la disposition prévoyant une peine minimale obligatoire inflige une peine totalement disproportionnée dans le cas de certaines personnes, de sorte qu’elle contreviendrait à l’art. 12. La notion de « situations hypothétiques raisonnables » peut être utile à cet égard, mais la principale question demeure celle de savoir si la peine considérée serait totalement disproportionnée dans des cas raisonnablement prévisibles. La démarche équivaut fondamentalement à appliquer des principes bien établis d’interprétation juridique et constitutionnelle.

[58] J’arrive à la conclusion que la jurisprudence sur le contrôle au regard de la *Charte* en général et sur le contrôle au regard de l’art. 12 d’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire permet au tribunal de se pencher non seulement sur la situation du délinquant, mais aussi sur toute autre situation raisonnablement prévisible à laquelle la disposition pourrait s’appliquer. Je ne vois aucune raison de revenir sur ce principe établi.

[59] I add this. This Court does not and should not lightly overrule its prior decisions, particularly when they have been elaborated consistently over a number of years and when they represent the considered view of firm majorities: see, e.g., *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, at paras. 56-57; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at para. 27. Deciding whether to do so requires us to balance correctness against certainty: *Craig*, at para. 27; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 47. We must be especially careful before reversing a precedent where the effect is — as it would be here — to diminish *Charter* protection: *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 44.

[60] The Attorney General of Ontario raises a second argument for abandoning the s. 12 jurisprudence — that it is “unworkable” and leads to uncertainty. This contention rests on the debate about reasonable hypotheticals. As just discussed, the term “reasonable hypothetical” simply means that the court must look at reasonably foreseeable applications of the mandatory minimum at issue, and ask whether these would be grossly disproportionate and thus impose cruel and unusual punishment. This is the sort of inquiry judges have consistently conducted in *Charter* review. It is an inquiry into the range or scope of the law — into what Dickson J. in *Big M* referred to as the “nature of the law”.

[61] To be sure, the language of “reasonable hypotheticals” in the context of mandatory minimum sentences and the exaggerated debate that has surrounded the term has led some to fear that the potential for finding a law inconsistent with the *Charter* is limited only by the bounds of a particular judge’s imagination. This fear is misplaced. Determining the reasonable reach of a law is essentially a question of statutory interpretation. At bottom, the court is simply asking: What is the reach of the law? What kind of conduct may the law reasonably be expected to catch? What is the law’s reasonably foreseeable

[59] Ajoutons que la Cour ne revient pas à la légère sur ses précédents — et qu’elle ne doit pas le faire —, spécialement lorsqu’ils ont été établis avec cohérence pendant un certain nombre d’années et qu’ils représentent l’opinion réfléchie de formations nettement majoritaires (voir p. ex. *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 56-57; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, par. 27). La décision de revenir sur un précédent exige au préalable la mise en balance de la justesse et de la certitude (*Craig*, par. 27; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 47). Il nous faut faire preuve d’une grande prudence lorsqu’il s’agit de revenir sur un précédent et que le revirement aurait pour effet — comme en l’espèce — d’affaiblir une protection offerte par la *Charte* (*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 44).

[60] La procureure générale de l’Ontario prétend en deuxième lieu qu’il convient de rompre avec les précédents relatifs à l’art. 12 parce qu’ils sont [TRANSDUCTION] « inapplicables » et sources d’incertitude. Sa prétention prend appui sur le débat qui entoure la définition des situations hypothétiques raisonnables. Or, je le répète, il faut y voir seulement les applications raisonnablement prévisibles de la peine minimale obligatoire en cause et se demander s’il en résulte l’infliction de peines totalement disproportionnées et, de ce fait, cruelles et inusitées. Telle a été la démarche constante des tribunaux lors d’un contrôle constitutionnel. Elle vise à déterminer la portée de la disposition ou son champ d’application, ce que le juge Dickson appelle la « nature de la loi » dans l’arrêt *Big M*.

[61] Dans le contexte des peines minimales obligatoires d’emprisonnement et du débat aux proportions exagérées qu’a suscité l’expression « situations hypothétiques raisonnables », d’aucuns ont certainement craint que seule l’imagination du juge saisi ne limite la possibilité d’une déclaration d’inconstitutionnalité. Cette crainte n’est pas fondée. Déterminer la portée raisonnable d’une loi relève essentiellement de l’interprétation législative. Au fond, le tribunal se demande seulement ce qui suit. Quelle est la portée de la loi? Quels actes pourraient raisonnablement tomber sous le coup de la loi? Quelle

impact? Courts have always asked these questions in construing the scope of offences and in determining their constitutionality.

[62] The inquiry into cases that the mandatory minimum provision may reasonably be expected to capture must be grounded in judicial experience and common sense. The judge may wish to start with cases that have actually arisen (I will address the usefulness of reported cases later), and make reasonable inferences from those cases to deduce what other cases are reasonably foreseeable. Fanciful or remote situations must be excluded: *Goltz*, at p. 506. To repeat, the exercise must be grounded in experience and common sense. Laws should not be set aside on the basis of mere speculation.

[63] Not only is looking at the law's impact on persons whom it is reasonably foreseeable the law may catch workable — it is essential to effective constitutional review. Refusing to consider reasonably foreseeable impacts of an impugned law would dramatically curtail the reach of the *Charter* and the ability of the courts to discharge their duty to scrutinize the constitutionality of legislation and maintain the integrity of the constitutional order. The protection of individuals' rights demands constitutional review that looks not only to the situation of the offender before the court, but beyond that to the reasonably foreseeable reach of the law. Testing the law against reasonably foreseeable applications will prevent people from suffering cruel and unusual punishment in the interim until the mandatory minimum is found to be unconstitutional in a particular case.

[64] Refusing to consider an impugned law's impact on third parties would also undermine the prospect of bringing certainty to the constitutionality

est l'incidence raisonnablement prévisible de la loi? Telles sont les questions que les tribunaux se posent toujours pour délimiter la portée d'une disposition créant une infraction et se prononcer sur sa constitutionnalité.

[62] L'examen des situations dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elles tombent sous le coup de la disposition prévoyant une peine minimale obligatoire doit s'appuyer sur l'expérience judiciaire et le bon sens. Le tribunal peut d'abord considérer les situations qui se sont présentées (je me penche plus loin sur l'utilité des cas répertoriés) et déterminer au moyen d'inférences raisonnables quelles autres situations sont raisonnablement prévisibles. Les hypothèses fantaisistes ou n'ayant qu'un faible rapport avec l'espèce doivent être écartées (*Goltz*, p. 506). Faut-il le rappeler, l'entreprise doit prendre appui sur l'expérience judiciaire et le bon sens. Une loi ne saurait être rendue inopérante sur la base de pures conjectures.

[63] Non seulement il est possible d'examiner l'effet de la loi sur les personnes auxquelles il est raisonnablement prévisible qu'elle s'applique, mais cela est essentiel au contrôle constitutionnel véritable. Refuser de prendre en compte les répercussions raisonnablement prévisibles de la loi contestée réduirait radicalement la portée de la *Charte* et la faculté qu'ont les tribunaux de s'acquitter de leur obligation de s'assurer de la constitutionnalité des lois et de préserver l'intégrité de l'ordre constitutionnel. La protection des droits individuels commande un contrôle constitutionnel qui s'intéresse non seulement à la situation du délinquant qui saisit le tribunal, mais également à celle de toute personne dont il est raisonnablement prévisible qu'elle tombe sous le coup de la loi en cause. Contrôler la loi au regard d'applications raisonnablement prévisibles permet d'éviter que des justiciables ne soient condamnés à des peines cruelles et inusitées avant que la peine minimale obligatoire ne soit déclarée inconstitutionnelle dans un cas donné.

[64] L'omission de se pencher sur l'effet de la loi contestée sur des tiers compromettrait en outre l'éventualité que la constitutionnalité d'une loi ne

of legislation, condemning constitutional jurisprudence to a wilderness of single instances. Citizens, the police and government are entitled — and indeed obliged — to know what the criminal law is and whether it is constitutional. Looking at whether the mandatory minimum has an unconstitutional impact on others avoids the chilling effect of unconstitutional laws remaining on the statute books.

[65] I conclude that a mandatory minimum sentence may be challenged on the ground that it would impose a grossly disproportionate sentence either on the offender or on other persons in reasonably foreseeable situations. The constant jurisprudence of this Court and effective constitutional review demand no less. In the result, a mandatory minimum sentencing provision may be challenged on the basis that it imposes cruel and unusual punishment (i.e. a grossly disproportionate sentence) on the particular offender before the court, or failing this, on the basis that it is reasonably foreseeable that it will impose cruel and unusual punishment on other persons.

[66] I turn now to some of the ancillary debates surrounding how a court should proceed where mandatory minimum sentencing laws are challenged under s. 12 on the basis of their reasonably foreseeable application to others.

[67] The first debate concerns the degree of “likelihood” required to satisfy the reasonable foreseeability test. The Attorney General of Ontario argues that the s. 12 question is whether it is *likely* that the *general application* of the offence would result in the imposition of a grossly disproportionate sentence amounting to cruel and unusual punishment: A.F. (Nur), at para. 66. She says the Court of Appeal erred by failing to confine itself to common instances of conduct caught by the provision and basing its decision on unlikely scenarios: para. 68-73. These instances create a presumption of constitutionality that can be defeated only by showing

devienne certaine, de sorte qu’il faudrait s’en remettre à d’innombrables instances engagées individuellement pour constituer une jurisprudence sur ce point. Les citoyens, la police et l’État ont le droit — et même l’obligation — de connaître la teneur du droit criminel et de savoir s’il est constitutionnel. Se demander si une peine minimale obligatoire se révèle inconstitutionnelle pour d’autres personnes permet d’éviter que des dispositions inconstitutionnelles ne demeurent malencontreusement en vigueur.

[65] J’estime qu’une peine minimale obligatoire peut être contestée pour le motif qu’elle inflige une peine totalement disproportionnée au délinquant ou à d’autres personnes se trouvant dans des situations raisonnablement prévisibles. La jurisprudence constante de la Cour et le contrôle constitutionnel véritable n’exigent rien de moins. Dès lors, la disposition qui prévoit une telle peine peut être invalidée parce qu’elle inflige une peine cruelle et inusitée (c’est-à-dire, totalement disproportionnée) au délinquant poursuivi ou, sinon, parce qu’il est raisonnablement prévisible qu’elle inflige à d’autres personnes une peine cruelle et inusitée.

[66] Passons maintenant aux débats connexes que suscite la question de savoir quelle doit être la démarche du tribunal appelé à statuer sur la constitutionnalité d’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire, au regard de l’art. 12 et en fonction de son application raisonnablement prévisible à des tiers.

[67] Le premier sujet de débat touche le degré de « vraisemblance » requis pour satisfaire au critère de la prévisibilité raisonnable. La procureure générale de l’Ontario soutient que, pour l’application de l’art. 12, il faut se demander s’il est *vraisemblable* que l’*application générale* de la disposition emporte l’infliction d’une peine totalement disproportionnée équivalant à une peine cruelle et inusitée (m.a. (Nur), par. 66). À son avis, la Cour d’appel a eu tort de ne pas s’en tenir aux situations courantes auxquelles s’applique la disposition et de se prononcer en fonction de scénarios invraisemblables (par. 68-73). Ces situations courantes établissent selon elle

that the offender before the court would suffer cruel and unusual punishment: para. 68.

[68] The reasonable foreseeability test is not confined to situations that are likely to arise in the general day-to-day application of the law. Rather, it asks what situations may reasonably arise. It targets circumstances that are foreseeably captured by the minimum conduct caught by the offence. Only situations that are “remote” or “far-fetched” are excluded: *Goltz*, at p. 515. Contrary to what the Attorney General of Ontario suggests there is a difference between what is foreseeable although “unlikely to arise” and what is “remote [and] far-fetched”: A.F. (Nur), at para. 66. Moreover, adoption of the likelihood standard would constitute a new and radically narrower approach to constitutional review of legislation than that consistently adhered to since *Big M*. The Court has never asked itself whether a projected application of an impugned law is common or “likely” in deciding whether a law violates a provision of the *Charter*. To set the threshold for constitutional review at common or likely instances would be to allow bad laws to stay on the books.

[69] The Attorney General of Ontario urges that the approach she proposes is necessary to prevent uncertainty in the law. A presumption of constitutionality arising from the appropriateness of the mandatory minimum (having regard to the purpose and gravity of the offence) in common or likely cases, she asserts, will set a constant standard that can only exceptionally be rebutted by a finding that the mandatory minimum is grossly disproportionate as applied to a particular offender. This, she argues, will provide certainty.

une présomption de constitutionnalité qui ne peut-être réfutée que par la preuve que le délinquant en cause se verrait infliger une peine cruelle et inusitée (par. 68).

[68] Le critère de la prévisibilité raisonnable ne s’applique pas uniquement aux situations qui se présenteront vraisemblablement dans le cadre de l’application générale et habituelle de la loi. Il requiert plutôt qu’on se demande quelles situations sont raisonnablement susceptibles de se présenter. Il vise les cas dont il est prévisible qu’ils tombent sous le coup des conditions minimales de perpétration de l’infraction. Seules sont écartées les situations « invraisemblables » ou « n’ayant qu’un faible rapport avec l’espèce » (*Goltz*, p. 515). Contrairement à ce que laisse entendre la procureure générale de l’Ontario, il faut distinguer ce qui est prévisible bien que [TRADUCTION] « peu susceptible de se présenter » de ce qui est « invraisemblable [et] n’a qu’un faible rapport avec l’espèce » (m.a. (Nur), par. 66). De plus, l’application d’un critère de vraisemblance donnerait lieu à une approche nouvelle dont la portée serait radicalement réduite par rapport à celle constamment retenue depuis l’arrêt *Big M* pour le contrôle constitutionnel d’un texte législatif. Pour décider si une loi contrevient à une disposition de la *Charte*, la Cour ne s’est jamais demandé si l’application projetée de la loi contestée était courante ou « vraisemblable ». Si on ne tenait compte que des situations courantes ou vraisemblables pour statuer sur la constitutionnalité, on permettrait à des lois invalides de demeurer en vigueur.

[69] La procureure générale de l’Ontario fait valoir que l’approche qu’elle préconise s’impose pour prévenir l’incertitude du droit. Une présomption de constitutionnalité découlant du caractère approprié de la peine minimale obligatoire (eu égard à la raison d’être de la disposition et à la gravité des actes réprimés) dans des situations courantes ou vraisemblables établira selon elle une norme constante qui ne pourra être écartée qu’à titre exceptionnel par la conclusion selon laquelle, dans le cas d’un délinquant en particulier, la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée. Il s’agit à son sens d’une approche qui est de nature à assurer la certitude.

[70] I am not persuaded by this argument. In essence, it would make the sentencing range for common occurrences of the offence the constitutional norm. This is problematic for two reasons. Appropriate sentencing ranges are themselves subject to debate and, more importantly, any gain in clarity would come at the price of appropriate constitutional review and unconstitutional applications of the law. The question is, certainty for whom? The Attorney General of Ontario's test provides a degree of certainty for offenders in situations that commonly occur. But it provides no certainty for offenders outside that category. They — and their prosecutors and judges — are left to wonder whether the mandatory minimum will be unconstitutional in their situation. Finally, as discussed below, the reasonably foreseeable test, applied in accordance with the principle of *stare decisis*, will provide sufficient certainty in the law.

[71] This brings us to the second ancillary question — the effect of a ruling that a particular mandatory minimum provision does not violate s. 12. Two questions arise. First, can a particular offender argue in a future case that the provision violates s. 12 because it imposes cruel and unusual punishment on him or her? The answer, all agree, must be yes. If the offender can establish new circumstances or evidence, including mitigating factors specific to the offender, it is open to a court to reconsider the constitutionality of the law. Second, can the offender in a future case argue that the provision as applied to others violates s. 12? The answer to this question is that it depends. Once a law is held not to violate s. 12, *stare decisis* prevents an offender in a later case from simply rearguing what constitutes a reasonably foreseeable range of the law. But *stare decisis* does not prevent a court from looking at different circumstances and new evidence that was not considered in the preceding case. A court's conclusion based on its review of the provision's reasonably foreseeable applications does not foreclose consideration in future of different reasonable applications: *Morrisey*, at para. 89, per Arbour J. That said, the threshold for revisiting the constitutionality of a mandatory minimum is high and requires

[70] Cette thèse ne me convainc pas. Elle revient essentiellement à faire de la fourchette des peines prévues pour les modes courants de perpétration de l'infraction la norme constitutionnelle applicable, ce qui est problématique pour deux raisons. D'abord, les fourchettes des peines appropriées font elles-mêmes débat et, surtout, un gain de clarté serait obtenu au détriment d'un contrôle constitutionnel approprié et se traduirait par des applications inconstitutionnelles de la loi. La question est de savoir à qui doit bénéficier la clarté. Le critère préconisé par la procureure générale de l'Ontario établit un degré de certitude pour le délinquant dont la situation se présente couramment. Les autres délinquants n'ont pas droit à la certitude, si bien que, tout comme leurs poursuivants et leurs juges, ils en sont réduits à se demander si la peine minimale obligatoire sera inconstitutionnelle dans leurs cas. Enfin, le critère de la prévisibilité raisonnable, appliqué en conformité avec le principe du *stare decisis*, assurera suffisamment la certitude du droit. J'y reviendrai.

[71] Passons maintenant au deuxième sujet de débat, à savoir l'effet d'une décision selon laquelle une disposition donnée prévoyant une peine minimale obligatoire ne contrevient pas à l'art. 12. Il appelle deux questions. D'abord, un délinquant peut-il ultérieurement soutenir que la disposition viole l'art. 12 en ce qu'elle lui inflige une peine cruelle et inusitée? Tous conviennent que la réponse doit être affirmative. Lorsque le délinquant peut démontrer l'existence d'une situation nouvelle ou d'un élément de preuve nouveau, y compris des circonstances atténuantes qui lui sont propres, la constitutionnalité de la loi peut être réexaminée. Ensuite, le délinquant peut-il ultérieurement soutenir que, dans son application à d'autres personnes, la disposition viole l'art. 12? La réponse est alors moins claire. Dès qu'il est établi que la disposition ne porte pas atteinte à la protection prévue à l'art. 12, le principe du *stare decisis* empêche le délinquant, dans une instance ultérieure, de simplement avancer à nouveau ce qui constitue selon lui un champ d'application de la loi raisonnablement prévisible. Le *stare decisis* n'empêche cependant pas le tribunal de considérer une situation nouvelle ou un élément de preuve nouveau qui ne l'a pas été dans l'instance précédente. La conclusion fondée sur son appréciation des applications raisonnablement

a significant change in the reasonably foreseeable applications of the law. In a nutshell, the normal rules of *stare decisis* answer the concern raised by the Attorney General of Ontario that “each subsequent trial court [will be asked] to duplicate the analysis”: A.F. (Nur), at para. 39.

[72] A third ancillary question is whether reported cases should be considered in determining whether it is reasonably foreseeable that a mandatory minimum sentencing provision will result in cruel and unusual punishment, contrary to the s. 12 guarantee. The majority in *Morrisey* said reported cases should be excluded if the court considers them “marginal”, and the minority, without qualification, said they may be considered. In my view, they can. Reported cases illustrate the range of real-life conduct captured by the offence. I see no principled reason to exclude them on the basis that they represent an uncommon application of the offence, provided that the relevant facts are sufficiently reported. Not only is the situation in a reported case reasonably foreseeable, it has happened. Reported cases allow us to know what conduct the offence captures in real life. However, they do not prevent the judge from having regard to other scenarios that are reasonably foreseeable: see *Morrisey*, at para. 33.

[73] A fourth ancillary question concerns the personal characteristics of hypothetical offenders that should be considered. Some have suggested that the consideration must be generalized to the point where all personal characteristics are excluded, while others assert that any and all characteristics should be included. This debate is largely the result

prévisibles de la disposition en cause n’empêche pas le tribunal de se pencher ultérieurement sur d’autres applications raisonnables (*Morrisey*, par. 89, la juge Arbour). Cela dit, les conditions auxquelles il peut y avoir réexamen de la constitutionnalité d’une peine minimale obligatoire sont strictes, et il doit s’être produit une modification substantielle des applications raisonnablement prévisibles de la disposition en cause. En somme, les règles habituelles du *stare decisis* permettent d’apaiser la crainte de la procureure générale de l’Ontario que, [TRADUCTION] « dans chacun des procès subséquents, le juge [soit appelé] à reprendre la même analyse » (m.a. (Nur), par. 39).

[72] Le troisième sujet de débat correspond aux cas répertoriés : doivent-ils être pris en considération pour déterminer s’il est raisonnablement prévisible que l’application d’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire emporte l’infliction d’une peine cruelle et inusitée contrairement à l’art. 12? Dans l’arrêt *Morrisey*, les juges majoritaires opinent que ces cas doivent être écartés lorsque, selon le tribunal, il s’agit de cas « limites »; les juges minoritaires affirment d’emblée qu’ils peuvent être pris en compte. J’estime qu’ils le peuvent. Les cas répertoriés montrent toute l’étendue des actes susceptibles de tomber concrètement sous le coup de la disposition. Je ne vois aucun motif rationnel de les écarter parce qu’ils correspondent à des applications peu fréquentes de la disposition créant l’infraction, à condition que les faits en cause soient suffisamment exposés. Non seulement les situations en cause sont raisonnablement prévisibles, mais elles se sont présentées. Les décisions rendues à leur sujet permettent de savoir comment la disposition s’applique dans la vraie vie. Elles n’empêchent toutefois pas le tribunal d’envisager d’autres scénarios qui sont raisonnablement prévisibles (voir *Morrisey*, par. 33).

[73] Le quatrième sujet de débat concerne les caractéristiques personnelles des délinquants hypothétiques qu’il faudrait considérer. D’aucuns ont laissé entendre qu’il fallait généraliser l’analyse au point d’exclure toute caractéristique personnelle, alors que d’autres ont préconisé la prise en considération de toutes les caractéristiques. Le débat est

of the reification of the notion of the reasonable hypothetical discussed earlier. It is answered by recognizing two aspects of the reasonably foreseeable application test.

[74] First, what is reasonably foreseeable necessarily requires consideration of the sort of situations that may reasonably be expected to be caught by the mandatory minimum, based on experience and common sense. This means that personal characteristics cannot be entirely excluded. For example, as we will see in applying the test to this case, it may be relevant to look at the fact that an offender at the licensing end of the spectrum caught by the mandatory minimum might come into innocent possession of the prohibited or restricted firearm, or be mistaken as to the scope of the prohibition.

[75] Second, cutting the other way, is the admonition of *Goltz* that far-fetched or remotely imaginable examples should be excluded from consideration. This excludes using personal features to construct the most innocent and sympathetic case imaginable — on that basis almost any mandatory minimum could be argued to violate s. 12 and lawyerly ingenuity would be the only limit to findings of unconstitutionality. To repeat, the inquiry must be grounded in common sense and experience.

[76] Thus, the inquiry into reasonably foreseeable situations the law may capture may take into account personal characteristics relevant to people who may be caught by the mandatory minimum, but must avoid characteristics that would produce remote or far-fetched examples.

[77] In summary, when a mandatory minimum sentencing provision is challenged, two questions arise. The first is whether the provision results in a grossly disproportionate sentence on the individual before the court. If the answer is no, the second

en grande partie attribuable à la réification de la notion de situation hypothétique raisonnable examinée précédemment. Reconnaître deux volets au critère d'application de la prévisibilité raisonnable permet de rallier les uns et les autres.

[74] Premièrement, il faut nécessairement tenir compte, à partir de l'expérience et du bon sens, du genre de situation qui est raisonnablement susceptible de tomber sous le coup de la peine minimale obligatoire. Dès lors, les caractéristiques personnelles ne peuvent être totalement écartées. Nous verrons par exemple que, en appliquant le critère à la présente espèce, il peut être pertinent de tenir compte du fait que le délinquant qui a commis une infraction réglementaire et qui tombe sous le coup de la peine minimale obligatoire a pu se trouver en possession de l'arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte sans dessein criminel ou se méprendre sur la portée de l'interdiction.

[75] Deuxièmement, dans l'arrêt *Goltz*, la Cour met cependant les tribunaux en garde contre la prise en compte d'exemples invraisemblables ou difficilement imaginables. Ainsi, les caractéristiques personnelles ne sauraient servir à constituer un dossier qui, par sa bénignité, inspirerait la plus grande sympathie possible (sur ce fondement, on pourrait en effet prétendre de presque toute peine minimale obligatoire qu'elle contrevient à l'art. 12, et la constitutionnalité d'une disposition ne tiendrait qu'aux aptitudes du plaideur). Je le répète, l'examen doit avoir pour assises le bon sens et l'expérience.

[76] En somme, l'examen des situations dont il est raisonnablement prévisible qu'elles tombent sous le coup de la loi peut tenir compte des caractéristiques personnelles des personnes auxquelles pourrait s'appliquer la peine minimale obligatoire, mais il doit écarter celles qui seraient propres à des situations invraisemblables ou n'ayant qu'un faible rapport avec l'espèce.

[77] En résumé, lorsqu'une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire est contestée, deux questions se posent. Premièrement, la disposition a-t-elle pour effet d'infliger une peine totalement disproportionnée à l'accusé? Si la réponse est négative,

question is whether the provision's reasonably foreseeable applications will impose grossly disproportionate sentences on others. This is consistent with the settled jurisprudence on constitutional review and rules of constitutional interpretation, which seek to determine the potential reach of a law; is workable; and provides sufficient certainty.

(3) Application to Nur

[78] Nur does not argue that the mandatory minimum in s. 95(2)(a)(i) results in a grossly disproportionate sentence in his case. Rather, he argues it violates s. 12 in its reasonably foreseeable application to some other offenders. The question is whether the three-year minimum sentence imposed by s. 95(2)(a)(i) will result in grossly disproportionate sentences in reasonably foreseeable cases.

[79] I would answer this question in the affirmative. The Court of Appeal, using the language of "reasonable hypotheticals", described a situation at the licensing end of the spectrum of conduct caught by s. 95(1) for which a three-year sentence would be grossly disproportionate — where a person who has a valid licence for an unloaded restricted firearm at one residence, safely stores it with ammunition in another residence, e.g. at her cottage rather than her dwelling house.

[80] The Attorney General of Ontario objects that this is a speculative scenario. On the contrary, occurrences such as this are reasonably foreseeable. In *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37, this Court was concerned with a charge against a gun owner who, unaware that his licence was confined to his Calgary residence, had it in his possession at his Halifax residence. The Court (contrary to what the Ontario Court of Appeal assumed

il faut se demander en deuxième lieu si les applications raisonnablement prévisibles de la disposition infligeront à d'autres personnes des peines totalement disproportionnées. La démarche s'harmonise avec la jurisprudence établie sur le contrôle constitutionnel, ainsi qu'avec les règles d'interprétation constitutionnelle, dont l'objet est de circonscrire la portée éventuelle d'une disposition; elle est applicable et elle assure une certitude suffisante.

(3) Application au dossier Nur

[78] M. Nur ne soutient pas que la peine minimale obligatoire prévue au sous-al. 95(2)a(i) se traduit par une peine totalement disproportionnée en ce qui le concerne, mais bien que la disposition viole l'art. 12 dans son application raisonnablement prévisible à certains autres délinquants. La question qui se pose est celle de savoir si la peine minimale de trois ans d'emprisonnement que prévoit le sous-al. 95(2)a(i) emportera l'infliction de peines totalement disproportionnées dans des situations raisonnablement prévisibles.

[79] Je réponds par l'affirmative. La Cour d'appel renvoie à une [TRADUCTION] « situation hypothétique raisonnable » où l'acte réprimé s'entend d'une infraction réglementaire tombant sous le coup du par. 95(1), une infraction pour laquelle une peine carcérale de trois ans serait totalement disproportionnée. La situation considérée est celle d'une personne qui détient un permis valide pour la possession d'une arme à feu à autorisation restreinte non chargée dans un lieu de résidence et qui l'entrepone de façon sécuritaire avec des munitions dans un autre (p. ex. à son chalet plutôt qu'à sa résidence principale).

[80] La procureure générale de l'Ontario reproche au scénario son caractère conjectural. Or, une telle situation est au contraire raisonnablement prévisible. Dans l'arrêt *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37, la Cour devait se prononcer sur une accusation portée contre le propriétaire d'un pistolet qui ignorait que son permis ne valait que pour sa résidence de Calgary et qui avait eu l'arme en sa possession à sa résidence d'Halifax.

in its example) took a broad view of the offence, holding that the Crown is not required to prove that the accused knew that possession in the place in question was unauthorized (para. 55), and upheld Mr. MacDonald's conviction. The Court commented that, "in ordinary circumstances, his mistake of law would be a mitigating factor to be considered in fashioning a sentence that is proportionate to his crime": para. 61.

[81] The Attorney General of Ontario argues that the scenarios posited by the Court of Appeal are uncommon, and that few s. 95 cases do not warrant at least a three-year sentence: A.F. (Nur), at para. 72. But as discussed above, the test is not whether prosecutions at the lower end of the spectrum are common. Rather, the question is whether the provision would reasonably be expected to capture the conduct. The answer to this question is yes.

[82] Section 95(1) casts its net over a wide range of potential conduct. Most cases within the range may well merit a sentence of three years or more, but conduct at the far end of the range may not. At one end of the range, as Doherty J.A. observed, "stands the outlaw who carries a loaded prohibited or restricted firearm in public places as a tool of his or her criminal trade. . . . [T]his person is engaged in truly criminal conduct and poses a real and immediate danger to the public": para. 51. At this end of the range — indeed for the vast majority of offences — a three-year sentence may be appropriate. A little further along the spectrum stands the person whose conduct is less serious and poses less danger; for these offenders three years' imprisonment may be disproportionate, but not grossly so. At the far end of the range, stands the licensed and responsible gun owner who stores his unloaded firearm safely with ammunition nearby, but makes a mistake as to where it can be stored. For this offender, a three-year sentence is grossly disproportionate to the sentence the conduct would otherwise

Contrairement à ce que la Cour d'appel de l'Ontario avait tenu pour acquis dans son exemple, la Cour a interprété largement l'infraction, elle a estimé que le ministère public n'avait pas à prouver que l'accusé savait que la possession de l'arme dans le lieu en question n'était pas autorisée (par. 55) et elle a confirmé la déclaration de culpabilité de M. MacDonald. La Cour a ajouté que « son erreur de droit [celle de l'accusé] constituerait, dans des circonstances ordinaires, un facteur atténuant au moment de déterminer une peine proportionnelle à la gravité de son crime » (par. 61).

[81] Selon la procureure générale de l'Ontario, les scénarios avancés par la Cour d'appel se présentent rarement, et peu fréquentes sont les accusations fondées sur l'art. 95 qui ne justifient pas une peine d'au moins trois ans (m.a. (Nur), par. 72). Or, je le rappelle, la question n'est pas celle de savoir si les poursuites pour une infraction située à l'extrémité inférieure du continuum d'application sont fréquentes, mais bien si on peut raisonnablement s'attendre à ce que le comportement tombe sous le coup de la disposition. Je réponds par l'affirmative.

[82] Le paragraphe 95(1) s'applique à une vaste gamme de comportements potentiels, dont la plupart peuvent fort bien justifier l'infliction d'une peine d'au moins trois ans, mais ce n'est peut-être pas le cas de comportements qui se situent à l'une des extrémités du continuum d'application. Ainsi que le fait observer le juge Doherty, on retrouve à l'une de ces extrémités [TRADUCTION] « le hors-la-loi qui, dans le cadre de ses activités criminelles, se rend dans un lieu public muni d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte chargée. [. . .] [S]on comportement est véritablement criminel et expose le public à un danger réel et immédiat » (par. 51). À cette extrémité — et pour la plupart des infractions d'ailleurs —, une peine carcérale de trois ans peut être indiquée. Un peu plus loin dans le continuum, on retrouve la personne dont les actes sont moins graves et qui expose ses concitoyens à un danger moins grand; pour elle, une peine carcérale de trois ans peut être disproportionnée sans l'être totalement. À l'autre extrémité du continuum, il y a le propriétaire responsable d'une arme, titulaire

merit under the sentencing provisions of the *Criminal Code*.

[83] Given the minimal blameworthiness of the offender in this situation and the absence of any harm or real risk of harm flowing from the conduct (i.e. having the gun in one residence as opposed to another), a three-year sentence would be grossly disproportionate. Similar examples can be envisaged. A person inherits a firearm and before she can apprise herself of the licence requirements commits an offence. A spouse finds herself in possession of her husband's firearm and breaches the regulation. We need not focus on a particular hypothetical. The bottom line is that s. 95(1) foreseeably catches licensing offences which involve little or no moral fault and little or no danger to the public. For these offences three years' imprisonment is grossly disproportionate to a fit and fair sentence. Firearms are inherently dangerous and the state is entitled to use sanctions to signal its disapproval of careless practices and to discourage gun owners from making mistakes, to be sure. But a three-year term of imprisonment for a person who has essentially committed a licensing infraction is totally out of sync with the norms of criminal sentencing set out in the s. 718 of the *Criminal Code* and legitimate expectations in a free and democratic society. As the Court of Appeal concluded, there exists a "cavernous disconnect" between the severity of the licensing-type offence and the mandatory minimum three-year term of imprisonment: para. 176. Consequently, I conclude that s. 95(2)(a)(i) breaches s. 12 of the *Charter*.

[84] It may be noted that the offence in s. 95(1) captures less serious conduct than other gun-related crimes that attract mandatory minimum terms of

d'un permis, qui entrepose son arme à feu non chargée de façon sécuritaire avec des munitions à proximité, mais qui se méprend sur le lieu d'entreposage autorisé. Pour ce délinquant, une peine carcérale de trois ans est totalement disproportionnée à la peine qui serait infligée conformément aux dispositions du *Code criminel* sur la détermination de la peine.

[83] Vu la faible culpabilité morale du délinquant dans cette situation et l'absence de préjudice ou de risque réel qu'un préjudice découle du comportement (l'entreposage de l'arme à feu dans un lieu de résidence plutôt qu'un autre), une peine carcérale de trois ans serait totalement disproportionnée. D'autres cas semblables peuvent être envisagés. Une personne peut hériter d'une arme à feu et commettre une infraction avant qu'elle ne prenne connaissance des exigences en matière de permis. Une épouse peut se trouver en possession de l'arme à feu de son époux et enfreindre le règlement. Il n'est pas nécessaire de s'en tenir à une hypothèse en particulier. Essentiellement, on peut prévoir que le par. 95(1) s'applique à des infractions réglementaires qui comportent une culpabilité morale minimale, voire nulle, et qui n'exposent le public à aucun danger ou presque. Dans le cas de ces infractions, une peine carcérale de trois ans est totalement disproportionnée à une peine juste et appropriée. Certes, les armes à feu sont foncièrement dangereuses, et l'État peut recourir à des sanctions pour signaler sa désapprobation des pratiques négligentes et décourager la méprise chez les propriétaires d'armes à feu. Or, infliger une peine de trois ans d'emprisonnement à une personne qui a essentiellement commis une infraction réglementaire déroge totalement aux normes de détermination de la peine énoncées à l'art. 718 du *Code criminel* et aux attentes légitimes des citoyens dans une société libre et démocratique. Comme le conclut la Cour d'appel, il y a [TRADUCTION] « discordance totale » entre la gravité de l'infraction de type réglementaire et la peine minimale obligatoire de trois ans d'emprisonnement (par. 176). Par conséquent, je conclus que le sous-al. 95(2)a)(i) contrevient à l'art. 12 de la *Charte*.

[84] Signalons que l'infraction créée au par. 95(1) réprime des actes moins graves par rapport à d'autres crimes liés aux armes à feu qui appellent

imprisonment. For example, in *Morrisey*, the Court upheld a four-year mandatory minimum term of imprisonment for the offence of criminal negligence causing death with a firearm. Unlike the offence of criminal negligence causing death with a firearm, s. 95(1) does not require proof of harm — it is a simple possession offence.

[85] The Attorneys General of Canada and Ontario argue that the Court of Appeal erred by not taking into account the Crown's ability to elect to proceed summarily and thereby avoid the mandatory minimum sentence in the indictable offence. They argue that the hybrid nature of the offence should be taken into account as a factor when assessing the likelihood that a general application of the offence would result in a grossly disproportionate sentence being imposed. Put differently, they contend that the Crown's election to proceed summarily and thereby avoid a mandatory minimum prevents s. 95 from being grossly disproportionate when the conduct is at the less serious end of the spectrum.

[86] I cannot agree. To accept this argument would result in replacing a public hearing on the constitutionality of s. 95 before an independent and impartial court with the discretionary decision of a Crown prosecutor, who is in an adversarial role to the accused.

[87] Sentencing is inherently a judicial function. It is the courts that are directed by Parliament to impose a mandatory minimum term of imprisonment, and it is the duty of the courts to scrutinize the constitutionality of the provision. The Crown's submission is in effect an invitation to delegate the courts' constitutional obligation to the prosecutors employed by the state, leaving the threat of a grossly disproportionate sentence hanging over an accused's head.

l'imposition d'une peine minimale obligatoire. Par exemple, dans l'arrêt *Morrisey*, la Cour a confirmé une peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement pour l'infraction de négligence criminelle causant la mort par suite de l'usage d'une arme à feu. Contrairement à la disposition qui crée cette infraction, le par. 95(1) n'exige pas la preuve d'un préjudice, car l'infraction créée s'entend de la seule possession.

[85] Les procureurs généraux du Canada et de l'Ontario soutiennent que la Cour d'appel a tort de ne pas tenir compte de la faculté du ministère public d'opter pour la procédure sommaire et d'écarter ainsi la peine minimale obligatoire applicable sur mise en accusation. Ils font valoir que la nature mixte de l'infraction constitue un élément à considérer pour apprécier le risque que l'application générale de la disposition donne lieu à l'infliction d'une peine totalement disproportionnée. En d'autres termes, ils prétendent que le fait que le ministère public opte pour la procédure sommaire et écarte du coup la peine minimale obligatoire empêche que soit infligée, en application de l'art. 95, une peine totalement disproportionnée lorsque le comportement se situe à l'extrémité du continuum qui correspond aux infractions les moins graves.

[86] Je ne peux être d'accord. Faire droit à cette thèse revient à substituer à la tenue par un tribunal indépendant et impartial d'une audience publique sur la constitutionnalité de l'art. 95 la décision discrétionnaire d'un poursuivant dont les intérêts sont opposés à ceux de l'accusé.

[87] La détermination de la peine relève foncièrement du pouvoir judiciaire. C'est aux tribunaux que le législateur dicte l'imposition d'une peine minimale obligatoire d'emprisonnement, et c'est à eux qu'il incombe d'examiner attentivement la constitutionnalité de la disposition. La prétention du ministère public invite en fait à déléguer l'obligation constitutionnelle des tribunaux aux poursuivants — des salariés de l'État —, ce qui ne soustrait pas l'accusé au risque de se voir infliger une peine totalement disproportionnée.

[88] Lamer J., for the majority of the Court, firmly rejected this argument in *Smith*, at p. 1078:

In my view the section cannot be salvaged by relying on the discretion of the prosecution not to apply the law in those cases where, in the opinion of the prosecution, its application would be a violation of the *Charter*. To do so would be to disregard totally s. 52 of the *Constitution Act, 1982* which provides that any law which is inconsistent with the Constitution is of no force or effect to the extent of the inconsistency and the courts are duty bound to make that pronouncement, not to delegate the avoidance of a violation to the prosecution or to anyone else for that matter. [Emphasis added.]

[89] This Court recently considered the distinction between the prosecution's function in exercising its discretion to proceed summarily or by way of indictment and the courts' sentencing function in *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167. The Court emphasized that sentencing is a judicial function, and opined that the fact a mandatory regime may require a judge to impose a disproportionate sentence does not alter the prosecutorial function in electing the mode of trial. As Moldaver J. explained for a unanimous Court:

Mr. Anderson's argument in effect equates the duty of the judge and the prosecutor, but there is no basis in law to support equating their distinct roles in the sentencing process. It is *the judge's* responsibility to impose sentence; likewise, it is *the judge's* responsibility, within the applicable legal parameters, to craft a proportionate sentence. If a mandatory minimum regime requires a judge to impose a disproportionate sentence, the regime should be challenged. [Underlining added; para. 25.]

[90] This is not to say that the Crown election to proceed summarily is in itself problematic. It is entirely appropriate that the Crown should exercise its discretion in order to screen out some offences at the lower end of the spectrum captured by s. 95(1). Hybrid offences allow the Crown to take into account the variation that exists between cases. They recognize that the same offence can be committed in more and less serious ways, and allows

[88] Dans l'arrêt *Smith*, le juge Lamer, au nom des juges majoritaires de la Cour, rejette fermement la thèse avancée :

À mon avis, l'article ne peut pas être sauvegardé en invoquant ce pouvoir discrétionnaire qu'a le ministère public de ne pas appliquer la loi dans les cas où il estime que son application entraînerait une violation de la *Charte*. Ce serait là ignorer totalement l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui porte que la Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit et les tribunaux ont le devoir de déclarer qu'il en est ainsi; ils ne peuvent laisser ni au ministère public ni à personne d'autre le soin d'éviter une violation. [Je souligne; p. 1078.]

[89] Récemment, dans l'arrêt *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, la Cour examinait la distinction entre la fonction du poursuivant qui exerce son pouvoir discrétionnaire d'opter pour la procédure sommaire ou la mise en accusation et la fonction du tribunal qui consiste à déterminer la peine. Elle a souligné que la détermination de la peine relève du judiciaire et affirmé que l'obligation faite au tribunal par un régime de peine minimale obligatoire d'infliger une peine disproportionnée ne modifie pas la fonction du poursuivant lorsqu'il s'agit de choisir le mode de poursuite. Voici les explications du juge Moldaver, au nom des juges unanimes de la Cour :

L'argument de M. Anderson assimile le devoir du juge à celui du poursuivant, mais aucun principe de droit ne permet d'assimiler leurs rôles distincts dans le processus de détermination de la peine. Il appartient au juge d'infliger la peine; il lui appartient également d'établir une peine proportionnée, sans s'écarter des paramètres juridiques applicables. Si un régime de peine minimale obligatoire oblige un juge à infliger une peine disproportionnée, il y aurait lieu de contester le régime. [Je souligne; par. 25.]

[90] Pour autant, la décision du poursuivant d'opter pour la procédure sommaire n'est pas problématique en soi. Il est tout à fait indiqué d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui permet de ne pas poursuivre les auteurs de certaines infractions qui se situent à l'extrémité inférieure du continuum d'application du par. 95(1). Dans le cas d'une infraction mixte, le poursuivant peut tenir compte de ce qui distingue une affaire d'une autre. C'est reconnaître

the Crown to take the specific circumstances of each case into account. As the trial judge noted in *Nur*, the “state interest, in enacting a hybrid offence, is to provide flexibility so that Crown prosecutors can adapt available procedures and sentences to the needs of a particular case”: para. 126.

[91] The argument of the Attorneys General of Canada and Ontario, however, goes further. They seek to insulate otherwise unconstitutional laws through the exercise of prosecutorial discretion as to when and to whom the laws apply. But unconstitutional laws are null and void under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. The Attorneys General’s argument is essentially the converse of a constitutional exemption. As I observed on behalf of a unanimous Court in *Ferguson*, “[t]he divergence between the law on the books and the law as applied — and the uncertainty and unpredictability that result — exacts a price paid in the coin of injustice”: para. 72. It deprives citizens of the right to know what the law is in advance and to govern their conduct accordingly, and it encourages the uneven and unequal application of the law. To paraphrase *Ferguson*, bad law, fixed up on a case-by-case basis by prosecutors, does not accord with the role and responsibility of Parliament to enact constitutional laws for the people of Canada: paras. 72-73.

[92] Since writing these reasons, I have had the opportunity to read the reasons of my colleague, Justice Moldaver, who concludes that s. 95(2) does not violate s. 12 of the *Charter* essentially on the ground that the prosecution may elect to proceed by summary conviction where the conduct at issue is such that imposing the mandatory minimum sentence would be grossly disproportionate. I do not agree that *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, supports the rule that a mandatory minimum law that imposes grossly disproportionate sentences in foreseeable cases may be saved from

qu’une même infraction peut être commise d’une manière plus ou moins grave et permettre au poursuivant de tenir compte des circonstances propres à chacune des affaires. Comme le signale le juge du procès dans le dossier *Nur*, [TRADUCTION] « en créant une infraction mixte, l’État veut donner de la souplesse aux avocats du ministère public afin qu’ils adaptent les procédures et les peines prévues aux besoins d’une affaire donnée » (par. 126).

[91] La thèse des procureurs généraux du Canada et de l’Ontario va toutefois plus loin. Afin de protéger des dispositions qui sont par ailleurs inconstitutionnelles, ils invoquent le pouvoir discrétionnaire qui permet au poursuivant de choisir dans quelles circonstances et à quelles personnes les appliquer. Or, l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dispose qu’une loi inconstitutionnelle est inopérante. Les procureurs généraux préconisent essentiellement l’inverse d’une exemption constitutionnelle. Comme je le fais observer au nom des juges unanimes de la Cour dans l’arrêt *Ferguson*, « [l]a divergence entre la disposition figurant dans le corpus législatif et la règle de droit appliquée — ainsi que l’incertitude et l’imprévisibilité qui en découlent — a pour conséquence de créer l’injustice » (par. 72). Elle prive les citoyens du droit de savoir d’avance ce que prévoit la loi et de la possibilité de se comporter en conséquence et elle invite à l’application inégale de la loi. Pour paraphraser l’arrêt *Ferguson*, l’existence d’une loi invalide dont le poursuivant corrige ponctuellement les défauts n’est pas compatible avec le rôle et la responsabilité du législateur d’édicter des règles législatives constitutionnelles pour le peuple canadien (par. 72-73).

[92] Depuis la rédaction initiale des présents motifs, j’ai eu l’occasion de prendre connaissance de l’opinion de mon collègue le juge Moldaver. Il conclut que le par. 95(2) ne contrevient pas à l’art. 12 de la *Charte* parce que, essentiellement, le poursuivant peut opter pour la procédure sommaire lorsque la nature du comportement reproché fait en sorte que l’infliction de la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée. Je disconviens que l’arrêt *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, appuie la thèse selon laquelle la disposition qui prévoit une peine minimale obligatoire et

unconstitutionality by prosecutorial discretion to proceed by another route.

[93] *PHS* was concerned with the federal Minister of Health's decision not to grant a medical exemption to a safe-injection site from the application of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. This was an administrative decision under a statutory exemption that was designed to promote public health. The essence of the challenge before the Court in *PHS* was whether the Minister's administrative law decision was compliant with the *Charter*. But the scenario in *PHS* is a far cry from the proposition advanced by the Attorneys General in the present appeals — that the exercise of a prosecutor's discretion as to whether to invoke the mandatory minimum sentence in an adversarial criminal trial can effectively insulate a legislated mandatory minimum term of imprisonment from review under s. 12 of the *Charter*.

[94] I add this about my colleague's proposed framework. The protection it offers against grossly disproportionate punishment is illusory: in practice it would create a situation where the exercise of the prosecutor's discretion is effectively immune from meaningful review. The abuse of discretion standard is a notoriously high bar and has no place in this Court's jurisprudence under s. 12 of the *Charter*. The proposed framework would be a radical departure from the constitutional framework in these cases, and offers scant protection from grossly disproportionate sentences being imposed on offenders.

[95] Two further objections may be raised against the argument that prosecutorial discretion can cure a sentencing provision that violates s. 12 of the *Charter*. The first is that one cannot be certain that the discretion will always be exercised in a way that would avoid an unconstitutional result. Nor can the constitutionality of a statutory provision rest

dont l'application entraîne l'imposition d'une peine totalement disproportionnée dans certains cas prévisibles peut échapper à l'inconstitutionnalité grâce au pouvoir discrétionnaire qui permet au poursuivant d'opter pour un autre mode de poursuite.

[93] Dans cette affaire, le ministre fédéral de la Santé avait refusé à un centre d'injection supervisé une exemption de l'application de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19. Il s'agissait d'une décision fondée sur le pouvoir légal d'accorder une exemption dans l'intérêt de la santé publique. La question en litige que la Cour devait trancher était celle de savoir si la décision du ministre relevant du droit administratif respectait la *Charte*. La situation alors considérée diffère toutefois considérablement de celle qui sous-tend la thèse avancée par les procureurs généraux dans les présents pourvois, à savoir que l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui permet au poursuivant de ne pas requérir la peine minimale obligatoire dans une instance criminelle contradictoire peut de fait soustraire au contrôle constitutionnel fondé sur l'art. 12 de la *Charte* la peine minimale obligatoire d'emprisonnement établie par la loi.

[94] J'ajoute ce qui suit concernant le cadre d'analyse proposé par mon collègue. La protection qu'il offre contre la peine totalement disproportionnée est illusoire; dans les faits, il créerait une situation où l'exercice du pouvoir discrétionnaire du poursuivant serait en fait à l'abri de tout contrôle véritable. Il est bien connu que la norme applicable à l'abus du pouvoir discrétionnaire est très stricte, et la Cour ne saurait y avoir recours pour statuer sur l'application de l'art. 12 de la *Charte*. Le cadre d'analyse proposé s'éloigne radicalement du cadre d'analyse constitutionnelle retenu dans ces décisions et il protège insuffisamment contre l'infliction de peines totalement disproportionnées.

[95] Deux autres points peuvent être opposés à l'idée que le pouvoir discrétionnaire de la poursuite puisse remédier au fait qu'une disposition sur la détermination de la peine contrevient à l'art. 12 de la *Charte*. Premièrement, nul ne peut être assuré que ce pouvoir sera toujours exercé de manière à éviter un résultat inconstitutionnel. La constitutionnalité

on an expectation that the Crown will act properly: *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at para. 45. As Cory J., for the majority, stated in *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, at pp. 103-4:

Unfortunately it would seem that whenever the Crown is granted statutory power that can be used abusively then, on occasion, it will indeed be used abusively. The protection of basic rights should not be dependent upon a reliance on the continuous exemplary conduct of the Crown, something that is impossible to monitor or control. Rather the offending statutory provision should be removed.

[96] This leads to a related concern that vesting that much power in the hands of prosecutors endangers the fairness of the criminal process. It gives prosecutors a trump card in plea negotiations, which leads to an unfair power imbalance with the accused and creates an almost irresistible incentive for the accused to plead to a lesser sentence in order to avoid the prospect of a lengthy mandatory minimum term of imprisonment. As a result, the “determination of a fit and appropriate sentence, having regard to all of the circumstances of the offence and offender, may be determined in plea discussions outside of the courtroom by a party to the litigation”: R. M. Pomerance, “The New Approach to Sentencing in Canada: Reflections of a Trial Judge” (2013), 17 *Can. Crim. L.R.* 305, at p. 313. We cannot ignore the increased possibility that wrongful convictions could occur under such conditions.

[97] Second, as noted by Doherty J.A. in the Court of Appeal below, the exercise of discretion typically occurs before the facts are fully known. An analysis that upholds s. 95(2) on the basis of the summary conviction option “does not come to grips with the timing of the Crown election and the factual basis upon which that election is made”: para. 163. The existence of the summary conviction option is therefore not an answer to the respondents’ s. 12 claim.

d’une disposition législative ne saurait non plus dépendre de la confiance qu’on peut avoir que le ministre public agira convenablement (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 45). Comme le dit le juge Cory au nom des juges majoritaires dans l’arrêt *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, p. 103-104 :

Malheureusement, il semblerait que, chaque fois que le ministère public se voit accorder par la loi un pouvoir qui peut être utilisé de façon abusive, il le sera en effet à l’occasion. La protection des droits fondamentaux ne devrait pas être fondée sur la confiance à l’égard du comportement exemplaire permanent du ministère public, chose qu’il n’est pas possible de surveiller ni de maîtriser. Il serait préférable que la disposition législative incriminée soit abolie.

[96] Cette considération en appelle une autre, connexe, à savoir que l’octroi d’un tel pouvoir au poursuivant compromet l’équité de la procédure criminelle. Le poursuivant dispose dès lors d’un atout dans la négociation d’un plaidoyer, ce qui entraîne un déséquilibre inéquitable entre le pouvoir du poursuivant et celui de l’accusé et incite presque irrésistiblement ce dernier à reconnaître sa culpabilité à une infraction pour laquelle il encourt une peine moins lourde afin d’échapper à une longue peine minimale obligatoire. Il s’ensuit alors [TRADUCTION] « qu’une peine juste et appropriée tenant compte des circonstances de l’infraction et de la situation du délinquant peut être déterminée dans le cadre de la négociation d’un plaidoyer, hors de la salle d’audience, par l’une des parties à l’instance » (R. M. Pomerance, « The New Approach to Sentencing in Canada : Reflections of a Trial Judge » (2013), 17 *Rev. can. D.P.* 305, p. 313). Nous ne pouvons faire abstraction du risque alors accru de déclarations de culpabilité injustifiées.

[97] Deuxièmement, comme le signale en l’espèce le juge Doherty de la Cour d’appel, l’exercice du pouvoir discrétionnaire intervient généralement avant que tous les faits de l’affaire soient exposés. L’approche qui confirme la constitutionnalité du par. 95(2) sur la foi du choix éventuel de la procédure sommaire [TRADUCTION] « méconnaît le problème du moment auquel le poursuivant fait son choix et le fondement factuel à partir duquel il fait

As stated in *R. v. Smickle*, 2012 ONSC 602, 110 O.R. (3d) 25, at para. 110:

The Crown discretion is exercised at an early stage when all of the facts, particularly those favourable to the defence, are often not known. Often, the full facts will not be known until the trial judge delivers his or her reasons or the jury delivers a verdict.

[98] Finally, the Attorney General of Canada, relying on *Morrisey*, argues that parole eligibility reduces the actual impact of the three-year mandatory minimum penalty for an offence. We simply cannot know whether that is in fact the case. Nur correctly argues that parole is a statutory privilege rather than a right. The discretionary decision of the parole board is no substitute for a constitutional law. Canada's submission also misunderstands the role of the parole board — which is to ensure that an offender is safely released into the community, not to ensure that an offender serves a proportionate sentence. That is the function of one person alone — the sentencing judge.

(4) Application to Charles

[99] In *Charles*, the Court of Appeal modified the reasonably foreseeable application of the offence to take into account that it would be a second offence following a conviction under s. 117.01(1) of the *Criminal Code* for a breach of a prohibition order.

[100] Prohibition orders seek to protect the public by prohibiting a person from possessing certain weapons, firearms, ammunition or explosive substances. They are made by the courts in a number of situations, including as part of the conditions of bail

ce choix » (par. 163). La possibilité que le poursuivant opte pour la procédure sommaire ne permet donc pas de réfuter l'allégation des intimés fondée sur l'art. 12. Comme le tribunal l'a affirmé dans *R. c. Smickle*, 2012 ONSC 602, 110 O.R. (3d) 25, par. 110 :

[TRADUCTION] Le poursuivant exerce son pouvoir discrétionnaire en amont dans le processus, à un moment où tous les faits, en particulier ceux qui sont favorables à la défense, ne sont souvent pas connus. Il arrivera fréquemment que la totalité des faits ne sera connue que lorsque le juge du procès ou le jury se prononcera.

[98] Enfin, le procureur général du Canada invoque l'arrêt *Morrisey* pour faire valoir que l'admissibilité à la libération conditionnelle réduit l'effet réel de la peine minimale obligatoire de trois ans infligée pour une première infraction. Nous ne pouvons tout simplement pas savoir si tel est bien le cas. M. Nur soutient à raison que la libération conditionnelle est un privilège d'origine législative et non un droit. La décision discrétionnaire de la commission des libérations conditionnelles ne saurait se substituer à une loi constitutionnelle. Le procureur général du Canada se méprend aussi sur la fonction de la commission des libérations conditionnelles — qui est d'assurer la mise en liberté sécuritaire du délinquant dans la collectivité, non de veiller à ce que le délinquant purge une peine proportionnée. Cette dernière fonction n'incombe qu'à une seule personne, à savoir le juge qui détermine la peine.

(4) Application au dossier Charles

[99] Dans le dossier *Charles*, la Cour d'appel modifie l'application raisonnablement prévisible de la disposition en cause pour considérer le cas d'une récidive attribuable à une déclaration de culpabilité antérieure fondée sur le par. 117.01(1) du *Code criminel* pour le non-respect d'une ordonnance d'interdiction.

[100] L'ordonnance d'interdiction vise à protéger le public en interdisant à une personne d'avoir en sa possession certaines armes, armes à feu, munitions ou substances explosives. Le tribunal la rend dans un certain nombre de situations, notamment en

(s. 515(4.1)); they can be obtained preventatively (s. 111); they can be made following the conviction of an offender for certain offences (ss. 109 and 110); and they can also be made as part of the conditions of probation (s. 732.1), of a conditional sentence (s. 742.3), or of a peace bond (s. 810(3.1)). Some are mandatory and others discretionary.

[101] The Court of Appeal acknowledged that the moral culpability of a repeat offender under s. 95(2)(a)(ii) is higher than that of a first-time offender. Even so, the Court of Appeal concluded that the five-year mandatory minimum term of imprisonment would be grossly disproportionate for a conviction under s. 95(1) where an offender was previously convicted and sentenced under s. 117.01(1) of the *Criminal Code* for a breach of a prohibition order.

[102] The Attorney General of Ontario argues that the Court of Appeal erred in formulating a licensing offence under s. 95(1) where the offender had a prior conviction under s. 117.01(1) because such a prior conviction would trigger an automatic lifetime prohibition in relation to prohibited or restricted firearms under s. 109 of the *Criminal Code*. In Ontario's submission, this makes it virtually impossible that an offender convicted under s. 117.01(1) could have a licence and registration for a prohibited or restricted firearm. The prohibition order can be lifted under s. 113 of the *Criminal Code*, but only for sustenance or employment purposes, and a prohibited and restricted firearm, it is argued, will never be needed for hunting or trapping to sustain one's family.

[103] I agree that the Court of Appeal erred in concluding that it was reasonably foreseeable that a repeat offender could be a licensed owner of a prohibited or restricted firearm. This does not end the

l'intégrant aux conditions d'une mise en liberté sous caution (par. 515(4.1)), à titre préventif (art. 111) ou après qu'un délinquant a été reconnu coupable de certaines infractions (art. 109 et 110). Il peut aussi l'intégrer aux conditions d'une ordonnance de probation (art. 732.1), à une peine d'emprisonnement avec sursis (art. 742.3) ou à un engagement de ne pas troubler l'ordre public (par. 810(3.1)). L'ordonnance est soit obligatoire, soit discrétionnaire.

[101] La Cour d'appel reconnaît que la culpabilité morale du récidiviste visé au sous-al. 95(2)a(ii) est plus grande que celle du délinquant déclaré coupable d'une première infraction. Elle conclut néanmoins que la peine minimale obligatoire de cinq ans d'emprisonnement est totalement disproportionnée dans le cas du délinquant qui est déclaré coupable sur le fondement du par. 95(1) après l'avoir été sous le régime du par. 117.01(1) du *Code criminel* — et condamné en conséquence — pour le non-respect d'une ordonnance d'interdiction.

[102] La procureure générale de l'Ontario fait valoir que la Cour d'appel considère à tort le cas de l'auteur d'une infraction réglementaire visée au par. 95(1) qui a auparavant été reconnu coupable de l'infraction prévue au par. 117.01(1), car la déclaration de culpabilité antérieure aurait automatiquement emporté une interdiction perpétuelle d'avoir en sa possession une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte (art. 109 du *Code criminel*). Selon sa thèse, il serait alors presque impossible à un délinquant déclaré coupable de l'infraction prévue au par. 117.01(1) d'obtenir un permis et un certificat d'enregistrement pour une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte. L'interdiction pourrait être levée suivant l'art. 113 du *Code criminel*, mais uniquement à des fins de subsistance ou pour le travail. On fait valoir que nul ne saurait établir la nécessité de posséder une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte pour la chasse ou le piégeage visant à assurer la subsistance de sa famille.

[103] Je conviens que la Cour d'appel a tort de conclure qu'il est raisonnablement prévisible qu'un récidiviste soit titulaire d'un permis de possession d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte.

analysis, however. The court must test the reasonably foreseeable applications of s. 95(2)(a)(ii). Under the impugned mandatory minimum, a five-year term of imprisonment could be imposed on an individual who breached a prohibition order imposed while on bail and who, some years later, innocently came into possession of a restricted or prohibited firearm without an authorization or a licence together with usable ammunition that he stored nearby and which was readily accessible.

[104] A five-year minimum term of imprisonment for offenders such as these would be draconian. It goes far beyond what is necessary in order to protect the public, far beyond what is necessary to express moral condemnation of the offender, and far beyond what is necessary to discourage others from engaging in such conduct. In a phrase, such a sentence would be grossly disproportionate. An offender in these circumstances has not caused any harm, nor is there a real risk of harm to the public. Such an offender is not engaged in any criminal activity.

[105] There is little doubt that in many cases those who commit second or subsequent offences for the purpose of s. 95(2)(a)(ii) should be sentenced to terms of imprisonment, and some for lengthy terms of imprisonment. The seven-year term of imprisonment imposed on Charles is an example. But the five-year minimum term of imprisonment would be grossly disproportionate for less serious offenders captured by the provision.

[106] It follows that s. 95(2)(a)(ii) violates the guarantee against grossly disproportionate punishment in s. 12 of the *Charter*.

B. *Does the Mandatory Minimum Infringe Section 7 of the Charter?*

[107] In addition to their challenges under s. 12, Nur and Charles also challenge s. 95(2)(a)(i) and

L'analyse ne prend pas fin pour autant. Le tribunal doit mettre à l'épreuve les applications raisonnablement prévisibles du sous-al. 95(2)a(ii). Suivant la disposition qui prévoit la peine minimale obligatoire contestée, une peine carcérale de cinq ans pourrait être infligée à la personne qui contrevient à l'ordonnance d'interdiction dont est assortie sa mise en liberté sous caution et qui, quelques années plus tard, sans dessein criminel, mais sans avoir obtenu au préalable une autorisation ou un permis, entre en possession d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte et de munitions facilement accessibles qu'il entrepose à proximité.

[104] Dans ce cas, cinq ans d'emprisonnement constitueraient une peine draconienne, une peine qui dépasse largement ce qu'exigent la protection du public, la réprobation morale du délinquant et la dissuasion d'autrui de faire de même. En bref, la peine serait totalement disproportionnée. Le délinquant n'a causé aucun préjudice ni exposé le public à un risque réel de préjudice. Le délinquant ne s'est livré à aucune activité criminelle.

[105] Il ne fait aucun doute que, dans bien des cas, le délinquant qui récidive au sens du sous-al. 95(2)a(ii) doit être condamné à une peine carcérale et que, parfois, il faut lui infliger une peine de longue durée. La peine de sept ans d'emprisonnement infligée à M. Charles constitue un bon exemple. Toutefois, il serait totalement disproportionné d'infliger une peine minimale de cinq ans d'emprisonnement à l'auteur d'une infraction de moindre gravité qui tombe sous le coup de la disposition.

[106] Dès lors, le sous-al. 95(2)a(ii) viole l'art. 12 de la *Charte* qui garantit la protection contre les peines totalement disproportionnées.

B. *La peine minimale obligatoire contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte?*

[107] MM. Nur et Charles contestent les sous-al. 95(2)a(i) et (ii) sur le fondement non seulement

(ii) under s. 7 of the *Charter*. Section 7 guarantees everyone “the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice”. Two principles of fundamental justice are invoked by Nur and Charles: the principle that a law which deprives a person of his liberty cannot be arbitrary — where there is no connection between the effect and the object of the law — and the principle that a law which deprives a person of his liberty cannot be overbroad — where the law goes too far and interferes with some conduct that bears no connection to its objective.

[108] Nur argues that the two-year gap between the one-year maximum sentence when the Crown proceeds summarily and the mandatory minimum of three years when the Crown proceeds by way of indictment is arbitrary, contrary to s. 7 of the *Charter*, because it frustrates the flexibility of the hybrid scheme by eliminating an entire two-year range of sentence if the Crown proceeds summarily. He argues that the two-year gap is not related to any legislative objective.

[109] Charles argues that s. 95(2)(a)(ii) includes less serious and non-firearm-related offences among the definition of “second or subsequent offence” in s. 84(5) and thus is arbitrary and overbroad, contrary to s. 7 of the *Charter*. He also argues that s. 84(6) — which provides that only the order of convictions, and not the order in which the offences were committed, is relevant to whether a person has committed a “second or subsequent offence” under s. 95(2)(a)(ii) — violates s. 7 of the *Charter* because it is arbitrary.

[110] I do not rule out the possibility that despite the detailed sentencing jurisprudence that has developed under s. 12 of the *Charter*, situations may arise requiring recourse to s. 7 of the *Charter*. In this case, having concluded that the impugned provisions fail under s. 12 of the *Charter*, it

de l’art. 12 de la *Charte*, mais aussi de son art. 7. L’article 7 garantit à chacun le « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale ». MM. Nur et Charles invoquent deux principes de justice fondamentale : la loi qui prive une personne de sa liberté ne doit pas être arbitraire (il doit exister un lien entre son effet et son objet) et la loi qui prive une personne de sa liberté ne doit pas avoir une portée excessive (sa portée ne doit pas être trop grande et faire ainsi obstacle à un comportement qui n’a aucun lien avec son objectif).

[108] Selon M. Nur, l’écart de deux ans entre la peine maximale d’un an qui peut être infligée lorsque le ministère public opte pour la procédure sommaire et la peine minimale obligatoire de trois ans infligée lorsque le ministère public opte pour la mise en accusation est arbitraire, contrairement à l’art. 7 de la *Charte*, parce qu’il nuit à la souplesse du régime mixte en supprimant une fourchette de deux années entières au titre de la peine lorsque le ministère public opte pour la procédure sommaire. M. Nur fait valoir que l’écart de deux ans n’est lié à aucun objectif législatif.

[109] M. Charles soutient que le sous-al. 95(2) a)(ii) inclut des infractions moins graves et non liées aux armes à feu dans la définition de la « récidive » au par. 84(5), de sorte qu’il est arbitraire et que sa portée est excessive, contrairement à l’art. 7 de la *Charte*. Il fait également valoir que le par. 84(6) — selon lequel il est tenu compte de l’ordre des déclarations de culpabilité, et non de l’ordre de perpétration des infractions, pour déterminer s’il y a « récidive » ou non pour les besoins du sous-al. 95(2) a)(ii) — viole l’art. 7 de la *Charte* parce qu’il est arbitraire.

[110] Je n’écarte pas la possibilité que, malgré l’existence d’une jurisprudence détaillée sur l’application de l’art. 12 de la *Charte* à la détermination de la peine, certaines situations puissent justifier le recours à l’application de l’art. 7 de la *Charte*. En l’espèce, puisque je conclus que les dispositions

is unnecessary to consider whether they also violate s. 7 of the *Charter*.

C. *Is the Infringement Justified Under Section 1 of the Charter?*

[111] In order to justify the infringement of the respondents' s. 12 rights under s. 1 of the *Charter*, the Attorney General of Ontario must show that the law has a pressing and substantial objective and that the means chosen are proportional to that objective. A law is proportionate if (1) the means adopted are rationally connected to that objective; (2) it is minimally impairing of the right in question; and (3) there is proportionality between the deleterious and salutary effects of the law: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. It will be difficult to show that a mandatory minimum sentence that has been found to be grossly disproportionate under s. 12 is proportionate as between the deleterious and salutary effects of the law under s. 1.

(1) Rational Connection

[112] The state bears the burden of showing that the mandatory minimum sentences of imprisonment found to violate s. 12 of the *Charter* are rationally connected to the goals of denunciation, deterrence, and retribution. To do so, the government must establish that there is a causal connection between the infringement and the benefit sought "on the basis of reason or logic": *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 153. Viewed thus, are the means the law adopts a rational way for Parliament to pursue its objective?

[113] The government has not established that mandatory minimum terms of imprisonment act as a deterrent against gun-related crimes. Doubts concerning the effectiveness of incarceration as a deterrent have been longstanding. *Sentencing Reform: A Canadian Approach — Report of The Canadian*

attaquées contreviennent à l'art. 12 de la *Charte* et sont donc inconstitutionnelles, point n'est besoin d'examiner s'il y a également violation de l'art. 7 de la *Charte*.

C. *L'atteinte est-elle justifiée par application de l'article premier de la Charte?*

[111] Pour que l'atteinte aux droits des intimés garantis par l'art. 12 soit justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, la procureure générale de l'Ontario doit démontrer que la loi a un objectif réel et urgent et que le moyen choisi est proportionnel à cet objectif. Une loi est proportionnelle (1) lorsqu'il existe un lien rationnel entre le moyen choisi et cet objectif, (2) que le moyen choisi est de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et (3) qu'il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables de ses dispositions et leurs effets bénéfiques (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103). Il sera difficile de démontrer qu'une peine minimale obligatoire jugée totalement disproportionnée sur le fondement de l'art. 12 est proportionnelle pour ce qui est de ses effets préjudiciables et de ses effets bénéfiques aux fins de l'article premier.

(1) Le lien rationnel

[112] C'est à l'État qu'il incombe de démontrer qu'une peine minimale obligatoire d'emprisonnement jugée contraire à l'art. 12 de la *Charte* a un lien rationnel avec les objectifs de dénonciation, de dissuasion et de châtement. Pour y arriver, il doit établir l'existence d'un lien causal « fondé sur la raison ou la logique » entre la violation et l'avantage recherché (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 153). Sous cet angle, la mesure choisie par le législateur constitue-t-elle un moyen rationnel de poursuivre son objectif?

[113] L'État n'a pas établi que les peines minimales obligatoires d'emprisonnement décourageaient la perpétration de crimes liés aux armes à feu. On doute depuis longtemps de l'efficacité de l'incarcération à cet égard. Le rapport intitulé *Réformer la sentence : une approche canadienne — Rapport de*

Sentencing Commission (1987), concludes as follows:

- a) Even if there seems to be little empirical foundation to the deterrent efficacy of legal sanctions, the assertion that the presence of some level of legal sanctions has no deterrent effects whatsoever, has no justification. The weight of the evidence and the exercise of common sense favour the assertion that, taken together, legal sanctions have an overall deterrent effect which is difficult to evaluate precisely.
- b) The proper level at which to express strong reservations about the deterrence efficacy of legal sanctions is in their usage to produce particular effects with regard to a specific offence. For instance, in a recent report on impaired driving published by the Department of Justice, Donelson asserts that “law-based, punitive measures alone cannot produce large, sustained reductions in the magnitude of the problem” (Donelson, 1985; 221-222). Similarly, it is extremely doubtful that an exemplary sentence imposed in a particular case can have any perceptible effect in deterring potential offenders.
- c) The old principle that it is more the certainty than the severity of punishment which is likely to produce a deterrent effect has not been invalidated by empirical research. In his extensive review of studies on deterrence, Beyleveld (1980; 306) concluded that “recorded offence rates do not vary inversely with the severity of penalties (usually measured by the length of imprisonment)” and that “inverse relations between crime and severity (when found) are usually smaller than inverse crime-certainty relations”. [Emphasis added; pp. 136-37.]

[114] Empirical evidence suggests that mandatory minimum sentences do not, in fact, deter crimes: see, e.g., A. N. Doob and C. M. Webster, “Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis” (2003), 30 *Crime & Just.* 143; M. Tonry, “The Mostly Unintended Effects of Mandatory Penalties: Two Centuries of Consistent Findings” (2009), 38 *Crime & Just.* 65. The empirical evidence “is clear: mandatory minimum sentences do not deter more than less harsh, proportionate, sentences” (A. N. Doob and C. Cesaroni, “The Political Attractiveness of

la Commission canadienne sur la détermination de la peine (1987) conclut ce qui suit :

- a) S’il est vrai qu’il existe peu de fondement empirique à l’appui de l’efficacité dissuasive des sanctions pénales, il ne serait pas justifié de dire que la présence d’un certain niveau de sanctions pénales n’a aucun effet dissuasif. Les preuves obtenues et le bon sens permettent de penser que, dans leur ensemble, les sanctions pénales ont un effet dissuasif global, qu’il est difficile de mesurer avec précision.
- b) S’il y a un aspect de l’efficacité dissuasive des sanctions pénales qui justifie de sérieuses réserves, c’est celui de vouloir les utiliser pour produire des effets précis au sujet d’une infraction particulière. Ainsi, dans un rapport récent du ministère de la Justice sur la conduite en état d’ivresse, Donelson affirme que « les mesures punitives légales prévues par la loi ne sauraient à elles seules produire de réduction importante et durable de l’ampleur du problème » (1985, p. 221-222). De même, il est extrêmement douteux qu’une sentence exemplaire imposée dans une affaire particulière puisse avoir un effet dissuasif perceptible sur les contrevenants potentiels.
- c) Le vieux principe selon lequel la certitude d’être puni est davantage susceptible d’avoir un effet dissuasif que la sévérité de la sanction n’a pas été contredit par les recherches empiriques. Dans son vaste examen des rapports sur la dissuasion, Beyleveld (1980, p. 306) conclut que « les taux d’infraction enregistrés ne sont pas inversement proportionnels à la sévérité des peines (généralement mesurée par la durée d’incarcération) » et que « le rapport inverse entre la criminalité et la sévérité des sanctions (lorsqu’il existe) est généralement plus petit que le rapport inverse entre la criminalité et la certitude d’être puni ». [Je souligne; p. 150.]

[114] La preuve empirique indique que, dans les faits, les peines minimales obligatoires ne sont pas dissuasives (voir p. ex. A. N. Doob et C. M. Webster, « Sentence Severity and Crime : Accepting the Null Hypothesis » (2003), 30 *Crime & Just.* 143; M. Tonry, « The Mostly Unintended Effects of Mandatory Penalties : Two Centuries of Consistent Findings » (2009), 38 *Crime & Just.* 65). La preuve empirique [TRADUCTION] « est claire : les peines minimales obligatoires d’emprisonnement ne sont pas plus dissuasives que les peines moins sévères, proportionnées »

Mandatory Minimum Sentences” (2001), 39 *Osgoode Hall L.J.* 287, at p. 291).

[115] Despite the frailty of the connection between deterrence and mandatory minimum sentence provisions, a rational connection exists between mandatory minimum terms of imprisonment and the goals of denunciation and retribution. Therefore, this requirement of the s. 1 test is met.

(2) Minimal Impairment

[116] The question at this stage is whether the limit on the right is reasonably tailored to the objective. A court asks “whether there are less harmful means of achieving the legislative goal”: *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 53. The government must show the absence of less drastic means of achieving the objective “in a real and substantial manner”: para. 55. The impingement on the *Charter* right must be no more than what is reasonably necessary to achieve the state’s objective.

[117] Parliament could have achieved its objective by drafting an offence with a close correspondence between conduct attracting significant moral blameworthiness — such as those engaged in criminal activity or conduct that poses a danger to others — and the mandatory minimum, rather than a sweeping law that includes in its ambit conduct attracting less blameworthiness for which the mandatory minimum sentence would be grossly disproportionate. The government has not discharged its burden on this branch of the *Oakes* test. There are less harmful means of achieving the legislative goal.

(3) Proportionality

[118] This stage of the analysis weighs the impact of the law on protected rights against the beneficial effect of the law in terms of the greater public

(A. N. Doob et C. Cesaroni, « The Political Attractiveness of Mandatory Minimum Sentences » (2001), 39 *Osgoode Hall L.J.* 287, p. 291).

[115] Malgré la fragilité du lien entre la dissuasion et les dispositions qui établissent des peines minimales obligatoires, il existe un lien rationnel entre les peines minimales obligatoires d’emprisonnement et les objectifs de dénonciation et de châtement. Cette exigence de l’article premier est donc remplie.

(2) L’atteinte minimale

[116] La question qui se pose ensuite est celle de savoir si la restriction du droit est raisonnablement bien adaptée à l’objectif. Le tribunal doit se demander s’il « exist[e] des moyens moins préjudiciables de réaliser l’objectif législatif » (*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 53). L’État doit démontrer qu’il n’existe pas un autre moyen moins attentatoire d’atteindre l’objectif « de façon réelle et substantielle » (par. 55). L’atteinte au droit garanti par la *Charte* ne doit pas aller au delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l’objectif législatif.

[117] Le législateur aurait pu atteindre son objectif en créant une infraction pour laquelle il existe un rapport étroit entre le comportement auquel est associée une grande culpabilité morale — p. ex. le comportement ou l’acte criminel qui présente un danger pour autrui — et la peine minimale obligatoire, au lieu d’une infraction qui ratisse large et qui englobe le comportement moins empreint de culpabilité morale et pour lequel la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée. L’État ne s’est pas acquitté de son fardeau de preuve relativement à ce volet du critère de l’arrêt *Oakes*. Il existe des moyens moins préjudiciables d’atteindre l’objectif législatif.

(3) Proportionnalité

[118] À ce stade de l’analyse, on soupèse l’incidence de la loi sur les droits garantis et son effet bénéfique sur l’intérêt supérieur du public. Vu la

good. In light of the conclusion that the mandatory minimum terms of imprisonment in s. 95 when the Crown proceeds by indictment are grossly disproportionate, I do not find that the limits are a proportionate justification under s. 1.

VI. Conclusion

[119] I would dismiss the appeals. The mandatory minimum sentences imposed by s. 95(2)(a) are inconsistent with s. 12 of the *Charter* and are therefore declared of no force or effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[120] It remains appropriate for judges to continue to impose weighty sentences in other circumstances, such as those in the cases at bar. For this reason, I would decline to interfere with the sentences that the trial judges imposed on Nur and Charles.

The reasons of Rothstein, Moldaver and Wagner JJ. were delivered by

MOLDAVER J. (dissenting) —

I. Overview

[121] The Chief Justice observes that gun crimes pose a “grave danger to Canadians” (para. 1). She notes that Parliament, through a combination of regulatory provisions under the *Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39, and criminal prohibitions under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, “has sought to protect the public from firearm-related injuries and to deter crimes involving firearms” (para. 6). To advance these goals, Parliament has enacted strict penalties for gun crimes. These include the mandatory minimum sentences under s. 95(2) of the *Criminal Code* for unlawful possession of loaded or readily loaded prohibited or restricted firearms — primarily handguns, machine guns, and sawed-off rifles and shotguns. These weapons have few legitimate purposes and are commonly used by criminals to devastating effect. Yet, despite Parliament’s valid and important objectives, the majority would declare

conclusion selon laquelle les peines minimales obligatoires d’emprisonnement prévues à l’art. 95 lorsque le ministère public opte pour la mise en accusation sont totalement disproportionnées, je ne crois pas que la restriction puisse se justifier sur le fondement de la proportionnalité pour les besoins de l’article premier.

VI. Conclusion

[119] Je suis d’avis de rejeter les pourvois. Les peines minimales obligatoires prévues à l’al. 95(2)a) sont incompatibles avec l’art. 12 de la *Charte*. Je les déclare donc inopérantes en vertu de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[120] Il demeure approprié que les tribunaux continuent d’infliger de lourdes peines dans d’autres circonstances, comme celles des dossiers considérés en l’espèce. C’est pourquoi je m’abstiens de modifier les peines infligées par les juges du procès dans les dossiers de MM. Nur et Charles.

Version française des motifs des juges Rothstein, Moldaver et Wagner rendus par

LE JUGE MOLDAVER (dissident) —

I. Aperçu

[121] La Juge en chef fait observer que les crimes liés aux armes à feu « exposent les Canadiennes et les Canadiens à de graves dangers » (par. 1). Elle ajoute que, par l’adoption de dispositions réglementaires en vertu de la *Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, c. 39, et par l’établissement d’interdictions dans le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, le législateur « a voulu protéger la population contre les blessures par balle et décourager la perpétration de tel[s] [crimes] » (par. 6). En vue d’atteindre ces objectifs, il a prévu l’infliction de lourdes peines aux auteurs de crimes liés aux armes à feu. Au nombre de ces sanctions figurent les peines minimales obligatoires que prévoit le par. 95(2) du *Code criminel* pour la possession illégale d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, chargée ou prête à l’être, soit principalement des armes de poing, des mitrailleuses, ainsi que des carabines ou des fusils de

these mandatory minimums unconstitutional on the basis that, in “reasonably foreseeable” cases, they could lead to grossly disproportionate sentences in violation of s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[122] With respect, I disagree. Parliament has crafted s. 95 as a hybrid offence. As such, it provides for mandatory minimum sentences when the Crown proceeds by way of indictment, but no mandatory minimum when the Crown proceeds summarily. In my view, this demonstrates Parliament’s recognition that s. 95 captures a wide array of conduct, ranging from the “true crime” end of the spectrum to conduct that resembles a licensing infraction. I readily agree with the majority that the latter, least serious instances of the offence “involve little or no moral fault and little or no danger to the public”, and manifestly do not warrant a lengthy term of incarceration (para. 83). However, in my view, allowing for summary proceedings under s. 95 all but ensures that the least serious instances of the offence referred to by the majority (“licensing-type offences”) will *not* attract a mandatory minimum sentence. I address this issue in the first part of my reasons, at paras. 125-45. In short, I conclude that it is not reasonably foreseeable that the licensing-type offences about which the majority is concerned — to the point of striking down otherwise validly enacted legislation — would ever be prosecuted by way of indictment.

[123] In any event, as I will explain in the second part of my reasons, at paras. 146-88, the reasonable hypothetical approach is redundant in the context of hybrid sentencing schemes. I would adopt a different framework that is, in my view, better suited

chasse sciés. Ces armes sont rarement détenues à des fins légitimes, et leur utilisation fréquente par les criminels a des effets effroyables. Or, malgré des objectifs législatifs à la fois valables et importants, les juges majoritaires sont d’avis de déclarer ces peines minimales obligatoires inconstitutionnelles au motif que, dans certains cas « raisonnablement prévisibles », leur application pourrait mener à l’infliction de peines totalement disproportionnées, contrairement à l’art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[122] Soit dit en tout respect, je ne suis pas d’accord. L’infraction créée à l’art. 95 est mixte. Il y a donc peines minimales obligatoires lorsque le poursuivant opte pour la mise en accusation, mais il n’y en a pas lorsqu’il opte pour la procédure sommaire. Selon moi, le législateur reconnaît que l’art. 95 vise une gamme étendue de comportements qui vont du « vrai crime », à l’extrémité supérieure du continuum, à ce qui s’apparente à l’infraction réglementaire, à l’extrémité inférieure. Je conviens d’emblée avec mes collègues que ce dernier type d’infraction, qui correspond au mode le moins grave de perpétration de l’infraction, « comport[e] une culpabilité morale minime, voire nulle, et [. . .] n’expos[e] le public à aucun danger ou presque », et ne justifie manifestement pas l’imposition d’une longue peine carcérale (par. 83). J’estime toutefois que l’art. 95, en permettant la poursuite par procédure sommaire, garantit presque que les cas les moins graves de perpétration de l’infraction auxquels renvoient les juges majoritaires (les « infractions de type réglementaire ») *n’emporteront pas* l’infliction d’une peine minimale obligatoire. J’examine ce point dans la première partie de mes motifs (par. 125-145). Je conclus en somme qu’il n’est pas raisonnablement prévisible que l’auteur d’une infraction de type réglementaire — dont se soucient les juges majoritaires au point d’invalider des dispositions par ailleurs validement adoptées — fasse un jour l’objet d’une mise en accusation.

[123] Quoi qu’il en soit, comme je l’explique en deuxième partie (par. 146-188), la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables est redondante dans le contexte des infractions mixtes. Je retiens plutôt un autre cadre d’analyse qui, à mon

to that context. In the end, the framework I propose eliminates any theoretical risk of grossly disproportionate sentences.

[124] In sum, whether applying the reasonable hypothetical approach or my proposed framework, I am satisfied that s. 95(2) does not violate s. 12 of the *Charter*. Nor, in my view, does it violate s. 7 of the *Charter*. I would therefore allow the appeals.

II. Part 1: Section 12 Analysis Under the Reasonable Hypothetical Approach

A. *The Reasonable Hypothetical Approach Does Not Justify Striking Down Section 95(2)*

[125] In finding s. 95(2) unconstitutional, the majority adopts the “reasonable hypothetical” approach first developed by this Court in *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, and subsequently applied in *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, and *R. v. Morrisey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90. Tracing through these authorities, the Chief Justice states that reasonable hypotheticals should be “grounded in . . . experience and common sense” (para. 62). I agree. She then refers to s. 95(2) and expresses concern about imposing lengthy custodial sentences in certain hypothetical cases, namely “licensing offences which involve little or no moral fault and little or no danger to the public” — a concern which I share (para. 83). Where I part company with the majority is in treating these licensing-type cases as *reasonable* hypotheticals. With respect, experience and common sense provide proof positive that they are not.

[126] I start with experience. Section 95 was enacted in 1995 and has been in force for nearly two decades. It has always included a mandatory minimum sentence for cases prosecuted by indictment.

sens, convient mieux dans le cas considéré et qui, au final, écarte tout risque théorique d’une peine totalement disproportionnée.

[124] En résumé, que l’on applique la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables ou le cadre d’analyse que je préconise, je suis convaincu que le par. 95(2) ne contrevient pas à l’art. 12 de la *Charte*. Il ne porte pas non plus atteinte au droit garanti à l’art. 7 de la *Charte*. Je suis donc d’avis d’accueillir les pourvois.

II. Partie 1 : L’analyse au regard de l’art. 12 suivant la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables

A. *La démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables ne justifie pas l’invalidation du par. 95(2)*

[125] Pour conclure à l’inconstitutionnalité du par. 95(2), les juges majoritaires reprennent la démarche axée sur les « situations hypothétiques raisonnables » adoptée initialement par la Cour dans *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, puis appliquée dans les arrêts *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, et *R. c. Morrisey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90. Faisant fond sur ces arrêts, la Juge en chef affirme que les situations hypothétiques raisonnables doivent « s’appuyer sur l’expérience [. . .] et le bon sens » (par. 62). J’en conviens. Elle renvoie ensuite au par. 95(2) et dit craindre l’infliction de longues peines carcérales dans certains cas hypothétiques, notamment pour des « infractions réglementaires qui comportent une culpabilité morale minime, voire nulle, et qui n’exposent le public à aucun danger ou presque » (par. 83). Je partage l’inquiétude des juges majoritaires, mais je crois qu’il n’y a pas lieu de voir dans ces cas hypothétiques des situations hypothétiques *raisonnables*. Avec tout le respect que je dois à mes collègues, l’expérience judiciaire et le bon sens confirment le caractère non raisonnable des situations hypothétiques considérées.

[126] Commençons par l’expérience. Adopté en 1995, l’art. 95 s’applique depuis près de deux décennies. Il a toujours prévu une peine minimale obligatoire lorsque le poursuivant opte pour la mise

Since 2008, it has included the present three-year and five-year mandatory minimums. And yet, the respondents Mr. Nur and Mr. Charles are unable to point to a single licensing-type case over its entire history where a mandatory minimum imposed under s. 95(2) could be regarded as grossly disproportionate. Moreover, they cannot identify a single case where an offender who has committed a “licensing offence . . . involv[ing] little or no moral fault and little or no danger to the public” has been prosecuted by indictment, thus attracting a mandatory minimum (para. 83). In fact, in the only reported licensing-type case raised before this Court, the Crown proceeded summarily: *R. v. Snobelen*, [2008] O.J. No. 6021 (QL).²

[127] In *Snobelen*, the accused pleaded guilty to an offence under s. 95(1), as well as careless storage of a firearm under s. 86. He admitted to possession of an unregistered semi-automatic handgun with readily accessible ammunition, for which he lacked a valid licence. The gun came into his possession when it was shipped to his home along with other property from his ranch in Oklahoma. He was aware of the gun’s existence and intended to dispose of it — indeed, at the time of his arrest, he believed his wife had done so. Given the circumstances, the Crown elected to proceed summarily and sought a \$750 fine on each count, a weapons prohibition order, and a term of probation. In light of the mitigating factors, the sentencing judge entered an absolute discharge.

en accusation. Depuis 2008, il prévoit les actuelles peines minimales obligatoires de trois et cinq ans. Pourtant, les intimés, MM. Nur et Charles, ne sont pas en mesure d’avancer une seule affaire d’infraction de type réglementaire où, depuis l’entrée en vigueur de la disposition, une peine minimale obligatoire infligée sur le fondement du par. 95(2) peut être tenue pour totalement disproportionnée. Qui plus est, ils ne peuvent citer un seul cas où l’auteur d’une « infraction réglementaire qui comporte une culpabilité morale minime, voire nulle, et qui n’expose le public à aucun danger ou presque » (par. 83) a été poursuivi par voie de mise en accusation, encourant ainsi une peine minimale obligatoire. En fait, dans la seule décision rendue sur une infraction de ce type et portée à la connaissance de la Cour, le poursuivant a opté pour la procédure sommaire (*R. c. Snobelen*, [2008] O.J. No. 6021 (QL)).²

[127] Dans *Snobelen*, l’accusé avait plaidé coupable à l’infraction prévue au par. 95(1), ainsi qu’à celle d’entreposage négligent d’une arme à feu prévue à l’art. 86. Il avait reconnu avoir été en possession d’un pistolet semi-automatique non enregistré et de munitions facilement accessibles sans avoir été titulaire d’un permis valide. L’arme lui était parvenue à sa résidence, avec d’autres biens, en provenance de son ranch en Oklahoma. Il connaissait l’existence de l’arme et comptait s’en départir; de fait, au moment de son arrestation, il croyait que son épouse avait fait le nécessaire pour s’en départir. Le poursuivant a donc opté pour la procédure sommaire et requis une amende de 750 \$ par chef d’accusation, une ordonnance d’interdiction de posséder des armes à feu et une ordonnance de probation. Au vu des circonstances atténuantes, le juge appelé à déterminer la peine a prononcé une absolution inconditionnelle.

² The majority, at para. 80, uses *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37, as an example that licensing-type cases are reasonably foreseeable. However, *MacDonald* cannot be characterized as a licensing-type case, given the aggravating factors involved. Mr. MacDonald’s conduct went far beyond simply possessing the firearm in a place where he was not authorized to possess it under the terms of his licence. Indeed, the majority of this Court held that the arresting officer had reasonable grounds to believe that he posed an imminent threat to the safety of the public or the police: *MacDonald*, at para. 46.

² Au par. 80 de leurs motifs, les juges majoritaires invoquent *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37, pour illustrer un cas raisonnablement prévisible d’infraction de type réglementaire. Or, on ne peut y voir l’illustration d’une telle infraction étant donné les circonstances aggravantes en cause. Les actes reprochés à M. MacDonald allaient bien au delà de la possession d’une arme à feu à un autre endroit que celui précisé dans son permis. Les juges majoritaires statuent en effet que le policier qui l’a arrêté avait des motifs raisonnables de croire à l’existence d’une menace imminente pour sa sécurité ou celle du public (*MacDonald*, par. 46).

[128] If licensing-type cases like *Snobelen* are the “experience” on which this sentencing scheme is to be evaluated, I perceive no foreseeable risk, reasonable or otherwise, that grossly disproportionate sentences will result.

[129] I turn to common sense. In this regard, I endorse Code J.’s observation that

as a matter of common sense it is hard to conceive of a “reasonable hypothetical” that depends on the Crown unreasonably electing to proceed by indictment, when the fair, just and appropriate election is to proceed summarily.

(2011 ONSC 4874, 241 C.R.R. (2d) 306 (the “*Nur*” sentencing reasons), at para. 110)

The reasonably foreseeable cases advanced by the majority assume that the Crown election is irrelevant. This perspective is at odds with Parliament’s deliberate choice to structure s. 95 as a hybrid offence, recognizing its wide ambit and empowering prosecutors to separate licensing-type cases from instances of more serious misconduct. This legislative choice is hardly controversial — hybrid offences abound in the *Criminal Code*. Crown counsel are granted the discretion to make these elections and do so on a daily basis in accordance with their sworn duty to act in the public interest. With respect, an application of the reasonable hypothetical approach that denies this reality — and indeed assumes the opposite — does not accord with common sense.

[130] I should add that the Crown election under s. 95 differs from the prosecutorial discretion discussed in *Smith*. In that case, the Court rejected the argument that the Crown’s discretion *not to apply the law* — that is, to charge a lesser offence or no offence at all — could salvage the impugned mandatory minimum. Here, the relevant discretion is the Crown election, which has been *purposely integrated into the legislative scheme*. Far from being a

[128] Si les affaires d’infractions de type réglementaire comme *Snobelen* constituent l’« expérience » à partir de laquelle il faut se prononcer sur le régime de détermination de la peine contesté en l’espèce, je ne perçois aucun risque prévisible, raisonnable ou autre, qu’une peine totalement disproportionnée résulte de l’application du régime.

[129] Je passe maintenant au bon sens. Je fais mienne la remarque suivante du juge Code sur ce point :

[TRADUCTION] . . . le bon sens permet difficilement de concevoir une « situation hypothétique raisonnable » où le poursuivant opte de manière déraisonnable pour la mise en accusation, alors qu’il serait juste, équitable et approprié d’opter pour la procédure sommaire.

(2011 ONSC 4874, 241 C.R.R. (2d) 306 (motifs de détermination de la peine dans *Nur*), par. 110)

Les situations hypothétiques raisonnables avancées par les juges majoritaires supposent que le mode de poursuite choisi importe peu. Or, conscient de la grande portée qu’aurait l’art. 95, le législateur a délibérément créé une infraction mixte et permis au poursuivant de distinguer la simple infraction de type réglementaire de l’infraction plus grave. Ce choix législatif prête difficilement à controverse dans la mesure où les infractions mixtes abondent dans *Code criminel*. Le ministère public jouit d’un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de faire un tel choix quotidiennement, conformément à son serment d’agir dans l’intérêt public. En tout respect, l’application de la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables qui nie cette réalité — et suppose en fait le contraire — va à l’encontre du bon sens.

[130] En outre, le choix effectué suivant l’art. 95 diffère du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites examiné dans l’arrêt *Smith*. Dans ce dossier, la Cour rejette la thèse selon laquelle le pouvoir discrétionnaire qui permet au poursuivant de *ne pas appliquer la loi* — soit inculper pour une infraction moindre, soit ne pas inculper du tout — peut sauvegarder la peine minimale obligatoire contestée. Dans la présente affaire, le pouvoir discrétionnaire

discretion not to apply the law, the Crown election is a clear expression of Parliament's intent to confer on prosecutors the ability to divert the least serious cases into summary proceedings. It is a mistake, in my view, to shunt this factor aside when crafting reasonable hypotheticals.

B. *Respecting Parliament*

[131] Gun crime is a matter of grave and growing public concern. Successive Parliaments have responded by enacting laws designed to denounce and deter such crime. The mandatory minimums in s. 95(2) were part of a suite of legislative changes put forward as “a direct response to the scourge of handgun crime that plagues our country”: House of Commons, Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 30, 1st Sess., 39th Parl., November 7, 2006, at p. 1. The parliamentary committee studying those changes heard compelling testimony from law enforcement about the devastating impact of gun violence across Canada. Toronto Police Chief William Blair noted a “significant increase in the number of shooting[s]” in Toronto and a rise in gun-related homicides in excess of 85 percent from 2004 to 2005: *ibid.*, No. 34, November 23, 2006, at p. 1. Due to the surge in shootings and gun deaths, 2005 was dubbed by local media as “the year of the gun” (*ibid.*).

[132] This is the context in which Parliament's choice to raise the mandatory minimums in s. 95 must be understood. That choice reflects valid and pressing objectives, and it is not for this Court to frustrate the policy goals of our elected representatives based on questionable assumptions or loose conjecture. As LeBel J. observed in *R. v. Nasogaluak*, 2010

exercé correspond au choix du mode de poursuite, lequel est *délibérément intégré au régime législatif*. Loin d'équivaloir au pouvoir d'appliquer ou non la loi, le choix du mode de poursuite traduit clairement l'intention du législateur de lui permettre de soumettre les cas les moins graves à la procédure sommaire. Il est à mon sens erroné d'écarter cette réalité au moment de concevoir des situations hypothétiques raisonnables.

B. *Respect du législateur*

[131] Les crimes liés aux armes à feu constituent de plus en plus un grave sujet d'intérêt public. Les formations successives du Parlement ont agi en adoptant des lois destinées à dénoncer ces crimes et à décourager leur perpétration. L'établissement de peines minimales obligatoires au par. 95(2) s'inscrit dans une série de mesures législatives se voulant « une réponse directe au fléau des actes criminels commis avec des armes de poing avec lequel notre pays est aux prises » (Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 30, 1^{re} sess., 39^e lég., 7 novembre 2006, p. 1). Le comité parlementaire qui s'est penché sur les modifications a entendu les témoignages convaincants de responsables de l'application des lois sur les ravages causés par les crimes liés aux armes à feu à la grandeur du Canada. Le chef de la police de Toronto William Blair a relevé « une hausse considérable du nombre de fusillades » à Toronto, ainsi qu'une augmentation de plus de 85 p. 100 du nombre d'homicides commis à l'aide d'armes à feu de 2004 à 2005 (*ibid.*, n° 34, 23 novembre 2006, p. 1). D'ailleurs, les médias torontois ont qualifié 2005 d'« année de l'arme à feu » en raison de la vague de fusillades et de décès par balles qu'elle a connue (*ibid.*).

[132] C'est dans ce contexte qu'il faut considérer la décision du législateur de relever les peines minimales obligatoires prévues à l'art. 95, une décision motivée par des objectifs valables et urgents. Il n'appartient pas à la Cour de contrecarrer les objectifs de politique générale de nos élus sur la foi d'hypothèses discutables ou de vagues conjectures.

SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, mandatory minimums are “a forceful expression of governmental policy in the area of criminal law” (para. 45).

[133] This Court in *Goltz* warned against the use of hypotheticals that are “far-fetched or only marginally imaginable” (p. 515). The Chief Justice echoes this point, stating that “[l]aws should not be set aside on the basis of mere speculation” (para. 62). Yet, I fear that the majority’s approach does precisely that. Indeed, the jurisprudence does not reveal any licensing-type cases that have been prosecuted by indictment. Moreover, the confluence of events necessary for a licensing-type offender to face the prospect of a grossly disproportionate sentence strikes me as more imaginary than real. With respect, this hypothetical scenario stretches the bounds of credibility. It is not, in my view, a sound basis on which to nullify Parliament’s considered response to a serious and complex issue.

[134] I believe the Chief Justice shares my concern that striking down the impugned mandatory minimums would, to some extent, frustrate Parliament’s efforts to denounce and deter gun crime. She identifies an alternative scheme that, in her view, would accomplish Parliament’s goals without offending s. 12 of the *Charter*:

Parliament could have achieved its objective by drafting an offence with a close correspondence between conduct attracting significant moral blameworthiness — such as those engaged in criminal activity or conduct that poses a danger to others — and the mandatory minimum [para. 117]

[135] If I understand the Chief Justice correctly, Parliament could enact the impugned mandatory

Comme le fait observer le juge LeBel dans l’arrêt *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206, les peines minimales obligatoires sont « l’expression claire d’une politique générale dans le domaine du droit pénal » (par. 45).

[133] Dans l’arrêt *Goltz*, la Cour met les tribunaux en garde contre la prise en compte de situations hypothétiques qui sont « invraisemblables ou difficilement imaginables » (p. 515). La Juge en chef en convient en affirmant qu’« [u]ne loi ne saurait être rendue inopérante sur la base de pures conjectures » (par. 62). Je crains toutefois que ce soit précisément ce qui résulte de l’approche des juges majoritaires. La jurisprudence ne révèle en effet l’existence d’aucune affaire où l’auteur d’une infraction de type réglementaire a été poursuivi par voie de mise en accusation. De plus, il m’apparaît clairement que la conjonction d’événements qui est nécessaire pour que l’auteur d’une telle infraction encoure une peine totalement disproportionnée relève davantage de la fiction que de la réalité. Soit dit en tout respect, pareil scénario hypothétique est peu crédible. Il ne s’agit pas selon moi d’une assise valable pour réduire à néant la solution réfléchie apportée par le législateur à un problème à la fois grave et complexe.

[134] Je crois que la Juge en chef partage ma crainte que l’invalidation des peines minimales obligatoires contestées contrecarre jusqu’à un certain point les mesures prises par le législateur pour dénoncer les crimes liés aux armes à feu et décourager leur perpétration. Elle avance une solution de rechange qui, selon elle, permettrait la réalisation des objectifs du législateur sans contrevenir à l’art. 12 de la *Charte* :

Le législateur aurait pu atteindre son objectif en créant une infraction pour laquelle il existe un rapport étroit entre le comportement auquel est associée une grande culpabilité morale — p. ex. le comportement ou l’acte criminel qui présente un danger pour autrui — et la peine minimale . . . [par. 117]

[135] Si je comprends bien, le législateur pourrait alors établir les peines minimales obligatoires dans

minimums as part of a revised offence containing an additional element beyond the existing elements of s. 95(1). For example, the offence could be limited to “those engaged in criminal activity” or to “conduct that poses a danger to others” (para. 117). Respectfully, the problem with this suggestion is two-fold. First, it is discordant with Parliament’s true objective in creating mandatory minimums for the unlawful *possession* of a loaded or readily loaded prohibited or restricted firearm. Second, as a practical matter, it may lead to an under-inclusive offence that fails to encompass certain conduct which Parliament sought to punish with mandatory terms of imprisonment.

[136] Section 95 targets the simple possession of guns that are frequently used in gang-related and other criminal activity: see *R. v. Nur*, 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401, at paras. 54-57. Parliament has concentrated on simple possession for a reason: firearms — and particularly the firearms caught by s. 95 — are inherently dangerous. In *R. v. Felawka*, [1993] 4 S.C.R. 199, the Court recognized that “[a] firearm is expressly designed to kill or wound” and that “[n]o matter what the intention may be of the person carrying a gun, the firearm itself presents the ultimate threat of death to those in its presence” (p. 211). As the Attorney General of Canada observes in his factum, this sober reality resonates all the more for “restricted firearms (principally handguns) and prohibited firearms (principally machine guns and sawed-off rifles or shotguns)”: A.F. (*Nur*), at para. 64. These firearms are “the most strictly regulated because they are either easily concealable or generally do not serve a legitimate hunting or target shooting purpose” (*ibid.*). Outside of law enforcement, these guns are primarily found in the hands of criminals who use them to intimidate, wound, maim, and kill.

le cadre d’une infraction révisée qui comporterait un élément en sus de ceux déjà présents au par. 95(1). Par exemple, seul le comportement qui constituerait un « acte criminel » ou qui « présente[rait] un danger pour autrui » tomberait sous le coup de la disposition (par. 117). La solution avancée présente malheureusement deux difficultés. Premièrement, elle va à l’encontre du véritable objectif de l’établissement de peines minimales obligatoires applicables à la *possession* illégale d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, chargée ou prête à l’être. Deuxièmement, elle peut mener dans les faits à la création d’une infraction dont la portée est trop étroite pour englober certains des comportements que le législateur a voulu réprimer au moyen de peines carcérales obligatoires.

[136] L’article 95 criminalise la simple possession d’armes à feu qui sont fréquemment employées par des gangs ou d’autres délinquants dans leurs activités criminelles (voir *R. c. Nur*, 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401, par. 54-57). Le législateur s’en prend à la simple possession pour une raison : les armes à feu — en particulier celles que vise l’art. 95 — sont dangereuses en soi. Dans l’arrêt *R. c. Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 199, la Cour reconnaît que « [l]’arme à feu est expressément conçue pour tuer ou blesser » et que « [p]eu importe l’intention de la personne qui porte un fusil, l’arme à feu incarne en soi la menace suprême de mort aux yeux de ceux qui y font face » (p. 211). Le procureur général du Canada signale dans son mémoire que ce froid constat vaut d’autant plus pour [TRADUCTION] « les armes à feu à autorisation restreinte (surtout des armes de poing) et les armes à feu prohibées (principalement des mitrailleuses et des carabines ou des fusils de chasse sciés) » (m.a., *Nur*, par. 64). Il s’agit des armes à feu « les plus strictement réglementées soit parce qu’elles sont faciles à dissimuler, soit parce qu’elles ne servent généralement aucune fin légitime de chasse ou de tir sur cible » (*ibid.*). Exception faite des responsables de l’application de la loi, ce sont surtout des criminels qui s’en servent et qui intimident, blessent, mutilent et tuent.

[137] Courts have repeatedly emphasized the inherent danger associated with these types of firearms. In *R. v. Elliston*, 2010 ONSC 6492, 225 C.R.R. (2d) 109, Aston J. rejected the argument that simple possession of a prohibited or restricted firearm, absent a harmful outcome, is insufficient to warrant an exemplary sentence:

The applicant submits that there are no actual adverse consequences that necessarily flow from the criminal conduct captured by s. 95 because the defined offence is simply the possession of the firearm as opposed to its actual use. It is true that adverse consequences do not necessarily flow from possession of a loaded handgun, but sometimes they do. And, because the risk is so grave that people will be seriously injured or killed, even when discharging the gun is not intentional, the gravity of the offence of simply possessing the weapon should not be underestimated . . . [Emphasis in original; para. 15.]

Similarly, in *R. v. Chin*, 2009 ABCA 226, 457 A.R. 233, the Alberta Court of Appeal observed that “[m]ere possession of loaded firearms is inherently dangerous” (para. 10). The court underscored the reality that “[w]hen such weapons are allowed in the community, death and serious injury are literally at hand, only an impulse and trigger-pull away” (*ibid.*).

[138] Given this inherent danger, it was open to Parliament to conclude that simple possession of a loaded or readily loaded restricted or prohibited firearm should attract a significant mandatory custodial sentence. As the Minister of Justice stated when introducing the 2008 amendments to s. 95, “illegal possession of these firearms is becoming a growing concern” and “police especially are interested in the higher mandatory minimums for the possession of loaded or restricted firearms”: *House of Commons Debates*, vol. 141, No. 33, 1st Sess., 39th Parl., June 5, 2006, at p. 1941 (emphasis added). Adding further elements to the offence beyond simple possession would, in my view, unduly limit the application of the mandatory minimums, and thereby undermine Parliament’s objective to get dangerous

[137] Les tribunaux ont maintes fois mis en relief le danger inhérent à ces armes à feu. Dans *R. c. Elliston*, 2010 ONSC 6492, 225 C.R.R. (2d) 109, le juge Aston rejette la thèse voulant que la simple possession d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, sans conséquence préjudiciable, ne justifie pas l’imposition d’une peine exemplaire :

[TRADUCTION] Le demandeur fait valoir qu’aucune conséquence préjudiciable réelle ne découle nécessairement du comportement criminel visé à l’art. 95, car selon sa définition, l’infraction s’entend seulement de la possession de l’arme à feu, non de son emploi dans les faits. Certes, la possession d’une arme de poing chargée n’a pas nécessairement de conséquences préjudiciables, mais elle en a parfois. Et parce que le risque que des gens soient grièvement blessés ou tués est si grand, même lorsque le coup n’est pas tiré intentionnellement, la gravité de l’infraction consistant dans la simple possession de l’arme ne doit pas être sous-estimée . . . [Souligné dans l’original; par. 15.]

De même, dans l’arrêt *R. c. Chin*, 2009 ABCA 226, 457 A.R. 233, la Cour d’appel de l’Alberta relève que la [TRADUCTION] « [s]imple possession d’une arme à feu chargée est dangereuse en soi » (par. 10). Elle souligne que « [l]orsque l’on tolère la présence de telles armes dans la collectivité, la mort et les blessures graves sont littéralement à portée de main : il suffit de presser puis de relâcher la détente » (*ibid.*).

[138] Étant donné ce danger inhérent, le législateur pouvait fort bien conclure que la simple possession d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, chargée ou prête à l’être, devait emporter l’infliction d’une longue peine minimale obligatoire d’emprisonnement. Comme l’a dit le ministre de la Justice d’alors au moment du dépôt des modifications apportées à l’art. 95 en 2008, « la possession illégale de ces armes à feu est de plus en plus préoccupante » et « [l]es services de police s’intéressent surtout à la hausse des peines d’emprisonnement minimales liées à la possession d’armes à feu chargées ou à autorisation restreinte » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 141, n° 33, 1^{re} sess., 39^e lég., 5 juin 2006, p. 1941 (je souligne)). Étoffer l’infraction de manière qu’elle ne

weapons off the streets *before* they generate a specific risk of harm.

[139] This is borne out by the committee testimony of Chief Blair, who stressed the importance of empowering police to target possession before a specific risk of harm materializes:

If you're not a police or security professional in the city of Toronto, the only reason to carry a loaded handgun in our streets is to kill people. When we apprehend those individuals for those offences who are in possession of those guns, we need to be able to intervene at that point. It is a significant and serious enough trigger that the individual represents an overwhelming threat to public safety, and the criminal justice system has to be able to deal effectively with that individual. [Emphasis added.]

(Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 34, at p. 4)

Chief Blair further noted that heightened mandatory minimums would play a vital role in deterring this dangerous conduct:

... there is certainly a perception of a lack of consequences for those very serious offences, and the sentences that people have been receiving for carrying firearms are more reflective of the carrying of a loaded handgun in the city of Toronto as if it were a regulatory problem as opposed to a significant public safety problem.

... I believe a rational person would be deterred by two things: first of all, the likelihood of being caught; and when caught, suffering with real consequences for their actions. I think both of those things would deter a rational person. [*ibid.*, at pp. 3 and 8]

[140] Based on this compelling testimony, Parliament chose to punish simple possession with significant custodial penalties, while leaving open the

s'entende plus de la seule possession réduirait selon moi indûment la portée de l'application des peines minimales obligatoires et contrecarrerait ainsi l'objectif du législateur de retirer de la circulation des armes dangereuses *avant* qu'elles ne créent un risque de préjudice précis.

[139] C'est ce que confirme le témoignage devant le comité du chef de police Blair, qui insiste sur l'importance d'habiliter les policiers à réprimer la possession avant qu'un risque de préjudice précis se concrétise :

Si la personne n'est pas un policier ou un agent de sécurité à Toronto, la seule raison qu'elle a de porter une arme de poing chargée dans la rue est de tuer quelqu'un. Alors, quand nous arrêtons quelqu'un qui est en possession d'une telle arme à feu, ce qui est une infraction, nous devons être en mesure d'intervenir à l'instant même. Il s'agit là d'un indicateur assez grave que cette personne présente une menace excessive pour la sécurité publique. Le système de justice pénale doit être en mesure d'intervenir adéquatement. [Je souligne.]

(Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 34, p. 4)

M. Blair ajoute que des peines minimales obligatoires d'une durée accrue contribueraient grandement à décourager ce comportement dangereux :

... il règne certainement une impression d'inconséquence à l'égard de ces infractions très graves, et les peines qui sont infligées aux délinquants pris à porter une arme à feu chargée dans les rues de Toronto sont plus représentatives d'une infraction à un règlement que d'un problème important de sécurité publique.

... je suis d'avis qu'une personne rationnelle serait dissuadée par deux choses : la possibilité d'être appréhendée et les conséquences réelles qu'elle subirait dans ce cas. Je crois que ces deux éléments dissuaderaient une personne rationnelle. [*ibid.*, p. 3 et 8]

[140] Au vu de ce témoignage convaincant, le législateur a résolu de sanctionner la simple possession par des peines carcérales importantes tout

option of summary proceedings for the licensing-type offences about which the majority is rightly concerned. I would respect that legislative choice. In my view, sending our elected representatives back to the drawing board on s. 95 would impede the goals of deterring and denouncing the unlawful possession of deadly weapons and keeping them out of the hands of those who would use them as instruments of intimidation, death, and destruction.

[141] Moreover, I am concerned that adding new elements to the offence would render the mandatory minimums under-inclusive. The majority identifies two possible elements that could be added to s. 95. The first would limit the offence to “those engaged in criminal activity” (para. 117). As I understand it, this element would require the Crown to prove that the accused possessed the firearm for a criminal purpose — a high bar for prosecutors to meet. Even on the facts of Mr. Nur’s case, it does not appear that the Crown could prove this element beyond a reasonable doubt: *Nur* sentencing reasons, at paras. 61, 66 and 68-69. Incorporating a criminal purpose element could thus exclude cases like Mr. Nur’s, where the imposition of a mandatory minimum sentence is uncontroversial.

[142] The second suggestion would limit the offence to “conduct that poses a danger to others” (para. 117). I understand this element to mean something more than the inherent danger posed by all instances of possession contrary to s. 95. The element would therefore require the Crown to prove a *specific* risk of harm. In my view, the addition of this element would again render the offence under-inclusive.

[143] A simple example illustrates this point. A police officer stops a vehicle in a remote, unpopulated area and sees a handgun in plain view on the back seat. The driver is cooperative, but does not have a licence for the firearm. The officer suspects that he may be involved in gang-related activity,

en permettant au poursuivant d’opter pour la procédure sommaire dans le cas des infractions de type réglementaire, dont se préoccupent à juste titre les juges majoritaires. Je suis d’avis de respecter ce choix législatif. J’estime que renvoyer les élus à leur planche à dessin et leur demander de reformuler l’art. 95 irait à l’encontre des objectifs qui consistent à décourager et à dénoncer la possession illégale d’armes mortelles et à les retirer des mains de ceux qui s’en servent pour intimider, tuer et détruire.

[141] En outre, je crains que l’ajout de nouveaux éléments à l’infraction ne fasse indûment en sorte que les peines minimales obligatoires ne s’appliquent pas à certains actes auxquels le législateur a voulu qu’elles s’appliquent. Les juges majoritaires font état de deux éléments qui pourraient être intégrés à la disposition. Premièrement, la précision que seul est visé « le comportement ou l’acte criminel » (par. 117). Selon mon interprétation, le poursuivant devrait alors prouver que l’accusé avait l’arme à feu en sa possession dans un dessein criminel, ce qui est très ardu. Même dans le cas de M. Nur, il n’est pas évident que le poursuivant pourrait s’acquitter de ce fardeau de preuve hors de tout doute raisonnable (motifs de détermination de la peine dans *Nur*, par. 61, 66 et 68-69). Exiger la preuve d’un dessein criminel pourrait donc soustraire des délinquants comme M. Nur à l’application de la disposition même lorsque l’imposition d’une peine minimale obligatoire n’est pas contestée.

[142] Deuxièmement, ne serait visé que le comportement ou l’acte criminel « qui présente un danger pour autrui » (par. 117). Je vois dans cet élément quelque chose de plus que le danger inhérent à tous les cas de possession contraire à l’art. 95. Dès lors, le poursuivant devrait prouver l’existence d’un risque de préjudice *précis*. J’estime que, là encore, cette exigence supplémentaire réduirait indûment la portée de la disposition.

[143] Considérons un simple exemple. Dans un endroit reculé et peu habité, après avoir enjoint à une personne d’immobiliser son véhicule, un policier aperçoit une arme de poing bien en vue sur le siège arrière. Le conducteur se montre coopératif, mais il n’est pas titulaire d’un permis pour l’arme.

In these circumstances, it is unclear whether the Crown could prove, beyond a reasonable doubt, that the driver's possession of the firearm created a specific risk of harm. Yet, this is precisely the type of situation to which the mandatory minimums in s. 95 are intended to apply. Indeed, the Minister specifically indicated that "increasing numbers of handguns [are being] found in cars", and that "it is very important to have . . . higher minimum penalties" to address such situations: *House of Commons Debates*, vol. 141, at pp. 1943 and 1941.

[144] The record plainly demonstrates that, after lengthy debate and study, Parliament responded to the pressing issue of gun crime by enacting the heightened mandatory minimums in s. 95(2). In my view, that policy choice merits considerable deference. Where matters of public safety are implicated, we should be wary of second-guessing the choices of our elected representatives, absent a compelling justification.

[145] For these reasons, I see no basis for striking down s. 95(2) using the reasonable hypothetical approach.

III. Part 2: Section 12 Analysis Under a Different Framework

A. *Hybrid Offences Call for a Different Analytical Framework Under Section 12 of the Charter*

[146] As I have explained, the reasonable hypothetical approach does not justify striking down the impugned mandatory minimums. The scenarios contemplated by the majority — sending someone to jail for three years for what amounts to a licensing-type offence — are, in my respectful view, speculative and strain the bounds of credulity. They are not grounded in experience or common sense.

Le policier le soupçonne d'appartenir à un gang. Dans de telles circonstances, on ne saurait dire si le poursuivant serait en mesure de prouver hors de tout doute raisonnable que la possession de l'arme à feu par le conducteur créait un risque de préjudice précis. Pourtant, c'est là précisément le genre de situation à laquelle sont censées s'appliquer les peines minimales obligatoires que prévoit l'art. 95. Le ministre a d'ailleurs dit expressément qu'« un nombre croissant d'armes de poing [sont] trouvées dans les voitures » et qu'« [i]l est très important que l'on puisse imposer des peines minimales plus sévères » pour remédier à ce problème (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 141, p. 1943 et 1941).

[144] Il appert clairement du dossier qu'après de longs débats et une étude approfondie, le législateur a décidé de s'attaquer au problème urgent des crimes liés aux armes à feu par le relèvement des peines minimales obligatoires prévues au par. 95(2). À mon avis, cette décision de politique générale justifie une grande déférence. En matière de sécurité publique, il faut se garder de remettre en question les choix des élus, sauf justification valable.

[145] Pour ces motifs, je ne vois aucune raison d'invalider le par. 95(2) par application de la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables.

III. Partie 2 : L'analyse au regard de l'art. 12 suivant une démarche différente

A. *Le contrôle des infractions mixtes au regard de l'art. 12 de la Charte exige un cadre d'analyse différent*

[146] Comme je l'ai expliqué, la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables ne justifie pas l'invalidation des peines minimales obligatoires contestées. Soit dit en tout respect, les scénarios envisagés par les juges majoritaires — la condamnation d'une personne à trois ans d'emprisonnement pour un acte qui équivaut à une infraction de type réglementaire — relèvent de la conjecture et sont peu crédibles. Ils ne s'appuient ni sur l'expérience ni sur le bon sens.

[147] In any event, I believe that a different analytical framework is required here. Why? Because, to date, our s. 12 jurisprudence from *Smith* to *Morrissey* has only considered the constitutionality of mandatory minimum sentences in the context of straight indictable offences. This is the first time we have examined their constitutionality in a hybrid scheme. As I will explain, that makes a world of difference and justifies a different analytical framework under s. 12.

[148] Section 95 is a hybrid offence that carries no minimum sentence when the Crown proceeds summarily. When the Crown proceeds by indictment, there is a mandatory minimum of three years for a first offence, and five years for a second or subsequent offence. The legislative intent underlying this hybrid scheme is evident. Section 95 captures a wide array of conduct involving varying degrees of moral blameworthiness. The least blameworthy conduct — licensing-type cases — is meant to be prosecuted summarily, thereby avoiding the application of the mandatory minimum.

[149] Parliament's intention to divert the least serious cases into summary proceedings is critical to assessing the constitutionality of s. 95(2). By creating a "safety valve" to shield licensing-type cases from the reach of the mandatory minimum, Parliament has effectively *conceded* the existence of reasonably foreseeable cases in which a mandatory minimum would be grossly disproportionate. Given this concession, the reasonable hypothetical approach is redundant.

[150] Rather, the proper analytical framework should focus on the safety valve — the Crown's discretion to elect summary proceedings in the least serious cases. I will describe that framework in detail below. Briefly, it has two stages. First, the

[147] Quoi qu'il en soit, je crois qu'un cadre d'analyse différent s'impose en l'espèce. La raison en est que, à ce jour, dans ses décisions relatives à l'art. 12 — de l'arrêt *Smith* à l'arrêt *Morrissey* —, la Cour s'est penchée uniquement sur la constitutionnalité des peines minimales obligatoires dans le contexte d'infractions qui ne se prêtaient qu'à la poursuite sur mise en accusation. C'est la première fois qu'elle est appelée à examiner la constitutionnalité de telles peines dans le cadre d'un régime mixte. Comme je l'explique ci-après, cela change complètement la donne et commande un cadre d'analyse différent pour l'application de l'art. 12.

[148] L'article 95 crée une infraction mixte qui n'expose le délinquant à aucune peine minimale lorsque le ministère public opte pour la procédure sommaire. Lorsqu'il y a mise en accusation, la peine minimale obligatoire est de trois ans pour une première infraction et de cinq ans en cas de récidive. L'intention du législateur qui sous-tend ce régime mixte est évidente. L'article 95 vise une vaste gamme de comportements auxquels sont associés divers degrés de culpabilité morale. Les comportements les moins répréhensibles — les infractions de type réglementaire — sont censés faire l'objet d'une procédure sommaire et échapper ainsi à l'application de la peine minimale obligatoire.

[149] L'intention du législateur de faire en sorte que les infractions les moins graves fassent l'objet d'une procédure sommaire est cruciale lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la constitutionnalité du par. 95(2). En créant une « soupape » pour empêcher l'application des peines minimales obligatoires aux infractions de type réglementaire, le législateur a effectivement *reconnu* l'existence de situations raisonnablement prévisibles dans lesquelles la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée. Étant donné cette reconnaissance, la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables est redondante.

[150] L'analyse qui convient devrait plutôt être axée sur cette soupape, soit le pouvoir discrétionnaire qui permet au ministère public d'opter pour la procédure sommaire dans les cas les moins graves. J'en ferai état plus en détail ci-après. En résumé,

court must determine whether the hybrid scheme adequately protects against the imposition of grossly disproportionate sentences *in general*. Second, the court must determine whether the Crown has exercised its discretion in a manner that results in a grossly disproportionate sentence *for a particular offender*.

[151] This Court adopted a similar framework in *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, where the analysis turned on the existence of a safety valve in the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (“CDSA”). Section 4(1) of the CDSA prohibits possession of certain controlled substances, but s. 56 empowers the Minister of Health to grant exemptions from this prohibition where necessary for a medical or scientific purpose. In *PHS*, the claimants were clients of Vancouver’s safe injection facility who challenged the constitutionality of the drug possession prohibition, arguing that it violated their rights under s. 7 of the *Charter*. The facility had previously been granted an exemption under s. 56, but the Minister had declined to renew it.

[152] The Chief Justice dealt with the constitutional challenge in two stages. First, she examined whether the prohibition in s. 4(1) was unconstitutional. In her view, the availability of a ministerial exemption was crucial to this analysis. She noted that “[t]he constitutional validity of s. 4(1) of the [CDSA] cannot be determined without considering” the exemption in s. 56, which is “designed to relieve against unconstitutional or unjust applications of that prohibition” (para. 109). Ultimately, she concluded that s. 4(1) was constitutional because “[t]he availability of exemptions acts as a safety valve that prevents the CDSA from applying where such application would be [unconstitutional]” (para. 113 (emphasis added)). Second, the Chief Justice inquired into whether the Minister had exercised his discretion in a manner that violated the claimants’ s. 7 rights. She found that he had, and granted a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. In my view,

elle comporte deux étapes. Premièrement, le tribunal doit se demander si le régime mixte en question assure *de façon générale* une protection adéquate contre l’imposition de peines totalement disproportionnées. Deuxièmement, il doit se demander si le ministère public a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière qu’une peine totalement disproportionnée soit infligée à *un délinquant en particulier*.

[151] Dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, où l’analyse repose sur l’existence d’une soupape dans la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19 (la « Loi »), la Cour adopte un cadre d’analyse semblable. Le paragraphe 4(1) de cette loi interdit la possession de certaines substances désignées, mais son art. 56 autorise le ministre de la Santé à accorder des exemptions lorsque des raisons médicales ou scientifiques le justifient. Dans cette affaire, les demandeurs, des clients d’un centre d’injection supervisé situé à Vancouver, contestaient la constitutionnalité de l’interdiction de possession de drogues au motif qu’elle violait les droits que leur garantissait l’art. 7 de la *Charte*. Une exemption fondée sur l’art. 56 avait auparavant été accordée au centre, mais le ministre avait refusé de la renouveler.

[152] La Juge en chef examine la contestation constitutionnelle en deux étapes. Premièrement, elle s’interroge sur la constitutionnalité de l’interdiction prévue au par. 4(1). La possibilité d’obtenir une exemption ministérielle joue, à son avis, un rôle crucial à cet égard : « On ne peut apprécier la validité constitutionnelle [de la *Loi*] sans tenir compte » de l’exemption prévue au par. 56 « conçu[e] pour remédier aux applications inconstitutionnelles ou inéquitables de cette interdiction » (par. 109). Elle conclut finalement à la constitutionnalité du par. 4(1) parce que « [l]a possibilité d’accorder des exemptions sert de soupape empêchant l’application de la *Loi* dans les cas où son application serait [inconstitutionnelle] » (par. 113 (je souligne)). Deuxièmement, la Juge en chef se demande si le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière attentatoire aux droits que garantit l’art. 7 aux demandeurs. Elle répond par l’affirmative et accorde une

this two-stage approach offers a more compelling framework than the use of reasonable hypotheticals to resolve a s. 12 constitutional challenge to a mandatory minimum sentence in a hybrid scheme.

[153] The majority states that the use of reasonable hypotheticals to evaluate mandatory minimums is settled law and necessarily applies here. It characterizes my proposed framework as “a radical departure from the constitutional framework” that has animated this Court’s s. 12 jurisprudence (para. 94). With respect, I disagree with this assessment. Parliament’s choice to craft s. 95 as a hybrid offence distinguishes the present context from our previous s. 12 jurisprudence. None of those cases involved a hybrid sentencing scheme that effectively conceded the existence of reasonably foreseeable cases where the mandatory minimum would be grossly disproportionate.

[154] By way of example, s. 95 is markedly different from the offence in *Smith*. In that case, the narcotics importing offence was a straight indictable offence carrying a seven-year mandatory minimum. Like s. 95, it covered a wide array of conduct, from large-scale drug smuggling to the hypothetical “young person who, while driving back into Canada from a winter break in the U.S.A., is caught with . . . his or her first ‘joint of grass’” (p. 1053). However, unlike s. 95, that offence did not include the option for prosecutors to proceed summarily. Parliament had not turned its mind to the possibility that the offence might catch less serious cases that would not merit a seven-year custodial sentence. Rather, Parliament targeted the problem of narcotics importation with the blunt instrument of a straight indictable offence carrying a long mandatory term of imprisonment. The scheme did not adequately protect against the imposition of grossly

réparation sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*. À mon avis, cette démarche en deux étapes offre un cadre d’analyse plus convaincant que la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables lorsqu’il s’agit de statuer sur une contestation constitutionnelle qui se fonde sur l’art. 12 et qui vise une peine minimale obligatoire applicable dans le cadre d’un régime mixte.

[153] Les juges majoritaires affirment que le recours aux situations hypothétiques raisonnables pour se prononcer sur une peine minimale obligatoire est un principe juridique établi qui vaut nécessairement en l’espèce. Ils disent du cadre d’analyse que je propose qu’il « s’éloigne radicalement du cadre d’analyse constitutionnelle » qui sous-tend la jurisprudence de la Cour relative à l’art. 12 (par. 94). Soit dit en tout respect, je ne partage pas leur opinion. Le choix du législateur de créer une infraction mixte à l’art. 95 fait en sorte que la présente espèce se distingue des affaires antérieures dans lesquelles la Cour a statué sur l’application de l’art. 12. Aucune de ces autres affaires ne porte sur un régime mixte de détermination de la peine qui reconnaît effectivement l’existence de situations raisonnablement prévisibles où la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée.

[154] À titre d’exemple, l’infraction créée à l’art. 95 est très différente de celle dont il est question dans l’arrêt *Smith*, à savoir l’importation de stupéfiants, un acte qui commande la poursuite sur mise en accusation et qui est punissable d’une peine minimale obligatoire de sept ans d’emprisonnement. Tout comme l’infraction prévue à l’art. 95, cette autre infraction visait une vaste gamme de comportements, allant de la contrebande de drogues à grande échelle à la situation hypothétique de « la jeune personne qui, à son retour en voiture au Canada après avoir passé son congé de mi-session d’hiver aux États-Unis, aurait été surprise en possession [. . .] de son premier “joint de mari” » (p. 1053). Cependant, contrairement à l’infraction prévue à l’art. 95, elle n’offrait pas au poursuivant la possibilité d’opter pour la procédure sommaire. Le législateur n’avait pas envisagé la possibilité que l’infraction s’applique à des cas moins graves qui

disproportionate sentences, and the Court rightly struck it down.

[155] However, if *Smith* had involved a hybrid offence like s. 95, I believe that the Court's analysis would have been different. A hybrid offence would have signalled Parliament's intention to shield the least serious cases from the mandatory minimum. In such circumstances, Lamer J.'s hypothetical would have had little persuasive force. Simply put, it is virtually impossible to imagine Crown counsel proceeding by indictment against a young person caught bringing a single joint of marijuana across the border, especially when he or she would face a minimum penalty of seven years' imprisonment.

[156] In sum, I am not persuaded that the reasonable hypothetical approach is binding or even useful in this context. The legislative intent in enacting a hybrid sentencing scheme points to a different analytical framework.

B. *The Proper Analytical Framework Under Section 12 for Hybrid Offences Containing a Mandatory Minimum Sentence*

[157] I would adopt a two-stage framework to evaluate whether a mandatory minimum sentence in a hybrid scheme complies with s. 12. First, the court must determine whether the scheme adequately protects against grossly disproportionate sentences *in general*. Second, the court must determine whether the Crown has exercised its discretion in a manner that results in a grossly disproportionate sentence *for the particular offender* before the court.

ne justifiaient pas une peine d'emprisonnement de sept ans. Il s'était plutôt attaqué au problème de l'importation de stupéfiants au moyen de l'instrument sans nuance qu'est la création d'un acte criminel qui commande la poursuite par mise en accusation et qui est punissable d'une longue peine d'emprisonnement obligatoire. Le régime en place n'assurait pas une protection adéquate contre l'infliction de peines totalement disproportionnées, et la Cour l'a à juste titre invalidé.

[155] Toutefois, si, dans l'affaire *Smith*, il avait été question d'une infraction mixte comme celle que crée l'art. 95, l'analyse de la Cour aurait selon moi été différente. La création d'une infraction mixte aurait traduit l'intention du législateur de soustraire les cas les moins graves à l'application de la peine minimale obligatoire. Le cas échéant, l'hypothèse considérée par le juge Lamer aurait été peu convaincante. En d'autres mots, il est pratiquement impossible de concevoir que le ministère public opte pour la mise en accusation dans le cas d'une jeune personne surprise en possession d'un seul joint de marijuana lors d'un contrôle à la frontière, en particulier lorsque cette personne s'exposerait à une peine minimale de sept ans d'emprisonnement.

[156] En bref, je ne suis pas convaincu que la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables lie la Cour ou soit même utile en l'espèce. L'intention du législateur qui adopte un régime mixte de détermination de la peine milite en faveur du recours à un cadre d'analyse différent.

B. *Le bon cadre d'analyse pour le contrôle au regard de l'art. 12 d'une infraction mixte assortie d'une peine minimale obligatoire*

[157] Il convient à mon avis de recourir à une analyse en deux étapes pour déterminer si, dans un régime mixte, une peine minimale obligatoire respecte ou non l'art. 12. Premièrement, le tribunal se demande si, *de façon générale*, le régime assure une protection adéquate contre l'infliction de peines totalement disproportionnées. Deuxièmement, il doit se demander si le poursuivant a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière qu'une peine totalement disproportionnée soit infligée *au délinquant en cause*.

(1) Determining Whether the Scheme Adequately Protects Against Grossly Disproportionate Sentences in General

[158] This stage of the analysis has two parts. First, the court must determine the sentencing range for indictable convictions under the sentencing regime that existed prior to the enactment of the impugned mandatory minimum.³ This is done with reference to actual sentences found in reported cases. The court must then isolate the low end of that sentencing range. By “low end”, I do not mean the absolute lowest sentence that can be found in the reported cases. Rather, I refer to the types of sentences that are generally imposed on the least blameworthy offenders in the indictable category. This low end serves as an objective indicator of appropriate sentences for the least serious instances of the offence that would realistically be prosecuted by indictment.

[159] Second, the court must compare the impugned mandatory minimum with the low end of the prior range. If the mandatory minimum is grossly disproportionate to sentences at the low end, then the scheme does not adequately protect against the imposition of grossly disproportionate sentences *in general*. On the contrary, it puts an identifiable set of offenders directly at risk of cruel and unusual punishment in violation of s. 12. The proper remedy here lies under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and the mandatory minimum must be struck down.

³ This will be the case even when the prior regime included a mandatory minimum. For example, where an offence previously carried a mandatory minimum of two years that was later raised to four years, the sentencing range under the prior sentencing regime will be the range of sentences imposed while the two-year mandatory minimum was in effect. Where an offence is newly enacted such that no prior sentencing range exists, the court would look to sentences imposed for similar offences to construct a plausible sentencing range.

(1) Le régime assure-t-il de façon générale une protection adéquate contre l’infliction de peines totalement disproportionnées?

[158] Cette étape de l’analyse comporte deux volets. Le tribunal doit d’abord établir la fourchette des peines infligées sur déclaration de culpabilité à l’issue d’une mise en accusation suivant le régime de détermination de la peine qui existait avant l’adoption de la peine minimale obligatoire contestée³. Pour le faire, il s’en remet aux peines effectivement imposées dans les cas répertoriés. Il circonscrit alors l’extrémité inférieure de cette fourchette. Je n’entends pas par « extrémité inférieure » la peine la moins sévère que l’on puisse recenser, mais bien les peines généralement infligées pour les actes les moins répréhensibles dans la catégorie des infractions punissables par voie de mise en accusation. Cette extrémité inférieure constitue un indicateur objectif des peines qui conviennent dans les cas les moins graves de perpétration de l’infraction où il serait réaliste que le poursuivant opte pour la mise en accusation.

[159] Ensuite, le tribunal compare la peine minimale obligatoire contestée et l’extrémité inférieure de la fourchette antérieure. Si la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée aux peines situées à l’extrémité inférieure de cette fourchette, le régime n’assure pas *de façon générale* une protection adéquate contre l’infliction de peines totalement disproportionnées. Au contraire, il expose directement un groupe déterminable de délinquants au risque de se voir infliger une peine cruelle et inusitée en violation de l’art. 12. La réparation qui s’impose alors relève du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et la peine minimale obligatoire doit être invalidée.

³ Ce sera le cas même lorsque le régime antérieur prévoyait une peine minimale obligatoire. Par exemple, lorsqu’une infraction appelait auparavant l’imposition d’une peine minimale obligatoire de deux ans d’emprisonnement, peine qui est passée par la suite à quatre ans, la fourchette des peines imposées suivant le régime antérieur constituera la fourchette des peines appliquées lorsque la peine minimale obligatoire de deux ans était en vigueur. Lorsqu’il s’agit d’une nouvelle infraction et qu’aucune fourchette antérieure n’existe, le tribunal examinera les peines infligées pour des infractions semblables afin d’établir une fourchette plausible.

(2) Determining Whether the Crown Has Exercised Its Discretion in a Manner That Results in a Grossly Disproportionate Sentence for the Particular Offender

[160] If the scheme itself is upheld, the court must move on to the second stage and determine whether the Crown has exercised its discretion in a manner that results in a grossly disproportionate sentence for the particular offender before the court. In those rare cases where the Crown's decision to proceed by indictment leads to a grossly disproportionate sentence, a remedy will lie under s. 24(1) of the *Charter*.

[161] As noted, the focus here is on the constitutionality of state action, and not the law itself. Specifically, the state action at issue is the Crown election. The decision to proceed summarily or by indictment is a matter of core prosecutorial discretion, reviewable only for abuse of process: *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at paras. 44 and 48. In my view, a decision to prosecute by indictment that would give rise to a grossly disproportionate sentence represents a *per se* abuse of process in violation of s. 12. Generally, the appropriate and just remedy in the circumstances will be a sentence reduction below the mandatory minimum.

(a) *Applying the Abuse of Process Doctrine Under the Proposed Framework*

[162] The abuse of process jurisprudence under s. 7 of the *Charter* is consistent with my proposed framework. In *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566, the Court described two categories of abuse of process. The first category involves “prosecutorial conduct affecting the fairness of the trial” (para. 36). The second, residual category relates to “conduct that ‘contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process’”: *ibid.*, quoting *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 73.

(2) Le poursuivant a-t-il exercé son pouvoir discrétionnaire de manière qu’une peine totalement disproportionnée soit infligée au délinquant en cause?

[160] Si le régime comme tel est maintenu, le tribunal passe à la deuxième étape de l’analyse et se demande si le poursuivant a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière qu’une peine totalement disproportionnée soit infligée au délinquant en cause. Dans les rares cas où la décision d’opter pour la mise en accusation mènera à l’imposition d’une peine totalement disproportionnée, une réparation pourra être obtenue sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*.

[161] Comme nous l’avons vu, l’accent est alors mis sur la constitutionnalité non pas de la loi comme telle, mais bien de l’acte de l’État, à savoir le choix du mode de poursuite. La décision d’opter pour la procédure sommaire ou la mise en accusation relève du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites, un pouvoir susceptible de contrôle uniquement en cas d’abus de procédure (*R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 44 et 48). À mon sens, lorsque le choix de la mise en accusation entraînerait l’imposition d’une peine totalement disproportionnée, il y a abus de procédure en soi contrairement à l’art. 12. En général, la réparation convenable et juste dans les circonstances consiste à réduire la durée de la peine de façon qu’elle soit inférieure à la peine minimale obligatoire.

a) *Application de la notion d’abus de procédure suivant le cadre d’analyse proposé*

[162] La jurisprudence relative à l’abus de procédure au regard de l’art. 7 de la *Charte* est compatible avec le cadre d’analyse que je propose. Dans l’arrêt *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566, la Cour renvoie à deux catégories d’abus de procédure. La première concerne « les cas où la conduite du poursuivant porte atteinte à l’équité du procès » (par. 36). La seconde — résiduelle — vise « les cas où la conduite [. . .] “contre[vient] aux notions fondamentales de justice et [mine] ainsi l’intégrité du processus judiciaire” » (*ibid.*, citant *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 73).

[163] I rely on this residual category to address Crown conduct that would lead to a grossly disproportionate sentence. State action that puts an offender at risk of cruel and unusual punishment necessarily “contravenes fundamental notions of justice” and “undermines the integrity of the judicial process” (*ibid.*). Although the Court in *Nixon* was discussing s. 7 of the *Charter*, I am satisfied that an abuse of process in the residual category may lie under s. 12 as well.

[164] Abuse of process is typically characterized by intentional misconduct or bad faith. However, in *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, the Court held that

while it is generally true that the residual category [of abuse of process] will be invoked as a result of state *misconduct*, this will not always be so. Circumstances may arise where the integrity of the justice system is implicated in the absence of misconduct. [Emphasis in original; para. 37.]

Charron J. made a similar point in *Nixon*, noting that “proof of prosecutorial misconduct, while relevant, is not a prerequisite” to finding an abuse of process (para. 39).

[165] This is a long-standing principle. Indeed, in *Nixon*, Charron J. cites *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, in which the Court observed that “requiring misconduct or an improper motive would . . . unduly restrict the operation of the doctrine”, and that “[p]rosecutorial misconduct and improper motivation are but two of many factors to be taken into account” (p. 659). Nothing in our subsequent jurisprudence has altered this principle.

[166] By way of example, this principle was applied in *R. v. Jack* (1996), 113 Man. R. (2d) 260 (C.A.). In that case, the Manitoba Court of Appeal considered whether it would constitute an abuse of process for the Crown to subject the accused to a

[163] Les cas où la conduite du poursuivant mènerait à l'imposition d'une peine totalement disproportionnée relèvent, à mon avis, de cette catégorie résiduelle. L'acte de l'État qui expose le délinquant au risque de subir une peine cruelle et inusitée contrevient nécessairement aux « notions fondamentales de justice » et « [mine] [. . .] l'intégrité du processus judiciaire » (*ibid.*). Même si, dans l'arrêt *Nixon*, l'analyse de la Cour se fonde sur l'art. 7 de la *Charte*, je suis convaincu qu'il peut également y avoir abus de procédure de nature résiduelle au regard de l'art. 12.

[164] L'abus de procédure se caractérise habituellement par une conduite répréhensible intentionnelle ou par la mauvaise foi. Cependant, dans *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, la Cour affirme :

bien qu'il soit généralement vrai que l'on invoque la catégorie résiduelle [de l'abus de procédure] à la suite d'une *conduite répréhensible* de l'État, il n'en est pas toujours ainsi. Il peut y avoir des situations où l'intégrité du système de justice est en jeu en l'absence d'une conduite répréhensible. [En italique dans l'original; par. 37.]

La juge Charron exprime un point de vue semblable dans l'arrêt *Nixon* et signale que « la preuve d'une conduite répréhensible du poursuivant, quoique pertinente, n'est pas une condition préalable » pour conclure à l'abus de procédure (par. 39).

[165] Ce principe est établi depuis longtemps. En fait, dans *Nixon*, la juge Charron cite l'arrêt *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, où la Cour fait remarquer qu'« exige[r] qu'il y ait une conduite blâmable ou un motif illégitime limiterait indûment l'application du principe » et que « [l]a conduite blâmable de la poursuite et l'existence d'un motif illégitime ne sont que deux des nombreux facteurs [à] prendre en considération » (p. 659). Aucune décision ultérieure n'a modifié ce principe.

[166] À titre d'exemple, le principe a été appliqué dans *R. c. Jack* (1996), 113 Man. R. (2d) 260 (C.A.), où la Cour d'appel du Manitoba s'est demandé si la tenue d'un quatrième procès pour la même accusation constituait un abus de procédure

fourth trial on the same charge. Citing *Keyowski*, the court observed that a series of trials, absent any prosecutorial misconduct, could be characterized as a *per se* abuse of process. In the circumstances, the court held that a stay of proceedings would be appropriate, since a fourth trial would be an affront to the community's sense of fair play and decency. Lamer C.J. upheld the finding on abuse of process and entered a stay of proceedings: *R. v. Jack*, [1997] 2 S.C.R. 334. The law is clear. An accused need not demonstrate prosecutorial misconduct in order to establish an abuse of process.

[167] Accordingly, to find an abuse of process under s. 12, I would not require proof of bad faith or malicious intent on the part of the Crown. Rather, an abuse of process will lie, regardless of intent, where the Crown's decision to proceed by indictment "tend[s] to undermine society's expectations of fairness in the administration of justice": *Nixon*, at para. 41.

[168] While proof of bad faith or malicious intent is not necessary, it would certainly suffice to establish an abuse of process under s. 12. For example, if the Crown election was influenced by discriminatory factors such as the race of the offender, this would be an abuse of process: see *Anderson*, at para. 50.

[169] Similarly, an improper use of the mandatory minimum in plea bargaining — a concern raised by the majority, which I share — would also warrant the court's intervention. Thus, if a prosecutor proceeded by indictment in order to use the threat of a mandatory minimum to extort a guilty plea, this would likely qualify as an abuse of process and justify a s. 24(1) remedy: see *Babos*, at paras. 58-61. It follows that we do not need to strike down the sentencing scheme to guard against these concerns. To the extent that the majority holds otherwise, I respectfully disagree.

de la part du poursuivant. Prenant appui sur l'arrêt *Keyowski*, elle a opiné que, même en l'absence d'une conduite blâmable de la part du poursuivant, une série de procès pouvait constituer en soi un abus de procédure. Elle a donc estimé que l'arrêt des procédures était indiqué, car un quatrième procès aurait heurté le sens collectif du franc-jeu et de la décence. Le juge en chef Lamer a confirmé la conclusion selon laquelle il y avait eu abus de procédure et il a ordonné l'arrêt des procédures (*R. c. Jack*, [1997] 2 R.C.S. 334). Le droit applicable est clair. L'accusé n'a pas à prouver la conduite blâmable du poursuivant pour établir l'abus de procédure.

[167] En conséquence, point n'est besoin d'une preuve de mauvaise foi ou d'une intention malveillante du poursuivant pour conclure à un abus de procédure au regard de l'art. 12. Peu importe l'intention, il y aura abus de procédure lorsque le choix de la mise en accusation « ten[dra] à miner les attentes de la société sur le plan de l'équité en matière d'administration de la justice » (*Nixon*, par. 41).

[168] Bien qu'elle ne soit pas nécessaire, la preuve de mauvaise foi ou d'intention malveillante suffirait certainement pour établir l'abus de procédure au regard de l'art. 12. À titre d'exemple, si le choix du mode de poursuite était influencé par des éléments discriminatoires, telle la race du délinquant, il y aurait abus de procédure (voir *Anderson*, par. 50).

[169] De même, l'instrumentalisation de la peine minimale obligatoire lors de la négociation relative à l'inscription d'un plaidoyer — une crainte exprimée par les juges majoritaires et que je partage — justifierait une cour de justice d'intervenir. Partant, si le poursuivant optait pour la mise en accusation afin que la peine minimale obligatoire alors encourue lui permette d'extorquer un plaidoyer de culpabilité, il y aurait vraisemblablement abus de procédure justifiant une réparation fondée sur le par. 24(1) (voir *Babos*, par. 58-61). Il s'ensuit que point n'est besoin d'invalider le régime de détermination de la peine pour contrer une telle dérive. Soit dit en tout respect, dans la mesure où les juges majoritaires croient le contraire, je me dissocie de leur point de vue.

[170] The offender bears the burden of proof to show an abuse of process at the sentencing phase, after evidence of mitigating or aggravating factors has been put before the court. He or she must demonstrate that the mandatory minimum would be grossly disproportionate in his or her case. Imposing such a sentence would “undermine society’s expectations of fairness in the administration of justice”: *Nixon*, at para. 41. Grossly disproportionate sentences are “so excessive as to outrage standards of decency” and are “abhorrent or intolerable” to society: *R. v. Wiles*, 2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895, at para. 4, citing *Smith*, at p. 1072, and *Morrissey*, at para. 26. They constitute a breach of an accused’s fundamental right to be free from cruel and unusual punishment, and are incompatible with the integrity of our justice system. An exercise of prosecutorial discretion — be it by design or effect — that leads to such an outcome must be regarded as a *per se* abuse of process.

[171] If the offender discharges this burden of proof, he or she is entitled to a remedy under s. 24(1). In most cases, the appropriate and just remedy would be a sentence reduction below the mandatory minimum.

[172] For these reasons, I am unable to agree with the majority’s assertion that the abuse of process doctrine creates “a notoriously high bar” and “offers scant protection from grossly disproportionate sentences” (para. 94). With respect, this contention misconstrues how the doctrine operates under my proposed framework. Far from offering *scant* protection, my proposal offers *total* protection from grossly disproportionate sentences. If an offender can show that a mandatory minimum would be grossly disproportionate in his or her case, the judge must declare a *per se* abuse of process and grant a s. 24(1) remedy.

[170] Il incombe au délinquant de prouver l’abus de procédure à l’étape de la détermination de la peine, après que le tribunal a été saisi d’une preuve de circonstances atténuantes ou aggravantes. Il doit démontrer que la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée dans son cas. S’il y parvient, la lui imposer « miner[ait] les attentes de la société sur le plan de l’équité en matière d’administration de la justice » (*Nixon*, par. 41). La peine totalement disproportionnée est « excessi[ve] au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » et elle est « odieuse ou intolérable » pour la société (*R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895, par. 4, citant *Smith*, p. 1072, et *Morrissey*, par. 26). Elle porte atteinte au droit fondamental de l’accusé à la protection contre les peines cruelles et inusitées et elle est incompatible avec l’intégrité de notre système de justice. Si, par son objet ou son effet, l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites mène à un tel résultat, il faut y voir un abus de procédure en soi.

[171] Le délinquant qui s’acquitte de ce fardeau de preuve a droit à une réparation en vertu du par. 24(1). Dans la plupart des cas, la réparation convenable et juste consiste à réduire la peine de façon qu’elle soit inférieure à la peine minimale obligatoire.

[172] C’est pourquoi je ne peux convenir avec les juges majoritaires qu’« [il] est bien connu que la norme » applicable à l’abus de procédure « est très stricte » et que le principe de l’abus de procédure « protège insuffisamment contre l’infliction de peines totalement disproportionnées » (par. 94). Soit dit en tout respect, ils se méprennent sur l’application du principe dans le cadre d’analyse que je propose. Loin d’offrir une protection *insuffisante*, il assure une protection *totale* contre l’infliction de peines totalement disproportionnées. Lorsque le délinquant peut démontrer que la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée en ce qui le concerne, le tribunal doit conclure à l’abus de procédure et accorder réparation sur le fondement du par. 24(1).

(b) *The Proposed Framework Is Consistent With This Court's Rejection of Constitutional Exemptions*

[173] In *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, this Court held that where a mandatory minimum sentencing scheme is found to violate s. 12, the proper remedy lies under s. 52 and the law must be struck down. The Court expressly rejected the possibility that the law could be saved by granting case-by-case exemptions for any unconstitutional applications.

[174] I agree that constitutional exemptions are not an appropriate response to unconstitutional laws. My proposed framework is consistent with this principle. The remedy it contemplates is *not* a response to an unconstitutional law. Rather, the remedy is a response to a state actor's *exercise of discretion* under a law which a judge has held to be constitutionally compliant at stage one of the framework. As the Chief Justice explained in *Ferguson*:

Section 24(1) . . . is generally used as a remedy, not for unconstitutional laws, but for unconstitutional government acts committed under the authority of legal regimes which are accepted as fully constitutional . . . The acts of government agents acting under such regimes are not the necessary result or “effect” of the law, but of the government agent's applying a discretion conferred by the law in an unconstitutional manner. Section 52(1) is thus not applicable. The appropriate remedy lies under s. 24(1). [Emphasis added; para. 60.]

This logic applies to the acts of prosecutors making an election under s. 95. In my view, once a court has determined that a sentencing scheme itself is constitutional, it is entirely appropriate to guard against its rare unconstitutional application by providing a case-by-case s. 24(1) remedy.

b) *Le cadre d'analyse proposé est compatible avec le rejet par la Cour de l'exemption constitutionnelle*

[173] Selon l'arrêt *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, lorsque le tribunal conclut qu'un régime de détermination de la peine prévoyant l'imposition de peines minimales obligatoires porte atteinte à l'art. 12, la réparation convenable réside dans l'application de l'art. 52, et la loi doit être invalidée. La Cour écarte expressément la possibilité que la loi puisse être sauvegardée ponctuellement par l'octroi d'une exemption en cas d'application inconstitutionnelle.

[174] Je conviens que l'exemption constitutionnelle ne constitue pas une mesure appropriée pour pallier l'inconstitutionnalité d'une loi. Mon cadre d'analyse le reconnaît. La réparation qu'il prévoit vise *non pas* une loi inconstitutionnelle, mais bien l'*exercice* par un représentant de l'État d'un *pouvoir discrétionnaire* accordé par une loi ayant été jugée constitutionnelle à la première étape de l'analyse. Comme l'explique la Juge en chef dans l'arrêt *Ferguson* :

. . . on a généralement recours au par. 24(1) pour accorder réparation non pas lorsque des dispositions législatives sont inconstitutionnelles, mais lorsque des actes gouvernementaux inconstitutionnels sont commis en vertu de régimes légaux reconnus comme parfaitement constitutionnels [. . .] Les actes des mandataires du gouvernement qui agissent en vertu de ces régimes ne sont pas le résultat ou l'« effet » obligatoire de la loi, mais plutôt du fait que les mandataires du gouvernement ont exercé d'une manière inconstitutionnelle le pouvoir discrétionnaire que leur conférait la loi. Le paragraphe 52(1) ne s'applique donc pas. Le recours approprié est prévu au par. 24(1). [Je souligne; par. 60.]

La même logique vaut pour les actes du poursuivant appelé à choisir un mode de poursuite sur le fondement de l'art. 95. À mon avis, après avoir établi que le régime de détermination de la peine est constitutionnel, le tribunal peut tout à fait légitimement empêcher ses rares applications inconstitutionnelles par l'octroi ponctuel d'une réparation fondée sur le par. 24(1).

C. *The Responsibility for Ensuring Constitutional Compliance Under My Proposed Framework Lies With Judges, Not Prosecutors*

[175] The Chief Justice states that reliance on the Crown election to uphold the impugned mandatory minimums effectively “replac[es] a public hearing on the constitutionality of s. 95 before an independent and impartial court with the discretionary decision of a Crown prosecutor” (para. 86). She emphasizes that it is incumbent on courts to scrutinize the constitutionality of the sentencing schemes they apply.

[176] I agree that the responsibility to ensure constitutional compliance rests with judges, and not with prosecutors. The framework I propose places that responsibility squarely in the hands of judges. In this respect, it is consistent with the admonition in *Smith* that “courts are duty bound” to evaluate whether a law is constitutional, and must not “delegate the avoidance of a [Charter] violation to the prosecution” (p. 1078).

[177] Specifically, the framework includes two checks to ensure compliance with s. 12, neither of which relies on prosecutorial discretion. First, if the sentencing scheme itself is challenged, the judge may strike it down as unconstitutional. Second, if an offender argues that the mandatory minimum would be grossly disproportionate in his or her case, the judge may find a *per se* abuse of process and grant a sentence reduction under s. 24(1).

[178] I repeat and emphasize that the Crown election under s. 95 does not require prosecutors to go outside the law. Rather, it is a discretion built into the legislative scheme that acts as a safety valve to guard against unconstitutional applications of the law. In my view, any meaningful assessment

C. *Selon le cadre d’analyse que je propose, il incombe au tribunal et non au poursuivant de s’assurer du respect des exigences de la Constitution*

[175] Pour la Juge en chef, compter sur le bon choix du mode de poursuite pour conclure à la constitutionnalité des peines minimales obligatoires contestées revient dans les faits « à substituer à la tenue par un tribunal indépendant et impartial d’une audience publique sur la constitutionnalité de l’art. 95 la décision discrétionnaire d’un poursuivant » (par. 86). Elle souligne qu’il incombe aux tribunaux d’examiner attentivement la constitutionnalité des régimes de détermination de la peine qu’ils appliquent.

[176] Je reconnais qu’il incombe au tribunal, et non au poursuivant, de s’assurer du respect des exigences de la Constitution. Suivant le cadre d’analyse que je propose, cette responsabilité demeure entièrement celle du tribunal. Mon approche est compatible sur ce point avec la mise en garde de la Cour dans l’arrêt *Smith*, à savoir que « les tribunaux ont le devoir » de se demander si une loi est constitutionnelle et qu’ils ne peuvent « laisser [. . .] au ministère public [. . .] le soin d’éviter une violation [de la Charte] » (p. 1078).

[177] Plus précisément, mon cadre d’analyse comporte deux éléments de contrôle de la conformité à l’art. 12, et aucun ne tient à l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Premièrement, lorsque le régime même de détermination de la peine est contesté, le tribunal peut le déclarer inconstitutionnel. Deuxièmement, lorsque le délinquant prétend que la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée dans son cas, le tribunal peut conclure à un abus de procédure en soi et accorder une réduction de peine en vertu du par. 24(1).

[178] Je le répète — et j’insiste —, le choix du mode de poursuite suivant l’art. 95 ne l’oblige pas à sortir du cadre de la disposition. Celle-ci confère en effet un pouvoir discrétionnaire dont l’exercice est intégré au régime législatif pour servir de soupape contre les applications inconstitutionnelles. À mon

of the law's constitutionality must take this factor into account: *PHS*, at paras. 109-14. However, in recognizing the relevance of the Crown election, I should not be taken as saying that this safety valve insulates the law from *Charter* scrutiny. Rather, it simply informs *how* that scrutiny should be applied.

[179] Nor does my framework conflate the respective functions of prosecutors and judges. The majority, citing *Anderson*, insists that "sentencing is a judicial function" (para. 89). In its view, the fact that "a mandatory [minimum] regime may require a judge to impose a disproportionate sentence does not alter the prosecutorial function in electing the mode of trial" (*ibid.*). I agree. In prosecuting an accused under a hybrid offence, it is the *Crown's* responsibility to elect a mode of proceedings bearing in mind the gravity of the conduct. Where an election would lead to a grossly disproportionate sentence, it is the *judge's* responsibility to avoid that outcome.

[180] In light of these checks, I cannot accept the majority's suggestion that my framework insulates mandatory minimums from *Charter* scrutiny. With respect, that is just not so. The two checks I have described ensure that judges make the ultimate call as to the constitutionality of the law itself, as well as its application to a particular offender. The majority, relying on *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, states that "one cannot be certain that [prosecutorial] discretion will always be exercised in a way that would avoid an unconstitutional result" (para. 95). I agree. It is precisely for this reason that my proposed framework empowers judges to intervene where the Crown election puts an offender at risk of a grossly disproportionate sentence. In my view, this is a full answer to the majority's concerns.

avis, tout examen valable de la constitutionnalité de la loi doit en tenir compte (*PHS*, par. 109-114). En reconnaissant l'importance du choix du mode de poursuite, je ne laisse toutefois pas entendre que cette soupape soustrait la loi à l'examen fondé sur la *Charte*, mais bien qu'elle influe sur les *modalités* de cet examen.

[179] Mon cadre d'analyse ne confond pas non plus les fonctions respectives du poursuivant et du tribunal. Citant l'arrêt *Anderson*, les juges majoritaires insistent sur le fait que « la détermination de la peine relève du judiciaire » (par. 89). À leur avis, « l'obligation faite au tribunal par un régime de peine minimale obligatoire d'infliger une peine disproportionnée ne modifie pas la fonction du poursuivant lorsqu'il s'agit de choisir le mode de poursuite » (*ibid.*). Je suis d'accord. Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction mixte, il incombe au *ministère public* de choisir le mode de poursuite en tenant compte de la gravité de l'acte reproché. Lorsque le mode de poursuite choisi est susceptible de mener à une peine totalement disproportionnée, il appartient au *tribunal* d'éviter ce résultat.

[180] À la lumière de ces éléments de contrôle, je ne puis souscrire à la thèse des juges majoritaires selon laquelle mon cadre d'analyse soustrait les peines minimales obligatoires à l'examen fondé sur la *Charte*. Soit dit en tout respect, ce n'est tout simplement pas le cas. Les deux éléments de contrôle susmentionnés garantissent que ce sont les tribunaux qui ont le dernier mot sur la constitutionnalité de la loi comme telle et sur son application à un délinquant en particulier. Se fondant sur l'arrêt *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, mes collègues affirment que « nul ne peut être assuré que [l]e pouvoir [discrétaire en matière de poursuites] sera toujours exercé de manière à éviter un résultat inconstitutionnel » (par. 95). J'en conviens. C'est précisément pour cette raison que mon cadre d'analyse permet au tribunal d'intervenir lorsque le choix du mode de poursuite fait encourir au délinquant une peine totalement disproportionnée. À mon avis, l'approche que je préconise répond entièrement aux préoccupations des juges majoritaires.

[181] I wish to add one further point. The Chief Justice notes that the Crown election is exercised at an early stage of the proceedings before all of the facts related to an offence have emerged. It follows that the Crown might make an inappropriate election prior to discovering mitigating circumstances. As a result, she contends that “[t]he existence of the summary conviction option is therefore not an answer to the respondents’ s. 12 claim” (para. 97).

[182] With respect, I disagree for two reasons. First, if Crown counsel becomes aware of facts suggesting that the initial election was not appropriate, he or she can stay the indictment and initiate summary proceedings: see *Criminal Code*, ss. 579 and 786(2).⁴ Second, even if Crown counsel does not re-elect in this manner, it is always open to the judge to find a *per se* abuse of process where the mandatory minimum would be grossly disproportionate for a particular offender.

D. *Applying the Section 12 Framework*

[183] I now apply this framework to each of the cases before us.

(1) Application to Mr. Nur

[184] Code J. found that, prior to the enactment of the three-year mandatory minimum, the sentencing range for a first offence under s. 95 was a term of imprisonment between two years less a day and three years: *Nur* sentencing reasons, at para. 42. Thus, the low end of the range is around two years less a day. The three-year mandatory minimum for a first offence under s. 95(2) is not, in my view, grossly disproportionate to this low end. Therefore,

⁴ Within six months of the date of the offence, the Crown may do so unilaterally; if six months have passed, the consent of the accused would be required: see *Criminal Code*, s. 786(2).

[181] Je tiens à clarifier un autre point. La Juge en chef souligne que le ministère public effectue son choix tôt dans le processus, à un moment où tous les faits liés à l’infraction ne sont pas encore connus. La poursuite pourrait donc faire un choix inapproprié pour découvrir ensuite l’existence de circonstances atténuantes. Selon la Juge en chef, « [l]a possibilité que le poursuivant opte pour la procédure sommaire ne permet donc pas de réfuter l’allégation des intimés fondée sur l’art. 12 » (par. 97).

[182] Sauf le respect dû à ma collègue, je diffère d’opinion pour deux raisons. Premièrement, si le ministère public apprend l’existence de faits indiquant que le choix initial n’était pas le bon, il peut ordonner l’arrêt des procédures et engager une procédure sommaire (voir l’art. 579 et le par. 786(2) du *Code criminel*⁴). Deuxièmement, même si le ministère public ne revient pas ainsi sur sa décision, le tribunal peut toujours conclure à l’abus de procédure en soi lorsque la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée en ce qui concerne le délinquant en cause.

D. *L’application du cadre d’analyse relatif à l’art. 12*

[183] Appliquons maintenant ce cadre d’analyse à chacune des affaires dont nous sommes saisis.

(1) Application à M. Nur

[184] Le juge Code conclut qu’avant l’application de la peine minimale obligatoire de trois ans, la fourchette des peines infligées pour une première infraction à l’art. 95 allait de deux ans moins un jour à trois ans d’emprisonnement (motifs de détermination de la peine dans *Nur*, par. 42). La peine correspondant à l’extrémité inférieure de la fourchette était donc d’environ deux ans moins un jour d’emprisonnement. La peine minimale obligatoire

⁴ Le ministère public peut le faire de façon unilatérale dans les six mois suivant l’infraction; après ce délai, le consentement de l’accusé est nécessaire (voir le par. 786(2) du *Code criminel*).

at the first stage, the mandatory minimum does not violate s. 12.

[185] Mr. Nur's concession that a three-year sentence is not grossly disproportionate in his case disposes of the second stage.

(2) Application to Mr. Charles

[186] In her oral reasons for sentencing, Backhouse J. did not refer to the sentencing range for a second or subsequent offence prior to the enactment of the five-year mandatory minimum: 2010 ONSC 5437, 262 C.C.C. (3d) 120. However, as noted by Code J., while the sentencing range for a first offence was between two years less a day and three years, "[m]uch longer sentences were imposed for recidivists": *Nur* sentencing reasons, at para. 42. It is clear, then, that a second or subsequent offence would have attracted a sentence considerably longer than three years — at the very least, in the range of four or five years. The present five-year mandatory minimum is not grossly disproportionate to the previous low end of the range for second or subsequent offences under s. 95.

[187] Like Mr. Nur, Mr. Charles concedes that the mandatory minimum is not grossly disproportionate in his case.

[188] I thus conclude that neither the sentencing scheme itself, nor its application to Mr. Nur or Mr. Charles, offends s. 12 of the *Charter*.

de trois ans que prévoit actuellement le par. 95(2) pour une première infraction n'est pas, à mon sens, totalement disproportionnée à la peine qui correspondait auparavant à l'extrémité inférieure de la fourchette. La peine minimale obligatoire ne viole donc pas l'art. 12 à la première étape du contrôle.

[185] Comme M. Nur reconnaît qu'une peine de trois ans d'emprisonnement n'est pas totalement disproportionnée dans son cas, la deuxième étape du contrôle est aussi franchie.

(2) Application à M. Charles

[186] Dans ses motifs de détermination de la peine prononcés à l'audience, la juge Backhouse ne fait pas état de la fourchette des peines infligées en cas de récidive avant l'application de la peine minimale obligatoire de cinq ans (2010 ONSC 5437, 262 C.C.C. (3d) 120). Cependant, comme le souligne le juge Code, même si la fourchette des peines infligées pour une première infraction allait de deux ans moins un jour à trois ans d'emprisonnement, [TRADUCTION] « [d]es peines beaucoup plus longues étaient imposées aux récidivistes » (motifs de détermination de la peine dans *Nur*, par. 42). Il est donc clair qu'une récidive aurait entraîné une peine d'emprisonnement de bien plus de trois ans — à tout le moins quatre ou cinq ans. La peine minimale obligatoire actuelle de cinq ans d'emprisonnement n'est pas totalement disproportionnée aux peines de l'extrémité inférieure de la fourchette qui étaient auparavant infligées sous le régime de l'art. 95 en cas de récidive.

[187] À l'instar de M. Nur, M. Charles reconnaît que la peine minimale obligatoire n'est pas totalement disproportionnée en ce qui le concerne.

[188] J'estime donc que ni le régime de détermination de la peine comme tel, ni son application à M. Nur ou à M. Charles ne contreviennent à l'art. 12 de la *Charte*.

IV. Part 3: Analysis Under Section 7

[189] I now turn to the s. 7 arguments raised in each of the cases before us.

A. *Mr. Nur*

[190] Mr. Nur challenges the sentencing scheme in s. 95(2) as arbitrary in violation of s. 7. His challenge relates to the two-year “gap” between the maximum penalty of one year where the Crown proceeds summarily, and the minimum penalty of three years where the Crown proceeds by indictment. Mr. Nur concedes that the purpose of the three-year mandatory minimum is to denounce and deter gun crime: R.F., at para. 76. Nevertheless, he submits that the gap is arbitrary because it “frustrates the flexibility of the hybrid scheme and . . . is not related to any identifiable legislative objective” (para. 77). Specifically, it “undermines . . . flexibility by constraining Crown discretion and driving more offences into the indictable category” (para. 83).

[191] With respect, I am not persuaded by this submission. I do not gainsay the possibility that, in other circumstances, this type of gap might raise s. 7 concerns. However, no such concerns arise here. As Mr. Nur acknowledges, Parliament’s primary objective is to denounce and deter gun crime. The legislative history and the jurisprudence on s. 95 make clear that the vast majority of conduct captured by this offence is inherently dangerous and warrants a significant term of imprisonment. Yet, Parliament has also recognized the possibility of rare, licensing-type cases, and created a safety valve which provides the option of summary proceedings.

[192] Seen in this light, there is nothing arbitrary about the sentencing scheme. On the contrary, the

IV. Partie 3 : L’analyse au regard de l’art. 7

[189] Passons maintenant aux prétentions relatives à l’art. 7 formulées dans chacun des pourvois.

A. *M. Nur*

[190] M. Nur conteste le régime de détermination de la peine établi au par. 95(2) au motif qu’il est arbitraire et viole ainsi l’art. 7. Il dénonce l’« écart » de deux ans entre la peine maximale d’un an qui peut être imposée lorsque le ministère public opte pour la procédure sommaire, et la peine minimale de trois ans qui s’applique lorsqu’il opte pour la mise en accusation. M. Nur reconnaît que la peine minimale obligatoire de trois ans d’emprisonnement vise à dénoncer les crimes liés aux armes à feu et à décourager leur perpétration (m.i., par. 76). Il soutient néanmoins que cet écart est arbitraire en ce qu’il [TRADUCTION] « nuit à la souplesse du régime mixte et [. . .] n’est lié à aucun objectif législatif déterminable » (par. 77). Plus précisément, il « compromet cette souplesse en limitant le pouvoir discrétionnaire du ministère public et en faisant en sorte que plus d’infractions soient punissables par voie de mise en accusation » (par. 83).

[191] Soit dit en tout respect, cet argument ne me convainc pas. Je ne nie pas qu’un tel écart puisse, dans d’autres circonstances, soulever des préoccupations fondées sur l’art. 7. Ce n’est toutefois pas le cas en l’espèce. Comme le reconnaît M. Nur, l’objectif principal du législateur est de dénoncer les crimes liés aux armes à feu et de décourager leur perpétration. L’historique législatif de l’art. 95 et la jurisprudence relative à cette disposition indiquent clairement que la vaste majorité des actes visés par cette infraction sont dangereux en soi et justifient une peine d’emprisonnement importante. Toutefois, le législateur a également reconnu que, dans de rares cas, la disposition peut s’appliquer à une infraction de type réglementaire, de sorte qu’il a créé une soupape qui permet alors d’opter pour la procédure sommaire.

[192] Considéré sous cet angle, le régime de détermination de la peine n’a rien d’arbitraire. Au

scheme has a clear connection to Parliament's objectives. It reserves more lenient sentences for the least blameworthy offenders. At the same time, for the vast majority of offenders, it imposes strict mandatory minimum penalties which are consistent with the goals of denunciation and deterrence. Accordingly, the two-year gap in s. 95(2) does not offend s. 7 of the *Charter*.

B. *Mr. Charles*

[193] For his part, Mr. Charles makes two additional s. 7 arguments. He is subject to a five-year mandatory minimum under s. 95(2)(a)(ii) since his s. 95(1) conviction constitutes a "second or subsequent offence". Section 84(5) provides a list of offences that may trigger the application of this five-year mandatory minimum. A prior conviction for any of the listed offences makes a later s. 95(1) conviction a "second or subsequent offence". Section 84(6) specifies that, for the purposes of s. 84(5), "the only question to be considered is the sequence of convictions and no consideration shall be given to the sequence of commission of offences".

[194] Mr. Charles's first argument pertains to the list of offences in s. 84(5). He argues that the inclusion of "less serious" or "non-firearm offences" in this list renders the provision overbroad in violation of s. 7. In particular, he points to two listed offences which he considers to be examples of "less serious" and "non-firearm offences": committing an indictable offence using an imitation firearm contrary to s. 85(2), and breaching a prohibition order contrary to s. 117.01(1).

[195] I would not give effect to this submission. On this point, I am substantially in agreement with Cronk J.A.'s reasons at the Court of Appeal: *R. v. Charles*, 2013 ONCA 681, 117 O.R. (3d) 456. As she notes, Mr. Charles's assertion "minimizes the seriousness of the conduct prohibited by" ss. 85(2) and 117.01(1), and "ignores the purpose of the provisions and their role in Parliament's firearms control scheme" (para. 94). These offences are serious,

contraire, il a un lien manifeste avec les objectifs du législateur. Il réserve des peines plus clémentes aux délinquants les moins blâmables, tout en imposant à la vaste majorité des délinquants des peines minimales obligatoires strictes qui sont compatibles avec les objectifs de dénonciation et de dissuasion. En conséquence, l'écart de deux ans que comporte le par. 95(2) ne porte pas atteinte au droit garanti à l'art. 7 de la *Charte*.

B. *M. Charles*

[193] Pour sa part, M. Charles avance deux autres arguments liés à l'art. 7. Il encourt la peine minimale obligatoire de cinq ans d'emprisonnement prévue au sous-al. 95(2)a)(ii) du fait que sa déclaration de culpabilité fondée sur le par. 95(1) emporte « récidive ». Le paragraphe 84(5) énumère les infractions susceptibles d'entraîner l'application de la peine minimale obligatoire de cinq ans. La personne déclarée coupable de l'infraction prévue au par. 95(1) est en état de « récidive » lorsqu'elle a précédemment été déclarée coupable de l'une ou l'autre des infractions énumérées au par. 84(5). Le paragraphe 84(6) précise que, pour l'application du par. 84(5), « il est tenu compte de l'ordre des déclarations de culpabilité et non de l'ordre de perpétration des infractions ».

[194] Le premier argument de M. Charles a trait aux infractions énumérées au par. 84(5). Il soutient que certaines d'entre elles sont [TRADUCTION] « moins graves » ou « non liées aux armes à feu », ce qui confère à la disposition une portée excessive, contrairement à l'art. 7. Il en relève deux en particulier : usage d'une fausse arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel, contrairement au par. 85(2), et non-respect d'une ordonnance d'interdiction, contrairement au par. 117.01(1).

[195] Je ne puis lui donner raison. Sur ce point, je souscris pour l'essentiel aux motifs de la juge Cronk de la Cour d'appel (*R. c. Charles*, 2013 ONCA 681, 117 O.R. (3d) 456). Comme elle le fait remarquer, M. Charles [TRADUCTION] « minimise la gravité du comportement qu'interdisent » les par. 85(2) et 117.01(1) et « fait abstraction de l'objet de ces dispositions et de leur rôle dans le régime législatif de contrôle des armes à feu » (par. 94). Ces

even when they do not involve the use of a firearm. Their inclusion in s. 84(5) does not, in my view, result in overbreadth.

[196] Second, Mr. Charles submits that the application of s. 84(6) may be unconstitutionally arbitrary in some situations. Under that provision, it is the order of convictions, and not the order in which offences are committed, that determines whether an offence counts as “second or subsequent”. Thus, an offender who *first* commits a s. 95(1) offence and *later* commits a listed offence under s. 84(5) could still be subject to the five-year mandatory minimum if the conviction for the later offence happens to be entered first. In his view, this leads to an arbitrary result.

[197] This argument is purely hypothetical. The two offences that trigger the five-year mandatory minimum in Mr. Charles’s case were both committed and had convictions registered prior to his commission of the s. 95 offence. Assuming without deciding that s. 84(6) is unconstitutional, Mr. Charles’s situation would remain the same. If s. 84(6) were struck down, this would revive the long-standing common law rule described in *R. v. Skolnick*, [1982] 2 S.C.R. 47:

The general rule is that before a severer penalty can be imposed for a second or subsequent offence, the second or subsequent offence must have been committed after the first or second conviction, as the case may be [p. 58]

Applying this common law rule, Mr. Charles would still be subject to a five-year mandatory minimum. As such, I would respectfully decline to pronounce on the constitutionality of s. 84(6).

[198] In sum, I would not accede to any of the s. 7 arguments. The sentencing scheme in s. 95(2) passes constitutional muster.

infractions sont graves, même si elles ne comportent pas l’utilisation d’une arme à feu. J’estime que leur inclusion au par. 84(5) ne confère pas une portée excessive à cette disposition.

[196] Deuxièmement, M. Charles soutient que l’application du par. 84(6) peut parfois être arbitraire au point d’être inconstitutionnelle. Suivant cette disposition, c’est l’ordre des déclarations de culpabilité, et non l’ordre de perpétration des infractions, qui détermine si une infraction constitue ou non une « récidive ». Ainsi, le délinquant qui commet *d’abord* l’infraction prévue au par. 95(1), *puis* une infraction énumérée au par. 84(5), peut encourir la peine minimale obligatoire de cinq ans même si la déclaration de culpabilité relative à la seconde infraction intervient en premier. Le résultat est selon lui arbitraire.

[197] L’argument est purement hypothétique. Dans le cas de M. Charles, les deux infractions qui emportent l’application de la peine minimale obligatoire de cinq ans d’emprisonnement ont été commises — et ont donné lieu à des déclarations de culpabilité — avant la perpétration de l’infraction prévue à l’art. 95. À supposer, sans en décider, que le par. 84(6) est inconstitutionnel, la situation de M. Charles reste la même. L’invalidation du par. 84(6) redonnerait vie à la règle de common law établie de longue date et définie dans l’arrêt *R. c. Skolnick*, [1982] 2 R.C.S. 47 :

La règle générale veut que pour qu’on puisse imposer une sentence plus sévère pour une deuxième infraction ou une infraction subséquente, la deuxième infraction ou l’infraction subséquente doit avoir été commise après la première ou la deuxième condamnation, selon le cas [p. 58]

Si l’on appliquait cette règle de common law, M. Charles demeurerait passible d’une peine minimale obligatoire de cinq ans d’emprisonnement. Je ne me prononce donc pas sur la constitutionnalité du par. 84(6).

[198] En somme, je ne puis faire droit à aucun des arguments relatifs à l’art. 7. Le régime de détermination de la peine établi au par. 95(2) est bel et bien constitutionnel.

V. Conclusion

[199] Section 95 represents Parliament's considered response to the pressing problem of gun violence in our communities. Parliament chose to craft a wide-reaching offence to denounce and deter serious criminal activity with lengthy mandatory minimums. At the same time, it provided a safety valve to divert the least serious cases into summary proceedings carrying no minimum sentence. With respect, I see no reason to second-guess Parliament based on hypotheticals that do not accord with experience or common sense. Nor, on my proposed framework, is there any sound basis for disturbing the extensive deliberations of our elected representatives on this important issue. I would allow the appeals, and uphold the constitutional validity of s. 95(2).

Appeals dismissed, ROTHSTEIN, MOLDAVER and WAGNER JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant Her Majesty The Queen: Attorney General of Ontario, Toronto.

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

Solicitors for the respondent Hussein Jama Nur: Derstine Penman, Toronto.

Solicitors for the respondent Sidney Charles: Edward H. Royle & Associates, Toronto; Dawe & Dineen, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

V. Conclusion

[199] L'article 95 représente la solution que le législateur a apportée après mûre réflexion au problème urgent que constituent dans nos collectivités les crimes violents perpétrés avec des armes à feu. Afin de dénoncer des actes criminels graves et de décourager leur perpétration, le législateur a créé une infraction de large portée assortie de longues peines minimales obligatoires. Parallèlement, il a prévu une soupape qui permet d'aiguiller les cas les moins graves vers la procédure sommaire, laquelle n'expose à aucune peine minimale. Soit dit en tout respect, je ne vois aucune raison de remettre en question cette mesure législative sur le fondement d'hypothèses qui ne s'appuient ni sur l'expérience ni sur le bon sens. Rien ne justifie non plus, suivant le cadre d'analyse que je propose, de revenir sur les longues délibérations de nos élus sur cet enjeu important. Je suis d'avis d'accueillir les pourvois et de confirmer la constitutionnalité du par. 95(2).

Pourvois rejetés, les juges ROTHSTEIN, MOLDAVER et WAGNER sont dissidents.

Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

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

Procureurs de l'intimé Hussein Jama Nur : Derstine Penman, Toronto.

Procureurs de l'intimé Sidney Charles : Edward H. Royle & Associates, Toronto; Dawe & Dineen, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Solicitors for the intervener the Pivot Legal Society: McCarthy Tétrault, Vancouver; Pivot Legal Society, Vancouver.

Solicitors for the intervener the John Howard Society of Canada: Barnes Sammon, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.

Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Kapoor Barristers, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Peck and Company, Vancouver.

Solicitors for the intervener Canada's National Firearms Association: Edelson Clifford D'Angelo Friedman, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Association for Community Living: Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.

Solicitors for the intervener the African Canadian Legal Clinic: Faisal Mirza Professional Corporation, Toronto; African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Pivot Legal Society : McCarthy Tétrault, Vancouver; Pivot Legal Society, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Société John Howard du Canada : Barnes Sammon, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Advocates' Society : Kapoor Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Peck and Company, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne pour les armes à feu : Edelson Clifford D'Angelo Friedman, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne pour l'intégration communautaire : Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Clinique juridique africaine canadienne : Faisal Mirza Professional Corporation, Toronto; Clinique juridique africaine canadienne, Toronto.