

Edward Dewey Smith *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General for Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. SMITH (EDWARD DEWEY)

File No.: 18561.

1985: December 10; 1987: June 25.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Chouinard*,
Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest J.J.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Minimum sentence for importing narcotics notwithstanding degrees of seriousness of the offence — Whether or not minimum sentence cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of Charter — If so, whether or not justifiable under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12 — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 5(2).

Appellant pleaded guilty to importing seven and a half ounces of cocaine into Canada contrary to s. 5(1) of the *Narcotic Control Act*. Before submissions on sentencing were made the accused challenged the constitutional validity of the seven-year minimum sentence imposed by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* as being inconsistent with ss. 7, 9 and 12 of the *Charter*. The trial judge found the minimum mandatory imprisonment of seven years in s. 5(2) to be cruel and unusual punishment contrary to the *Charter* because of the potential disproportionality of the mandatory sentence. He nevertheless imposed an eight-year sentence. The Court of Appeal ruled that s. 5(2) was not inconsistent with the *Charter* and found the sentence imposed to be appropriate. The constitutional question before the Court was whether or not s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* was contrary to the *Charter*, and in particular, to ss. 7, 9 and 12.

Held (McIntyre J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and Lamer J.: The minimum sentence provided for by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Edward Dewey Smith *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. SMITH (EDWARD DEWEY)

b

N° du greffe: 18561.

1985: 10 décembre; 1987: 25 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre,
Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

c

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Prescription d'une peine minimale pour l'importation de stupéfiants indépendamment de la gravité de l'infraction — La peine minimale est-elle cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12 — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 5(2).

L'appelant a plaidé coupable à l'accusation d'importation au Canada de sept onces et demie de cocaïne, contrairement au par. 5(1) de la *Loi sur les stupéfiants*. Avant que ne soient faites les représentations sur la sentence, l'accusé a contesté la constitutionnalité de la peine minimale de sept ans qu'impose le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, pour le motif qu'elle est incompatible avec les art. 7, 9 et 12 de la *Charte*. Le juge de première instance a conclu que l'emprisonnement obligatoire minimum de sept ans que prescrit le par. 5(2) constitue une peine cruelle et inusitée contraire à la *Charte*, en raison de la disproportion potentielle de la peine obligatoire. Il a néanmoins infligé une peine de huit ans. La Cour d'appel a décidé que le par. 5(2) n'est pas incompatible avec la *Charte* et a conclu que la sentence imposée était appropriée. La question constitutionnelle dont la Cour est saisie est de savoir si le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* est contraire à la *Charte* et, en particulier, aux art. 7, 9 et 12.

Arrêt (le juge McIntyre est dissident): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et le juge Lamer: La peine minimale prescrite par le par. 5(2) de la *Loi sur les*

* Le juge Chouinard n'a pas pris part au jugement.

breaches s. 12 of the *Charter* and this breach is not justified under s. 1.

The undisputed fact that the purpose of s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* is constitutionally valid is not a bar to an analysis of s. 5(2) in order to determine if the mandatory minimum sentence will oblige the judge to impose a cruel and unusual punishment and thereby is a *prima facie* violation of s. 12; if it is, it must be reconsidered under s. 1 as to purpose and any other considerations relevant to determining whether the impugned legislation may be salvaged.

The protection offered by s. 12 of the *Charter* governs the quality of the punishment and is concerned with the effect that the punishment may have on the person on whom it is imposed. The test for review under s. 12 of the *Charter* is one of gross disproportionality because s. 12 is aimed at punishments more than merely excessive. The court in assessing whether a sentence is grossly disproportionate must consider the gravity of the offence, the personal characteristics of the offender, and the particular circumstances of the case to determine what range of sentences would have been appropriate to punish, rehabilitate, deter or protect society from this particular offender. The court must also measure the effect of the sentence, which is not limited to its quantum or duration but includes also its nature and the conditions under which it is applied. The determination of whether the punishment is necessary to achieve a valid penal purpose, whether it is founded on recognized sentencing principles and whether valid alternative punishments exist, are all guidelines, not determinative of themselves, to help assess whether a sentence is grossly disproportionate. Arbitrariness is a minimal factor in determining whether a punishment or treatment is cruel and unusual.

The minimum term of imprisonment provided for by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* fails the proportionality test and therefore *prima facie* infringes the guarantees established by s. 12 of the *Charter*. A minimum mandatory term of imprisonment is not in and of itself cruel and unusual. The Legislature may provide for a compulsory term of imprisonment upon conviction for certain offences without infringing the rights protected by s. 12 of the *Charter*. A guilty verdict under s. 5(1), however, will inevitably lead to the imposing of a totally disproportionate term of imprisonment for s. 5(1) covers many substances of varying degrees of danger, totally disregards the quantity imported and treats as irrelevant the reason for importing and the existence of any previ-

stupéfiants viole l'art. 12 de la *Charte* et cette violation n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.

Le fait incontesté que l'objet du par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* est constitutionnel n'empêche pas d'analyser ce paragraphe afin de déterminer si la peine minimale prescrite a pour effet d'obliger le juge à imposer une peine cruelle et inusitée, et si elle viole ainsi à première vue l'art. 12; dans l'affirmative, il doit être réexaminé, en vertu de l'article premier, sous l'angle de son objet et de toute autre considération utile pour déterminer si la loi attaquée peut être sauvegardée.

La protection accordée par l'art. 12 de la *Charte* régit la qualité de la peine et vise l'effet que la peine peut avoir sur la personne à qui elle est infligée. Le critère applicable à l'examen en vertu de l'art. 12 de la *Charte* est celui de la disproportion exagérée, étant donné que cet article vise les peines qui sont plus que simplement excessives. En vérifiant si une peine est exagérément disproportionnée, le tribunal doit prendre en considération la gravité de l'infraction commise, les caractéristiques personnelles du contrevenant et les circonstances particulières de l'affaire afin de déterminer quelles peines auraient été appropriées pour punir, réhabiliter ou dissuader ce contrevenant particulier ou pour protéger la société contre ce dernier. Le tribunal doit aussi évaluer l'effet de la peine qui ne se limite pas à l'importance ou à la durée de cette peine, mais comprend aussi sa nature et les circonstances dans lesquelles elle est imposée. Les questions de savoir si la peine est nécessaire pour atteindre un objectif pénal régulier, si elle est fondée sur des principes reconnus en matière de détermination de la sentence et s'il existe des solutions de rechange valables à la peine imposée, constituent des lignes directrices qui, sans être décisives en elles-mêmes, aident à vérifier si la peine est exagérément disproportionnée. Le caractère arbitraire constitue un facteur minime pour ce qui est de déterminer si une peine ou un traitement est cruel et inusité.

La peine minimale d'emprisonnement prescrite par le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* n'est pas conforme au critère de la proportionnalité et viole donc à première vue les garanties établies par l'art. 12 de la *Charte*. Une peine minimale obligatoire d'emprisonnement n'est pas cruelle et inusitée en soi. Le législateur peut prescrire une peine obligatoire d'emprisonnement dans le cas d'une déclaration de culpabilité de certaines infractions sans porter atteinte aux droits garantis par l'art. 12 de la *Charte*. Cependant, un verdict de culpabilité en vertu du par. 5(1) entraînera inévitablement l'imposition d'une peine d'emprisonnement tout à fait disproportionnée, car le par. 5(1) vise de nombreuses substances plus ou moins dangereuses, ne tient absolument pas compte de la

ous convictions. The effect of the minimum is to insert the certainty that, in some cases, a violation will occur on conviction. It is this certainty, and not just the potential, which causes s. 5(2) to violate *prima facie* s. 12. The minimum must, subject to s. 1, be declared of no force or effect.

The section cannot be salvaged by relying on the discretion of the prosecution not to charge for importation in those cases where conviction, in the opinion of the prosecution, would result in a violation of the *Charter*. To do so would be to disregard totally s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

The section, too, cannot be salvaged under s. 1 of the *Charter*. The first criterion under s. 1 was met: the fight against the importing and trafficking of hard drugs is an objective of sufficient importance to override a constitutionally protected right. The second criterion—proportionality of the means chosen—was not met. The minimum will surely deter people from importing narcotics. However, it is not necessary to sentence the small offenders to seven years in prison in order to deter the serious offender.

Per Wilson J.: Section 12 of the *Charter*, although primarily concerned with the nature or type of treatment or punishment, is not confined to punishments which are in their nature cruel and extends to those that are "grossly disproportionate". The mandatory imposition of the minimum seven-year sentence provided in s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* on a youthful offender with no previous record would contravene s. 12 of the *Charter* in that it would be a cruel and unusual punishment "so excessive as to outrage standards of decency". The mandatory feature of s. 5(2) is not saved by s. 1 because the means employed to achieve the legitimate government objective of controlling the importation of drugs impairs the right protected by s. 12 of the *Charter* to a greater degree than necessary.

The arbitrary nature of the mandatory minimum sentence is fundamental to its designation as cruel and unusual under s. 12 of the *Charter*. The seven-year minimum sentence is not *per se* cruel and unusual but it becomes so because it must be imposed regardless of the circumstances of the offence or the offender. Its arbitrary imposition will inevitably result in some cases in a legislatively ordained grossly disproportionate sentence.

quantité de drogue importée et juge sans importance le motif de l'importation et l'existence de condamnations antérieures. Le minimum a pour effet de créer la certitude que, dans certains cas, dès qu'il y aura déclaration de culpabilité, la violation se produira. C'est cet élément de certitude, et non uniquement la potentialité, qui fait que le par. 5(2) viole à première vue l'art. 12. Le minimum doit, sous réserve de l'article premier, être déclaré inopérant.

L'article ne peut être sauvegardé en invoquant le pouvoir discrétionnaire qu'a le ministère public de ne pas porter d'accusation d'importation dans les cas où il estime que cela entraînerait une violation de la *Charte*. Ce serait là ignorer totalement l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'article ne saurait pas plus être sauvegardé en vertu de l'article premier de la *Charte*. Le premier critère applicable en vertu de l'article premier est respecté: la lutte contre l'importation et le trafic des drogues dures est un objectif suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Le second critère, savoir la proportionnalité du moyen choisi, ne l'est pas. Le minimum a sûrement pour effet de dissuader les gens d'importer des stupéfiants. Cependant, il n'est pas nécessaire de condamner les petits contrevenants à sept ans de prison pour dissuader l'auteur d'une infraction grave.

Le juge Wilson: L'article 12 de la *Charte*, s'il porte avant tout sur la nature ou le type de traitement ou de peine, n'est pas limité aux peines cruelles par nature mais vise aussi celles qui sont «exagérément disproportionnées». L'imposition obligatoire de la peine minimale de sept ans prévue au par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* à un jeune contrevenant sans antécédents judiciaires contreviendrait à l'art. 12 de la *Charte* en ce sens qu'elle constituerait une peine cruelle et inusitée, «excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine». L'article premier ne permet pas de sauvegarder le par. 5(2), dans la mesure où ce paragraphe ne donne pas le choix, parce que le moyen utilisé pour atteindre l'objectif gouvernemental légitime de refréner l'importation de drogues porte atteinte, plus qu'il n'est nécessaire, aux droits garantis par l'art. 12 de la *Charte*.

La nature arbitraire de la peine minimale obligatoire est fondamentale pour ce qui est de la qualifier de cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte*. La peine minimale de sept ans n'est en soi ni cruelle ni inusitée, mais elle le devient du fait qu'elle doit être imposée sans égard aux circonstances de l'infraction ni à la situation du contrevenant. Son imposition arbitraire entraîne inévitablement, dans certains cas, une sentence exagérément disproportionnée prescrite par la loi.

Some punishments may be cruel and unusual within the meaning of s. 12 without being arbitrarily imposed while others may be arbitrary within the meaning of s. 9 without also being cruel and unusual. Sections 9 and 12 are not mutually exclusive.

Per Le Dain J.: Imprisonment for seven years for the unauthorized importation or exportation of a small quantity of cannabis for personal use would be cruel and unusual punishment within the meaning of s. 12 of the *Charter* and for this reason the words "but not less than seven years" in s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* must be held to be of no force or effect. Notwithstanding his conclusion to the contrary, the test for cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter* should generally be that of McIntyre J., including his approach to the application of disproportionality and arbitrariness. Punishment found to be cruel and unusual could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

The mandatory minimum sentence of seven years' imprisonment cannot be held to be valid on its face because of the general seriousness of the offence created by s. 5(1), subject to the power of a court to find that it is constitutionally inapplicable in a particular case. Such an approach must be rejected because of the uncertainty it would create and the prejudicial effects which the assumed validity or application of the mandatory minimum sentence provision might have in particular cases. In coming to this conclusion no assumption is made as to whether the mandatory minimum sentence provision in s. 5(2) might be restructured in such a manner, with distinctions as to nature of narcotic, quantities, purpose and possibly prior conviction, as to survive further challenge and still be a feasible and workable legislative alternative with respect to the suppression of a complex and multi-faceted phenomenon.

With respect to the question of interest or standing, an accused should be recognized as having standing to challenge the constitutional validity of a mandatory minimum sentence, whether or not, as applied to his case, it would result in cruel and unusual punishment. In such a case the accused has an interest in having the sentence considered without regard to a constitutionally invalid mandatory minimum sentence provision.

Per La Forest J.: While in substantial agreement with Lamer J., nothing was said about the role of arbitrariness in determining whether there has been cruel and unusual treatment or punishment.

Certaines peines peuvent être cruelles et inusitées au sens de l'art. 12 sans être imposées arbitrairement, alors que d'autres peuvent être arbitraires au sens de l'art. 9 sans pour autant être cruelles et inusitées. Les articles 9 et 12 ne s'excluent pas mutuellement.

Le juge Le Dain: La peine de sept ans d'emprisonnement pour l'importation ou l'exportation illicite d'une faible quantité de cannabis destinée à l'usage personnel serait cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte* et, pour cette raison, les mots «mais encourt un emprisonnement d'au moins sept ans», figurant au par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, doivent être déclarés inopérants. Malgré la conclusion à laquelle il arrive, le critère applicable pour déterminer si une peine est cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte* devrait, en général, être celui formulé par le juge McIntyre, y compris la façon dont il aborde l'application des critères du caractère disproportionné et du caractère arbitraire. Une peine jugée cruelle et inusitée ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

La peine minimale obligatoire de sept ans d'emprisonnement ne saurait être jugée valide à première vue en raison de la gravité générale de l'infraction créée par le par. 5(1), sous réserve du pouvoir que détiennent les tribunaux de conclure qu'elle va à l'encontre de la Constitution dans un cas donné. Une telle solution doit être rejetée en raison de l'incertitude qu'elle créerait et des effets préjudiciables que pourrait avoir, dans des cas particuliers, la présomption de la validité ou de l'applicabilité de la peine minimale obligatoire. En arrivant à cette conclusion, aucune hypothèse n'est formulée quant à savoir si la disposition du par. 5(2) qui prescrit la peine minimale obligatoire, pourrait être ainsi restructurée, avec des distinctions quant à la nature et à la quantité des stupéfiants, quant au but de la possession de ceux-ci et peut-être aussi quant aux déclarations de culpabilité antérieures, de manière à pouvoir résister à toute attaque future tout en conservant son caractère de mesure législative pratique et utile permettant la répression d'un phénomène complexe et multidimensionnel.

En ce qui concerne la question de l'intérêt ou de la qualité pour agir, on devrait reconnaître à un accusé la qualité pour contester la constitutionnalité d'une peine minimale obligatoire, indépendamment de la question de savoir si, dans son cas, cette peine serait cruelle et inusitée. Dans un tel cas, l'accusé a intérêt à ce que la peine soit considérée sans égard à une disposition inconstitutionnelle qui prescrit une peine minimale obligatoire.

Le juge La Forest: Tout en étant essentiellement d'accord avec le juge Lamer, rien n'a été dit au sujet du rôle que joue le caractère arbitraire lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu imposition d'une peine ou d'un traitement cruel et inusité.

Per McIntyre J. (dissenting): Section 12 of the *Charter* is a special constitutional provision which is not concerned with general principles of sentencing or with related social problems. Its function is to provide the constitutional outer limit beyond which Parliament, or those acting under parliamentary authority, may not go in imposing punishment or treatment respecting crime or penal detention. Parliament retains, while acting within the limits so prescribed, a full discretion to enact laws and regulations concerning sentencing and penal detention. The courts, on the other hand, in the actual sentencing process have a duty to prevent an incursion into the field of cruel and unusual treatment or punishment and, where there has been no such incursion, to impose appropriate sentences within the permissible limits established by Parliament. In so doing, the courts will apply the general principles of sentencing accepted in the courts in an effort to make the punishment fit the crime and the individual criminal.

The *Charter* right to be free from cruel and unusual punishment or treatment is absolute. The concept is a "compendious expression of a norm" drawn from evolving standards of decency and has been judicially broadened to encompass not only the quality or nature of punishment but also extent or duration under the heading of proportionality. (Proportionality is to be determined on a general rather than an individual basis.) The inclusion of the word "treatment" in the *Charter* has advanced this broadening process for the nature and quality of treatment or conditions under which a sentence is served are now subject to the proscription.

A punishment will be cruel and unusual and violate s. 12 of the *Charter* if it has any one or more of the following characteristics:

- (1) The punishment is of such character or duration as to outrage the public conscience or be degrading to human dignity;
- (2) The punishment goes beyond what is necessary for the achievement of a valid social aim, having regard to the legitimate purposes of punishment and the adequacy of possible alternatives; or
- (3) The punishment is arbitrarily imposed in the sense that it is not applied on a rational basis in accordance with ascertained or ascertainable standards.

Appellant would not be able to show that the minimum punishment in s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* would outrage the public conscience or be degrading to

Le juge McIntyre (dissident): L'article 12 de la *Charte* est une disposition constitutionnelle spéciale qui n'a rien à voir avec les principes généraux de la détermination de la peine ni avec les problèmes sociaux connexes. Il a pour fonction de fixer des bornes constitutionnelles que le Parlement ou les personnes agissant sous son autorité ne peuvent dépasser en imposant une peine ou un traitement relativement aux crimes ou à l'incarcération. Lorsqu'il agit à l'intérieur des limites ainsi fixées, le Parlement conserve un pouvoir discrétionnaire complet d'adopter des lois et des règlements en matière de détermination de la peine et d'incarcération. Par contre, les tribunaux ont le devoir, lorsqu'ils fixent une peine, d'empêcher toute incursion dans le domaine des traitements ou peines cruels et inusités et lorsqu'aucune incursion de ce genre n'a eu lieu, ils ont le devoir d'imposer la peine appropriée selon les limites acceptables fixées par le Parlement. Ce faisant, les tribunaux appliqueront les principes généraux reconnus en matière de détermination de la peine afin de tenter d'adapter la peine à l'infraction commise et au criminel.

Le droit que confère la *Charte* à la protection contre tout traitement ou peine cruel et inusité est absolu. Cette notion est «la formulation concise d'une norme» qui reflète l'évolution des normes de la décence, et des décisions judiciaires l'ont élargi de manière à comprendre non seulement la qualité ou la nature de la peine mais également, sous l'angle de la proportionnalité, sa sévérité ou sa durée. (La proportionnalité doit être déterminée sur une base générale et non individuelle.) La *Charte* a élargi davantage cette notion en incluant dans l'art. 12 le mot «traitements», puisque la nature et la qualité du traitement ou les conditions dans lesquelles une peine est purgée sont désormais visées par l'interdiction.

Une peine est cruelle et inusitée et porte atteinte à l'art. 12 de la *Charte* si elle présente une ou plusieurs des caractéristiques suivantes:

- (1) La peine, de par sa nature ou sa durée, choque la conscience collective ou porte atteinte à la dignité humaine;
- (2) La peine va au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif social régulier, compte tenu des objectifs pénaux légitimes et du caractère adéquat des solutions de rechange possibles; ou
- (3) La peine est infligée arbitrairement en ce sens qu'elle n'est pas infligée sur une base rationnelle conformément à des normes vérifiées ou vérifiables.

L'appelant a été incapable d'établir que la peine minimale du par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* choque la conscience collective ou porte atteinte à la

human dignity, especially when it is considered in the light of the other sentences currently provided for in Canadian law, the length of the sentence actually to be served, and the seriousness of the offence. This sentence did not go beyond what is necessary to achieve the valid social aim of deterring the traffic in drugs; Parliament considered the matter carefully and extensively and there was a want of evidence before the Court as to adequate alternatives capable of realizing this valid social aim. Finally, this punishment was imposed in accordance with standards or principles rationally connected to the purposes of the legislation.

Parliament, in legislating a minimum sentence, merely concluded that the gravity of the offence alone warranted that sentence. The legislation does not restrain the discretion of the trial judge to weigh and consider the circumstances of the offence in determining the length of sentence and it cannot be considered arbitrary and therefore cruel and unusual.

As far as arbitrariness may arise in the actual sentencing process, judicial error will not affect constitutionality and would, ordinarily, be correctable on appeal.

Appellant could not succeed under s. 7 of the *Charter*. Section 7 sets out broad and general rights which often extend over the same ground as other rights set out in the *Charter*. These rights cannot be read so broadly as to render other rights nugatory, and for this reason, s. 7 cannot raise any rights or issues not already considered under s. 12.

Cases Cited

By Lamer J.

Applied: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **considered:** *Miller and Cockriell v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, aff'g [1975] 6 W.W.R. 1, (1975), 24 C.C.C. (2d) 401; *R. v. Shand* (1976), 30 C.C.C. (2d) 23, rev'g (1976), 29 C.C.C. (2d) 199; **referred to:** *Bell v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 471; *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Dick, Penner and Finnigan*, [1965] 1 C.C.C. 171; *Ex parte Kleinys*, [1965] 3 C.C.C. 102; *Re Laporte and The Queen* (1972), 8 C.C.C. (2d) 343; *R. v. Natrall* (1972), 32 D.L.R. (3d) 241; *Ex parte Matticks* (1973), 15 C.C.C. (2d) 213 (S.C.C.), aff'g (1972), 10 C.C.C. (2d) 438; *Pearson v. Lecorre*, Supreme Court of Canada, October 3, 1973, unreported; *R. v. Hatchwell*, [1976] 1 S.C.R. 39, affirming (1973), 14 C.C.C. (2d) 556; *Re Rojas and The Queen* (1978),

dignité humaine spécialement lorsqu'on la considère en fonction des autres peines que prévoit actuellement le droit canadien, de la durée de la peine qui sera réellement purgée ainsi que de la gravité de l'infraction. Cette peine ne va pas au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif social régulier de dissuader les gens de s'adonner au trafic de la drogue; le Parlement a procédé à un examen détaillé et approfondi de la question et la Cour n'a été saisie d'aucun élément de preuve quant à l'existence de solutions de rechange adéquates qui permettraient de réaliser cet objectif social régulier. Enfin, la peine a été imposée conformément à des normes ou à des principes qui ont un lien rationnel avec les objectifs de la mesure législative.

Le Parlement, en fixant une peine minimale, a simplement conclu que la gravité de l'infraction justifiait à elle seule cette peine. La loi ne limite pas le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance d'examiner et d'évaluer les circonstances de l'infraction pour déterminer la durée de la peine et elle ne peut pas être considérée comme arbitraire et donc comme cruelle et inusitée.

Dans la mesure où le processus même de détermination de la peine peut devenir arbitraire, une erreur judiciaire n'influe pas sur la constitutionnalité et peut normalement être corrigée en appel.

L'appelant ne peut invoquer avec succès l'art. 7 de la *Charte*. L'article 7 proclame des droits de nature générale et de portée très large qui recourent parfois les autres droits énoncés dans la *Charte*. On ne saurait donner à ces droits une interprétation large au point de rendre nuls les autres droits et, pour cette raison, l'art. 7 ne peut soulever des droits ou des questions qui n'ont pas déjà été examinés dans le contexte de l'art. 12.

Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts examinés:** *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, conf. [1975] 6 W.W.R. 1, (1975), 24 C.C.C. (2d) 401; *R. v. Shand* (1976), 30 C.C.C. (2d) 23, inf. (1976), 29 C.C.C. (2d) 199; **arrêts mentionnés:** *Bell c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 471; *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. v. Dick, Penner and Finnigan*, [1965] 1 C.C.C. 171; *Ex parte Kleinys*, [1965] 3 C.C.C. 102; *Re Laporte and The Queen* (1972), 8 C.C.C. (2d) 343; *R. v. Natrall* (1972), 32 D.L.R. (3d) 241; *Ex parte Matticks* (1973), 15 C.C.C. (2d) 213 (C.S.C.), conf. (1972), 10 C.C.C. (2d) 438; *Pearson c. Lecorre*, Cour suprême du Canada, le 3 octobre 1973, inédit; *R. c. Hatchwell*, [1976] 1 R.C.S. 39, conf. (1973), 14 C.C.C. (2d) 556; *Re Rojas and The*

40 C.C.C. (2d) 316; *R. v. Buckler*, [1970] 2 C.C.C. 4; *Dowhopoluk v. Martin* (1971), 23 D.L.R. (3d) 42; *R. v. Roestad* (1971), 5 C.C.C. (2d) 564; *McCann v. The Queen*, [1976] 1 F.C. 570, 29 C.C.C. (2d) 337; *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193; *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306; *Belliveau v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 384, 13 C.C.C. (3d) 138; *Piche v. Solicitor-General of Canada* (1984), 17 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336; *R. v. Morrison*, Ont. Co. Ct., Judge Mossop, July 7, 1983, unreported; *In re Gittens*, [1983] 1 F.C. 152, 68 C.C.C. (2d) 438; *R. v. Tobac* (1985), 20 C.C.C. (3d) 49; *R. v. Simon (No. 3)* (1982), 69 C.C.C. (2d) 557; *R. v. Kroeger* (1984), 13 C.C.C. (3d) 277; *R. v. Krug* (1982), 7 C.C.C. (3d) 324; *R. v. Slaney* (1985), 22 C.C.C. (3d) 240; *R. v. Randall and Weir* (1983), 7 C.C.C. (3d) 363; *R. v. Lewis* (1984), 12 C.C.C. (3d) 353; *R. v. Lyons* (1984), 15 C.C.C. (3d) 129; *R. v. Guiller*, Ont. Dist. Ct., Borins Dist. Ct. J., September 23, 1985, unreported; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983); *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

By Wilson J.

Referred to: *Miller and Cockriell v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486.

By McIntyre J. (dissenting)

R. v. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711 (1969); *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518 (1971); *Hobbs v. State*, 32 N.E. 1019 (1893); *McCann v. The Queen*, [1976] 1 F.C. 570, 29 C.C.C. (2d) 337; *Miller and Cockriell v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, aff'g [1975] 6 W.W.R. 1, (1975), 24 C.C.C. (2d) 401; *R. v. Bruce, Wilson and Lucas* (1977), 36 C.C.C. (2d) 158; *In re Gittens*, [1983] 1 F.C. 152, 68 C.C.C. (2d) 438; *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193; *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306; *R. v. Tobac* (1985), 20 C.C.C. (3d) 49; *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958); *R. v. Shand* (1976), 30 C.C.C. (2d) 23; *Re Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233; *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336; *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977); *People v. Broadie*, 371 N.Y.S.2d 471 (1975); *Carmona v. Ward*, 576 F.2d 405 (1978); *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983); *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976); *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977); *R. v. Shand* (1976), 29 C.C.C. (2d) 199 (Ont. Co. Ct.); *Watts v. Indiana*, 338 U.S. 49 (1949); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *R. v. Simon (No. 1)*

Queen (1978), 40 C.C.C. (2d) 316; *R. v. Buckler*, [1970] 2 C.C.C. 4; *Dowhopoluk v. Martin* (1971), 23 D.L.R. (3d) 42; *R. v. Roestad* (1971), 5 C.C.C. (2d) 564; *McCann c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 570, 29 C.C.C. (2d) 337; *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193; *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306; *Belliveau c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 384, 13 C.C.C. (3d) 138; *Piche v. Solicitor-General of Canada* (1984), 17 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336; *R. v. Morrison*, C. de cté Ont., le juge Mossop, le 7 juillet 1983, inédit; *In re Gittens*, [1983] 1 C.F. 152, 68 C.C.C. (2d) 438; *R. v. Tobac* (1985), 20 C.C.C. (3d) 49; *R. v. Simon (No. 3)* (1982), 69 C.C.C. (2d) 557; *R. v. Kroeger* (1984), 13 C.C.C. (3d) 277; *R. v. Krug* (1982), 7 C.C.C. (3d) 324; *R. v. Slaney* (1985), 22 C.C.C. (3d) 240; *R. v. Randall and Weir* (1983), 7 C.C.C. (3d) 363; *R. v. Lewis* (1984), 12 C.C.C. (3d) 353; *R. v. Lyons* (1984), 15 C.C.C. (3d) 129; *R. v. Guiller*, C. de dist. Ont., le juge Borins, le 23 septembre 1985, inédit; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983); *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.

Citée par le juge McIntyre (dissident)

R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711 (1969); *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518 (1971); *Hobbs v. State*, 32 N.E. 1019 (1893); *McCann c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 570, 29 C.C.C. (2d) 337; *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, conf. [1975] 6 W.W.R. 1, (1975), 24 C.C.C. (2d) 401; *R. v. Bruce, Wilson and Lucas* (1977), 36 C.C.C. (2d) 158; *In re Gittens*, [1983] 1 C.F. 152, 68 C.C.C. (2d) 438; *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193; *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306; *R. v. Tobac* (1985), 20 C.C.C. (3d) 49; *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958); *R. v. Shand* (1976), 30 C.C.C. (2d) 23; *Re Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233; *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336; *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977); *People v. Broadie*, 371 N.Y.S.2d 471 (1975); *Carmona v. Ward*, 576 F.2d 405 (1978); *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983); *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976); *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977); *R. v. Shand* (1976), 29 C.C.C. (2d) 199 (C. cté Ont.); *Watts v. Indiana*, 338 U.S. 49 (1949); *Roncarelli v. Duplessis*,

(1982), 68 C.C.C. (2d) 86; *Levitz v. Ryan*, [1972] 3 O.R. 783.

Statutes and Regulations Cited

Bill of Rights, (Eng.), 1 Wm. & M. sess. 2, c. 2, s. 10.
Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 2(a), (b).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 7, 9, 12.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Constitution of the United States of America, Eighth Amendment, Fourteenth Amendment.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 219, 294, 303, 306, 325, 361.
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 222 (1950), art. 3.
International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200 A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc A/6316 (1966), art. 7.
Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288.
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 2, 4, 5(1), (2).
Parole Act, R.S.C. 1970, c. P-2, s. 15, as am.
Parole Regulations, SOR/78-428, ss. 5, 9, as am.
Penitentiary Act, R.S.C. 1970, c. P-6, s. 24, as am.
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc A/810, at 71 (1948), art. 5.

Authors Cited

Berger S. "The Application of the Cruel and Unusual Punishment Clause Under the Canadian Bill of Rights" (1978), 24 *McGill L.J.* 161.
 Canada. Canadian Sentencing Commission. Report of the Canadian Sentencing Commission. *Sentencing Reform: A Canadian Approach*. Ottawa. Canadian Government Publishing Centre, 1987.
 Tarnopolsky, W. S. "Just Deserts or Cruel and Unusual Treatment or Punishment? Where Do We Look for Guidance?" (1978), 10 *Ottawa L. Rev.* 1.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1984), 11 C.C.C. (3d) 411, 39 C.R. (3d) 305, dismissing an appeal from sentence imposed by Wetmore Co. Ct. J. and overturning his ruling finding s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* to be a contravention of s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*,

[1959] R.C.S. 121; *R. v. Simon (No. 1)* (1982), 68 C.C.C. (2d) 86; *Levitz v. Ryan*, [1972] 3 O.R. 783.

Lois et règlements cités

a *Bill of Rights*, (Angl.), 1 Wm. & M. sess. 2, chap. 2, art. 10.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), 7, 9, 12.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 219, 294, 303, 306, 325, 361.
b *Constitution des États-Unis d'Amérique*, Huitième amendement, Quatorzième amendement.
Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 223 (1950), art. 3.
c *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, art. 2a), b).
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 5.
d *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.
Loi sur la libération conditionnelle de détenus, S.R.C. 1970, chap. P-2, art. 15 et mod.
Loi sur les pénitenciers, S.R.C. 1970, chap. P-6, art. 24 et mod.
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 2, 4, 5(1), (2).
e *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 288.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, A.G. Rés. 2200 A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 52, Doc. A/6316 N.U. (1966), art. 7.
f *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus*, DORS/78-428, art. 5, 9 et mod.

Doctrine citée

Berger S. «The Application of the Cruel and Unusual Punishment Clause Under the Canadian Bill of Rights» (1978), 24 *McGill L.J.* 161.
 Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine: *Réformer la sentence: une approche canadienne*. Ottawa, Centre d'édition du gouvernement du Canada, 1987.
 Tarnopolsky, W. S. «Just Deserts or Cruel and Unusual Treatment or Punishment? Where Do We Look for Guidance?» (1978), 10 *Ottawa L. Rev.* 1.

i POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1984), 11 C.C.C. (3d) 411, 39 C.R. (3d) 305, qui a rejeté l'appel de la peine infligée par le juge Wetmore de la Cour de comté et renversé la décision du juge Wetmore portant que le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* est contraire à l'art. 12 de la *Charte cana-*

and hence of no force or effect. Appeal allowed, McIntyre J. dissenting.

A. P. Serka and *Ann Cameron*, for the appellant.

S. David Frankel and *James A. Wallace*, for the respondent.

John C. Pearson, for the intervener the Attorney General for Ontario.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer J. was delivered by

LAMER J.—

Introduction

Those who import and market hard drugs for lucre are responsible for the gradual but inexorable degeneration of many of their fellow human beings as a result of their becoming drug addicts. The direct cause of the hardship cast upon their victims and their families, these importers must also be made to bear their fair share of the guilt for the innumerable serious crimes of all sorts committed by addicts in order to feed their demand for drugs. Such persons, with few exceptions (as an example, the guilt of addicts who import not only to meet but also to finance their needs is not necessarily the same in degree as that of cold-blooded non-users), should, upon conviction, in my respectful view, be sentenced to and actually serve long periods of penal servitude. However, a judge who would sentence to seven years in a penitentiary a young person who, while driving back into Canada from a winter break in the U.S.A., is caught with only one, indeed, let's postulate, his or her first "joint of grass", would certainly be considered by most Canadians to be a cruel and, all would hope, a very unusual judge.

Yet, there is a law in Canada, s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, that gives no judge in the land any other choice.

dienne des droits et libertés et est donc inopérant. Pourvoi accueilli, le juge McIntyre est dissident.

A. P. Serka et *Ann Cameron*, pour l'appelant.

S. David Frankel et *James A. Wallace*, pour l'intimée.

John C. Pearson, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et du juge Lamer rendu par

LE JUGE LAMER—

Introduction

Ceux qui cèdent à l'appât du gain en important et en vendant des drogues dures sont responsables de la dégénérescence progressive mais inexorable d'un bon nombre de leurs semblables, en raison de l'état de dépendance vis-à-vis de la drogue qui se crée chez ces derniers. Du fait qu'ils constituent la cause directe des épreuves que subissent leurs victimes et leurs familles, on doit faire en sorte que ces importateurs assument eux aussi leur juste part de culpabilité pour toutes les sortes de crimes graves innombrables que commettent les toxicomanes en vue de satisfaire à leur besoin de drogue. Avec égards, j'estime que de telles personnes, à quelques rares exceptions près (comme par exemple la culpabilité des toxicomanes qui s'adonnent à l'importation non seulement pour répondre à leurs propres besoins mais aussi pour les défrayer, n'est pas nécessairement aussi grande que celle des non-utilisateurs insensibles), si elles sont déclarées coupables, devraient être condamnées et purger effectivement de longues périodes d'incarcération. Toutefois, la plupart des Canadiens considéreraient cruel, et voire même, très étrange qu'un juge condamne à sept ans de pénitencier 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 d'un seul, et même, postulons-le, de son premier «joint de mari».

Et pourtant, il existe au Canada une règle de droit, soit le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, qui ne laisse à aucun juge du pays d'autre choix.

Section 5 of the *Narcotic Control Act* reads as follows:

5. (1) Except as authorized by this Act or the regulations, no person shall import into Canada or export from Canada any narcotic.

(2) Every person who violates subsection (1) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life but not less than seven years.

While no such case has actually occurred to my knowledge, that is merely because the Crown has chosen to exercise favourably its prosecutorial discretion to charge such a person not with the offence that that person has really committed, but rather with a lesser offence. However, the potential that such a person be charged with importing is there lurking. Added to that potential is the certainty that upon conviction a minimum of seven years' imprisonment will have to be imposed. It is because of that certainty that I find that the minimum mandatory imprisonment found in s. 5(2) is in violation of s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which guarantees to each and every one of us that we shall not be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

The appellant returned to Canada from Bolivia with seven and a half ounces of 85 to 90 percent pure cocaine secreted on his person. He pleaded guilty in the County Court of Vancouver, B.C., to importing a narcotic contrary to s. 5(1) of the *Narcotic Control Act* and was sentenced to eight years in the penitentiary.

The Issue

The following constitutional question which was stated by the Chief Justice is, as a result of appellant's having abandoned all others at the hearing, the only issue in this Court:

Whether the mandatory minimum sentence of seven years prescribed by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1 is contrary to, infringes, or denies the rights and guarantees contained in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and in particular the rights contained in ss. 7, 9 and 12 thereof?

L'article 5 de la *Loi sur les stupéfiants* se lit ainsi:

5. (1) Sauf ainsi que l'autorisent la présente loi ou les règlements, nul ne peut importer au Canada ni exporter hors de ce pays un stupéfiant quelconque.

(2) Quiconque enfreint le paragraphe (1) est coupable d'un acte criminel et peut être condamné à l'emprisonnement à perpétuité, mais encourt un emprisonnement d'au moins sept ans.

Si une telle situation ne s'est jamais présentée à ma connaissance, c'est simplement parce que le ministère public a choisi d'exercer favorablement son pouvoir discrétionnaire d'accuser une telle personne non pas de l'infraction qu'elle a vraiment commise, mais plutôt d'une infraction moindre. Toutefois, la possibilité que cette personne soit accusée d'importation est toujours présente. À cette possibilité s'ajoute la certitude que, s'il y a déclaration de culpabilité, un minimum de sept années d'emprisonnement devra être imposé. C'est à cause de cette certitude que je conclus que l'emprisonnement obligatoire minimal que l'on trouve au par. 5(2) va à l'encontre de l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit à tous et chacun d'entre nous le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

L'appellant est rentré au Canada en provenance de Bolivie avec sept onces et demie de cocaïne pure à 85 ou 90 pour 100, dissimulées sur sa personne. Devant la Cour de comté de Vancouver (C.-B.), il a plaidé coupable à l'accusation d'avoir importé un stupéfiant contrairement au par. 5(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, précitée, et a été condamné à huit ans de pénitencier.

La question en litige

La question constitutionnelle suivante, formulée par le Juge en chef, demeure la seule dont la Cour est saisie, l'appellant ayant abandonné tous ces autres moyens à l'audience:

La sentence minimale obligatoire de sept ans imposée par le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, est-elle contraire ou porte-t-elle atteinte aux droits et garanties énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et, en particulier, aux droits énoncés aux art. 7, 9 et 12?

For reasons I will give later I will address only s. 12 of the *Charter*. Since the appellant does not dispute the constitutionality of the maximum penalty of life imprisonment but only the minimum seven years' imprisonment, the question in issue is therefore limited to whether the concluding six words of s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* will, under certain circumstances, leave the judge no other alternative but that of subjecting those convicted under the section to cruel and unusual punishment.

The Legislation

Importing

Importing has been judicially defined as follows in *Bell v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 471, per McIntyre J., speaking for the majority, at pp. 488-89:

In my view, since the *Narcotic Control Act* does not give a special definition of the word, its ordinary meaning should apply and that ordinary meaning is simply to bring into the country or to cause to be brought into the country.

In separate reasons, Dickson J., as he then was, agreed with this definition; his disagreement was on another aspect of the notion of importing, which is irrelevant to this case.

A Narcotic

A narcotic is defined at s. 2 of the Act:

2. ...

"narcotic" means any substance included in the schedule or anything that contains any substance included in the schedule;

This definition refers to a schedule which lists some twenty substances and the preparations, derivatives, alkaloids and salts thereof, and for some, such as cannabis, the similar synthetic preparations. The schedule covers a wide variety of drugs which range, in dangerousness, from "pot" to heroin.

The purpose of the importing, namely whether it is for trafficking or for personal consumption, and

Pour des raisons que j'exposerai ultérieurement, je ne traiterai que de l'art. 12 de la *Charte*. Comme l'appelant ne conteste pas la constitutionnalité de la peine maximale d'emprisonnement à vie, mais uniquement la peine minimale d'emprisonnement de sept ans, la question en litige se limite donc à déterminer si les neuf mots qui terminent le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* ont pour effet, dans certaines circonstances, de ne laisser au juge d'autre choix que d'assujettir les personnes reconnues coupables en vertu de cette disposition à une peine cruelle et inusitée.

Les dispositions législatives

Importation

Le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, dans l'arrêt *Bell c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 471, définit ainsi l'importation, aux pp. 488 et 489:

À mon avis, puisque la *Loi sur les stupéfiants* ne fournit pas de définition particulière de ce mot, c'est son sens ordinaire qu'il faut retenir, c'est-à-dire simplement d'introduire ou de faire introduire au pays.

Dans des motifs distincts, le juge Dickson, alors juge puîné, se dit d'accord avec cette définition, son désaccord portant sur un autre aspect de la notion d'importation qui est sans importance en l'espèce.

Stupéfiant

L'article 2 de la Loi définit ainsi le terme «stupéfiant»:

2. ...

«stupéfiant» désigne toute substance mentionnée dans l'annexe, ou tout ce qui contient une telle substance;

Cette définition renvoie à une annexe qui énumère quelque vingt substances et leurs préparations, dérivés, alcaloïdes, sels et, pour certaines tel le chanvre indien (cannabis), les préparations synthétiques semblables. L'annexe couvre une grande variété de drogues allant, selon les dangers qu'elles présentent, du «pot» à l'héroïne.

L'objet de l'importation, que ce soit pour trafic ou pour consommation personnelle, et la quantité

the quantity imported are irrelevant to guilt under s. 5. For example, the serious hard drugs dealer who is convicted of importing a large quantity of heroin and the tourist convicted of bringing a "joint" back into the country are treated on the same footing and must both be sentenced to at least seven years in the penitentiary.

Canadian Bill of Rights

Section 2(a) and (b) of the Bill states:

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgement or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

(a) authorize or effect the arbitrary detention, imprisonment or exile of any person;

(b) impose or authorize the imposition of cruel and unusual treatment or punishment;

Canadian Charter of Rights and Freedoms

Sections 7, 9 and 12 of the *Charter* guarantee the following rights:

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.

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

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

The Judgments

County Court of Vancouver

After pleading guilty before Wetmore Co. Ct. J., the accused challenged the constitutional validity of the seven-year minimum sentence found in s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* as being inconsistent with the provisions of ss. 7, 9 and 12 of the *Charter* and requested that the judge make a determination in that regard before submissions on sentencing were made. The trial judge in his

importée sont sans importance pour ce qui est de la culpabilité en vertu de l'art. 5. Par exemple, le vendeur de drogues dures reconnu coupable d'avoir importé une grande quantité d'héroïne et le touriste reconnu coupable d'avoir ramené un «joint» dans son pays sont traités sur le même pied et doivent tous deux être condamnés à au moins sept ans de pénitencier.

b Déclaration canadienne des droits

Les alinéas 2a) et b) de la Déclaration portent:

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

a) autorisant ou prononçant la détention, l'emprisonnement ou l'exil arbitraires de qui que ce soit;

b) infligeant des peines ou traitements cruels et inusités, ou comme en autorisant l'imposition;

Charte canadienne des droits et libertés

Les articles 7, 9 et 12 de la *Charte* garantissent les droits suivants:

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.

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

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

h Les jugements

La Cour de comté de Vancouver

Après avoir plaidé coupable devant le juge Wetmore de la Cour de comté, l'accusé a contesté la constitutionnalité de la peine minimale de sept ans qu'on trouve au par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, pour le motif qu'elle était incompatible avec les dispositions des art. 7, 9 et 12 de la *Charte*, et il a demandé au juge de statuer sur ce point avant que ne soient faites les représentations sur la sen-

reasons ((1983), 35 C.R. (3d) 256) disposed of ss. 7 and 9 as follows, at p. 258:

Counsel did not press the argument under s. 7 of the Charter. On the issue of arbitrariness, s. 9, I conclude in the interests of judicial comity that the argument is resolved in favour of the Crown in *R. v. Newall* (1982), 70 C.C.C. (2d) 10, 141 D.L.R. (3d) 26, 2 C.R.R. 156 (B.C.S.C.). That case and others may have to be given limited interpretation in due course if it is concluded that the Charter not only protects citizens before the courts but also places upon the courts power to protect the citizen from legislative arbitrariness.

The gist of Wetmore Co. Ct. J.'s reasoning concerning s. 12 is in the following passage of his judgment, at p. 261:

Section 5 of the Narcotic Control Act is capable of imprisoning for seven years a single possessor of a minimum quantity of any narcotic brought into Canada. It purports to leave a sentencing judge powerless to relieve against the harshness of such a sentence.

In the situation I have described of the cigarette of marihuana, it varies only notionally from the possessor of the same narcotic within the country. That domestic possessor would be unlikely to face any imprisonment, or at most modest incarceration. Given that situation, the disparity is so gross it is shocking to contemporary society, is unnecessary in narcotic control and results, therefore, in a punishment which is cruel and unusual.

Accordingly, I propose to treat the concluding words "but not less than seven years" in s. 5(2) of the Narcotic Control Act inoperable as being in contravention of s. 12 of the Charter, and hence beyond the power of Parliament.

It appears to me that his conclusion rests upon the potential disproportionality of the mandatory sentence when considering the range of offences, the variety of ways the offence may be committed, and the great disparity of the sentence with that imposed on others who have committed offences identical in gravity and nature. Having made this determination, he then held a pre-sentence hearing

tence. Le juge de première instance, dans ses motifs ((1983), 35 C.R. (3d) 256), conclut ce qui suit au sujet des art. 7 et 9, à la p. 258:

[TRADUCTION] L'avocat du défendeur n'a pas insisté sur son argument fondé sur l'art. 7 de la Charte. Au sujet du caractère arbitraire, l'art. 9, je conclus, au nom de la courtoisie judiciaire, que l'argument a été tranché en faveur du ministère public dans la décision *R. v. Newall* (1982), 70 C.C.C. (2d) 10, 141 D.L.R. (3d) 26, 2 C.R.R. 156 (C.S.C.-B.) Cette décision, comme d'autres, devra peut-être recevoir une interprétation limitée en temps utile si on conclut que la Charte non seulement protège les citoyens qui comparaissent devant les tribunaux, mais aussi confère à ces tribunaux le pouvoir de protéger le citoyen contre l'arbitraire du législateur.

L'essentiel du raisonnement du juge Wetmore concernant l'art. 12 se trouve dans le passage suivant de son jugement, à la p. 261:

[TRADUCTION] L'article 5 de la Loi sur les stupéfiants peut permettre d'emprisonner pour sept ans la personne reconnue coupable de possession simple d'une quantité minimale d'un stupéfiant introduit au Canada. Il rend apparemment le juge qui inflige la peine impuissant à en mitiger la rigueur.

L'exemple que je viens de donner de la cigarette de marihuana ne diffère que sur le plan des concepts de celui de la possession du même stupéfiant à l'intérieur des frontières. Dans ce dernier cas, celui qui est en possession du stupéfiant ne risquerait probablement pas d'être emprisonné ou, tout au plus, il pourrait se voir imposer une faible peine d'incarcération. Compte tenu de cette situation, la disparité est tellement grande qu'elle choque la société contemporaine, elle n'est pas nécessaire à la lutte contre les stupéfiants et elle entraîne donc une peine cruelle et inusitée.

C'est pourquoi je me propose de considérer les termes «mais encourt un emprisonnement d'au moins sept ans», à la fin du par. 5(2) de la Loi sur les stupéfiants comme inopérants pour le motif qu'ils contreviennent à l'art. 12 de la Charte et qu'ils sont donc *ultra vires* du Parlement.

Cette conclusion me paraît reposer sur la disproportion potentielle de la peine obligatoire compte tenu de l'éventail des infractions, des diverses façons dont elle peuvent être commises et de la sévérité de la peine comparativement à celle infligée à d'autres personnes ayant commis des infractions identiques en gravité et en nature. Ayant décidé cela, il a alors entendu les parties avant de

and imposed a sentence of eight years in the penitentiary.

The Court of Appeal

Smith's appeal was dismissed by the Court of Appeal for British Columbia ((1984), 11 C.C.C. (3d) 411). Craig J.A. relied on *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233, also a decision of the British Columbia Court of Appeal. In that case, it was decided that the seven day minimum sentence mandatorily imposed by the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, on those found guilty of driving their vehicle while knowing that their licence was suspended, was not inconsistent with ss. 9 and 12 of the *Charter*. He also relied on *R. v. Shand* (1976), 30 C.C.C. (2d) 23, a decision of the Ontario Court of Appeal under the *Canadian Bill of Rights*. The Court there found that the seven-year minimum in s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, the same provision under consideration in this appeal, was "not so disproportionate to the offence that the prescribed penalty [was] cruel and unusual". In the present case Craig J.A. found that the section was not inconsistent with the *Charter* and, of the opinion that the eight-year sentence imposed by Wetmore Co. Ct. J. was appropriate, he dismissed the appeal from sentence.

Macdonald J.A. agreed with Craig J.A., but expanded somewhat on the scope and meaning of s. 9. In that regard, he quoted a passage from *R. v. Konechny*, *supra*, where Macfarlane J.A., said at p. 254:

The courts have been given the power under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* to review, and in appropriate cases to strike down legislation. But that does not mean that judges have been authorized to substitute their opinion for that of the Legislature which under our democratic system is empowered to enunciate public policy. The basis for such policy may be reviewed if the policy is said to conflict with individual rights under the *Charter*, but, in my opinion, the policy ought not to be struck down, in the case of a challenge under s. 9, unless it is without any rational basis. If there be a rational reason for the policy then I do not think it is for a judge

rendre sa sentence puis a infligé une peine d'incarcération de huit ans dans un pénitencier.

La Cour d'appel

^a La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel interjeté par Smith ((1984), 11 C.C.C. (3d) 411). Le juge Craig s'est fondé sur l'arrêt *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233, également un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Dans cette affaire, il a été jugé que la peine minimale de sept jours qui, aux termes de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 288, devait être imposée aux personnes reconnues coupables d'avoir conduit leur véhicule tout en sachant que leur permis de conduire était suspendu, n'était pas incompatible avec les art. 9 et 12 de la *Charte*. Il s'est aussi fondé sur l'arrêt *R. v. Shand* (1976), 30 C.C.C. (2d) 23, un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario fondé sur la *Déclaration canadienne des droits*. La Cour d'appel, dans cette affaire, a jugé que la peine minimale de sept ans prescrite au par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, la même disposition dont nous sommes saisis en l'espèce, n'était [TRADUCTION] «pas disproportionnée à l'infraction au point de rendre la peine prescrite cruelle et inusitée». En l'espèce, le juge Craig a conclu que l'article n'était pas incompatible avec la *Charte* et, estimant que la peine de huit ans infligée par le juge Wetmore de la Cour de comté était appropriée, il a rejeté l'appel de la sentence.

^g Le juge Macdonald s'est dit d'accord avec le juge Craig, mais il s'est étendu quelque peu sur le sens et la portée de l'art. 9. À cet égard, il a cité un passage de l'arrêt *R. v. Konechny*, précité, où le juge Macfarlane dit, à la p. 254:

[TRADUCTION] Les tribunaux se sont vu conférer le pouvoir, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de contrôler les lois, et dans les cas appropriés, de les annuler. Mais cela ne signifie pas que le juge est autorisé à substituer son opinion à celle du législateur qui, dans notre système démocratique, a le pouvoir d'énoncer des politiques générales. Le fondement de ces politiques peut être contrôlé lorsqu'on dit qu'elles entrent en conflit avec les droits individuels garantis par la *Charte* mais, à mon avis, la politique ainsi énoncée ne devrait pas être annulée dans le cas d'une contestation fondée sur l'art. 9, à moins qu'elle n'ait aucun fonde-

to say that the policy is capricious, unreasonable or unjustified.

Macdonald J.A., obviously referring to the words "capricious, unreasonable or unjustified", then added, at p. 434:

I agree with that passage with the reservation that those three words should not be taken as a complete definition of arbitrariness.

In conclusion, he said at p. 434:

The correct approach is, in my view, indicated in the passage which I have quoted from Mr. Justice Macfarlane's judgment. Employing it here, and considering what was said in *R. v. Shand* with respect to the enactment of s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* I am not persuaded that it violates either s. 7 or s. 9 of the Charter.

Thus he found, as did Craig J.A., that the sentence was appropriate.

Lambert J.A., dissenting, only addressed s. 9 and found that s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* was *prima facie* inconsistent with the rights guaranteed by that section. He summarized his reasons at p. 425 of his judgment:

In short, the effect of s. 5(2) is that guilt or innocence on a charge of importing or exporting a narcotic is determined judicially by a judge or jury, but the sentence is not determined by a judge or a jury, but is predetermined by Parliament. That predetermination by Parliament pays no attention to the individual offender or the circumstances of his offence. In that respect the determination is arbitrary, and the resulting imprisonment is arbitrary imprisonment.

He was uncertain as regards the proper approach to be taken when assessing whether legislation, which *prima facie* violates a section, can be salvaged under s. 1 of the *Charter*. This is understandable, as the decision of the Court of Appeal in this case was delivered long before this Court's decision in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. In any event, Lambert J.A. was not satisfied by the Crown's efforts to salvage the section. However, he chose not to make an order "declaring s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, or the last six words of

ment rationnel. Si cette politique a un fondement rationnel, je ne pense pas qu'il appartienne au juge de dire qu'elle est capricieuse, déraisonnable ou injustifiée.

Le juge Macdonald, se référant de toute évidence aux termes «capricieuse, déraisonnable ou injustifiée», ajoute ensuite, à la p. 434:

[TRADUCTION] Je souscris à ce passage, sauf que ces trois termes ne devraient pas être considérés comme une définition complète du caractère arbitraire.

En conclusion, il dit, à la p. 434:

[TRADUCTION] La démarche qu'il faut suivre est, à mon avis, indiquée dans l'extrait que je viens de citer du jugement du juge Macfarlane. L'applicant à l'espèce, et compte tenu de ce qui a été dit dans l'arrêt *R. v. Shand* concernant l'adoption du par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, je ne suis pas convaincu que celui-ci viole l'art. 7 ou l'art. 9 de la Charte.

Il a donc jugé, à l'instar du juge Craig, que la peine était appropriée.

Le juge Lambert, dissident, ne s'est intéressé qu'à l'art. 9 pour conclure que le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* était, à première vue, incompatible avec les droits garantis par cet article. À la page 425, il résume ainsi ses motifs de jugement:

[TRADUCTION] Bref, le par. 5(2) fait que la culpabilité ou l'innocence relativement à une accusation d'importation ou d'exportation d'un stupéfiant est déterminée judiciairement par un juge ou un jury; mais la peine n'est pas déterminée par un juge ou un jury, elle est déterminée à l'avance par le législateur. Cette détermination à l'avance par le législateur ne tient pas compte du contrevenant lui-même ni des circonstances ayant entouré la perpétration de l'infraction. À cet égard, elle est arbitraire et l'emprisonnement qui en résulte est lui aussi arbitraire.

Il hésitait quant à la démarche appropriée à suivre pour déterminer si une loi, qui viole à première vue un article, peut être sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Cela se comprend puisque l'arrêt de la Cour d'appel dans cette affaire a été rendu bien avant l'arrêt de cette Cour *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Quoi qu'il en soit, les efforts déployés par le ministère public pour sauvegarder l'article n'ont pas satisfait le juge Lambert. Toutefois, il a choisi de ne pas rendre une ordonnance [TRADUCTION] «déclarant le par. 5(2) de la

it, to be unconstitutional”, and decided only that s. 5(2) was not applicable to the accused Smith. He would have imposed a sentence of five years’ imprisonment.

Having concluded that the minimum sentence imposed by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* is in violation of s. 12 of the *Charter*, I do not find myself obliged to address ss. 9 and 7 of the *Charter*. I rather welcome this opportunity as I prefer not to address s. 9, given the proceedings throughout. Indeed, little or nothing was really argued as regards s. 7, while argument under s. 9 was rather limited. Of course, Lambert J.A. dealt thoroughly and exclusively with s. 9. His conclusion that a predetermination of a sentence by Parliament is arbitrarily imposed, if right, would mean that all minimum sentences are invalid and probably also all maximum sentences.

Furthermore, s. 7 was not really considered in relation to s. 9. This is understandable as at the time this Court had not yet handed down its decision in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, wherein the relationship between s. 7 and ss. 8 to 14 was commented on and where the “principles of fundamental justice” were defined as providing more than just procedural protection under the section. I do not think it wise to address s. 9 without the benefit of the views of the courts below with regard to its relationship to s. 7. Finally, there are fixed and minimum sentences to be found throughout provincial laws and any decision striking down minimum sentences *per se* would affect all those laws. Yet only one attorney general intervened. I imagine this might be so because cases under s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* are instituted and prosecuted by the “Federal Crown”. Whatever be the reason, I should not want to decide the validity of all minimum sentences under s. 9 without the benefit of a thorough discussion on these issues and without any argument being made under s. 1 of the *Charter*.

Loi sur les stupéfiants, ou ses neuf derniers mots, inconstitutionnels», se bornant à décider qu’il ne s’appliquait pas à l’accusé Smith. Il aurait infligé une peine de cinq ans d’emprisonnement.

a

Ayant conclu que la peine minimale qu’impose le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* viole l’art. 12 de la *Charte*, je ne me sens pas obligé d’aborder les art. 9 et 7. J’en suis bien aise vu que je préfère ne pas aborder l’art. 9, compte tenu des débats dans l’ensemble des instances. En fait, il y a eu peu ou pas du tout d’argumentation au sujet de l’art. 7; quant aux arguments portant sur l’art. 9, ils ont été plutôt limités. Bien entendu, le juge Lambert a analysé exhaustivement et exclusivement l’art. 9. Sa conclusion qu’une peine déterminée à l’avance par le législateur est imposée arbitrairement, si elle était juste, signifierait que toutes les peines minimales sont invalides et probablement aussi toutes les peines maximales.

De plus, l’art. 7 n’a pas vraiment été examiné en fonction de l’art. 9. Cela se comprend puisqu’à l’époque cette Cour ne s’était pas encore prononcée dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, où l’on commente le rapport entre l’art. 7 et les art. 8 à 14 et où les «principes de justice fondamentale» sont définis comme accordant plus qu’une simple protection en matière de procédure en vertu de cet article. Je ne crois pas qu’il serait sage d’aborder l’art. 9 sans profiter des opinions exprimées par les tribunaux d’instance inférieure au sujet de son rapport avec l’art. 7. Enfin, on trouve des peines fixes minimales dans des lois provinciales et toute décision qui annulerait les peines minimales comme telles toucherait toutes ces lois. Or un seul procureur général est intervenu. Je suppose que cela pourrait s’expliquer par le fait que les poursuites intentées en vertu du par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* le sont par le «ministère public fédéral». Quelle que soit la raison, je ne saurais me permettre de me prononcer sur la validité de l’ensemble des peines minimales par rapport à l’art. 9, sans avoir examiné en profondeur ces questions et sans qu’il n’y ait eu d’argumentation fondée sur l’article premier de la *Charte*.

Cruel and Unusual Punishment*History*

We in Canada adopted through the preamble of our Constitution the legislative restraint set out in s. 10 of the English *Bill of Rights* of 1688, 1 Wm. & M. sess. 2, c. 2, which states:

10. That excessive Bail ought not to be required, nor excessive Fines imposed; nor cruel and unusual Punishments inflicted. [Emphasis added.]

It was therefore open to our courts to interpret the laws of Canada and to choose between various meanings so as to avoid the infliction of cruel and unusual punishment. I know of no reported instances where the courts invoked that part of s. 10 of the English *Bill of Rights*.

Article 7 of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, G.A. Res. 2200 A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/6316 (1966) is also worthy of note. It provides that:

No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

Experience in other countries regarding the *Covenant* and the *Optional Protocol*, to which Canada acceded in 1976, may on occasion be of assistance in attempting to give meaning to relevant provisions of the *Charter*. However, I am not aware of any international jurisprudence on the interpretation of art. 7 that would be of assistance to us in the present appeal, as most of the cases that have addressed the provision have dealt with the conditions of imprisonment or the type of treatment to which those being detained are subject.

Article 3 of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 222 (1950), and art. 5 of the *Universal Declaration of Human Rights* (G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810 (1948), at 71) also provide similar protection against cruel or inhuman punishment but, here too, little assistance can be had for the present appeal.

Une peine cruelle et inusitée*Historique*

Nous avons au Canada, par le préambule de notre Constitution, adopté la restriction législative énoncée en Angleterre à l'art. 10 du *Bill of Rights* de 1688, 1 Wm. & M., sess. 2, chap. 2 qui dispose:

[TRADUCTION] 10. Il ne pourra être exigé de cautionnement excessif, ni imposé d'amendes excessives, ni infligé de châtiments cruels et inusités. [C'est moi qui souligne.]

Il était donc possible pour nos tribunaux d'interpréter les lois du Canada et de choisir parmi divers sens celui qui permet d'éviter l'imposition d'une peine cruelle et inusitée. Je ne connais aucune décision publiée dans laquelle les tribunaux ont invoqué cette partie de l'art. 10 du *Bill of Rights* d'Angleterre.

L'article 7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, A.G. Rés. 2200 A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 52, Doc. A/6316 N.U. (1966), est aussi digne de mention. Il dispose:

Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

L'expérience d'autres pays au sujet du *Pacte* et du *Protocole facultatif*, auxquels le Canada a adhéré en 1976, peut parfois être utile pour tenter d'interpréter les dispositions pertinentes de la *Charte*. Toutefois, je ne connais aucune jurisprudence internationale portant sur l'interprétation de l'art. 7 qui pourrait nous être utile en l'espèce, étant donné que la plupart des cas où l'on a abordé cette disposition portent sur les conditions d'incarcération ou sur le type de traitements auxquels ont été soumis des détenus.

L'article 3 de la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 223 (1950), et l'art. 5 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U. (1948), à la p. 71) offrent eux aussi une protection analogue contre les peines cruelles ou inhumaines mais, là encore, elles ne sont pas d'un grand secours en l'espèce.

It is not until the enactment of our own *Canadian Bill of Rights*, more particularly s. 2(b), that the courts addressed the meaning of those very words, cruel and unusual punishment. Even though the protection against cruel and unusual treatment or punishment found in s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights* was raised in many cases, the Canadian courts were often reluctant to examine the merits of the argument. Indeed, in the majority of cases, the courts summarily rejected the s. 2(b) argument without giving any reasons. (See *R. v. Dick, Penner and Finnigan*, [1965] 1 C.C.C. 171 (Man. C.A.); *Ex parte Kleinys*, [1965] 3 C.C.C. 102 (B.C.S.C.); *Re Laporte and The Queen* (1972), 8 C.C.C. (2d) 343 (Que. Q.B.); *R. v. Natrall* (1972), 32 D.L.R. (3d) 241 (B.C.C.A.); *Ex parte Matticks* (1972), 10 C.C.C. (2d) 438 (Que. C.A.), affirmed by (1973), 15 C.C.C. (2d) 213 (S.C.C.); *Pearson v. Lecorre*, S.C.C., Oct. 3, 1973, unreported; *R. v. Hatchwell* (1973), 14 C.C.C. (2d) 556 (B.C.C.A.), affirmed by [1976] 1 S.C.R. 39; *Re Rojas and The Queen* (1978), 40 C.C.C. (2d) 316 (Ont. H.C.))

In the early years of the *Canadian Bill of Rights*, in those rare cases where s. 2(b) was the object of some judicial analysis, the application of the prohibition was either limited to the protection against the infliction of excessive and unusual physical pain (*R. v. Buckler*, [1970] 2 C.C.C. 4 (Ont. Prov. Ct.), and *Dowhopoluk v. Martin* (1971), 23 D.L.R. (3d) 42 (Ont. H.C.)), or dismissed out of deference to Parliament's wisdom in enacting the challenged legislation (*R. v. Dick, Penner and Finnigan, supra*, and *R. v. Roestad* (1971), 5 C.C.C. (2d) 564 (Ont. Co. Ct.))

It was not until fifteen years after the enactment of the *Canadian Bill of Rights* that a more in depth analysis of the protection afforded by s. 2(b) was undertaken. The only decision finding a treatment or punishment to be cruel and unusual under the *Canadian Bill of Rights* was *McCann v. The Queen*, [1976] 1 F.C. 570.

In this judgment, Heald J., of the Trial Division of the Federal Court, declared that the prison

Ce n'est qu'après l'adoption de notre propre *Déclaration canadienne des droits*, plus particulièrement de l'al. 2b), que les tribunaux se sont penchés sur le sens des termes mêmes «peine cruelle et inusitée». Quoique l'on ait invoqué dans bien des affaires la protection contre les peines ou traitements cruels et inusités que l'on trouve à l'al. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*, les tribunaux canadiens se sont souvent montrés peu disposés à examiner le bien-fondé de cet argument. En réalité, dans la majorité des cas, les tribunaux ont sommairement rejeté l'argument de l'al. 2b) sans donner aucune raison. (Voir *R. v. Dick, Penner and Finnigan*, [1965] 1 C.C.C. 171 (C.A. Man.); *Ex parte Kleinys*, [1965] 3 C.C.C. 102 (C.S.C.-B.); *Re Laporte and The Queen* (1972), 8 C.C.C. (2d) 343 (B.R. Qué.); *R. v. Natrall* (1972), 32 D.L.R. (3d) 241 (C.A.C.-B.); *Ex parte Matticks* (1972), 10 C.C.C. (2d) 438 (C.A. Qué.), confirmé par (1973), 15 C.C.C. (2d) 213 (C.S.C.); *Pearson c. Lecorre*, C.S.C., le 3 octobre 1973, inédit; *R. v. Hatchwell* (1973), 14 C.C.C. (2d) 556 (C.A.C.-B.), confirmé par [1976] 1 R.C.S. 39; *Re Rojas and The Queen* (1978), 40 C.C.C. (2d) 316 (H.C. Ont.))

Au cours des premières années qui ont suivi l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*, dans les rares cas où l'al. 2b) a fait l'objet d'une certaine analyse judiciaire, l'application de l'interdiction a été soit limitée au droit de ne pas se voir infliger une douleur physique excessive et inusitée (*R. v. Buckler*, [1970] 2 C.C.C. 4 (C. prov. Ont.), et *Dowhopoluk v. Martin* (1971), 23 D.L.R. (3d) 42 (H.C. Ont.)), soit rejetée par déférence pour la sagesse démontrée par le législateur en adoptant la loi attaquée (*R. v. Dick, Penner and Finnigan, précitée*, et *R. v. Roestad* (1971), 5 C.C.C. (2d) 564 (C. cté Ont.))

Ce n'est que quinze ans après l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits* qu'une analyse plus approfondie de la protection accordée par l'al. 2b) a été entreprise. La seule décision où on a conclu qu'une peine ou un traitement était cruel et inusité au sens de la *Déclaration canadienne des droits* est *McCann c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 570.

Dans cette décision, le juge Heald de la Division de première instance de la Cour fédérale a déclaré

conditions to which certain prisoners were subjected in the solitary confinement unit of the British Columbia Penitentiary amounted to cruel and unusual treatment or punishment. In his view, the treatment served no "positive penal purpose", and even if it did, "it [was] not in accord with public standards of decency and propriety". Furthermore, in his opinion, there existed "adequate alternatives" to the treatment.

The Court of Appeal for British Columbia decided, in *R. v. Miller and Cockriell* (1975), 24 C.C.C. (2d) 401, that the death penalty for murder was not cruel and unusual punishment.

Emphasizing the non-constitutional nature of the *Canadian Bill of Rights*, Robertson J.A., speaking for Farris C.J.B.C. and Maclean and Carrothers J.J.A., did not think it necessary to undertake an extensive analysis of the meaning of "cruel and unusual". A summary of his reasons can be found in the following passage at p. 456:

To sum up: s. 2 of the *Bill of Rights* does not prevent the application of s. 214(1) and (2) and s. 218 of the *Criminal Code* on the ground that the punishment of death prescribed by the *Code* is a cruel and unusual one, because (1) punishment by death for murder is not unusual in the ordinary and natural meaning of the word; (2) Parliament, when it enacted the amendments to the *Code*, was of the opinion that the punishment was not an unusual one and the Court cannot substitute its opinion (if it is different) for Parliament's; and (3) Parliament wished its enactment to prevail and by necessary implication excluded the application of s. 2 of the *Bill of Rights*.

Dissenting, McIntyre J.A., as he then was, undertook a more detailed analysis of the protection afforded by s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights*. In his opinion, the words "cruel and unusual" were to be read disjunctively so that "cruel punishments however usual in the ordinary sense of the term could come within the proscription". He emphasized the need for a deterrent value in any punishment but affirmed that there

que les conditions d'incarcération auxquelles certains détenus étaient assujettis dans les cellules d'isolement du pénitencier de la Colombie-Britannique constituaient une peine ou un traitement cruel et inusité. À son avis, ce traitement ne servait aucune «fin pénale pratique», et même si cela avait été le cas, «il [était] contraire aux normes publiques de la décence et inutile». En outre, il existait, à son avis, «d'autres moyens plus appropriés» que ce traitement.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé, dans son arrêt *R. v. Miller and Cockriell* (1975), 24 C.C.C. (2d) 401, que la peine de mort en cas de meurtre n'était pas une peine cruelle et inusitée.

Insistant sur la nature non constitutionnelle de la *Déclaration canadienne des droits*, le juge Robertson, s'exprimant au nom du juge en chef Farris de la Colombie-Britannique et en celui des juges Maclean et Carrothers, n'a pas jugé nécessaire de procéder à une analyse approfondie du sens des termes «cruels et inusités». On trouve un résumé de ses motifs dans le passage suivant à la p. 456:

[TRADUCTION] Pour résumer: l'art. 2 de la *Déclaration des droits* n'interdit pas d'appliquer les par. 214(1) et (2) et l'art. 218 du *Code criminel* pour le motif que la peine de mort prescrite par le *Code* constitue une peine cruelle et inusitée parce que (1) la peine de mort pour meurtre n'est pas inusitée au sens ordinaire et général du terme; (2) le législateur fédéral, lorsqu'il a adopté les modifications du *Code*, était d'avis que la peine n'était pas inusitée et la Cour ne saurait substituer son opinion (au cas où elle serait différente) à celle du législateur; et (3) le législateur a voulu que ce texte prévale et, par déduction nécessaire, a exclu l'application de l'art. 2 de la *Déclaration des droits*.

Dissident, le juge McIntyre, maintenant juge à la Cour suprême, a procédé à une analyse plus détaillée de la protection accordée par l'al. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*. À son avis, les termes «cruels et inusités» doivent être interprétés disjunctivement de sorte que [TRADUCTION] «les peines cruelles, même si elles sont usuelles dans le sens ordinaire du terme, pourraient être incluses dans la proscription». Il a souligné la nécessité que toute peine ait un effet dissuasif, mais il a affirmé qu'il y a d'autres facteurs à

were other factors to be considered and weighed against it, at p. 468:

In my view, capital punishment would amount to cruel and unusual punishment if it cannot be shown that its deterrent value outweighs the objections which can be brought against it. Furthermore, even assuming some deterrent value, I am of the opinion it would be cruel and unusual if it is not in accord with public standards of decency and propriety, if it is unnecessary because of the existence of adequate alternatives, if it cannot be applied upon a rational basis in accordance with ascertained or ascertainable standards, and if it is excessive and out of proportion to the crimes it seeks to restrain.

After a review of statistics and other data, McIntyre J.A. concluded that capital punishment did not come within these criteria and was therefore cruel and unusual punishment.

The approach undertaken by McIntyre J.A. was followed by Borins Co. Ct. J. of the County Court of Ontario in *R. v. Shand* (1976), 29 C.C.C. (2d) 199. Borins Co. Ct. J. decided that the mandatory minimum of seven years' imprisonment imposed by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* was cruel and unusual. Relying heavily on American cases dealing with the Eighth Amendment of the Constitution of the United States, which provides that "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted", and the analysis undertaken by McIntyre J.A. in *Miller and Cockriell, supra*, Borins Co. Ct. J. said, at p. 216:

Thus, two factors to be taken into consideration in determining whether the mandatory minimum sentence in this case constitutes "cruel and unusual treatment or punishment" are the effect of the severity or excessiveness of the penalty in relation to the "dignity and worth of the human person" and the potential for the absence of "equality before the law" resulting from the exercise of prosecutorial discretion resulting, in turn, in an arbitrary punishment.

In his opinion, found at p. 234, s. 5(2) came within these criteria:

In my view a compulsory sentence of seven years for a non-violent crime imposed without consideration for the individual history and background of the accused is so

considérer et à évaluer par rapport à cet effet, à la p. 468:

[TRADUCTION] À mon avis, la peine capitale est une peine cruelle et inusitée si on ne peut prouver que son pouvoir de dissuasion l'emporte sur les objections qu'on peut soulever à son égard. De plus, même en lui supposant une certaine valeur de dissuasion, j'estime que la peine capitale est cruelle et inusitée si elle s'oppose aux normes de la décence et de la bienséance, si elle est inutile parce qu'il existe d'autres moyens suffisants, si elle ne peut être appliquée de façon raisonnable, conformément à des positions bien déterminées et si elle est excessive et disproportionnée aux crimes qu'elle s'efforce de réprimer.

Après avoir examiné les statistiques et d'autres données, le juge McIntyre a conclu que la peine capitale ne satisfait pas à ces critères et constitue donc une peine cruelle et inusitée.

Ce point de vue du juge McIntyre a été suivi par le juge Borins de la Cour de comté de l'Ontario dans l'affaire *R. v. Shand* (1976), 29 C.C.C. (2d) 199. Le juge Borins a décidé que la peine minimale obligatoire de sept ans d'emprisonnement, qu'impose le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, est cruelle et inusitée. Se fondant largement sur la jurisprudence américaine relative au Huitième amendement de la Constitution des États-Unis, qui porte qu' [TRADUCTION] «Il ne pourra être exigé de cautionnement excessif, ni imposé d'amendes excessives, ni infligé de châtiments cruels et d'un genre inaccoutumé», et sur l'analyse à laquelle procède le juge McIntyre dans l'arrêt *Miller and Cockriell*, précité, le juge Borins affirme, à la p. 216:

[TRADUCTION] Ainsi, deux des facteurs qu'il faut prendre en considération pour déterminer si la peine minimale obligatoire en l'espèce constitue «une peine ou un traitement cruel et inusité» sont l'effet de la sévérité ou de la démesure de la peine par rapport à la «dignité de la personne humaine et à sa valeur» et le risque d'absence d'«égalité devant la loi» qui découle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre qui entraîne, à son tour, une peine arbitraire.

À son avis, exprimé à la p. 234, le par. 5(2) répondait à ces critères:

[TRADUCTION] À mon avis, une peine obligatoire de sept ans, pour un crime non violent, imposée sans considérer les antécédents personnels de l'accusé, est exces-

excessive that it "shocks the conscience" and because of its arbitrary nature fails to comport with human dignity. Such a provision is an unnecessary encroachment upon the traditional discretion accorded to the trial Judge in matters of sentencing.

The Court of Appeal for Ontario ((1976), 30 C.C.C. (2d) 23) reversed the decision of Borins Co. Ct. J. and held that s. 5(2) did not impose a punishment that was so disproportionate to the offence as to be cruel and unusual. Arnup J.A., speaking for Brooke, Dubin, Martin and Blair J.J.A., took the position that it was preferable not to interfere with Parliament's expressed intention to deter the serious crime of importing drugs, at pp. 38-39:

Assuming that disproportionality is a matter to be considered, it is to be applied, certainly in the first instance, to "the law of Canada" that is to be "construed or applied". In our view a minimum sentence of seven years for importing a drug contrary to the Act is not so disproportionate to the offence that the prescribed penalty is cruel and unusual. The drug problem in Canada is still of major proportions. The particular drugs that from time to time are in the greatest demand, or widest use, or are the greatest danger, may vary, but the basic problem remains.

The legislative approach is clear and direct. Most of the drugs of vegetable origin are not native to Canada. If their importation is prohibited, with heavy penalties for breach, the drugs cannot get into the country. Their cultivation is also prohibited. So is the unauthorized manufacture of the proscribed chemical drugs. Trafficking in any of them is a serious offence.

This type of national evil requires the opinion of Parliament as to appropriate penalties, not that of individual Judges. The prosecutorial discretion is then exercised in selecting the appropriate charges. The judicial discretion—still a very wide one—is then exercised, within the framework of the penalties legislated, to decide what penalty is appropriate for the particular offender in all of the circumstances of the particular case.

The debate between those favouring a restrictive application of the *Canadian Bill of Rights*, as a result of a great reluctance to interfere with the

sive au point de «choquer la conscience» et, à cause de sa nature arbitraire, est incompatible avec la dignité humaine. Une telle disposition constitue un empiétement inutile sur le pouvoir discrétionnaire traditionnel conféré au juge du procès quant à la peine à infliger.

La Cour d'appel de l'Ontario ((1976), 30 C.C.C. (2d) 23) a infirmé la décision du juge Borins de la Cour de comté et a jugé que le par. 5(2) n'impose pas une peine disproportionnée à l'infraction au point d'être cruelle et inusitée. Le juge Arnup, s'exprimant au nom des juges Brooke, Dubin, Martin et Blair, a jugé qu'il était préférable de ne pas contrecarrer l'intention expresse du législateur de dissuader les gens de commettre le crime grave d'importation de drogues, aux pp. 38 et 39:

[TRADUCTION] À supposer qu'il faille tenir compte de la disproportion, il faut le faire certainement d'abord en fonction de «la loi du Canada» qu'il faut «interpréter ou appliquer». À notre avis, une sentence minimale de sept ans pour avoir importé une drogue contrairement à la loi n'est pas disproportionnée à l'infraction au point de rendre cruelle et inusitée la peine prévue. Le problème de la drogue au Canada continue de prendre des proportions alarmantes. Les drogues qui, à l'occasion, peuvent être le plus en demande, le plus en usage ou qui représentent le plus grand danger, peuvent varier, mais le problème fondamental demeure.

La démarche du législateur est claire et directe. La plupart des drogues d'origine végétale ne proviennent pas du Canada. Si leur importation est interdite et assortie de lourdes peines en cas d'infraction, ces drogues ne pourront être introduites au pays. Leur culture est aussi interdite. Il en est de même de la fabrication sans autorisation des drogues chimiques prosrites. Le trafic de celles-ci, quelles qu'elles soient, est une infraction grave.

Un mal national de ce genre requiert l'avis du législateur fédéral quant aux peines appropriées, non celui de chaque juge pris individuellement. Le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuite est alors exercé par le choix d'accusations appropriées. Le pouvoir discrétionnaire du juge—qui demeure très large—est alors exercé, dans le cadre des peines prévues par le législateur, pour décider quelle peine est appropriée pour le contrevenant en question compte tenu de toutes les circonstances particulières de l'affaire.

Le débat qui oppose ceux qui favorisent une application restrictive de la *Déclaration canadienne des droits* par suite d'une grande hésitation

expressed intention of Parliament through the use of a non-constitutional document, and those determined to give s. 2(b) greater effect culminated in this Court's decision in *Miller and Cockriell v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680.

In that case, all the judges of this Court agreed that capital punishment for murder did not constitute cruel and unusual punishment, but different routes were taken to reach this conclusion. Ritchie J., with whom Martland, Judson, Pigeon and de Grandpré JJ. concurred, favoured the attitude of judicial deference to the expressed purpose sought by Parliament. In his opinion, the non-constitutional nature of the *Canadian Bill of Rights* required the application of traditional rules of interpretation. Furthermore, recourse to American jurisprudence on the Eighth Amendment as an aid to interpreting s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights* was considered inappropriate as the documents involved were quite different. Finally, even though in his opinion it was unnecessary to provide an exhaustive definition of "cruel and unusual" for the purpose of disposing of the appeal, Ritchie J. added the following comments, at pp. 705-06:

Having reached this conclusion I do not find it necessary, in considering the meaning of "cruel and unusual treatment or punishment" as employed in s. 2(b) of the *Bill of Rights*, to make any assessment of current community standards of morality or of the deterrent effect of the death penalty. These matters in my view raise what are essentially questions of policy and as such they are of necessity considerations effecting the decision of Parliament as to whether or not the death penalty should be retained; . . .

In my opinion the words "cruel and unusual" as they are employed in s. 2(b) of the *Bill of Rights* are to be read conjunctively and refer to "treatment or punishment" which is both cruel and unusual. In this latter regard I share the view of Mr. Justice Robertson that, having regard to the fact that the death penalty for murder had been a part of the law of England from time immemorial and that, at the time when this murder was committed and the trial was held, it had been a feature of the criminal law of Canada since Confederation, it cannot be said to have been an "unusual" punishment in the ordinary accepted meaning of that word.

à contrecarrer l'intention expresse du législateur par le recours à un texte non constitutionnel, et ceux qui sont déterminés à donner à l'al. 2b) un plus grand effet, a abouti à l'arrêt de cette Cour *a Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680.

Dans cette affaire, tous les juges de la Cour ont convenu que la peine capitale pour meurtre ne constituait pas une peine cruelle et inusitée, mais différents raisonnements ont été adoptés pour parvenir à cette conclusion. Le juge Ritchie, à l'avis duquel ont souscrit les juges Martland, Judson, Pigeon et de Grandpré, a favorisé une attitude de déférence judiciaire pour l'objectif expressément visé par le législateur. À son avis, la nature non constitutionnelle de la *Déclaration canadienne des droits* exige l'application des règles d'interprétation traditionnelles. En outre, on a considéré qu'il n'est pas approprié de recourir à la jurisprudence américaine concernant le Huitième amendement comme guide d'interprétation de l'al. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*, les textes en question étant fort différents. Enfin, même si à son avis il n'est pas nécessaire, pour statuer sur le pourvoi, de donner une définition exhaustive des termes «cruels et inusités», le juge Ritchie ajoute, aux pp. 705 et 706:

Compte tenu de cette conclusion, j'estime que, pour analyser l'expression «peines ou traitements cruels et inusités» employée au par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*, il n'est pas nécessaire d'examiner les normes morales actuelles de la collectivité ni l'effet dissuasif de la peine de mort. À mon avis, ces points soulèvent essentiellement des questions de principe qui, nécessairement, entrent en ligne de compte dans la décision du Parlement de maintenir ou non la peine de mort; . . .

À mon avis, les adjectifs «cruels et inusités» au par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* doivent être pris conjunctivement et se rapportent aux «peines ou traitements» qui sont à la fois cruels et inusités. À ce sujet, je partage l'opinion du juge Robertson selon laquelle, puisque la peine de mort pour meurtre fait partie du droit anglais depuis des temps immémoriaux et qu'à l'époque de la perpétration du meurtre et du procès, la peine de mort existait dans notre droit et ce, depuis la Confédération, on ne peut prétendre qu'elle constitue une peine «inusitée» au sens ordinaire de ce terme.

In separate reasons, Beetz J. agreed with Ritchie J. that the words "cruel and unusual" were to be read conjunctively. Without addressing the question whether the *Canadian Bill of Rights* created new rights, Beetz J. concurred in Ritchie J.'s conclusion.

Laskin C.J., supported by Spence and Dickson JJ., delineated more thoroughly the protection afforded by s. 2(b). He said, at pp. 689-90:

The various judgments in the Supreme Court of the United States, which I would not discount as being irrelevant here, do lend support to the view that "cruel and unusual" are not treated there as conjunctive in the sense of requiring a rigidly separate assessment of each word, each of whose meanings must be met before they become effective against challenged legislation, but rather as interacting expressions colouring each other, so to speak, and hence to be considered together as a compendious expression of a norm. I think this to be a reasonable appraisal, in line with the duty of the Court not to whittle down the protections of the *Canadian Bill of Rights* by a narrow construction of what is a quasi-constitutional document.

After a detailed analysis of the American jurisprudence on point, he urged upon the courts the following test, at p. 688:

... whether the punishment prescribed is so excessive as to outrage standards of decency. This is not a precise formula for s. 2(b), but I doubt whether a more precise one can be found.

He concluded that capital punishment for murder of a peace officer did not contravene this norm and concurred with his colleagues in dismissing the appeal.

This Court's decision in *Miller and Cockriell*, *supra*, is the last important decision that addressed s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights*.

The disparity between the two main approaches reflects the reluctance of some courts to find a warrant in the *Canadian Bill of Rights* to interfere with a valid purpose of Parliament. Since they limited their comments to delineating Parliament's purpose, acknowledging it to be valid and then refusing to interfere, little was said by them as regards the meaning of cruel and unusual treat-

Dans des motifs distincts, le juge Beetz convient avec le juge Ritchie que les termes «cruels et inusités» doivent être pris conjonctivement et, sans se demander si la *Déclaration canadienne des droits* crée de nouveaux droits, il souscrit à la conclusion du juge Ritchie.

Le juge en chef Laskin, appuyé par les juges Spence et Dickson, circonscrit plus précisément la protection accordée par l'al. 2b). Il dit, aux pp. 689 et 690:

Ces jugements de la Cour suprême des États-Unis, que je considère au moins devoir être pris en considération, appuient l'opinion que les mots «cruel et inusité» ne doivent pas être considérés comme conjonctifs, en ce sens qu'il faudrait faire une analyse rigoureusement autonome de chaque mot et que le sens de chacun d'eux doit s'appliquer au cas en litige pour que cette disposition ait quelque effet sur la législation contestée. Il s'agit plutôt de termes qui se complètent et qui, interprétés l'un par l'autre, doivent être considérés comme la formulation concise d'une norme. C'est à mon avis une interprétation raisonnable conforme au devoir de la Cour de ne pas diminuer la protection offerte par la *Déclaration canadienne des droits* en interprétant de façon restrictive ce document quasi constitutionnel.

Après avoir fait une analyse détaillée de la jurisprudence américaine sur le sujet, il invite les tribunaux à recourir au critère suivant, à la p. 688:

... si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine. Ce n'est pas une définition bien précise du par. 2b), mais je doute que l'on puisse faire mieux.

Il a conclu que la peine capitale infligée pour le meurtre d'un agent de la paix ne contrevient pas à cette norme et il s'est dit d'accord avec ses collègues pour rejeter le pourvoi.

L'arrêt de cette Cour *Miller et Cockriell*, précité, est le dernier arrêt important qui ait traité de l'al. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

La divergence entre ces deux points de vue principaux traduit l'hésitation de certains tribunaux à chercher dans la *Déclaration canadienne des droits* une justification pour contrecarrer un objectif régulier du législateur fédéral. Étant donné qu'ils se sont limités dans leurs observations à circonscire l'objectif du législateur et à reconnaître qu'il était régulier pour ensuite refuser d'in-

ment or punishment. Therefore, in seeking guidance for the meaning to be given to the phrase, we can only refer to those criteria elaborated upon by a minority of judges under the *Canadian Bill of Rights*.

These criteria are very usefully synthesized in an article by Professor Tarnopolsky, as he then was, "Just Deserts or Cruel and Unusual Treatment or Punishment? Where Do We Look for Guidance?" (1978), 10 *Ottawa L. Rev.* 1. In a summary he wrote, at pp. 32-33:

Without specific attribution as to the court that suggested it, it would be useful to consider the various specific tests that have been suggested:

- (1) Is the punishment such that it goes beyond what is necessary to achieve a legitimate penal aim?
- (2) Is it unnecessary because there are adequate alternatives?
- (3) Is it unacceptable to a large segment of the population?
- (4) Is it such that it cannot be applied upon a rational basis in accordance with ascertained or ascertainable standards?
- (5) Is it arbitrarily imposed?
- (6) Is it such that it has no value in the sense of some social purpose such as reformation, rehabilitation, deterrence or retribution?
- (7) Is it in accord with public standards of decency or propriety?
- (8) Is the punishment of such a character as to shock general conscience or as to be intolerable in fundamental fairness?
- (9) Is it unusually severe and hence degrading to human dignity and worth?

An overview of the cases since decided under s. 12 of the *Charter* reveals that these tests are those substantially resorted to (see for example, *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193 (Ont. H.C.); *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (Ont. H.C.); *Belliveau v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 384, 13 C.C.C. (3d) 138 (T.D.); *Piche v. Solicitor-General of Canada* (1984), 17 C.C.C. (3d) 1 (F.C.T.D.); *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336 (Ont. C.A.); *R. v.*

tervenir, ils ont dit peu de chose sur le sens d'une peine ou traitement cruel et inusité. C'est pourquoi, dans la recherche d'un guide sur le sens à donner à cette expression, nous ne pouvons nous référer qu'aux critères élaborés en fonction de la *Déclaration canadienne des droits* par des juges formant une minorité.

Ces critères ont été fort utilement synthétisés par le professeur Tarnopolsky, maintenant juge de la Cour d'appel de l'Ontario, dans son article intitulé «Just Deserts or Cruel and Unusual Treatment or Punishment? Where Do We Look for Guidance?» (1978), 10 *Ottawa L. Rev.* 1. Voici le résumé qu'il en donne, aux pp. 32 et 33:

[TRADUCTION] Sans les attribuer spécifiquement au tribunal qui les a avancés, il serait utile d'examiner les divers critères spécifiques proposés:

- (1) La peine va-t-elle au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif pénal légitime?
- (2) Est-elle inutile pour le motif qu'il existe des solutions de rechange appropriées?
- (3) Est-elle inacceptable pour une grande partie de la population?
- (4) Est-elle de nature à ne pouvoir être infligée sur une base rationnelle conformément à des normes vérifiées ou vérifiables?
- (5) Est-elle infligée arbitrairement?
- (6) Est-elle sans valeur à toute fin de réinsertion sociale, de réhabilitation, de dissuasion ou de rétribution?
- (7) S'accorde-t-elle avec les normes publiques de la décence ou de ce qui est acceptable?
- (8) La peine est-elle de nature à choquer la conscience collective ou à être intolérable sur le plan de l'équité fondamentale?
- (9) Est-elle d'une sévérité inhabituelle et donc dégradante pour la dignité et la valeur de l'être humain?

Si l'on survole la jurisprudence fondée depuis sur l'art. 12 de la *Charte*, on constate que c'est à ces critères que l'on a essentiellement eu recours (voir par exemple *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193 (H.C. Ont.); *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (H.C. Ont.); *Belliveau c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 384, 13 C.C.C. (3d) 138 (D.P.I.); *Piche v. Solicitor-General of Canada* (1984), 17 C.C.C. (3d) 1 (D.P.I.C.F.); *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C.

Morrison, Ont. Co. Ct., Mossop Co. Ct. J., July 7, 1983, unreported). Abandonning the debate as to whether "cruel and unusual" should be read disjunctively or conjunctively, most courts have clearly taken the Laskin approach as set out in *Miller and Cockriell* and have treated the phrase "cruel and unusual" as a "compendious expression of a norm" (*In re Gittens*, [1983] 1 F.C. 152, 68 C.C.C. (2d) 438 (T.D.); *Re Mitchell and The Queen*, *supra*; *Re Moore and The Queen*, *supra*; *R. v. Tobac* (1985), 20 C.C.C. (3d) 49 (N.W.T.C.A.); see also *R. v. Morrison*, *supra*).

Relying on the guidelines enunciated under the *Canadian Bill of Rights*, judges deciding cases under s. 12 of the *Charter* have been somewhat more willing, and understandably so, to put legislation to the test. However, be that as it may, the courts have shown some lingering reluctance to interfere with the wisdom of Parliament in enacting the laws that are challenged. Thus, despite the constitutional nature of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the command therein to the courts to oversee the constitutionality of our laws, the approach taken when interpreting laws under the *Canadian Bill of Rights*, has, to some extent, guided the judiciary when considering a constitutional challenge to laws under the *Charter*.

For example, Lacourcière J.A., in *R. v. Langevin*, *supra*, stated, at p. 360:

In the cases considered under s. 2(b) of the *Bill of Rights* such as *Hatchwell v. The Queen* (1973), 14 C.C.C. (2d) 556, [1974] 1 W.W.R. 307, and *Miller and Cockriell*, *supra*, the court took into account the over-all objective of Parliament in the protection of society. I see no reason to depart from this overriding consideration in the interpretation of s. 12 of the *Charter*.

This deference to Parliament has been repeated in many cases (*R. v. Simon (No. 3)* (1982), 69 C.C.C. (2d) 557 (N.W.T.S.C.); *R. v. Kroeger*

(3d) 336 (C.A. Ont.); *R. v. Morrison*, C. cté Ont., le juge Mossop, le 7 juillet 1983, inédit). Abandonnant le débat quant à la question de savoir si les termes «cruels et inusités» sont disjonctifs ou conjonctifs, la plupart des tribunaux ont nettement adopté le point de vue du juge en chef Laskin énoncé dans l'arrêt *Miller et Cockriell* et ont considéré les termes «cruels et inusités» comme la «formulation concise d'une norme» (*In re Gittens*, [1983] 1 C.F. 152, 68 C.C.C. (2d) 438 (D.P.I.); *Re Mitchell and The Queen*, précité; *Re Moore and The Queen*, précité; *R. v. Tobac* (1985), 20 C.C.C. (3d) 49 (C.A.T.N.-O.); voir aussi *R. v. Morrison*, précité).

Invoquant les directives énoncées dans le cadre de la *Déclaration canadienne des droits*, les juges appelés à statuer sur des affaires fondées sur l'art. 12 de la *Charte* se sont montrés un peu plus disposés, on le comprend, à mettre la loi en cause à l'épreuve. Cependant, quoi qu'il en soit, les tribunaux ont fait montre d'une certaine hésitation à mettre en doute la sagesse démontrée par le législateur en adoptant les lois attaquées. Ainsi, en dépit de la nature constitutionnelle de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de l'ordre qu'elle donne aux tribunaux de surveiller la constitutionnalité de nos lois, le point de vue adopté en interprétant des lois en fonction de la *Déclaration canadienne des droits* a, dans une certaine mesure, guidé les tribunaux lorsqu'ils ont été saisis d'une contestation constitutionnelle de lois fondée sur la *Charte*.

Par exemple, le juge Lacourcière de la Cour d'appel affirme à la p. 360 de l'arrêt *R. v. Langevin*, précité:

[TRADUCTION] Dans les affaires examinées en fonction de l'al. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*, telles les affaires *Hatchwell v. The Queen* (1973), 14 C.C.C. (2d) 556, [1974] 1 W.W.R. 307, et *Miller et Cockriell*, précitée, le tribunal a tenu compte de l'objectif global du législateur fédéral qui est de protéger la société. Je ne vois aucune raison de m'écarter de cette considération prépondérante quand il s'agit d'interpréter l'art. 12 de la *Charte*.

Cette attitude de déférence pour le législateur fédéral a été adoptée dans bien des affaires (*R. v. Simon (No. 3)* (1982), 69 C.C.C. (2d) 557

(1984), 13 C.C.C. (3d) 277 (Alta. C.A.); *R. v. Krug* (1982), 7 C.C.C. (3d) 324 (Ont. Dist. Ct.); *R. v. Slaney* (1985), 22 C.C.C. (3d) 240 (Nfld. C.A.); *R. v. Tobac, supra*; *R. v. Randall and Weir* (1983), 7 C.C.C. (3d) 363 (N.S.C.A.); *R. v. Lewis* (1984), 12 C.C.C. (3d) 353 (Ont. C.A.); *R. v. Lyons* (1984), 15 C.C.C. (3d) 129 (N.S.C.A.); *R. v. Morrison, supra*. As regards this subject the comments by Borins Dist. Ct. J. in *R. v. Guiller*, Ont. Dist. Ct., Sept. 23, 1985, unreported, provide a good example, at p. 15:

It is not for the court to pass on the wisdom of Parliament with respect to the gravity of various offences and the range of penalties which may be imposed upon those found guilty of committing the offences. Parliament has broad discretion in proscribing conduct as criminal and in determining proper punishment. While the final judgment as to whether a punishment exceeds constitutional limits set by the *Charter* is properly a judicial function the court should be reluctant to interfere with the considered views of Parliament and then only in the clearest of cases where the punishment prescribed is so excessive when compared with the punishment prescribed for other offences as to outrage standards of decency.

The Purpose and Effect of a Law

I do not see any reason to depart from the tradition of deference to Parliament that has always been demonstrated by the Canadian courts. However, the pursuit of a constitutionally valid purpose is not, in and of itself, a guarantee of constitutional validity. The courts, the *Charter* so commands, must examine challenged legislation in order to determine whether it infringes a right protected by the *Charter*. As stated by the majority of this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, at p. 496:

In neither case, be it before or after the *Charter*, have the courts been enabled to decide upon the appropriateness of policies underlying legislative enactments. In both instances, however, the courts are empowered, indeed required, to measure the content of legislation against the guarantees of the Constitution.

(C.S.T.N.-O.); *R. v. Kroeger* (1984), 13 C.C.C. (3d) 277 (C.A. Alb.); *R. v. Krug* (1982), 7 C.C.C. (3d) 324 (C. dist. Ont.); *R. v. Slaney* (1985), 22 C.C.C. (3d) 240 (C.A.T.-N.); *R. v. Tobac*, précitée; *R. v. Randall and Weir* (1983), 7 C.C.C. (3d) 363 (C.A.N.-É.); *R. v. Lewis* (1984), 12 C.C.C. (3d) 353 (C.A. Ont.); *R. v. Lyons* (1984), 15 C.C.C. (3d) 129 (C.A.N.-É.); *R. v. Morrison*, précitée). À ce propos, les observations du juge Borins dans l'affaire *R. v. Guiller*, C. dist. Ont., le 23 septembre 1985, inédite, nous fournissent un bon exemple, à la p. 15:

[TRADUCTION] Il n'appartient pas au tribunal de se prononcer sur la sagesse du législateur fédéral en ce qui concerne la gravité de diverses infractions et les différentes peines qui peuvent être infligées aux personnes reconnues coupables de les avoir commises. Le législateur jouit d'une compétence discrétionnaire étendue pour interdire certains comportements considérés comme criminels et pour déterminer quelle doit être la sanction appropriée. Si le jugement définitif quant à savoir si une peine excède les limites constitutionnelles fixées par la *Charte* constitue à bon droit une fonction judiciaire, le tribunal devrait néanmoins hésiter à intervenir dans les vues mûrement réfléchies du législateur et ne le faire que dans les cas les plus manifestes où la peine prescrite est excessive, comparativement à la peine prévue pour d'autres infractions, au point de constituer une atteinte aux normes de la décence.

L'objet et l'effet d'une loi

Je ne vois aucune raison d'abandonner cette tradition de déférence pour le législateur dont ont toujours fait preuve les tribunaux canadiens. Toutefois, la poursuite d'un objectif constitutionnel n'est pas, en soi, une garantie de constitutionnalité. Les tribunaux, c'est la *Charte* qui l'exige, doivent examiner la loi contestée afin de déterminer si elle porte atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Comme l'a dit cette Cour à la majorité dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 496:

Ni avant ni après l'adoption de la *Charte*, les tribunaux n'ont été habilités à se prononcer sur l'à-propos des politiques sous-jacentes à l'adoption des lois. Dans l'un et l'autre cas toutefois, les tribunaux ont le pouvoir et même le devoir d'apprécier le contenu de la loi en fonction des garanties accordées par la Constitution.

In measuring the content of the legislation, the courts are to look to the purpose and effect of the legislation. Dickson J., as he then was, in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, speaking for the majority of this Court, stated at p. 331:

In my view, both purpose and effect are relevant in determining constitutionality; either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate legislation.

And further, at p. 334:

... I agree with the respondent that the legislation's purpose is the initial test of constitutional validity and its effects are to be considered when the law under review has passed or, at least, has purportedly passed the purpose test ... Thus, if a law with a valid purpose interferes by its impact, with rights or freedoms, a litigant could still argue the effects of the legislation as a means to defeat its applicability and possibly its validity. In short, the effects test will only be necessary to defeat legislation with a valid purpose; effects can never be relied upon to save legislation with an invalid purpose.

Thus, even though the pursuit of a constitutionally invalid purpose will result in the invalidity of the impugned legislation irrespective of its effects, a valid purpose does not end the constitutional inquiry. The means chosen by Parliament to achieve that valid purpose may result in effects which deprive Canadians of their rights guaranteed under the *Charter*. In such a case it would then be incumbent upon the authorities to demonstrate under s. 1 that the importance of that valid purpose is such that, irrespective of the effect of the legislation, it is a reasonable limit in a free and democratic society.

The undisputed fact that the purpose of s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* is constitutionally valid is not a bar to an analysis of s. 5(2) in order to determine if the minimum has the effect of obliging the judge in certain cases to impose a cruel and unusual punishment, and thereby is a *prima facie* violation of s. 12; and, if it is, to then reconsider under s. 1 that purpose and any other considerations relevant to determining whether the impugned legislation may be salvaged.

En contrôlant le contenu d'une loi, les tribunaux doivent en examiner l'objet et l'effet. Le juge Dickson, maintenant Juge en chef du Canada, affirme au nom de la Cour à la majorité, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 331:

À mon avis, l'objet et l'effet d'une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité; un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l'un et l'autre rendre une loi invalide.

Et, plus loin, à la p. 334:

... je partage l'avis de l'intimée que le premier critère à appliquer dans la détermination de la constitutionnalité est celui de l'objet de la loi en cause et que ses effets doivent être pris en considération lorsque la loi examinée satisfait ou, à tout le moins, est censée satisfaire à ce premier critère [...] Donc, si, de par ses répercussions, une loi qui a un objet valable porte atteinte à des droits et libertés, il serait encore possible à un plaideur de tirer argument de ses effets pour la faire déclarer inapplicable, voire même invalide. Bref, le critère des effets n'est nécessaire que pour invalider une loi qui a un objet valable; les effets ne peuvent jamais être invoqués pour sauver une loi dont l'objet n'est pas valable.

Ainsi, même si la poursuite d'un objectif inconstitutionnel entraîne l'invalidité de la loi attaquée, indépendamment de ses effets, un objectif régulier ne met pas un terme à l'analyse constitutionnelle. Les moyens choisis par le législateur pour atteindre cet objectif régulier peuvent avoir des effets qui privent les Canadiens des droits que leur garantit la *Charte*. Dans un tel cas, il incombe aux autorités de démontrer, en vertu de l'article premier, que l'importance de cet objectif régulier est telle que, indépendamment de l'effet de la loi, il s'agit d'une limite raisonnable apportée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Le fait incontesté que l'objet du par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* est constitutionnel n'empêche pas d'analyser ce paragraphe afin de déterminer si la peine minimale prescrite a pour effet, dans certains cas, d'obliger le juge à imposer une peine cruelle et inusitée, et si elle viole ainsi à première vue l'art. 12; et, dans l'affirmative, il n'empêche pas de réexaminer, en vertu de l'article premier, cet objet et toute autre considération utile pour déterminer si la loi attaquée peut être sauvegardée.

The meaning of s. 12

It is generally accepted in a society such as ours that the state has the power to impose a "treatment or punishment" on an individual where it is necessary to do so to attain some legitimate end and where the requisite procedure has been followed. The *Charter* limits this power: s. 7 provides that everyone has the right not to be deprived of life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice, s. 9 provides that everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned, and s. 12 guarantees the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

The limitation at issue here is s. 12 of the *Charter*. In my view, the protection afforded by s. 12 governs the quality of the punishment and is concerned with the effect that the punishment may have on the person on whom it is imposed. I would agree with Laskin C.J. in *Miller and Cockriell*, *supra*, where he defined the phrase "cruel and unusual" as a "compendious expression of a norm". The criterion which must be applied in order to determine whether a punishment is cruel and unusual within the meaning of s. 12 of the *Charter* is, to use the words of Laskin C.J. in *Miller and Cockriell*, *supra*, at p. 688, "whether the punishment prescribed is so excessive as to outrage standards of decency". In other words, though the state may impose punishment, the effect of that punishment must not be grossly disproportionate to what would have been appropriate.

In imposing a sentence of imprisonment, the judge will assess the circumstances of the case in order to arrive at an appropriate sentence. The test for review under s. 12 of the *Charter* is one of gross disproportionality, because it is aimed at punishments that are more than merely excessive. We should be careful not to stigmatize every disproportionate or excessive sentence as being a constitutional violation, and should leave to the usual sentencing appeal process the task of reviewing the fitness of a sentence. Section 12 will only be infringed where the sentence is so unfit having regard to the offence and the offender as to be grossly disproportionate.

Le sens de l'art. 12

Il est généralement admis dans une société comme la nôtre que l'État peut infliger à un particulier «un traitement ou une peine» lorsque cela est nécessaire à la réalisation d'une fin légitime et que la procédure requise a été suivie. La *Charte* limite ce pouvoir: l'art. 7 prévoit qu'il ne peut être porté atteinte au droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, l'art. 9 stipule que chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires et l'art. 12 garantit le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

La limite en cause en l'espèce est celle apportée par l'art. 12 de la *Charte*. À mon avis, la protection accordée par l'art. 12 régit la qualité de la peine et vise l'effet que la peine peut avoir sur la personne à qui elle est infligée. Je suis d'accord avec ce que dit le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Miller et Cockriell*, précité, lorsqu'il définit les termes «cruels et inusités» comme la «formulation concise d'une norme». Le critère qui doit être appliqué pour déterminer si une peine est cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte* consiste, pour reprendre les termes utilisés par le juge en chef Laskin à la p. 688 de l'arrêt *Miller et Cockriell*, précité, à se demander «si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine.» En d'autres termes, bien que l'État puisse infliger une peine, l'effet de cette peine ne doit pas être exagérément disproportionné à ce qui aurait été approprié.

En imposant une peine d'emprisonnement, le juge se doit d'évaluer les circonstances de l'affaire afin de prononcer une sentence appropriée. Le critère applicable à l'examen en vertu de l'art. 12 de la *Charte* est celui de la disproportion exagérée, étant donné qu'il vise les peines qui sont plus que simplement excessives. Il faut éviter de considérer que toute peine disproportionnée ou excessive est contraire à la Constitution et laisser au processus normal d'appel en matière de sentence la tâche d'examiner la justesse d'une peine. Il n'y aura violation de l'art. 12 que si, compte tenu de l'infraction et du contrevenant, la sentence est inappropriée au point d'être exagérément disproportionnée.

In assessing whether a sentence is grossly disproportionate, the court must first consider the gravity of the offence, the personal characteristics of the offender and the particular circumstances of the case in order to determine what range of sentences would have been appropriate to punish, rehabilitate or deter this particular offender or to protect the public from this particular offender. The other purposes which may be pursued by the imposition of punishment, in particular the deterrence of other potential offenders, are thus not relevant at this stage of the inquiry. This does not mean that the judge or the legislator can no longer consider general deterrence or other penological purposes that go beyond the particular offender in determining a sentence, but only that the resulting sentence must not be grossly disproportionate to what the offender deserves. If a grossly disproportionate sentence is "prescribed by law", then the purpose which it seeks to attain will fall to be assessed under s. 1. Section 12 ensures that individual offenders receive punishments that are appropriate, or at least not grossly disproportionate, to their particular circumstances, while s. 1 permits this right to be overridden to achieve some important societal objective.

One must also measure the effect of the sentence actually imposed. If it is grossly disproportionate to what would have been appropriate, then it infringes s. 12. The effect of the sentence is often a composite of many factors and is not limited to the quantum or duration of the sentence but includes its nature and the conditions under which it is applied. Sometimes by its length alone or by its very nature will the sentence be grossly disproportionate to the purpose sought. Sometimes it will be the result of the combination of factors which, when considered in isolation, would not in and of themselves amount to gross disproportionality. For example, twenty years for a first offence against property would be grossly disproportionate, but so would three months of imprisonment if the prison authorities decide it should be served in solitary confinement. Finally, I should add that some punishments or treatments will always be grossly disproportionate and will always outrage our standards

En vérifiant si une peine est exagérément disproportionnée, la cour doit d'abord prendre en considération la gravité de l'infraction commise, les caractéristiques personnelles du contrevenant et les circonstances particulières de l'affaire afin de déterminer quelles peines auraient été appropriées pour punir, réhabiliter ou dissuader ce contrevenant particulier ou pour protéger le public contre ce dernier. Ainsi, les autres objectifs que peut viser l'imposition d'une peine, en particulier la dissuasion d'autres contrevenants en puissance, sont sans importance à cette étape de l'analyse. Cela signifie non pas que le juge ou le législateur ne peut plus, en déterminant une peine, prendre en considération la dissuasion générale ou d'autres objectifs pénologiques qui vont au delà du contrevenant particulier, mais seulement que la peine qui résulte ne doit pas être exagérément disproportionnée à ce que mérite le contrevenant. Si une peine exagérément disproportionnée est prescrite «par une règle de droit», alors l'objectif qu'elle vise devra faire l'objet d'une évaluation en vertu de l'article premier. L'article 12 a pour effet d'assurer que chaque contrevenant se voie infliger une peine appropriée, ou tout au moins non exagérément disproportionnée, à sa situation particulière, alors que l'article premier permet de passer outre à ce droit afin de réaliser un objectif social important.

Il faut également évaluer l'effet de la peine qui est effectivement infligée. Si cet effet est exagérément disproportionné à ce qui aurait été approprié, alors elle viole l'art. 12. L'effet de la peine est souvent le produit de plusieurs facteurs et ne se limite pas à l'importance ou à la durée de cette peine, mais comprend sa nature et les circonstances dans lesquelles elle est imposée. C'est parfois en raison de sa seule longueur ou de sa nature même que la peine est exagérément disproportionnée à l'objectif poursuivi. Dans d'autres cas, c'est le résultat d'une combinaison de facteurs qui pris isolément n'engendreraient pas en soi une disproportion exagérée. À titre d'exemple, une peine de vingt années pour une première infraction contre la propriété serait exagérément disproportionnée, mais il en serait de même d'une peine de trois mois d'emprisonnement dans le cas où les autorités pénitentiaires décideraient qu'elle doit être purgée dans une cellule d'isolement. Enfin, je dois ajouter

of decency: for example, the infliction of corporal punishment, such as the lash, irrespective of the number of lashes imposed, or, to give examples of treatment, the lobotomisation of certain dangerous offenders or the castration of sexual offenders.

The numerous criteria proposed pursuant to s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights* and the Eighth Amendment of the American Constitution are, in my opinion, useful as factors to determine whether a violation of s. 12 has occurred. Thus, to refer to tests listed by Professor Tarnopolsky, the determination of whether the punishment is necessary to achieve a valid penal purpose, whether it is founded on recognized sentencing principles, and whether there exist valid alternatives to the punishment imposed, are all guidelines which, without being determinative in themselves, help to assess whether the punishment is grossly disproportionate.

There is a further aspect of proportionality which has been considered on occasion by the American courts: a comparison with punishments imposed for other crimes in the same jurisdiction (*Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983), at p. 291). Of course, the simple fact that penalties for similar offences are divergent does not necessarily mean that the greater penalty is grossly disproportionate and thus cruel and unusual. At most, the divergence in penalties is an indication that the greater penalty may be excessive, but it will remain necessary to assess the penalty in accordance with the factors discussed above. The notion that there must be a gradation of punishments according to the malignity of offences may be considered to be a principle of fundamental justice under s. 7, but, given my decision under s. 12, I do not find it necessary to deal with that issue here.

On more than one occasion the courts in Canada have alluded to a further factor, namely, whether the punishment was arbitrarily imposed. As regards this factor, some comments should be

que certaines peines ou certains traitements seront toujours exagérément disproportionnés et incompatibles avec la dignité humaine: par exemple, l'imposition d'un châtiment corporel comme la peine du fouet, sans égard au nombre de coups de fouet imposé ou, à titre d'exemple de traitement, la lobotomie de certains criminels dangereux, ou la castration d'auteurs de crimes sexuels.

Les nombreux critères proposés conformément à l'al. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* et au Huitième amendement de la Constitution américaine sont, à mon avis, utiles comme facteurs permettant de déterminer s'il y a eu violation de l'art. 12. Ainsi, pour mentionner les critères énoncés par le professeur Tarnopolsky, les questions de savoir si la peine est nécessaire pour atteindre un objectif pénal régulier, si elle est fondée sur des principes reconnus en matière de détermination de la sentence et s'il existe des solutions de rechange valables à la peine imposée, constituent des lignes directrices qui, sans être décisives en elles-mêmes, aident à vérifier si la peine est exagérément disproportionnée.

Il existe un autre aspect de la proportionnalité que les tribunaux américains ont parfois examiné: une comparaison avec les peines imposées pour d'autres crimes dans le même ressort (*Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983), à la p. 291). Il va de soi que le simple fait que les peines imposées pour des infractions similaires divergent ne signifie pas nécessairement que la peine plus sévère est exagérément disproportionnée et, ainsi, cruelle et inusitée. Tout au plus, la divergence de peines indique qu'il se peut que la peine plus sévère soit excessive, mais il restera nécessaire d'évaluer la peine en fonction des facteurs examinés plus haut. La notion portant qu'il doit y avoir une échelle de peines fondée sur la gravité des infractions peut être considérée comme un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7, mais compte tenu de ma décision au chapitre de l'art. 12, j'estime qu'il n'est pas nécessaire de traiter cette question en l'espèce.

À plus d'une occasion, les tribunaux au Canada ont examiné un autre facteur, savoir si la peine avait été infligée arbitrairement. Au sujet de ce facteur, quelques commentaires s'imposent car

made, because arbitrariness of detention and imprisonment is addressed by s. 9, and, to the extent that the arbitrariness, given the proper context, could be in breach of a principle of fundamental justice, it could trigger a *prima facie* violation under s. 7. As indicated above, s. 12 is concerned with the effect of a punishment, and, as such, the process by which the punishment is imposed is not, in my respectful view, of any great relevance to a determination under s. 12. For example, s. 12 would not be infringed if a judge, after having refused to hear any submissions on sentencing, indicated that he would not take into consideration any relevant factors, but then went on to impose arbitrarily a preconceived but appropriate sentence. In my view, because this result would be appropriate, the sentence cannot be characterized as grossly disproportionate and violative of s. 12.

This reference to the arbitrary nature of the punishment as a factor is a direct import into Canada of one of the tests elaborated upon by the American judiciary in dealing with the Eighth Amendment of their Constitution. Although the tests developed by the Americans provide useful guidance, they stem from the analysis of a constitution which is different in many respects from the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Both countries protect roughly the same rights but the means by which this has been achieved are not identical. In addition to the protection afforded by s. 12, our *Charter* provides express protection against arbitrary imprisonment (s. 9) and against deprivations of the right to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice (s. 7). Furthermore, as there is no parallel to ss. 1 and 24 of the *Charter* in the American Constitution, the dynamics of challenges to the validity of American laws are different. As a result, judicial interpretation of the Eighth Amendment has had to be more expansive than would be necessary under s. 12 of the *Charter*. In Canada, the protection of one's liberty is to be found in various provisions of the *Charter* and the content of each of those sections must be determined in light of the guarantees enunciated in the

l'art. 9 traite de la détention et de l'emprisonnement arbitraires et, dans la mesure où le caractère arbitraire, dans un contexte approprié, pourrait contrevenir à un principe de justice fondamentale, il pourrait engendrer une violation à première vue de l'art. 7. Comme je l'ai dit précédemment, l'art. 12 vise l'effet d'une peine et, avec égards, j'estime que la façon, comme telle, dont la peine est infligée n'est pas très pertinente dans le cas d'une décision fondée sur l'art. 12. Par exemple, il n'y a pas d'atteinte à l'art. 12 si un juge, après avoir refusé d'entendre des représentations sur la sentence, a déclaré qu'il ne tiendrait compte d'aucun facteur pertinent, pour ensuite imposer arbitrairement une peine préconçue mais appropriée. À mon avis, vu que ce résultat serait approprié, la sentence ne pourrait être qualifiée d'exagérément disproportionnée et de contraire à l'art. 12.

Cette mention de la nature arbitraire de la peine comme facteur à considérer constitue une transposition directe au Canada de l'un des critères élaborés par les tribunaux américains relativement au Huitième amendement de leur constitution. Si les critères élaborés par les Américains peuvent servir de guide utile, ils n'en découlent pas moins de l'analyse d'une constitution qui diffère à bien des égards de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les deux pays protègent à peu près les mêmes droits, mais les moyens d'y arriver sont différents. En sus de la protection accordée par l'art. 12, notre *Charte* offre une protection expresse contre l'emprisonnement arbitraire (art. 9) et contre les atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui ne sont pas conformes aux principes de justice fondamentale (art. 7). De plus, comme l'article premier et l'art. 24 de la *Charte* n'ont pas d'équivalents dans la Constitution américaine, la dynamique des contestations de validité des lois américaines est différente. C'est pourquoi l'interprétation judiciaire du Huitième amendement a dû être plus large que ce qui serait nécessaire dans le cas de l'art. 12 de la *Charte*. Au Canada, la protection de la liberté de l'individu se retrouve dans diverses dispositions de la *Charte* et le contenu de chacun de ces articles doit être établi

other sections and the content the courts will be putting into those sections. Thus, any comments on the meaning of s. 12 must be made with s. 9 in mind and, as whenever ss. 8 to 14 are at issue, in light of s. 7 (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*).

The criterion of arbitrariness developed by the Supreme Court of the United States pursuant to the Eighth Amendment of their Constitution involved, for the most part, cases that dealt with the validity of the death penalty. In the United States, where criminal law is within the competence of the state legislatures and thus varies from state to state, the judiciary was concerned with possible discrepancies in the imposition of the death penalty throughout their country. The judges were also concerned with the fact that the law often leaves in the U.S. "to the uncontrolled discretion of judges or juries the determination whether defendants committing these crimes should die or be imprisoned", and that one cannot read the history of the Eighth Amendment "without realizing that the desire for equality was reflected in the ban against 'cruel and unusual punishments' contained in the Eighth Amendment" (*per Douglas J. in Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), at pp. 253 and 255). This introduction of arbitrariness for the precise purpose of ensuring equality under the law, however appropriate in the United States, should not simply be transplanted into the Canadian context where the criminal law power is within the competence of the federal government and thus uniform throughout the country. We in Canada also have other sections in the *Charter* to protect the equality of all in face of the law, amongst others, s. 15(1). In any event, I find it would be dangerous to approach our "cruel and unusual" punishment section on the rationale of equality and conclude that uniformly applied, through mandatory imposition or otherwise, a sentence could no longer, on the basis of arbitrariness, be considered cruel and unusual. I therefore find arbitrariness a minimal factor in the determination of whether a punishment or treatment is cruel and unusual.

en fonction des garanties énoncées dans les autres articles et du contenu que les tribunaux attribuent à ces derniers. Ainsi, tout commentaire sur le sens de l'art. 12 doit se faire en ayant l'art. 9 à l'esprit et, dans les cas où les art. 8 à 14 sont en cause, en tenant compte de l'art. 7 (voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité).

Le critère du caractère arbitraire élaboré par la Cour suprême des États-Unis, conformément au Huitième amendement de leur Constitution, portait en majeure partie sur des affaires mettant en cause la validité de la peine de mort. Aux États-Unis, où le droit criminel relève de la compétence des assemblées législatives des États et varie donc d'un État à l'autre, les tribunaux se sont préoccupés des divergences possibles dans l'imposition de la peine de mort à l'échelle du pays. Les juges se sont également préoccupés du fait que la loi aux États-Unis laisse souvent [TRADUCTION] «à la discrétion non contrôlée des juges ou des jurés la détermination de la question de savoir si les défendeurs qui ont commis ces crimes devraient mourir ou être emprisonnés», et du fait que l'on ne puisse examiner l'historique du Huitième amendement [TRADUCTION] «sans réaliser que la volonté d'égalité se reflète dans l'interdiction d'infliger des châtiments cruels et d'un genre inaccoutumé», que l'on trouve dans le Huitième amendement» (le juge Douglas dans *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), aux pp. 253 et 255). Cette introduction du caractère arbitraire visant précisément à assurer l'égalité devant la loi, quelque appropriée qu'elle soit aux États-Unis, ne doit tout simplement pas être transposée dans le contexte canadien où la compétence en matière de droit criminel relève du gouvernement fédéral et est ainsi uniforme dans tout le pays. Au Canada, nous avons en outre dans la *Charte* d'autres dispositions qui visent à protéger l'égalité de tous devant la loi, notamment le par. 15(1). De toute manière, j'estime qu'il serait dangereux d'aborder notre disposition qui traite des peines «cruelles et inusitées» en fonction du raisonnement d'égalité pour conclure qu'appliquée uniformément, par imposition obligatoire ou autrement, une sentence ne peut plus arbitrairement être considérée comme cruelle et inusitée. Je conclus donc que le caractère arbitraire constitue un facteur minime pour ce qui est de déterminer si une peine ou un traitement est cruel et inusité.

Of course because we live in a free, democratic and progressive society, cruelty and gross discrepancy of treatment of those we punish has generally, under the rule of law, been kept in check through legislation imposing limitations on what we can do to others under the law and through the development of elaborate sentencing guidelines and review through appeals. Therefore when a cruel and unusual punishment is inflicted it will often be the result of a disregard for those laws and guidelines and as such will be the result of arbitrariness in the choice of the punishment. However, as I said, a sentence is or is not grossly disproportionate to the purpose sought or a punishment is or is not cruel and unusual irrespective of why the violation has taken place.

Section 5(2) of the Narcotic Control Act

At issue in this appeal is the minimum term of imprisonment provided for by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*. It thus is not necessary to delimit the scope of the terms "treatment" and "punishment", since they clearly include the imposition by a judge of a term of imprisonment. The minimum seven-year imprisonment fails the proportionality test enunciated above and therefore *prima facie* infringes the guarantees established by s. 12 of the *Charter*. The simple fact that s. 5(2) provides for a mandatory term of imprisonment does not by itself lead to this conclusion. A minimum mandatory term of imprisonment is obviously not in and of itself cruel and unusual. The legislature may, in my view, provide for a compulsory term of imprisonment upon conviction for certain offences without infringing the rights protected by s. 12 of the *Charter*. For example, a long term of penal servitude for he or she who has imported large amounts of heroin for the purpose of trafficking would certainly not contravene s. 12 of the *Charter*, quite the contrary. However, the seven-year minimum prison term of s. 5(2) is grossly disproportionate when examined in light of the wide net cast by s. 5(1).

Il va de soi que, parce que nous vivons dans une société libre, démocratique et progressive, la cruauté et les divergences exagérées dans le traitement de ceux que nous punissons ont généralement, en vertu du principe de la primauté du droit, été réfrénées par l'adoption de mesures législatives imposant des limites à ce qui peut être fait aux autres en vertu de la loi, par l'établissement de lignes directrices élaborées en matière de détermination de la sentence et grâce au processus d'examen par voie d'appel. Par conséquent, lorsqu'une peine cruelle et inusitée est infligée, elle résulte souvent de l'inobservation de ces lois et lignes directrices et, comme tel, de l'arbitraire dont on a fait preuve en la choisissant. Toutefois, comme je l'ai dit, une sentence est ou n'est pas exagérément disproportionnée à l'objectif poursuivi ou encore une peine est ou n'est pas cruelle et inusitée sans égard à la raison pour laquelle la violation a été commise.

Le paragraphe 5(2) de la Loi sur les stupéfiants

C'est la peine minimale d'emprisonnement prévue par le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* qui est en cause dans le présent pourvoi. Il n'est donc pas nécessaire de délimiter la portée des termes «traitements» et «peines» puisqu'ils comprennent nettement l'imposition par un juge d'une peine d'emprisonnement. La peine minimale de sept années d'emprisonnement n'est pas conforme au critère de la proportionnalité énoncé plus haut et viole donc à première vue les garanties établies par l'art. 12 de la *Charte*. Le simple fait que le par. 5(2) prescrive une peine obligatoire d'emprisonnement ne conduit pas en soi à cette conclusion. Une peine minimale obligatoire d'emprisonnement n'est manifestement pas cruelle et inusitée en soi. Le législateur peut, à mon avis, prescrire une peine obligatoire d'emprisonnement dans le cas d'une déclaration de culpabilité de certaines infractions sans porter atteinte aux droits garantis par l'art. 12 de la *Charte*. Par exemple, une longue peine d'incarcération infligée à celui ou à celle qui a importé de grandes quantités d'héroïne à des fins de trafic n'enfreindrait certainement pas l'art. 12 de la *Charte*, bien au contraire. Toutefois, la peine minimale de sept ans d'emprisonnement, que prescrit le par. 5(2), est exagérément disproportionnée compte tenu de la portée du par. 5(1).

As indicated above, the offence of importing enacted by s. 5(1) of the *Narcotic Control Act* covers numerous substances of varying degrees of dangerousness and totally disregards the quantity of the drug imported. The purpose of a given importation, such as whether it is for personal consumption or for trafficking, and the existence or nonexistence of previous convictions for offences of a similar nature or gravity are disregarded as irrelevant. Thus, the law is such that it is inevitable that, in some cases, a verdict of guilt will lead to the imposition of a term of imprisonment which will be grossly disproportionate.

This is what offends s. 12, the certainty, not just the potential. Absent the minimum, the section still has the potential of operating so as to impose cruel and unusual punishment. But that would only occur if and when a judge chose to impose, let us say, seven years or more on the "small offender". Remedy will then flow from s. 24. It is the judge's sentence, but not the section, that is in violation of the *Charter*. However, the effect of the minimum is to insert the certainty that, in some cases, as of conviction the violation will occur. It is this aspect of certainty that makes the section itself a *prima facie* violation of s. 12, and the minimum must, subject to s. 1, be declared of no force or effect.

In its factum, the Crown alleged that such eventual violations could be, and are in fact, avoided through the proper use of prosecutorial discretion to charge for a lesser offence.

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. Therefore, to conclude, I find that the minimum

Comme je l'ai déjà dit, l'infraction d'importation définie au par. 5(1) de la *Loi sur les stupéfiants* vise de nombreuses substances plus ou moins dangereuses et ne tient absolument pas compte de la quantité de drogue importée. L'objet d'une importation donnée, tel la consommation personnelle ou le trafic, et l'existence ou l'absence de condamnations antérieures pour des infractions de nature ou de gravité similaire sont jugés sans importance et ne sont donc pas pris en considération. Ainsi la loi fait que, dans certains cas, un verdict de culpabilité entraînera inévitablement l'imposition d'une peine d'emprisonnement qui sera exagérément disproportionnée.

C'est ce qui porte atteinte à l'art. 12, savoir la certitude et non simplement la potentialité. Sans ce minimum, l'article reste quand même susceptible de servir à imposer une peine cruelle et inusitée. Mais cela ne se produira que si un juge choisit d'infliger, disons, sept ans ou plus au «petit contrevenant». On pourra alors avoir recours à l'art. 24. C'est la sentence du juge, et non l'article, qui viole la *Charte*. Toutefois, le minimum a pour effet de créer la certitude que, dans certains cas, dès qu'il y aura déclaration de culpabilité, la violation se produira. C'est cet élément de certitude qui fait que l'article lui-même viole à première vue l'art. 12 et le minimum doit donc, sous réserve de l'article premier, être déclaré inopérant.

Dans son mémoire, le ministère public soutient que de telles violations éventuelles peuvent être évitées, et le sont vraiment, par l'utilisation appropriée du pouvoir discrétionnaire du ministère public d'inculper pour une infraction moindre.

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. Donc, pour conclure, je suis d'avis que la peine minimale d'emprisonnement

term of imprisonment provided for by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* infringes the rights guaranteed by s. 12 and, as such, is a *prima facie* violation of the *Charter*. Subject to the section's being salvaged under s. 1, the minimum must be declared of no force or effect.

Section 1 of the Charter

Section 1 of the *Charter* provides that:

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.

This Court has already had occasion to address s. 1. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*; and *R. v. Oakes*, *supra*, this Court indicated that once there has been a *prima facie* violation of the *Charter* the burden rests upon the authorities to salvage the legislative provision in question. In *Oakes*, this Court set out the criteria which must be met in order to discharge this burden. Dickson C.J., speaking for the majority, stated the following at p. 138:

To establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, two central criteria must be satisfied. First, the objective, which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve, must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352.

And further, at p. 139:

Second, once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s. 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves "a form of proportionality test": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups. There are, in my view, three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to

prescrite par le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* porte atteinte aux droits garantis par l'art. 12 et qu'à ce titre elle constitue une violation à première vue de la *Charte*. Sauf si la disposition est sauvegardée en vertu de l'article premier, le minimum doit être déclaré inopérant.

L'article premier de la Charte

L'article premier de la *Charte* porte:

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.

Cette Cour a déjà eu l'occasion d'aborder l'article premier. Dans les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, et *R. c. Oakes*, précité, elle a clairement indiqué que lorsqu'il y a eu violation à première vue de la *Charte*, il appartient aux autorités de sauvegarder la disposition législative en cause. Dans l'arrêt *Oakes*, la Cour a énoncé les critères auxquels il faut satisfaire pour s'acquitter de cette charge. Le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, affirme ce qui suit, à la p. 138:

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352.

Et plus loin, à la p. 139:

En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'une sorte de critère de proportionnalité: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois élé-

achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance". [Emphasis in original.]

In the present appeal, the Crown had but one argument. It urged upon us that the imposition of severe punishments on drug importers will discourage the perpetration of such a serious crime. Those non-users, who import and traffic in such noxious drugs as heroin, are slave masters and responsible not only for the destruction of numerous human beings, but also for the very extensive criminal activity which is spawned by the drug trade. In my view, the fight against the importing and trafficking of hard drugs is, without a doubt, an objective "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom".

This then brings us to the next phase of the test, the proportionality of the means chosen to reach that "important" result. Of course, the means chosen do "achieve the objective in question". The certainty that all those who contravene the prohibition against importing will be sentenced to at least seven years in prison will surely deter people from importing narcotics. Therefore, rationality, the first prong of the proportionality test, has been met. But the Crown's justification fails the second prong, namely minimum impairment of the rights protected by s. 12. Clearly there is no need to be indiscriminate. We do not need to sentence the small offenders to seven years in prison in order to deter the serious offender. Indeed, the net cast by s. 5(2) for sentencing purposes need not be so wide as that cast by s. 5(1) for conviction purposes. The result sought could be achieved by limiting the imposition of a minimum sentence to the import-

ments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important». [Souligné dans l'original.]

Dans le présent pourvoi, le ministère public n'a qu'un seul argument. Il nous fait valoir que l'imposition de peines sévères aux importateurs de stupéfiants aura pour effet de décourager la perpétration d'un crime aussi grave. Les non-utilisateurs, qui importent des drogues aussi nocives que l'héroïne et qui en font le trafic, sont des maîtres d'esclaves responsables non seulement de la destruction de nombreux êtres humains, mais aussi des activités criminelles fort importantes que génère le commerce de la drogue. À mon avis, la lutte contre l'importation et le trafic des drogues dures est sans aucun doute un objectif «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution».

Cela nous amène donc au deuxième volet du critère, la proportionnalité du moyen choisi pour arriver à ce résultat «important». Il va sans dire que les moyens choisis permettent effectivement d'atteindre l'objectif en question». La certitude que tous ceux qui enfreignent l'interdiction d'importation seront condamnés à au moins sept ans d'emprisonnement aura certainement pour résultat de dissuader les gens d'importer des stupéfiants. Donc, la rationalité, le premier volet du critère de proportionnalité, est satisfaite. Mais la justification du ministère public s'effondre dans le cas du second volet, savoir une atteinte minimale aux droits garantis par l'art. 12. Manifestement, il n'est pas nécessaire d'agir sans distinction. Il n'est pas nécessaire de condamner les petits contrevenants à sept ans de prison pour dissuader l'auteur d'une infraction grave. En réalité, la portée du par. 5(2) en matière de sentence n'a pas à être aussi

ing of certain quantities, to certain specific narcotics of the schedule, to repeat offenders, or even to a combination of these factors. But the wording of the section and the schedule is much broader. I should add that, in my view, the minimum sentence also creates some problems. In particular, it inserts into the system a reluctance to convict and thus results in acquittals for picayune reasons of accused who do not deserve a seven-year sentence, and it gives the Crown an unfair advantage in plea bargaining as an accused will be more likely to plead guilty to a lesser or included offence. For these reasons, the minimum imprisonment provided for by s. 5(2) breaches s. 12 of the *Charter* and this breach has not been justified under s. 1.

Having written these reasons some time ago, I have not referred to recent decisions of the courts or recent publications. However, I wish to refer to the Report of the Canadian Sentencing Commission entitled *Sentencing Reform: A Canadian Approach* (1987), which gives some support to my conclusion. The Commission recommended the abolition of mandatory minimum penalties for all offences except murder and high treason because it was of the view that (p. 188):

... existing mandatory minimum penalties, with the exception of those prescribed for murder and high treason, serve no purpose that can compensate for the disadvantages resulting from their continued existence.

Conclusion

In my view, the constitutional question should be answered in the affirmative as regards s. 12 of the *Charter*, and the minimum sentence provided for by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* should therefore be declared to be of no force or effect. It is not necessary, for reasons discussed above, to answer the question as regards ss. 7 and 9.

large que celle du par. 5(1) en matière de déclaration de culpabilité. Le résultat recherché aurait pu être atteint en limitant l'imposition d'une peine minimale à l'importation de certaines quantités, à certains stupéfiants déterminés de l'annexe, aux récidivistes ou même à une combinaison de ces facteurs. Mais le texte de l'article et de l'annexe est beaucoup plus général. Je devrais ajouter qu'à mon avis la peine minimale crée aussi certains problèmes. En particulier, elle insère dans le système une certaine réticence à condamner et entraîne ainsi des acquittements, pour des raisons insignifiantes, d'accusés qui ne méritent pas une sentence de sept ans, et elle confère au ministère public un avantage injuste en matière de négociation de plaidoyer étant donné qu'il sera plus probable qu'un accusé plaidera coupable à une accusation d'infraction moindre ou incluse. Pour ces motifs, l'emprisonnement minimal prévu par le par. 5(2) viole l'art. 12 de la *Charte* et cette violation n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.

Vu que j'ai rédigé ces motifs il y a quelque temps de cela, je n'ai pas fait référence aux décisions judiciaires récentes ou aux dernières publications. Toutefois, je tiens à mentionner le Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, intitulé *Réformer la sentence: une approche canadienne* (1987), qui étaye jusqu'à un certain point ma conclusion. La Commission recommande l'abolition des peines minimales obligatoires dans le cas de toutes les infractions sauf le meurtre et la haute trahison parce qu'elle estime que (p. 206):

... à l'exception de celles prévues pour le meurtre et la haute trahison, les peines minimales obligatoires actuelles n'ont aucun effet susceptible de compenser leurs désavantages.

Conclusion

À mon avis, la question constitutionnelle doit recevoir une réponse affirmative quant à l'art. 12 de la *Charte* et la peine minimale prescrite par le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* doit donc être déclarée inopérante. Il n'est pas nécessaire, pour les motifs exposés plus haut, de répondre à la question en ce qui concerne les art. 7 et 9.

Now to deal with the appellant. The majority of the Court of Appeal upheld the eight year sentence imposed by the trial judge. Because this is not a sentence appeal and because there was no suggestion that the sentence of eight years imposed on the appellant was cruel and unusual, I would normally dismiss this appeal. However, the Court of Appeal considered the fitness of the sentence in the context of a seven year minimum, and we cannot ascertain whether or not they were influenced by that minimum, though I am inclined to think that they were not as they held that an eight year sentence was not inappropriate. Counsel for the Crown, however, stated at the hearing that, were we to declare the minimum of no force or effect, the disposition preferable in his view of the appeal would be to allow the appeal and remit the matter to the Court of Appeal for a reconsideration of the sentence appeal in that court. Given this concession and my conclusion that the minimum is of no force or effect, I would so order.

I should add that I do not wish this manner of disposition to be taken as any indication whatsoever of what I may think the appropriate sentence in this particular case might be.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J. (dissenting)—This appeal concerns the question whether s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, as amended, infringes ss. 7, 9 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The principal issue raised concerns the application of s. 12, which prohibits cruel and unusual treatment or punishment in these terms:

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

A constitutional question was stated by the Chief Justice in the following terms:

Whether the mandatory minimum sentence of seven years prescribed by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1 is contrary to, infringes, or denies the rights and guarantees contained in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and in particular the rights contained in ss. 7, 9 and 12 thereof?

Venons-en maintenant à l'appelant. La Cour d'appel à la majorité a maintenu la peine de huit ans imposée par le juge de première instance. Comme il ne s'agit pas en l'espèce d'un appel de sentence et parce qu'on n'a pas laissé entendre que la peine de huit ans imposée à l'appelant est cruelle et inusitée, je rejeterais normalement le pourvoi. Toutefois, la Cour d'appel a examiné la justesse de la sentence en fonction d'un minimum de sept ans et il nous est impossible de vérifier si ce minimum l'a influencée, quoique je sois porté à croire que non étant donné qu'elle a jugé qu'une peine de huit ans n'était pas inappropriée. Cependant, l'avocat du ministère public a affirmé à l'audience que, si nous devions déclarer ce minimum inopérant, la façon préférable, selon lui, de statuer sur le pourvoi serait d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la Cour d'appel pour qu'elle procède à un nouvel examen de l'appel de la sentence. Compte tenu de cette concession et de ma conclusion que la peine minimale est inopérante, je suis d'avis d'ordonner qu'il en soit ainsi.

Je tiens à ajouter que je ne veux pas que cette façon de statuer sur le pourvoi soit interprétée comme une indication quelconque de ce que je pourrais considérer comme une sentence appropriée en l'espèce.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE (dissident)—Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1 et ses modifications, viole les art. 7, 9 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La principale question en litige concerne l'application de l'art. 12 qui interdit en ces termes les traitements ou peines cruels et inusités:

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

Le Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante:

La sentence minimale obligatoire de sept ans imposée par le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, est-elle contraire ou porte-t-elle atteinte aux droits et garanties énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et, en particulier, aux droits énoncés aux art. 7, 9 et 12?

I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared in this appeal by my colleagues, Lamer and Wilson JJ. The facts of the case are sufficiently set out in the reasons of Lamer J. and I will not repeat them. I am, with all respect for the views of my colleagues, unable to reach their conclusion for reasons which I will endeavour to set out.

As a preliminary matter, I would point out that there is an air of unreality about this appeal because the question of cruel and unusual punishment, under s. 12 of the *Charter*, does not appear to arise on the facts of the case. The appellant pleaded guilty to the offence of importing a narcotic into Canada. The "street value" of the narcotic, after dilution, was estimated to be between \$126,000 and \$168,000. While the trial judge found that the minimum sentence of seven years, prescribed by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, violated s. 12 of the *Charter*, he nevertheless imposed a sentence of eight years' imprisonment on the appellant. On appeal, the majority of the Court of Appeal affirmed the sentence imposed by the trial judge. The dissenting judge would have imposed a sentence of five years. The judges who have considered the case, then, are unanimously of the view that a long sentence of imprisonment is appropriate and no one has suggested that the appellant has been sentenced to cruel and unusual punishment. Recognizing this fact, the appellant does not attack s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* on the ground that it violates s. 12 of the *Charter* in general, but rather on the ground that the imposition of "a mandatory minimum sentence of seven years" on a hypothetical "first time importer of a single marijuana cigarette" would constitute cruel and unusual punishment. In effect, the appellant is stating that while the law is not unconstitutional in its application to him, it may be unconstitutional in its application to a third party and, therefore, should be declared of no force or effect. In my view, this is not a sound approach to the application of s. 12. Under s. 12 of the *Charter*, individuals should be confined to arguing that their punishment is cruel and unusual and not be

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés en l'espèce par mes collègues les juges Lamer et Wilson. Les faits de la présente affaire étant relatés suffisamment en détail dans les motifs du juge Lamer, je ne les reprendrai pas ici. Avec égards pour le point de vue de mes collègues, il m'est impossible de conclure comme ils l'ont fait, pour les raisons que je vais maintenant exposer.

Je ferais remarquer, à titre d'observation préliminaire, qu'il y a quelque chose d'artificiel dans le présent pourvoi en ce sens que les faits de l'affaire ne semblent pas soulever la question des peines cruelles et inusitées au sens de l'art. 12 de la *Charte*. L'appelant a plaidé coupable à l'accusation d'importation d'un stupéfiant au Canada. On a estimé la «valeur au détail» du stupéfiant, après coupage, se situait entre 126 000 \$ et 168 000 \$. Le juge de première instance a déclaré que la peine minimale de sept ans, prescrite par le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, violait l'art. 12 de la *Charte*, mais il a néanmoins imposé à l'appelant une peine de huit ans d'emprisonnement. En appel, la Cour d'appel à la majorité a confirmé la peine imposée par le juge de première instance. Le juge dissident dans cet appel aurait infligé une peine de cinq ans d'emprisonnement. Les juges qui ont examiné l'affaire sont donc tous d'avis qu'il convenait d'imposer une longue peine d'emprisonnement et personne n'a laissé entendre que l'appelant s'est vu imposer une peine cruelle et inusitée. Reconnaissant ce fait, l'appelant conteste la validité du par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* non pas pour le motif que cette disposition viole l'art. 12 de la *Charte* en général, mais pour le motif que l'imposition d'une [TRADUCTION] «peine minimale obligatoire de sept ans» dans le cas hypothétique d'une [TRADUCTION] «première importation d'une seule cigarette de marijuana» constituerait une peine cruelle et inusitée. L'appelant soutient en fait que cette disposition n'est pas inconstitutionnelle dans son cas, mais qu'elle risque de l'être dans le cas d'un tiers et qu'elle devrait donc être déclarée inopérante. J'estime que ce n'est pas une bonne façon d'aborder la question de l'application de l'art. 12 de la *Charte*. Aux termes de l'art. 12 de la *Charte*, les particuliers devraient être tenus de limiter leurs arguments à la question de savoir si leur peine est cruelle et inusitée et non à celle de

heard to argue that the punishment is cruel and unusual for some hypothetical third party.

This is not to say, as a general proposition, that parties can only challenge laws on constitutional grounds if they can show that their individual rights have been violated. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, this Court expressly held that a corporation charged with a criminal offence under the *Lord's Day Act* could argue that the Act violated freedom of religion, under s. 2(a) of the *Charter*, without also alleging that the statute specifically infringed its religious beliefs. "A law which itself infringes religious freedom is, by that reason alone, inconsistent with s. 2(a) of the *Charter* and it matters not whether the accused is a Christian, Jew, Muslim, Hindu, Buddhist, atheist, agnostic or whether an individual or a corporation" (p. 314). While the *Lord's Day Act* was attacked primarily because it was enacted for a religious purpose, individuals may also challenge enactments on the ground that their effect is to infringe the religious rights of third parties (see *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713). The reason for allowing parties to challenge legislation which does not directly infringe their constitutional rights but which does infringe the rights of others, is simply that there may never be a better party. Third parties whose rights are violated or threatened by legislation may never be in a position to challenge the legislation because they are deterred from engaging in the prohibited activity and do not find themselves before the courts, or they are simply unable to incur the expense of launching a constitutional challenge. Since it is essential that individuals be free to exercise their constitutional rights as far as is reasonably possible without being forced to incur the expense of litigation or to run the risk of violating the law, parties who have run afoul of a statute may on occasion be permitted to invoke the rights of others in order to challenge the overall validity of the law. In my opinion, however, this rationale should apply in general only to laws which could be said—to adopt a term known in American constitutional usage—to have a "chilling effect" upon the exercise by others of their constitutional rights. The chilling effect will be present in respect of any law or

savoir si cette peine serait cruelle et inusitée si on l'imposait à un tiers hypothétique.

Cela ne veut pas dire qu'en règle générale les parties ne peuvent contester la constitutionnalité d'une loi que dans la mesure où elles peuvent démontrer que leurs droits en tant qu'individus ont été violés. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, cette Cour a conclu expressément qu'une personne morale accusée d'avoir commis une infraction criminelle aux termes de la *Loi sur le dimanche* peut soutenir que cette loi viole la liberté de religion garantie à l'al. 2a) de la *Charte*, sans avoir à alléguer également que cette loi porte spécifiquement atteinte à ses croyances religieuses. «La loi qui porte atteinte à la liberté de religion est, de ce seul fait, incompatible avec l'al. 2a) de la *Charte* et il n'importe pas de savoir si l'accusé est chrétien, juif, musulman, hindou, bouddhiste, athée ou agnostique, ou s'il s'agit d'une personne physique ou morale» (p. 314). La *Loi sur le dimanche* a été principalement contestée parce qu'elle avait été adoptée dans un but religieux, mais un particulier peut également attaquer la validité d'une disposition pour le motif qu'elle a pour effet d'empiéter sur les droits religieux de tiers (voir l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713). Une personne doit pouvoir contester une loi qui n'empiète pas directement sur ses droits constitutionnels mais sur ceux d'autres personnes, pour la simple raison qu'elle est parfois la personne la mieux placée pour le faire. Il se peut que les tiers dont les droits sont violés ou menacés par une loi ne soient jamais en mesure de contester la validité de cette loi, parce qu'ils sont dissuadés d'exercer l'activité prohibée et qu'ils ne se retrouvent donc pas devant les tribunaux ou, simplement, parce qu'ils ne peuvent assumer les frais d'une contestation constitutionnelle. Puisqu'il est essentiel que les particuliers soient libres d'exercer leurs droits constitutionnels dans la mesure où cela est raisonnablement possible, sans être forcés d'assumer les frais d'une poursuite ou de courir le risque de violer la loi, il convient d'accorder, à l'occasion, aux parties qui ont transgressé une loi la permission d'invoquer les droits d'autrui pour contester la validité générale de la loi en question. J'estime cependant que ce raisonnement ne devrait s'appliquer en général qu'aux lois

practice which has the effect of seriously discouraging the exercise of a constitutional right: see *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711 (1969), and *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518 (1971), at p. 521. If the impugned law or practice does not prohibit any individual from engaging in a constitutionally protected activity, there is no basis for allowing parties before the court to invoke the rights of hypothetical third parties in support of their challenge. But that is precisely what has occurred in this case. The appellant does not allege that any individual has a right to import narcotics into Canada. The importation of narcotics is not a constitutionally protected activity. There would be no risk of an individual being unable to exercise lawfully the full scope of his or her constitutional rights or being deterred from engaging in a constitutionally protected activity if the appellant were denied status in this case. There is therefore no basis for allowing the appellant to invoke in the present appeal the rights of a hypothetical third party in order to challenge the validity of legislation. Nevertheless, leave to appeal was granted and the constitutional question was stated. I will therefore address the question of cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter*.

Cruel and unusual treatment or punishment is treated as a special concept in the *Charter*. The prohibition is in absolute terms. No discretion to any sentencing authority is permitted, no exception to its application is provided. In this, s. 12 differs from many other sections conferring rights and benefits which speak of reasonable time, or without unreasonable delay or reasonable bail, or without just cause. Section 12, in its terms and in its intended application, is absolute and without qualification. It may well be said that, in s. 12, the *Charter* has created an absolute right, that is, a right to be free or exempt from cruel and unusual punishment.

dont on pourrait dire, pour reprendre une expression connue en droit constitutionnel américain, qu'elles ont [TRADUCTION] «un effet de douche froide» sur les autres personnes qui voudraient exercer leurs droits constitutionnels. Cet «effet de douche froide» se retrouve dans toute loi ou pratique qui a pour effet de décourager l'exercice d'un droit constitutionnel: voir les arrêts *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711 (1969), et *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518 (1971), à la p. 521. Si la loi ou la pratique attaquée n'interdit à personne d'exercer une activité protégée par la Constitution, il n'existe alors aucune raison d'autoriser les parties à une instance d'invoquer les droits de tiers hypothétiques pour appuyer leur contestation. C'est pourtant ce qui s'est produit en l'espèce. L'appelant ne soutient pas qu'un particulier a le droit d'importer des stupéfiants au Canada. L'importation de stupéfiants n'est pas une activité protégée par la Constitution. Il n'y aurait aucun risque qu'un particulier se voie refuser d'exercer légalement tous ses droits constitutionnels ou qu'il soit dissuadé d'exercer une activité protégée par la Constitution, si on refusait à l'appelant la qualité pour agir dans la présente affaire. Il n'existe donc aucune raison d'autoriser l'appelant à invoquer en l'espèce les droits d'un tiers hypothétique pour contester la validité d'une mesure législative. Néanmoins, l'autorisation de pourvoi a été accordée et la question constitutionnelle a été formulée. J'examinerai donc la question de la peine cruelle et inusitée aux termes de l'art. 12 de la *Charte*.

La question des traitements ou peines cruels et inusités constitue un concept spécial dans la *Charte*. La prohibition est absolue. L'autorité chargée d'imposer la peine ne se voit attribuer aucun pouvoir discrétionnaire et aucune exception à l'application de cette disposition n'est prévue. L'article 12 diffère en cela de nombreux autres articles qui accordent des droits et des avantages où l'on parle de délai raisonnable, sans délai anormal, cautionnement raisonnable ou sans juste cause. L'article 12 est, de par son texte et de par l'application qu'on a voulu qu'il ait, une disposition impérieuse qui ne comporte aucune réserve. On peut bien affirmer qu'à l'art. 12 la *Charte* a créé un droit absolu, c'est-à-dire le droit d'être protégé contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

The expression "cruel and unusual punishment" was first found in the English *Bill of Rights* of 1688, 1 Wm. & M sess. 2., c. 2, and was aimed at preventing resort to the barbarous punishments of earlier times, particularly of the recent Stuart past. As time passed, the civilizing influence of the late nineteenth and twentieth centuries eliminated, or at least greatly reduced, the danger of such barbarous punishments. The concept was considered by some to have become obsolete by the early twentieth century (see *Hobbs v. State*, 32 N.E. 1019 (1893), at p. 1021). The belief grew that resort would no longer be had to the savage punishments of more primitive times. Nonetheless, in view of the fact that the prohibition in s. 10 of the English *Bill of Rights*, repeated in the Eighth Amendment to the American Constitution a century later, has now been restated in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it must not be considered obsolete. A meaning must be ascribed to it. In this, we are assisted by the fact that over the years the concept has become broadened by judicial interpretation to encompass more than a consideration of the quality or nature of punishment and to include, as well, under the heading of proportionality, considerations of the extent or duration of punishment in deciding whether it would fall within the prohibition. This broadening process has been advanced, I suggest, in the *Charter* by the inclusion of the word "treatment" in s. 12, which was not in the original formulation of the prohibition in the English *Bill of Rights* nor in the Eighth Amendment to the American Constitution. The addition of treatment to the prohibition has, in my view, a significant effect. It brings within the prohibition in s. 12 not only punishment imposed by a court as a sentence, but also treatment (something different from punishment) which may accompany the sentence. In other words, the conditions under which a sentence is served are now subject to the proscription. It becomes clear, then, that while the barbarous punishments of the past which called into being the prohibition of some three centuries ago are mercifully unlikely to recur, the prohibition is saved from any suggestion of obsolescence by the addition of the word "treatment". There are conditions associated with the service of sentences of impris-

C'est dans le *Bill of Rights* anglais de 1688, 1 Wm. & M. sess. 2, chap. 2, que l'on trouve pour la première fois l'expression [TRADUCTION] «peine cruelle et inusitée», qui avait pour objet d'interdire le recours aux châtiments barbares des époques antérieures, en particulier deux des derniers temps du règne des Stuart. Avec le passage du temps, l'influence civilisatrice de la fin du dix-neuvième siècle et du vingtième siècle a fait disparaître, ou du moins a largement restreint, les risques de voir imposer des peines aussi barbares. Certains pensaient, dès le début du vingtième siècle, que cette notion était désuète (voir *Hobbs v. State*, 32 N.E. 1019 (1893), à la p. 1021). On commença à penser qu'on n'aurait plus recours aux châtiments barbares des époques plus primitives. Néanmoins, vu que la prohibition énoncée par l'art. 10 du *Bill of Rights* anglais et réitérée un siècle plus tard par le Huitième amendement de la Constitution américaine est maintenant reprise dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, elle ne doit pas être considérée comme désuète. Il faut donc lui donner un sens. Sur ce point, nous profitons du fait qu'au fil des ans des décisions judiciaires ont élargi cette notion de manière à comprendre non seulement un examen de la qualité ou de la nature de la peine, mais également, sous l'angle de la proportionnalité, un examen de la sévérité ou de la durée de la peine pour déterminer si elle est visée par cette prohibition. J'estime que la *Charte* a encore élargi cette notion en incluant dans l'art. 12 le mot «traitements» que l'on ne trouvait ni dans la formulation initiale de la prohibition du *Bill of Rights* anglais, ni dans le Huitième amendement de la Constitution américaine. J'estime que l'ajout des traitements à cette prohibition a un effet important. Il en résulte que la prohibition de l'art. 12 vise non seulement la peine imposée par un tribunal à titre de sentence, mais également le traitement (qui est quelque chose de différent de la peine) qui peut accompagner la sentence. En d'autres termes, cette interdiction vise désormais les conditions dans lesquelles une sentence est purgée. Il devient donc clair que, si l'on peut se réjouir du fait qu'il est peu probable qu'on en revienne aux peines barbares à l'origine de l'adoption de cette prohibition il y a près de trois siècles, l'addition du mot «traitements» à cette interdiction permet de

onment which may become subject to scrutiny, under the provisions of s. 12 of the *Charter*, not only on the basis of disproportionality or excess but also concerning the nature or quality of the treatment. Solitary confinement as practised in certain circumstances affords an example: see *McCann v. The Queen*, [1976] 1 F.C. 570, 29 C.C.C. (2d) 337. Section 12 might also be invoked to challenge other kinds of treatment, such as the frequency and conditions of searches within prisons, dietary restrictions as a disciplinary measure, corporal punishment, surgical intervention including lobotomies and castration, denial of contact with those outside the prison, and imprisonment at locations far distant from home, family and friends, a condition amounting to virtual exile which is particularly relevant to women since there is only one federal penitentiary for women in Canada. I offer no opinion as to what a court would decide in respect of any of these examples of treatment should a challenge be made. I merely note that there exists a field for the exercise of s. 12 scrutiny in modern penal practice. It has not become obsolete. A finding that s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* does not offend s. 12 of the *Charter* will not deprive the section of scope for application.

How then should the concept of cruel and unusual treatment or punishment be defined? There has been a division of opinion in Canadian judicial and academic writing as to whether the words "cruel and unusual" should have a disjunctive or a conjunctive meaning. I am said to have adopted a disjunctive meaning in my dissent in *Miller and Cockriell v. The Queen*, [1975] 6 W.W.R. 1 (B.C.C.A.), (see, for example, W. S. Tarnopolsky, "Just Deserts or Cruel and Unusual Treatment or Punishment? Where do we Look for Guidance?" (1978), 10 *Ottawa L.R.* 1, p. 28, and S. Berger, "The Application of the Cruel and Unusual Punishment Clause under the Canadian Bill of Rights" (1978), 24 *McGill L.J.* 161, at p. 170). When *Miller and Cockriell v. The Queen*,

repousser toute idée de désuétude. Certaines conditions dans lesquelles sont purgées les peines d'emprisonnement peuvent faire l'objet d'un examen, en vertu de l'art. 12 de la *Charte*, non seulement en raison de leur caractère disproportionné ou excessif, mais également en fonction de la nature ou de la qualité du traitement infligé. L'isolement dans une cellule, qui est pratiqué dans certaines circonstances, en est un exemple: voir la décision *McCann c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 570, 29 C.C.C. (2d) 337. On pourrait également invoquer l'art. 12 pour contester d'autres genres de traitements, comme la fréquence et les modalités des fouilles effectuées en prison, les restrictions alimentaires à titre de mesure disciplinaire, les peines corporelles, les interventions chirurgicales y compris la lobotomie et la castration, la privation de tout contact avec les personnes de l'extérieur ainsi que l'emprisonnement dans des lieux éloignés de la maison, de la famille et des amis, qui constitue virtuellement un exil et qui touche particulièrement les femmes puisqu'il n'existe qu'un seul pénitencier fédéral pour femmes au Canada. Je ne me prononce pas sur ce qu'un tribunal déciderait dans le cas de l'un ou l'autre de ces exemples de traitement, en cas de contestation. Je souligne simplement que l'art. 12 a des applications pratiques dans le domaine du droit pénal moderne. Ce n'est pas une disposition désuète. Conclure que le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* ne viole pas l'art. 12 de la *Charte* n'aura pas pour effet de dépouiller cette disposition de son champ d'application.

Comment alors devrait-on définir la notion de traitements ou peines cruels et inusités? Au Canada, on constate dans la jurisprudence et la doctrine des divergences d'opinions quant à savoir si les mots «cruels et inusités» doivent être pris conjonctivement ou disjonctivement. On dit que je les ai interprétés disjonctivement dans mes motifs de dissidence dans l'affaire *Miller and Cockriell v. The Queen*, [1975] 6 W.W.R. 1 (C.A.C.-B.), (voir par exemple, W. S. Tarnopolsky, «Just Deserts or Cruel and Unusual Treatment or Punishment? Where Do We Look for Guidance?» (1978) 10 *Ottawa L. Rev.* 1, à la p. 28, et S. Berger, «The Application of the Cruel and Unusual Punishment Clause under the Canadian Bill of Rights» (1978), 24 *McGill L.J.* 161, à la p. 170). Lorsque cette

[1977] 2 S.C.R. 680, was heard in this Court, the majority (Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.) expressed the view that a conjunctive reading of the words was required, while Laskin C.J., speaking for the minority (Laskin C.J., Spence and Dickson JJ.), expressed the following view, at pp. 689-90:

The various judgments in the Supreme Court of the United States, which I would not discount as being irrelevant here, do lend support to the view that "cruel and unusual" are not treated there as conjunctive in the sense of requiring a rigidly separate assessment of each word, each of whose meanings must be met before they become effective against challenged legislation, but rather as interacting expressions colouring each other, so to speak, and hence to be considered together as a compendious expression of a norm. I think this to be a reasonable appraisal, in line with the duty of the Court not to whittle down the protections of the *Canadian Bill of Rights* by a narrow construction of what is a quasi-constitutional document.

I am not satisfied that on this question there is a truly significant difference between the views of the majority and the minority. In each view, elements of both cruelty and unusualness are involved in a consideration of the total expression. On this basis, I would adopt Laskin C.J.'s interpretation of the phrase as a "compendious expression of a norm". The approach has been frequently adopted in other cases and, in my view, provides a sound approach to the interpretation of the words in question (see *R. v. Bruce, Wilson and Lucas* (1977), 36 C.C.C. (2d) 158 (B.C.S.C.), at pp. 169-70; *In re Gittens*, [1983] 1 F.C. 152, 68 C.C.C. (2d) 438, at p. 445; *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193 (Ont. H.C.), at p. 213; *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (Ont. H.C.), at p. 311; *R. v. Tobac* (1985), 20 C.C.C. (3d) 49 (N.W.T.C.A.), at p. 53). While the interpretation was given in respect of the *Canadian Bill of Rights*, it is equally applicable to the phrase as used in the *Charter*.

Cour a entendu l'affaire *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, les juges formant la majorité (les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré) ont exprimé l'avis que ces mots devaient être pris conjonctivement, alors que le juge en chef Laskin, s'exprimant au nom de la Cour à la minorité (le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson), a exprimé l'opinion suivante aux pp. 689 et 690:

Ces jugements de la Cour suprême des États-Unis, que je considère au moins devoir être pris en considération, appuient l'opinion que les mots «cruel et inusité» ne doivent pas être considérés comme conjonctifs, en ce sens qu'il faudrait faire une analyse rigoureusement autonome de chaque mot et que le sens de chacun d'eux doit s'appliquer au cas en litige pour que cette disposition ait quelque effet sur la législation contestée. Il s'agit plutôt de termes qui se complètent et qui, interprétés l'un par l'autre, doivent être considérés comme la formulation concise d'une norme. C'est à mon avis une interprétation raisonnable conforme au devoir de la Cour de ne pas diminuer la protection offerte par la *Déclaration canadienne des droits* en interprétant de façon restrictive ce document quasi constitutionnel.

Je ne suis pas convaincu qu'il y ait sur ce point une divergence vraiment marquée entre le point de vue des juges formant la majorité et celui des juges formant la minorité. Dans les deux cas, l'examen de l'expression au complet porte à la fois sur le caractère cruel et le caractère inusité de la peine. Pour ce motif, j'adopterais l'interprétation donnée par le juge en chef Laskin selon laquelle cette expression est «la formulation concise d'une norme». Cette conception a été souvent adoptée dans d'autres affaires et j'estime qu'elle constitue une bonne façon d'aborder l'interprétation des mots en question (voir *R. v. Bruce, Wilson and Lucas* (1977), 36 C.C.C. (2d) 158 (C.S.C.-B.), aux pp. 169 et 170; *In re Gittens*, [1983] 1 C.F. 152, 68 C.C.C. (2d) 438, à la p. 445; *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193 (H.C. Ont.), à la p. 213; *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (H.C. Ont.), à la p. 311; *R. v. Tobac* (1985), 20 C.C.C. (3d) 49 (C.A.T.N.-O.), à la p. 53). Bien que cette interprétation ait été donnée relativement à la *Déclaration canadienne des droits*, elle est également applicable à l'expression utilisée dans la *Charte*.

How then is this compendious expression of a norm to be defined? There is no problem of definition nor of recognition of cruel and unusual treatment or punishment at the extreme limit of the application, but of course the day has passed when the barbarous punishments of earlier days were a threat to those convicted of crime. In my view, in its modern application the meaning of “cruel and unusual treatment or punishment” must be drawn “from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society”, *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958), at p. 101. A definition which satisfies this requirement and fits modern conditions is again supplied by Laskin C.J. in *Miller and Cockriell*, *supra*. After observing that the words could not be limited to the savage punishments of the past, he said at p. 688:

That is because there are social and moral considerations that enter into the scope and application of s. 2(b). Harshness of punishment and its severity in consequences are relative to the offence involved but, that being said, there may still be a question (to which history too may be called in aid of its resolution) whether the punishment prescribed is so excessive as to outrage standards of decency. This is not a precise formula for s. 2(b), but I doubt whether a more precise one can be found.

I would adopt these words as well and say, in short, that to be “cruel and unusual treatment or punishment” which would infringe s. 12 of the *Charter*, the punishment or treatment must be “so excessive as to outrage standards of decency”. While not a precise formula for cruel and unusual treatment or punishment, this definition does capture the purpose and intent of s. 12 of the *Charter* and is consistent with the views expressed in Canadian jurisprudence on this subject. To place stress on the words “to outrage standards of decency” is not, in my view, to erect too high a threshold for infringement of s. 12.

As noted above, while the prohibition against cruel and unusual treatment or punishment was originally aimed at punishments which by their nature and character were inherently cruel, it has since been extended to punishments which, though

Comment alors doit-on définir cette formulation concise d’une norme? Il n’est pas difficile de définir ou de reconnaître ce qui constitue un traitement ou une peine cruels et inusités dans les cas extrêmes, mais il est évident que nous ne sommes plus à l’époque où les personnes déclarées coupables d’un crime risquaient de se voir imposer les peines barbares d’une autre époque. À mon avis, le sens actuel de l’expression «traitements ou peines cruels et inusités» doit refléter [TRADUCTION] «l’évolution des normes de la décence d’une société qui mûrit», *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958), à la p. 101. Le juge en chef Laskin donne, dans l’arrêt *Miller et Cockriell*, précité, une définition qui satisfait à cette exigence et qui répond aux conditions actuelles. Après avoir fait remarquer que ces mots ne peuvent s’appliquer uniquement aux peines barbares infligées dans le passé, il affirme à la p. 688:

... [cela] en raison des considérations morales et sociales qui influencent la portée et l’application de ce paragraphe. La dureté d’une peine et la sévérité de ses conséquences sont fonction de l’infraction commise. Ceci dit, on peut encore se demander (et, à ce sujet, l’histoire peut nous être de quelque utilité) si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine. Ce n’est pas une définition bien précise du par. 2b), mais je doute que l’on puisse faire mieux.

Je souscris également à ces paroles et je dirais, en résumé, que pour qu’il y ait «traitements ou peines cruels et inusités» violant l’art. 12 de la *Charte*, il faut que ces peines ou traitements soient «excessi[fs] au point de ne pas être compatible[s] avec la dignité humaine». Bien qu’elle ne soit pas précise, cette définition de l’expression «traitements ou peines cruels et inusités» reflète l’objet et l’intention de l’art. 12 de la *Charte* et est conforme aux opinions exprimées sur ce point dans la jurisprudence canadienne. À mon avis, insister sur les mots «ne pas être compatible avec la dignité humaine» ne revient pas à fixer un seuil trop élevé en matière de violation de l’art. 12.

Comme nous l’avons déjà noté, alors que l’interdiction d’infliger des traitements ou peines cruels et inusités visait à l’origine des peines qui, de par de leur nature, étaient fondamentalement cruelles, cette prohibition a été étendue depuis à des peines

not inherently cruel, are so disproportionate to the offence committed that they become cruel and unusual: see *Miller and Cockriell*, *supra*; *R. v. Shand* (1976), 30 C.C.C. (2d) 23 (Ont. C.A.); *Re Mitchell and The Queen*, *supra*; *Re Moore and The Queen*, *supra*; *Re Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233 (B.C.C.A.); *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336 (Ont. C.A.), and the American cases; *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977) (plurality opinion); *People v. Broadie*, 371 N.Y.S.2d 471 (1975); *Carmona v. Ward*, 576 F.2d 405 (2nd Cir. 1978); and *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983). However, when considerations of proportionality arise in an inquiry under s. 12 of the *Charter*, great care must be exercised in applying the standard of cruel and unusual treatment or punishment. Punishment not *per se* cruel and unusual, may become cruel and unusual due to excess or lack of proportionality only where it is so excessive that it is an outrage to standards of decency. Not every departure by a court or legislature from what might be called the truly appropriate degree of punishment will constitute cruel and unusual punishment. Sentencing, at the best of times, is an imprecise and imperfect procedure and there will always be a substantial range of appropriate sentences. Further, there will be a range of sentences which may be considered excessive, but not so excessive or so disproportionate as to "outrage standards of decency" and thereby justify judicial interference under s. 12 of the *Charter*. In other words, there is a vast gray area between the truly appropriate sentence and a cruel and unusual sentence under the *Charter*. Entry into that gray area will not alone justify the application of the absolute constitutional prohibition voiced in s. 12 of the *Charter*.

There is a further point which should be made regarding proportionality. The test of proportionality must be applied generally and not on an individual basis. The question is not whether the sentence is too severe, having regard to the particular circumstances of offender "A", but whether it is cruel and unusual, an outrage to standards

qui, sans être fondamentalement cruelles, sont disproportionnées à l'infraction commise au point de devenir cruelles et inusitées: voir *Miller et Cockriell*, précité; *R. v. Shand* (1976), 30 C.C.C. (2d) 23 (C.A. Ont.), *Re Mitchell and The Queen*, précité, *Re Moore and The Queen*, précité, *Re Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233 (C.A.C.-B.), *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336 (C.A. Ont.), et les décisions américaines, *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977) (décision de la pluralité), *People v. Broadie*, 371 N.Y.S.2d 471 (1975), *Carmona v. Ward*, 576 F.2d 405 (2nd Cir. 1978), et *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983). Cependant, lorsque des considérations de proportionnalité se présentent dans le cadre d'un examen fondé sur l'art. 12 de la *Charte*, il faut faire preuve d'une grande prudence en appliquant la norme des traitements ou peines cruels et inusités. Une peine qui n'est pas en soi cruelle et inusitée peut le devenir si elle est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine. La peine imposée n'est pas nécessairement cruelle et inusitée chaque fois qu'un tribunal ou une assemblée législative s'écarte de ce que l'on pourrait appeler la peine véritablement appropriée. Dans le meilleur des cas, la détermination de la peine est une procédure imprécise et imparfaite et il existe toujours un choix important de sentences appropriées. En outre, il existe toute une gamme de sentences qui peuvent être considérées comme excessives, mais pas excessives ou disproportionnées au point «de ne pas être compatibles avec la dignité humaine» et de justifier ainsi l'intervention des tribunaux en vertu de l'art. 12 de la *Charte*. En d'autres termes, il existe une vaste zone grise entre la peine vraiment appropriée et la peine cruelle et inusitée au sens de la *Charte*. Le seul fait de pénétrer dans cette zone grise ne justifie pas l'application de l'interdiction constitutionnelle absolue qu'énonce l'art. 12 de la *Charte*.

Il conviendrait de formuler une autre remarque au sujet de la proportionnalité de la peine. Le critère de la proportionnalité doit s'appliquer sur une base générale et non individuelle. La question n'est pas de savoir si la peine est trop sévère compte tenu de la situation particulière du contrevenant «A», mais si elle est cruelle et inusitée et

of decency, having regard to the nature and quality of the offence committed, and therefore too severe for any person committing the same offence. This approach is necessary, in my view, if we are to recognize and give effect to the very special nature of the prohibition contained in s. 12 of the *Charter*. Constitutional effect to the prohibition in s. 12 cannot be given if its application is to vary from case to case and person to person. What is unconstitutional for one must be unconstitutional for all when charged with the same offence. The constitutional question posed in this case, in the absence of a uniform application of the prohibition, could only be answered: "sometimes yes, and sometimes no". This would not provide an acceptable basis for constitutional determination. Section 12 establishes an outer limit to the range of permissible sentences in our society; it was not intended—and should not be used—as a device by which every sentence will be screened and reviewed on appeal and fitted to the peculiar circumstances of individual offenders. This desirable purpose may be served in the actual sentencing process by the exercise of judicial discretion within the wide range of sentencing options not coming within the s. 12 prohibition. As I have tried to show, s. 12 was not designed or intended to fit the individual sentencing requirement for each individual; it was intended as an absolute right to all to be protected from that degree of excessive punishment and treatment which would outrage standards of decency.

What factors must be considered in deciding whether a given sentence may be categorized as cruel and unusual? Various tests have been suggested in the cases referred to and in the academic commentaries on this subject but not all will be relevant in every case. Some of the tests are clearly aimed at the nature or quality of the punishment, others concern themselves more with the duration of punishment under the heading of proportionality. American jurisprudence upon the question of cruel and unusual punishment is more extensive than Canadian and it provides many statements of general principle which merit consideration in

incompatible avec la dignité humaine compte tenu de la nature et de la gravité de l'infraction commise, et par conséquent, trop sévère pour toute personne qui commet la même infraction. Cette conception s'impose, à mon avis, si l'on veut reconnaître la nature très spéciale de la prohibition établie par l'art. 12 de la *Charte* et lui donner effet. La prohibition formulée à l'art. 12 ne peut avoir d'effet constitutionnel si son application varie d'un cas à l'autre, d'une personne à l'autre. Ce qui est inconstitutionnel pour l'un doit être inconstitutionnel pour tous ceux qui sont accusés d'avoir commis la même infraction. En l'absence d'une application uniforme de la prohibition, on ne pourrait répondre que «Parfois oui et parfois non» à la question constitutionnelle posée en l'espèce. Cela ne constituerait pas un fondement acceptable pour une décision en matière constitutionnelle. L'article 12 délimite l'éventail des sentences acceptables dans notre société; il n'a pas pour objet de créer un mécanisme permettant d'examiner et de réviser toutes les sentences en appel pour les adapter à la situation particulière de chaque contrevenant et il ne devrait pas être utilisé à cette fin. Cet objectif souhaitable peut être atteint, au cours du processus même de détermination de la peine, par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire de faire un choix parmi le large éventail des sentences non visées par la prohibition de l'art. 12. Comme j'ai tenté de le montrer, l'art. 12 n'a pas été conçu ni adopté dans le but d'adapter à chaque individu la peine imposée; l'intention était d'énoncer le droit absolu de tous à la protection contre les peines et les traitements excessifs au point de ne pas être compatibles avec la dignité humaine.

Quels sont les facteurs à considérer pour déterminer si une peine donnée peut être qualifiée de cruelle et inusitée? La jurisprudence déjà citée et la doctrine sur ce point ont proposé divers critères qui ne sauraient tous être pertinents dans tous les cas. Certains critères visent clairement la nature ou la qualité de la peine, d'autres s'intéressent davantage à la durée de la peine sous l'angle de la proportionnalité. La jurisprudence américaine sur la question des peines cruelles et inusitées est plus abondante que la jurisprudence canadienne et contient de nombreux énoncés de principes généraux qui méritent d'être pris en considération au

Canada. A good starting point in considering the American experience is *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972). Each of the nine members of the United States Supreme Court wrote separate reasons, the majority holding that the imposition of the death penalty under a variety of state statutes constituted cruel and unusual punishment in violation of the Eighth and Fourteenth Amendments to the United States Constitution. The judgments of the majority, particularly those of Brennan J. and Marshall J., sought to define a series of principles upon which the constitutional validity of punishments could rest. Brennan J. expressed the view that: "The primary principle is that a punishment must not be so severe as to be degrading to the dignity of human beings" (p. 271). "The State, even as it punishes", he said, "must treat its members with respect for their intrinsic worth as human beings." Accordingly, a punishment which "does not comport with human dignity" would be cruel and unusual (p. 270). As a second principle, he was of the view, at p. 274, that:

... the State must not arbitrarily inflict a severe punishment. This principle derives from the notion that the State does not respect human dignity when, without reason, it inflicts on some people a severe punishment that it does not inflict upon others.

In this, he found support from Douglas J. and Stewart J. His third principle was: "... a severe punishment must not be unacceptable to contemporary society" (p. 277). The final principle proposed, at p. 279:

... is that severe punishment must not be excessive. A punishment is excessive under this principle if it is unnecessary: The infliction of a severe punishment by the State cannot comport with human dignity when it is nothing more than the pointless infliction of suffering. If there is a significantly less severe punishment adequate to achieve the purposes for which the punishment is inflicted ... the punishment inflicted is unnecessary and therefore excessive.

In this, he was supported by White J.

Canada. L'arrêt *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), constitue un bon point de départ pour examiner l'expérience américaine. Chacun des neuf membres de la Cour suprême des États-Unis a rédigé des motifs distincts, ceux formant la majorité de la Cour déclarant que l'imposition de la peine capitale par diverses lois des États constituait une peine cruelle et inusitée qui violait les Huitième et Quatorzième amendements de la Constitution des États-Unis. Dans leurs motifs, les juges formant la majorité, en particulier les juges Brennan et Marshall, ont tenté de définir une série de principes sur lesquels pourrait se fonder la constitutionnalité d'une peine. Le juge Brennan a exprimé le point de vue que [TRADUCTION] «Le principe fondamental est que'une peine ne doit pas être sévère au point de porter atteinte à la dignité de l'être humain» (p. 271). «L'État, même lorsqu'il punit», a-t-il dit, «doit traiter ses citoyens avec le respect qui leur est dû en tant qu'êtres humains». Une peine qui [TRADUCTION] «n'est pas compatible avec la dignité humaine» serait donc cruelle et inusitée (p. 270). Comme second principe, il s'est dit d'avis, à la p. 274, que:

[TRADUCTION] ... l'État ne doit pas imposer arbitrairement une peine sévère. Ce principe découle de l'idée que l'État ne respecte pas la dignité humaine lorsque, sans raison, il inflige une peine sévère à certaines personnes, et non à d'autres.

Il est appuyé sur ce point par les juges Douglas et Stewart. Son troisième principe porte que [TRADUCTION] «... une peine sévère ne doit pas être inacceptable à notre société contemporaine» (p. 277). Le dernier principe proposé, à la p. 279, porte que:

[TRADUCTION] ... une peine sévère ne doit pas être excessive. Une peine est excessive en vertu de ce principe lorsqu'elle n'est pas nécessaire. L'imposition d'une peine sévère par l'État est incompatible avec la dignité humaine lorsqu'elle a pour seul effet d'infliger gratuitement des souffrances. Lorsqu'il existe une peine nettement moins sévère qui permettrait d'atteindre le but dans lequel la peine est infligée [...] la peine infligée est inutile et donc excessive.

Le juge White a souscrit à son opinion sur ce point.

Marshall J. also advanced four reasons for concluding a punishment to be cruel and unusual. He said:

First, there are certain punishments that inherently involve so much physical pain and suffering that civilized people cannot tolerate them—*e.g.*, use of the rack, the thumbscrew, or other modes of torture [p. 330]. Second, there are punishments that are unusual, signifying that they were previously unknown as penalties for a given offence [p. 331]. Third, a penalty may be cruel and unusual because it is excessive and serves no valid legislative purpose [p. 331] . . . Fourth, where a punishment is not excessive and serves a valid legislative purpose, it still may be invalid if popular sentiment abhors it [p. 332].

In the later case of *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976), the court considered a Georgia statute which had been specifically amended to conform with the majority opinions in *Furman*. The new statute provided certain safeguards with respect to the imposition of the death penalty. The majority of the court applied a proportionality test in holding the death penalty not cruel and unusual in all circumstances.

Subsequently, the court heard *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977), which raised the question whether the death penalty for rape was cruel and unusual. The majority held that a sentence of death for rape would be grossly disproportionate and excessive and therefore cruel and unusual. White J., speaking for the plurality (Stewart, Blackmun, and Stevens JJ.), said, at p. 592:

Under *Gregg*, a punishment is "excessive" and unconstitutional if it (1) makes no measurable contribution to acceptable goals of punishment and hence is nothing more than the purposeless and needless imposition of pain and suffering; or (2) is grossly out of proportion to the severity of the crime. A punishment might fail the test on either ground. Furthermore, these Eighth Amendment judgments should not be, or appear to be, merely the subjective views of individual Justices; judgment should be informed by objective factors to the maximum possible extent. To this end, attention must be given to the public attitudes concerning a particular

Le juge Marshall a également proposé quatre raisons de conclure qu'une peine est cruelle et inusitée. Il a déclaré:

[TRADUCTION] Premièrement, certaines peines comportent en soi tant de souffrances et de douleurs physiques que des personnes civilisées ne peuvent les tolérer; par exemple, le supplice du chevalet, des poucettes ou d'autres modes de torture [p. 330]. Deuxièmement, il existe des peines qui sont inusitées en ce sens qu'elles n'ont jamais été imposées auparavant pour une infraction donnée [p. 331]. Troisièmement, une peine peut être cruelle et inusitée du fait qu'elle est excessive et ne répond à aucun objectif législatif régulier [p. 331] [. . .] Quatrièmement, une peine qui n'est pas excessive et qui répond à un objectif législatif régulier peut néanmoins être invalide, si elle soulève le ressentiment populaire [p. 332].

Dans l'affaire ultérieure *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976), la cour a examiné une loi de l'État de Georgie qui avait été modifiée expressément pour la rendre conforme aux opinions majoritaires prononcées dans l'arrêt *Furman*. La nouvelle loi établissait certaines garanties en matière d'imposition de la peine capitale. La cour à la majorité a appliqué le critère de la proportionnalité pour déclarer que la peine de mort n'était pas cruelle et inusitée dans tous les cas.

Par la suite, la cour a entendu l'affaire *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977), qui portait sur la question de savoir si la peine de mort pour viol était cruelle et inusitée. La cour à la majorité a déclaré que l'imposition de la peine de mort dans le cas d'un viol serait exagérément disproportionnée et excessive et, par conséquent, cruelle et inusitée. Le juge White, s'exprimant au nom de la pluralité des juges (les juges Stewart, Blackmun et Stevens), affirme à la p. 592:

[TRADUCTION] Selon l'arrêt *Gregg*, une peine est «excessive» et inconstitutionnelle si (1) elle ne contribue pas de façon appréciable à la réalisation d'objectifs pénaux acceptables et ne constitue ainsi que l'imposition gratuite et inutile de souffrances et de douleurs; ou si (2) elle est exagérément disproportionnée à la gravité du crime. Une peine pourrait entraîner l'application de ce critère pour l'un ou l'autre de ces motifs. En outre, ces jugements qui portent sur le Huitième amendement ne devraient pas uniquement refléter, ou sembler refléter, les opinions subjectives de chacun des juges; un jugement doit se fonder sur des facteurs objectifs dans la

sentence — history and precedent, legislative attitudes, and the response of juries reflected in their sentencing decisions are to be consulted.

Later, in *Solem v. Helm*, *supra*, any question of whether the concept of cruel and unusual punishment could be extended to include excessive sentences, as well as barbaric ones, was set at rest. Powell J., speaking for the majority, held that the Eighth Amendment “prohibits not only barbaric punishments but also sentences that are disproportionate to the crime committed” (p. 284).

The principles developed in the United States under the Eighth Amendment, while of course not binding on this Court, are helpful in understanding and applying the prohibition against cruel and unusual punishment contained in s. 12 of the *Charter*. Many of these principles have already found their way into Canadian jurisprudence, particularly the early decisions interpreting the cruel and unusual punishment clause of the *Canadian Bill of Rights*. In my dissent in *Miller and Cockriell*, *supra*, at p. 71, I proposed the following standards in assessing the validity of a punishment:

It is essential, in my opinion, to settle upon certain standards by which the punishment of death may be judged. It would not be permissible to impose a punishment which has no value in the sense that it does not protect society by deterring criminal behaviour or serve some other social purpose. A punishment failing to have these attributes would surely be cruel and unusual. Capital punishment makes no pretence at reformation or rehabilitation and its only purposes must then be deterrent and retributive. While there can be no doubt of its effect on the person who suffers the punishment, to have a social purpose in the broader sense it would have to have a deterrent effect on people generally and thus tend to reduce the incidence of violent crime. In my view, capital punishment would amount to cruel and unusual punishment if it cannot be shown that its deterrent value outweighs the objections which can be brought against it. Furthermore, even assuming some deterrent value, I am of the opinion that it would be cruel and unusual if it is not in accord with public standards of decency and

mesure du possible. C'est pourquoi il faut tenir compte des attitudes du public à l'égard d'une sentence particulière; il faut examiner l'historique de la sentence et les précédents, les attitudes législatives ainsi que la réaction des jurys qui ressort des peines qu'ils décident d'imposer.

Plus tard, l'arrêt *Solem v. Helm*, précité, a mis fin à toute question de savoir si la notion de peine cruelle et inusitée pouvait être élargie de manière à viser autant les peines excessives que les peines barbares. Le juge Powell, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, a déclaré que le Huitième amendement [TRADUCTION] «interdit non seulement les peines barbares mais également les peines qui sont disproportionnées au crime commis» (p. 284).

Même s'il va de soi que les principes élaborés aux États-Unis sous le régime du Huitième amendement ne lient pas notre Cour, ils sont utiles pour comprendre et appliquer la prohibition des peines cruelles et inusitées que contient l'art. 12 de la *Charte*. Un bon nombre de ces principes se retrouvent déjà dans la jurisprudence canadienne, en particulier dans les premières décisions interprétant la disposition de la *Déclaration canadienne des droits* en matière de peine cruelle et inusitée. À la page 71 des motifs de dissidence que j'ai rédigés dans l'arrêt *Miller and Cockriell*, précité, j'ai proposé d'utiliser les normes suivantes pour déterminer la validité d'une peine:

[TRADUCTION] Il me paraît essentiel de fixer certaines normes qui permettent d'évaluer la peine de mort. Il ne serait pas acceptable d'imposer une peine qui n'a aucune valeur en ce sens qu'elle ne protège pas la société en réprimant certains comportements criminels ou qu'elle répond à quelque autre objectif social. Une peine qui n'aurait pas ces attributs serait certainement cruelle et inusitée. La peine capitale ne vise évidemment par la réinsertion sociale ou la réhabilitation et les seuls objectifs qu'elle vise ne peuvent donc être que la dissuasion et la rétribution. Bien qu'il ne puisse y avoir de doute quant à l'effet qu'elle a sur la personne qui la subit, cette peine devrait, pour répondre à un objectif social au sens large, avoir un effet dissuasif sur la population en général et tendre ainsi à réduire le nombre des crimes violents. À mon avis, la peine capitale est une peine cruelle et inusitée si on ne peut prouver que son pouvoir de dissuasion l'emporte sur les objections qu'on peut soulever à son égard. De plus, même en lui supposant une certaine valeur de dissuasion, j'estime que la peine

propriety, if it is unnecessary because of the existence of adequate alternatives, if it cannot be applied upon a rational basis in accordance with ascertained or ascertainable standards, and if it is excessive and out of proportion to the crimes it seeks to restrain.

These same standards were expressly adopted by Heald J. in *McCann v. The Queen*, *supra*, at p. 601; by Borins J. in *R. v. Shand* (1976), 29 C.C.C. (2d) 199 (Ont. Co. Ct.), at p. 209; and by the Ontario Court of Appeal in *Shand*, *supra*, where Arnup J.A., writing for the court, stated at pp. 37-38:

We recognize that there could be a punishment imposed by Parliament that is so obviously excessive, as going beyond all rational bounds of punishment in the eyes of reasonable and right-thinking Canadians, that it must be characterized as "cruel and unusual". Therefore, we are prepared to accept that the so-called "disproportionality principle", in this sense, has relevance to what is cruel and unusual punishment, but it is a principle that needs to be developed in the Canadian context of our constitution, customs and jurisprudence. In this development great assistance can be obtained from the American precedents, across their rather broad spectrum, and to a lesser extent, from some of the articles in the American periodicals.

Many of these standards were also either implicitly or explicitly adopted by Laskin C.J. in his concurring, minority judgment in *Miller and Cockriell*. At pages 693-94 of his judgment, he states:

... Justice Brennan propounded a cumulative test, which represented the arguments addressed to this Court by the appellants and the intervenor, and it was in these words:

If a punishment is unusually severe, if there is a strong probability that it is inflicted arbitrarily, if it is substantially rejected by contemporary society, and if there is no reason to believe that it serves any penal purpose more effectively than some less severe punishment, then the continued infliction of that punishment violates the command of the Clause that the State may not inflict inhuman and uncivilized punishments upon those convicted of crimes.

The appellants did not advance their submissions as being necessarily cumulative, but I take from their

capitale est cruelle et inusitée si elle s'oppose aux normes de la décence et de la bienséance, si elle est inutile parce qu'il existe d'autres moyens suffisants, si elle ne peut être appliquée de façon raisonnable, conformément à des positions bien déterminées et si elle est excessive et disproportionnée aux crimes qu'elle s'efforce de réprimer.

Les mêmes normes ont été adoptées expressément par le juge Heald dans l'arrêt *McCann c. La Reine*, précité, à la p. 601, par le juge Borins dans la décision *R. v. Shand* (1976), 29 C.C.C. (2d) 199 (C. cté Ont.), à la p. 209, et par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Shand*, précité, où le juge adjoint Arnup, s'exprimant au nom de la cour, affirme aux pp. 37 et 38:

[TRADUCTION] Nous reconnaissons que le législateur pourrait imposer une peine si nettement excessive, du fait qu'elle dépasserait toutes les limites logiques du châtiement aux yeux des Canadiens raisonnables et sensés, qu'il faudrait la qualifier de «cruelle et inusitée». C'est pourquoi nous sommes disposés à accepter que ce que l'on a appelé le «principe de la disproportionnalité», dans ce sens, est applicable pour déterminer ce qui constitue une peine cruelle et inusitée mais il s'agit là d'un principe qu'il faut concevoir dans le contexte canadien de notre constitution, de nos coutumes et de notre jurisprudence. Dans cette tâche, les précédents américains grâce à leur diversité peuvent être d'un grand secours, tout comme peuvent l'être, dans une mesure moindre, certains articles de périodiques américains.

Dans le jugement minoritaire et concordant qu'il a rédigé dans l'affaire *Miller et Cockriell*, le juge en chef Laskin a adopté soit implicitement soit explicitement un grand nombre de ces normes. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 693 et 694:

... le juge Brennan avait proposé un critère global correspondant aux arguments avancés par les appelants et l'intervenante devant cette Cour:

[TRADUCTION] Si une peine est exceptionnellement sévère, s'il est très probable qu'elle soit infligée arbitrairement, si elle est fondamentalement rejetée par la société contemporaine et s'il n'y a aucune raison de croire qu'elle sert la justice plus efficacement qu'une peine moins sévère, alors l'imposition de cette peine enfreint la clause qui interdit à l'État d'infliger aux criminels des peines inhumaines et barbares.

Les appelants n'ont pas allégué que ces différents éléments étaient nécessairement cumulatifs, mais je déduis

contentions that if severity and excessiveness (as they conceived them) were established, that should be enough to sustain their attack on the death penalty in the present case. I am prepared to accept this premise, but I am unable to agree that the conclusion that they urge is well-founded.

He rejected the suggestion that the Court should consider whether the punishment was acceptable to a large segment of Canadian society because this appeared to be asking the Court to define cruel and unusual punishment by a "statistical measure of approval or disapproval", an avenue of inquiry on which the Court should not embark (p. 692). On the question of arbitrary application, he held, at p. 690:

Since we are concerned here with a situation where the death penalty is mandatory, I need not embark on any consideration of questions of uneven application of authorized punishments or questions of discretionary, arbitrary or capricious application of the death penalty. It cannot be argued that arbitrariness or capriciousness resides in the limitation of the death penalty to the murder of policemen and prison guards, persons who are specially entrusted with the enforcement of the criminal law and with the custody and supervision of convicted persons. The progressive restriction of the situations in which the death penalty could be imposed in this country (prior to its recent abolition for civil as opposed to military offences, with which we are not here concerned), does not point to an erratic imposition when it was mandatory in the narrow classes of cases for which it was authorized.

Applying the remaining tests, he found that, while all punishment is degrading, the death penalty was not particularly degrading when it was considered in relation to the offences for which it was imposed. Further, after considering the justifications of deterrence and retribution, he concluded at pp. 696-97 that he could not find "that there was no social purpose served by the mandatory death penalty so as to make it offensive to" the cruel and unusual punishment clause of the *Canadian Bill of Rights*. These comments clearly demonstrate that Laskin C.J. largely adopted the tests enunciated in the American cases and the earlier Canadian case considered above. I should add that because of the view taken by the majority in *Miller and Cockriell* of the status of the

de leurs argumentations que si l'on établissait la sévérité et le caractère excessif de la peine de mort (selon leur conception de ces notions), cela suffirait pour que leur contestation de cette peine en l'espèce soit accueillie. Je suis disposé à accepter ces prémisses, mais je ne puis admettre que leurs conclusions sont bien fondées.

Il a rejeté l'argument voulant que la Cour examine si cette peine était acceptable pour une grande partie de la population canadienne, pour le motif que cela revenait, semble-t-il, à demander à la Cour de définir ce qu'est une peine cruelle et inusitée «en fonction de statistiques sur les partisans et les adversaires», un sondage dans lequel la Cour devrait éviter de se lancer (p. 692). Quant à la question de l'application arbitraire, il a déclaré à la p. 690:

Puisque la peine de mort est obligatoire dans le cas qui nous occupe, je ne mentionnerai pas la question de l'application inégale des peines autorisées, ni la question de l'application discrétionnaire, arbitraire ou inconséquente de la peine de mort. On ne peut dire que la limitation de la peine de mort aux seuls meurtres de policiers et de gardiens de prison, personnes précisément chargées de faire respecter le droit pénal et préposées à la garde et à la surveillance des condamnés, est arbitraire ou inconséquente. La diminution graduelle des cas dans lesquels la peine de mort pouvait être imposée dans notre pays (jusqu'à sa récente abolition pour les infractions civiles, par opposition aux infractions militaires dont il n'est pas question en l'espèce), ne fait pas ressortir que lorsqu'elle était obligatoire pour les infractions relevant de catégories restreintes, elle était imposée de façon désordonnée.

Il a appliqué les autres critères pour conclure que, bien que toute peine soit dégradante, la peine de mort n'est pas particulièrement dégradante si l'on examine les infractions pour lesquelles elle est prescrite. En outre, après avoir considéré les justifications fondées sur la dissuasion et la rétribution, il a affirmé, à la p. 697, qu'il lui était impossible de conclure «que l'imposition obligatoire de la peine de mort enfreint [la clause de la *Déclaration canadienne des droits* concernant les peines cruelles et inusitées] parce qu'elle ne sert aucune fin social». Ces commentaires établissent clairement que le juge en chef Laskin a, dans l'ensemble, adopté les critères formulés dans la jurisprudence américaine et dans la jurisprudence canadienne antérieure que nous avons déjà examinée. Je devrais ajouter qu'é-

Canadian Bill of Rights, they did not find it necessary to consider what standards should be developed in applying the clause prohibiting cruel and unusual punishment.

The various tests suggested in the cases are conveniently summarized by Tarnopolsky in his article, "Just Deserts or Cruel and Unusual Treatment or Punishment? Where do we Look for Guidance?" *supra*, at pp. 32-33:

- (1) Is the punishment such that it goes beyond what is necessary to achieve a legitimate penal aim?
- (2) Is it unnecessary because there are adequate alternatives?
- (3) Is it unacceptable to a large segment of the population?
- (4) Is it such that it cannot be applied upon a rational basis in accordance with ascertained or ascertainable standards?
- (5) Is it arbitrarily imposed?
- (6) Is it such that it has no value in the sense of some social purpose such as reformation, rehabilitation, deterrence or retribution?
- (7) Is it in accord with public standards of decency or propriety?
- (8) Is the punishment of such a character as to shock general conscience or as to be intolerable in fundamental fairness?
- (9) Is it unusually severe and hence degrading to human dignity and worth?

As Lamer J. has indicated at p. 1069 of his judgment, these are the tests which have been generally applied in the cases heard so far under s. 12 of the *Charter*. In my view, these tests do provide a sound basis for assessing the validity of a punishment under s. 12 of the *Charter*. I believe, however, they can be collected and stated more succinctly, as follows:

A punishment will be cruel and unusual and violate s. 12 of the *Charter* if it has any one or more of the following characteristics:

- (1) The punishment is of such character or duration as to outrage the public conscience or be degrading to human dignity;

tant donné le point de vue qu'ils ont adopté au sujet du statut de la *Déclaration canadienne des droits*, les juges formant la majorité dans l'arrêt *Miller et Cockriell* n'ont pas jugé nécessaire d'examiner quelles normes devraient être établies en appliquant la clause interdisant les peines cruelles et inusitées.

Les divers critères proposés dans ces décisions ont été résumés de façon fort utile par le professeur Tarnopolsky dans son article intitulé «Just Deserts or Cruel and Unusual Treatment or Punishment? Where Do We Look for Guidance?» précité, aux pp. 32 et 33:

[TRADUCTION]

- (1) La peine va-t-elle au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif pénal légitime?
- (2) Est-elle inutile pour le motif qu'il existe des solutions de rechange appropriées?
- (3) Est-elle inacceptable pour une grande partie de la population?
- (4) Est-elle de nature à ne pouvoir être infligée sur une base rationnelle conformément à des normes vérifiées ou vérifiables?
- (5) Est-elle infligée arbitrairement?
- (6) Est-elle sans valeur à toute fin de réinsertion sociale, de réhabilitation, de dissuasion ou de rétribution?
- (7) S'accorde-t-elle avec les normes publiques de la décence ou de ce qui est acceptable?
- (8) La peine est-elle de nature à choquer la conscience collective ou à être intolérable sur le plan de l'équité fondamentale?
- (9) Est-elle d'une sévérité inhabituelle et donc dégradante pour la dignité et la valeur de l'être humain?

Comme le juge Lamer l'a indiqué, à la p. 1069 de ses motifs, ce sont là les critères qui ont été généralement appliqués dans les affaires entendues jusqu'ici sous le régime de l'art. 12 de la *Charte*. À mon avis, ces critères constituent une bonne base pour déterminer la validité d'une peine aux termes de l'art. 12 de la *Charte*. Je crois cependant qu'ils pourraient être rassemblés et énoncés de façon plus concise de la manière suivante:

Une peine est cruelle et inusitée et porte atteinte à l'art. 12 de la *Charte* si elle présente une ou plusieurs des caractéristiques suivantes:

- (1) La peine, de par sa nature ou sa durée, choque la conscience collective ou porte atteinte à la dignité humaine;

(2) The punishment goes beyond what is necessary for the achievement of a valid social aim, having regard to the legitimate purposes of punishment and the adequacy of possible alternatives; or

(3) The punishment is arbitrarily imposed in the sense that it is not applied on a rational basis in accordance with ascertained or ascertainable standards.

Dealing with the first test, is the punishment of such character or duration as to outrage the public conscience or be degrading to human dignity? It was not asserted before us—nor could it be—that imprisonment, as regulated by Canadian law, is of such character that it would outrage the public conscience or be degrading to human dignity. Instead, the appellant argued that, in certain cases, the minimum sentence of seven years' imprisonment, solely because of its length, could be so excessive and disproportionate to the offence committed that it would amount to cruel and unusual punishment. Under the first branch of the test I propose, the appellant would have to show that the length of the sentence would outrage the public conscience or be degrading to human dignity. In my view, the appellant cannot succeed on this first branch. Sentences far in excess of seven years are imposed daily in our courts for a variety of offences under the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, and other penal statutes. To take but a few examples, theft of property over \$1,000 may be punished by imprisonment for 10 years (s. 294); robbery may be punished by life imprisonment (s. 303); breaking and entering a dwelling-house with intent to commit an offence may be punished by life imprisonment (s. 306); forgery may be punished by 14 years' imprisonment (s. 325); fraudulent personation may be punished by 14 years' imprisonment (s. 361); manslaughter may be punished by life imprisonment (s. 219); and, finally, trafficking in narcotics may be punished by life imprisonment (s. 4 of the *Narcotic Control Act*).

Since the complaint is solely as to the duration of the minimum sentence provided in s. 5(2), it becomes relevant to consider the length of the

(2) La peine va au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif social régulier, compte tenu des objectifs pénaux légitimes et du caractère adéquat des solutions de rechange possibles; ou

a (3) La peine est infligée arbitrairement en ce sens qu'elle n'est pas infligée sur une base rationnelle conformément à des normes vérifiées ou vérifiables.

b Quand au premier critère, la peine, de par sa nature ou sa durée, choque-t-elle la conscience collective ou porte-t-elle atteinte à la dignité humaine? On n'a pas prétendu devant cette Cour, ce qui d'ailleurs était impossible de faire, que l'emprisonnement, tel que réglementé par le droit canadien, est de nature à choquer la conscience collective ou à porter atteinte à la dignité humaine. Au lieu de cela, l'appelant a soutenu que, dans certains cas, la peine minimale de sept ans d'emprisonnement pourrait, de par sa seule durée, être excessive et disproportionnée à l'infraction commise au point de constituer une peine cruelle et inusitée. D'après le premier volet du critère que je propose, il faudrait que l'appelant établisse que la durée de la peine choquerait la conscience collective ou porterait atteinte à la dignité humaine. J'estime que l'appelant ne peut réussir sur ce point. Les tribunaux imposent tous les jours des peines beaucoup plus longues que sept ans d'emprisonnement pour diverses infractions au *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, ou à d'autres lois pénales. Pour ne donner que quelques exemples, mentionnons que le vol d'un bien dont la valeur dépasse 1 000 \$ est punissable d'un emprisonnement de dix ans (art. 294); le vol qualifié peut être puni par l'emprisonnement à perpétuité (art. 303); l'introduction par effraction dans une maison d'habitation dans l'intention d'y commettre une infraction est punissable de l'emprisonnement à perpétuité (art. 306); le faux est punissable d'un emprisonnement de quatorze ans (art. 325); la supposition de personne est punissable d'un emprisonnement de quatorze ans (art. 361); l'homicide involontaire coupable est punissable de l'emprisonnement à perpétuité (art. 219); et, enfin, le trafic de stupéfiants est punissable de l'emprisonnement à perpétuité (art. 4 de la *Loi sur les stupéfiants*).

j Puisqu'on se plaint uniquement de la durée de la peine minimale prévue au par. 5(2), il devient utile de considérer la durée de la peine réellement

sentence as it will be served. A person convicted of importing a narcotic under s. 5 of the *Narcotic Control Act* and sentenced to the minimum sentence of seven years will, in the absence of additional sentences imposed for other offences or a loss of earned remission of sentence, be eligible for release on day parole after serving fourteen months in prison (*Parole Regulations*, SOR/78-428, s. 9, as amended). He will be eligible for a full parole after serving one-third of his sentence (28 months), and will be entitled to release on mandatory supervision after serving two-thirds of his sentence (56 months), unless there are reasonable grounds for believing that he is likely to commit an offence causing the death of, or serious harm to, another person upon his release (*Parole Regulations*, SOR/78-428, s. 5 as amended; *Parole Act*, R.S.C. 1970, c. P-2, s. 15, as amended; and the *Penitentiary Act*, R.S.C. 1970, c. P-6, s. 24, as amended). Viewed in the light of the other sentences which are currently provided for in Canadian law and considering the length of the sentence which will actually be served and the severity of the offence, I am unable to say that the minimum sentence in s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* is such as to outrage the public conscience or be degrading to human dignity. It may well be excessive, but more than excess is required to meet the test of Laskin C.J.: it must "outrage standards of decency". Parliament has determined that a minimum sentence of seven years' imprisonment is necessary to fight the traffic in narcotics. One might question the wisdom or desirability of this legislative decision but, in my view, given the possibility of early parole, it cannot be said that the minimum sentence is so severe that it outrages the public conscience or is degrading to human dignity.

I turn then to the second test which, of course, overlaps the first in some respects. Does the punishment go beyond what is necessary for the achievement of a valid social aim, having regard to the legitimate purposes of punishment and the

purgée. La personne déclarée coupable d'importation d'un stupéfiant aux termes de l'art. 5 de la *Loi sur les stupéfiants* et condamnée à la peine minimale de sept ans sera, en l'absence de peines supplémentaires imposées pour d'autres infractions ou de perte de la réduction de peine méritée, admissible à la libération de jour après avoir purgé quatorze mois d'emprisonnement (art. 9, *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus*, DORS/78-428, et mod.). Elle sera admissible à la libération conditionnelle totale après avoir purgé le tiers de sa peine (28 mois), et aura droit à la libération sous surveillance obligatoire après avoir purgé les deux tiers de sa peine (56 mois), à moins qu'il n'existe des motifs raisonnables de croire qu'elle risque de commettre une infraction causant la mort ou des lésions corporelles graves à une autre personne après sa libération (art. 5, *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus*, DORS/78-428, et mod.; *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.R.C. 1970, chap. P-2, art. 15, et modifications; et *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, chap. P-6, art. 24, et modifications). Compte tenu des autres peines que prévoit actuellement le droit canadien et de la durée de la peine qui sera réellement purgée ainsi que de la gravité de l'infraction, je suis incapable d'affirmer que la peine minimale prévue au par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* est de nature à choquer la conscience collective et à porter atteinte à la dignité humaine. Elle peut bien être excessive mais elle doit être plus qu'excessive pour satisfaire au critère formulé par le juge en chef Laskin: elle ne doit «pas être compatible avec la dignité humaine». Le législateur a décidé qu'une peine minimale de sept ans d'emprisonnement est nécessaire pour lutter contre le trafic de stupéfiants. On pourrait s'interroger sur la sagesse ou l'opportunité de cette décision législative mais, à mon avis, compte tenu de la possibilité d'obtenir une libération anticipée, on ne peut dire que cette peine minimale est sévère au point de choquer la conscience collective ou de porter atteinte à la dignité humaine.

J'en viens maintenant au deuxième critère qui, évidemment, recoupe le premier à certains égards. La peine va-t-elle au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif social régulier, compte tenu des objectifs légitimes et du caractère adé-

adequacy of possible alternatives? There can be no doubt that Parliament, in enacting the *Narcotic Control Act*, was aiming at the suppression of an illicit drug traffic, a truly valid social aim. The deterrence of pernicious activities, such as the drug trade, is clearly one of the legitimate purposes of punishment. Our society has always recognized that it is necessary to suppress social evils by enacting laws and that to secure compliance with the law, punishment must be imposed on those who violate the law. In view of the seriousness of the offence of importing narcotics, the legislative provision of a prison sentence cannot by itself be attacked as going beyond what is necessary to achieve the valid social aim. What falls for consideration is not the fact of imprisonment, but whether the length of imprisonment is too excessive, considering the adequacy of possible alternatives. It is apparent, and here no evidence is needed for we "should not be ignorant as judges of what we know as men" (Frankfurter J. in *Watts v. Indiana*, 338 U.S. 49 (1949), at p. 52), that the minimum sentence provided in s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* has not reduced the illicit importation of narcotics to the extent desired by Parliament and probably no punishment, however severe, would entirely stem the flow into this country. In considering the adequacy of possible alternatives, the question is whether they would satisfy the social aims of the legislation and the purposes of punishment as effectively as the punishment conceived by Parliament. The assessment of alternative punishments cannot, of course, be carried out with precision, since our knowledge of the efficacy of any punishment is at best rudimentary. A large degree of latitude must, therefore, be permitted to Parliament in determining the appropriate punishment, particularly where the question is not the nature of the punishment but only its extent. In the words of Professor Tarnopolsky, as he then was, *supra*, at p. 33:

quat des solutions de rechange possibles? Il ne fait aucun doute que le Parlement a adopté la *Loi sur les stupéfiants* pour tenter de supprimer le trafic des drogues illicites, poursuivant ainsi un objectif social tout à fait régulier. L'un des objectifs pénaux légitimes est clairement de dissuader les gens de se livrer à des activités pernicieuses comme le commerce des stupéfiants. Notre société a toujours reconnu qu'il est nécessaire de supprimer les maux qui l'affligent en adoptant des lois et que, pour assurer le respect de ces lois, il faut imposer une peine aux personnes qui les violent. Étant donné la gravité de l'infraction qui consiste à importer des stupéfiants, on ne peut pas s'en prendre au fait que la Loi prescrit une peine d'emprisonnement pour le motif qu'elle va plus loin que ce qui est nécessaire pour réaliser l'objectif social régulier. Ce qu'on doit examiner est non pas le fait de l'emprisonnement, mais la question de savoir si la durée de l'emprisonnement est excessive compte tenu du caractère adéquat des solutions de rechange possibles. Il est évident, et aucune preuve n'est nécessaire ici puisque nous [TRADUCTION] «ne devrions pas ignorer en tant que juges ce que nous savons en tant qu'hommes» (le juge Frankfurter dans *Watts v. Indiana*, 338 U.S. 49 (1949), à la p. 52), que la peine minimale prévue au par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* n'a pas permis de réduire l'importation illicite de stupéfiants dans la mesure souhaitée par le Parlement et il est probable qu'aucune peine, si sévère soit-elle, ne permettrait d'en enrayer complètement l'entrée dans notre pays. En examinant le caractère approprié des solutions de rechange possibles, la question est de savoir si elles répondraient aux objectifs sociaux de la Loi et aux objectifs pénaux aussi efficacement que la peine conçue par le Parlement. Il va de soi que l'évaluation de peines de rechange ne peut se faire avec précision, puisque notre connaissance de l'efficacité d'une peine est tout au mieux rudimentaire. Le Parlement doit donc jouir d'une large mesure de latitude pour déterminer la peine appropriée, particulièrement lorsque ce qui est en question est non pas la nature de la peine mais seulement sa sévérité. Pour reprendre les termes utilisés par le juge Tarnopolsky, alors professeur, précité, à la p. 33:

... it is very rare indeed that a court could second-guess Parliament as to whether the penal aim to be achieved is a legitimate one or whether there are adequate alternatives.

The formation of public policy is a function of Parliament. It must decide what the aims and objectives of social policy are to be, and it must specify the means by which they will be accomplished. It is true that the enactments of Parliament must now be measured against the *Charter* and, where they do not come within the provisions of the *Charter*, they may be struck down. This step, however, must not be taken by the courts merely because a court or a judge may disagree with a Parliamentary decision but only where the *Charter* has been violated. Parliament has the necessary resources and facilities to make a detailed inquiry into relevant considerations in forming policy. It has the capacity to make a much more extensive inquiry into matters concerning social policy than has the Court. It may test public opinion, review and debate the adequacy of its programs, and make decisions based upon wider considerations, and infinitely more evidence, than can ever be available to a court. An example of the Parliamentary approach may be found in the steps taken in enacting s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, as detailed in the judgment of Arnup J.A. in *R. v. Shand, supra*. In that case, the validity of the very section under review in the case at bar was tested under the *Canadian Bill of Rights*' prohibition in s. 2(b) against cruel and unusual treatment or punishment. Arnup J.A. wrote the judgment of the court (Brooke, Arnup, Dubin, Martin and Blair J.J.A.) and concluded that the section did not impose cruel and unusual punishment. He reviewed the background of s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, at pp. 29-30. Though the passage from his judgment is lengthy, I reproduce it hereunder in full:

Background of the penalty provision

"An Act to prohibit the importation, manufacture and sale of Opium for other than medicinal purposes", 1908 (Can.), c. 50 (the first Canadian enactment on the

[TRADUCTION] ... en fait, un tribunal peut difficilement se substituer au Parlement pour décider si l'objectif pénal poursuivi est légitime ou s'il existe des solutions de rechange adéquates.

^a Il appartient au Parlement d'établir des politiques générales. C'est à lui de déterminer les objectifs des politiques sociales et de prévoir les moyens de les atteindre. Il est vrai qu'il faut désormais ^b évaluer en fonction de la *Charte* les mesures législatives adoptées par le Parlement et que celles qui ne respectent pas les dispositions de la *Charte* peuvent être annulées. Toutefois, un tribunal ou un juge ne doit pas en venir là simplement parce qu'il ^c n'est pas d'accord avec la décision du Parlement, mais seulement s'il y a violation de la *Charte*. Le Parlement dispose des ressources et des instruments nécessaires pour effectuer des enquêtes ^d détaillées sur les éléments pertinents à l'établissement de ses politiques. Il est beaucoup mieux en mesure qu'un tribunal de procéder à un examen approfondi des questions relatives aux politiques sociales. Il peut vérifier l'opinion publique, examiner et débattre l'opportunité d'adopter tel ou tel ^e programme et rendre des décisions fondées sur des considérations plus larges et sur beaucoup plus d'éléments de preuve que ce dont peut disposer un tribunal. On peut trouver un exemple de la ^f méthode utilisée par le Parlement dans la démarche suivie pour adopter le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, que le juge Arnup expose en détail dans les motifs qu'il a rédigés dans l'affaire *R. v. Shand*, précitée. Dans cette affaire, on contestait ^g la validité de la disposition même qui est soumise à notre examen en l'espèce, en invoquant l'interdiction d'infliger des peines ou traitements cruels et inusités contenue à l'al. 2b) de la *Déclaration ^h canadienne des droits*. Le juge Arnup a rédigé l'arrêt de la cour (les juges Brooke, Arnup, Dubin, Martin et Blair) et a conclu que cette disposition n'imposait pas une peine cruelle et inusitée. Il a examiné l'historique du par. 5(2) de la *Loi sur les ⁱ stupéfiants* aux pp. 29 et 30. Bien que ce passage de son jugement soit long, je le reproduis ici en entier:

[TRADUCTION] *Historique de la disposition pénale*

^j La «Loi prohibant l'importation, la fabrication et la vente de l'opium à toutes fins autres que celles de la médecine», 1908 (Can.), chap. 50 (la première loi cana-

subject), prescribed no minimum prison sentences. The offence of importing opium was indictable, rendering the offender liable to imprisonment for three years or to a fine not exceeding \$1,000 and not less than \$50, or both fine and imprisonment.

That Act was replaced by the *Opium and Drug Act*, 1911 (Can.), c. 17. Cocaine, morphine and eucaïne (and salts of any of them) were added to opium. One group of offences was to import, manufacture, sell, have in possession or take from place to place in Canada any drug; the penalty was a fine not exceeding \$500 or imprisonment for not more than one year, or both. A separate section created an offence of "dealing in" drugs with unauthorized persons, with lesser penalties.

In 1920 came the *Opium and Narcotic Drug Act*, c. 31; a series of amendments preceded a new consolidated Act (1923, c. 22) which remained substantially unaltered until 1954. The first minimum sentence of imprisonment had been enacted in 1922 (c. 36, s. 2(2)); it was six months. This minimum sentence continued through R.S.C. 1927, c. 144, s. 4, and R.S.C. 1952, c. 201, s. 4.

In 1954, towards the close of the Session of Parliament, the Act, 1953-54, c. 38, was passed. "Trafficking" was defined as meaning importation, manufacture, sale, etc. The maximum penalty was increased to 14 years, plus whipping at the discretion of the Judge. There was no minimum, although the six-month minimum was retained for possession of drugs and for cultivation of the opium poppy or *cannabis sativa*.

In 1955 the drug problem in Canada was studied by a Special Committee of the Senate which reported on June 23, 1955. It recommended substantially more severe penalties for trafficking, with a "compulsory lengthy minimum sentence, increasing for second or subsequent offences". The object was to reduce drug addiction by making it hazardous and costly to deal in drugs. Importers were mentioned, and a recommendation made for a special offence "with a penalty of the utmost severity for the illicit importation of drugs into Canada".

A bill was introduced in 1957, but "died on the Order Paper" when a federal election was called. The new *Narcotic Control Act*, 1960-61 (Can.), c. 35, was introduced and passed. In the meantime the *Bill of Rights*

dienne en la matière) ne prescrivait pas de peine minimale d'emprisonnement. Elle faisait de l'importation d'opium un acte criminel dont l'auteur était passible d'un emprisonnement de trois ans ou d'une amende n'excédant pas 1 000 \$ et d'au moins 50 \$, ou des deux peines à la fois.

Cette loi fut remplacée par la *Loi de l'opium et des drogues*, 1911 (Can.), chap. 17. La cocaïne, la morphine et l'eucaïne (et les sels de ces substances) furent ajoutées à l'opium. Une catégorie d'infractions consistait à importer, fabriquer, vendre, posséder ou transporter quelque drogue d'un endroit à l'autre au Canada; la peine prévue était une amende d'au plus 500 \$ ou un emprisonnement d'au plus un an, ou les deux peines à la fois. Un autre article constituait en infraction le commerce de drogues avec des personnes non autorisées et prévoyait des peines moindres.

En 1920, il y eut adoption de la *Loi de l'opium et des drogues narcotiques*, chap. 31; une série de modifications déboucha sur une nouvelle loi refondue (1923, chap. 22) qui demeura inchangée pour l'essentiel jusqu'en 1954. La première peine minimale d'emprisonnement fut adoptée en 1922 (chap. 36, par. 2(2)); elle était de six mois. Cette peine minimale fut reprise dans les S.R.C. 1927, chap. 144, art. 4, et les S.R.C. 1952, chap. 201, art. 4.

En 1954, le Parlement adopta, vers la fin de la session, la loi 1953-54, chap. 38. On y définissait «le fait de trafiquer» comme l'importation, la fabrication, la vente, etc. La peine maximale passait à 14 ans et la peine du fouet pouvait être ajoutée à la discrétion du juge. Cette infraction ne comportait pas de peine minimale, même si le minimum de six mois était conservé pour la possession de drogue et la culture du pavot somnifère ou du *cannabis sativa*.

En 1955, le problème de la drogue au Canada fut examiné par un comité spécial du Sénat qui fit rapport le 23 juin 1955. Il recommanda l'adoption de peines beaucoup plus sévères pour le trafic, notamment «une longue peine minimale obligatoire qui augmenterait en cas de récidive». Le but était de lutter contre la dépendance à l'égard des drogues en augmentant les risques et les coûts du commerce des drogues. On mentionnait les importateurs et on recommandait la création d'une infraction spéciale «assortie de la peine la plus sévère possible pour l'importation illicite de drogues au Canada».

Un projet de loi fut déposé en 1957 mais «mourut au feuillet» à la suite du déclenchement d'élections fédérales. La nouvelle *Loi sur les stupéfiants*, 1960-61 (Can.), chap. 35, fut présentée et adoptée. Entre temps,

had been enacted. (The respective dates of the two Acts are immaterial, in view of s. 5(2) of the *Bill of Rights*.) Section 5(2) of the new *Narcotic Control Act* contained a minimum penalty of seven years for the offence of importing, and it still does. Maximum penalties for trafficking, possession for the purpose of trafficking, and importation were all increased to life imprisonment.

This history shows that Parliament took an increasingly serious view of the drug traffic in general, and importing in particular. Clearly, the minimum penalty for importing, enacted after recommendations to that end, was the result of deliberate legislative policy, with specific evils and specific remedies in mind.

In view of the careful and extensive consideration given this matter by Parliament and the lack of evidence before this Court suggesting that an adequate alternative to the minimum sentence exists which would realize the valid social aim of deterring the importation of drugs, I cannot find that the minimum sentence of seven years goes beyond what is necessary for the achievement of a valid social aim, having regard to the legitimate purposes of punishment and the adequacy of possible alternatives.

This brings me to the final test for consideration: is the punishment arbitrarily imposed, in the sense that it is not applied on a rational basis in accordance with ascertained or ascertainable standards? A punishment may be proportionate to the offence, in the sense that it does not outrage the public conscience or go beyond what is necessary for the achievement of a valid social aim, and yet still be cruel and unusual because it is imposed arbitrarily. This point was made by Stewart J. in *Gregg, supra*, at p. 188, where he stated that if the death penalty were arbitrarily and capriciously imposed, it would be cruel and unusual "in the same way that being struck by lightning is cruel and unusual", even though it is proportionate to the offence of murder. In other words, a punishment, though proportionate to the offence, will be cruel and unusual if it is imposed arbitrarily,

on avait adopté la *Déclaration des droits*. (Les dates d'adoption respectives de ces lois sont sans importance compte tenu du par. 5(2) de la *Déclaration des droits*.) Le paragraphe 5(2) de la nouvelle *Loi sur les stupéfiants* prescrivait une peine minimale de sept ans pour l'infraction d'importation, ce qui est demeuré inchangé. La peine maximale d'emprisonnement pour le trafic, la possession aux fins de trafic et l'importation fut portée à l'emprisonnement à perpétuité.

b Cet historique démontre que le Parlement s'est préoccupé de plus en plus du trafic des drogues en général et de l'importation en particulier. Il est évident que la peine minimale pour l'importation, adoptée à la suite de recommandations en ce sens, traduisait une politique législative mûrement réfléchie qui avait pour but d'apporter des remèdes précis à des maux précis.

Vu l'examen détaillé et approfondi de cette question par le Parlement et l'absence, en cette Cour, d'éléments de preuve indiquant l'existence d'une solution de rechange adéquate qui permettrait de réaliser l'objectif social régulier consistant à dissuader les gens de s'adonner à l'importation de stupéfiants, je ne puis conclure que la peine minimale de sept ans va au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif social régulier, compte tenu des objectifs pénaux légitimes et du caractère adéquat des solutions de rechange possibles.

Cela m'amène au dernier critère à considérer: la peine est-elle infligée arbitrairement en ce sens qu'elle n'est pas infligée sur une base rationnelle conformément à des normes vérifiées ou vérifiables? Une peine peut être proportionnée à l'infraction commise en ce sens qu'elle ne choque pas la conscience collective ou qu'elle ne va pas au delà de ce qui est nécessaire pour réaliser un objectif social régulier, tout en étant cruelle et inusitée pour le motif qu'elle est infligée arbitrairement. C'est ce qu'a fait remarquer le juge Stewart dans l'arrêt *Gregg*, précité, à la p. 188, lorsqu'il a déclaré que, si la peine de mort était imposée de façon arbitraire et capricieuse, elle serait cruelle et inusitée [TRADUCTION] «de la même façon que le fait d'être atteint par la foudre est cruel et inusité», bien qu'elle soit proportionnée à l'infraction de meurtre. En d'autres termes, une peine proportionnée à l'infraction commise peut néanmoins être cruelle et inusitée si elle est imposée de façon

unevenly and without reason upon some people and not others.

The word "arbitrary" has been defined in a variety of ways, including "capricious", "frivolous", "unreasonable", "unjustified", and "not governed by rules or principles", (see, for example, *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, per Rand J., at pp. 139-40; *R. v. Simon (No. 1)* (1982), 68 C.C.C. (2d) 86, (N.W.T.S.C.), pp. 90-92; *Levitz v. Ryan*, [1972] 3 O.R. 783 (C.A.), p. 790; and *Mitchell*, *supra*). While these expressions provide some assistance in defining the concept of arbitrariness, in my view the most important consideration is whether the punishment is authorized by law and imposed in accordance with standards or principles which are rationally connected to the purposes of the legislation. This ensures that a punishment will not be imposed without reason or standards.

There are at least three ways in which the imposition of a punishment may be said to be arbitrary: the legislative decision to enact the law which provides for punishment could be arbitrary; the legislation on its face could impose punishment in an arbitrary manner; and finally, a body empowered to impose punishment could, in practice, impose the punishment arbitrarily. With respect to the first, I agree with Lambert J. in the Court of Appeal that this is not a matter which can properly be considered by the courts. As he stated, "it is not for the courts to consider whether political decisions are wise or rational, or to sit in judgment on the wisdom of legislation or the rationality of the process by which it is enacted. That is for Parliament and the Legislatures . . . The courts are confined to deciding whether the legislation enacted by the parliamentary process is constitutional." The remaining two sources of arbitrariness, however, can and should be considered by the courts.

Legislation is arbitrary on its face if it imposes punishment for reasons or in accordance with criteria which are not rationally connected with the objects of the legislation. For example, legislation which provided an essentially random process for

arbitraire, inégale et sans raison à certaines personnes et pas à d'autres.

Le mot «arbitraire» a été défini de différentes façons, notamment par les termes «capricieux», «frivole», «déraisonnable», «injustifié» et «non régi par des règles ou des principes» (voir, par exemple, *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, le juge Rand, aux pp. 139 et 140; *R. v. Simon (No. 1)* (1982), 68 C.C.C. (2d) 86, (C.S.T.N.-O.), aux pp. 90 à 92; *Levitz v. Ryan*, [1972] 3 O.R. 783 (C.A.), à la p. 790; et *Mitchell*, précité). Bien que ces expressions soient d'un certain secours pour définir la notion de caractère arbitraire, j'estime que la principale considération est de savoir si la peine est autorisée par la loi et imposée conformément à des normes ou à des principes qui ont un lien rationnel avec les objectifs de la mesure législative. Cette condition garantit que la peine ne sera pas imposée sans motif ni sans respecter certaines normes.

Il existe au moins trois cas dans lesquels on peut dire que l'imposition d'une peine est arbitraire: la décision législative d'adopter la loi prévoyant la peine pourrait être arbitraire, la mesure législative pourrait à première vue imposer la peine de façon arbitraire, et enfin, l'autorité chargée d'imposer la peine pourrait, en pratique, l'imposer arbitrairement. Pour ce qui est de la première possibilité, je suis d'accord avec le juge Lambert de la Cour d'appel pour dire qu'il ne s'agit pas là d'une question qui relève des tribunaux. Comme il l'a déclaré, [TRADUCTION] «il n'appartient pas aux tribunaux d'examiner si des décisions politiques sont judicieuses ou rationnelles ni de juger de la sagesse d'une mesure législative ou du caractère rationnel de son processus d'adoption. Ces tâches relèvent du Parlement et des assemblées législatives [. . .] Les tribunaux ne peuvent que statuer sur la constitutionnalité d'une mesure législative adoptée conformément au processus parlementaire.» Cependant, les tribunaux peuvent et devraient examiner les deux autres sources de caractère arbitraire.

Une mesure législative est arbitraire à première vue si elle impose une peine pour des motifs ou selon des critères qui n'ont pas de liens rationnels avec les objectifs qu'elle poursuit. Par exemple, une loi qui prescrirait une procédure essentielle-

determining punishment divorced from any consideration of the relationship between the punishment and the social objective to be achieved would be cruel and unusual, even if the punishment actually imposed were proportionate to the offence. If two offenders have identical histories and characteristics and have committed the same offence in the same circumstances, legislation could not mandate that they be given different punishments. One of the necessary consequences of imposing sentences in accordance with standards which are rationally connected to the object of the legislation is that similarly situated offenders will, to the extent practicable, be treated alike.

In the present case, the appellant submits that the minimum sentence of seven years' imprisonment, under s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, is arbitrary, because it "must be imposed by the trial judge without regard to the type or amount of narcotic imported or exported, nor its intended use, nor to the criminal history or background of the accused". In other words, the appellant is arguing that legislation which restrains the discretion of the trial judge to weigh and consider the circumstances of the offender and the circumstances of the offence in determining the length of sentence is arbitrary and, therefore, cruel and unusual. In my view, this proposition cannot be accepted. It would, under the guise of protecting individuals from cruel and unusual punishment, unduly limit the power of Parliament to determine the general policy regarding the imposition of punishment for criminal activity. It would, in effect, constitutionally trench the power of judges to determine the appropriate sentence in their absolute discretion. It is true, in general, that when a judge imposes a sentence, he considers the nature and gravity of the offence, the circumstances in which it was committed, and the character and criminal history of the offender, all with an eye to the primary purposes of punishment: rehabilitation, deterrence, incapacitation, and retribution. But, as I noted earlier, sentencing is an imprecise procedure and there will always be a wide range of appropriate sentences. For some offences, the protection of the public will be paramount and little weight will be given to the possibility of rehabili-

ment aléatoire de détermination de la peine, sans aucun égard pour le rapport existant entre la peine et l'objet social poursuivi, serait cruelle et inusitée même si la peine imposée en réalité était proportionnée à l'infraction commise. Dans le cas de deux contrevenants qui auraient des antécédents et des caractéristiques identiques et qui auraient commis la même infraction dans les mêmes circonstances, la loi ne pourrait enjoindre de leur imposer des peines différentes. L'une des conséquences nécessaires de l'imposition des peines selon des normes ayant un lien rationnel avec l'objet poursuivi par la loi, est que les contrevenants se trouvant dans des situations semblables recevront, dans la mesure du possible, un traitement égal.

En l'espèce, l'appelant soutient que la peine minimale de sept ans d'emprisonnement prévue au par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* est arbitraire parce qu'elle [TRADUCTION] «doit être imposé par le juge de première instance sans égard au type ou à la quantité de stupéfiant importé ou exporté, ni à l'utilisation prévue, ni aux antécédents criminels de l'accusé». En d'autres termes, l'appelant soutient qu'une loi qui limite le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance d'examiner et d'évaluer la situation du contrevenant et les circonstances de l'infraction en vue de déterminer la durée de la peine, est arbitraire et, par conséquent, cruelle et inusitée. J'estime qu'on ne peut retenir cet argument. Sous le prétexte de protéger les individus contre les peines cruelles et inusitées, il limiterait indûment le pouvoir du Parlement d'établir les politiques générales en matière d'imposition de peines aux criminels. Retenir un tel argument aurait pour effet, en réalité, d'enchâsser dans la Constitution le pouvoir discrétionnaire absolu des juges de déterminer la peine appropriée. Il est vrai qu'en général, au moment d'imposer une peine, un juge examine la nature et la gravité de l'infraction, les circonstances qui l'entourent ainsi que la réputation et les antécédents criminels du contrevenant, tout en gardant à l'esprit les buts premiers de la peine: la réhabilitation, la dissuasion, la neutralisation et la rétribution. Mais comme je l'ai déjà noté, le processus de détermination de la peine est imprécis et il existera toujours une grande variété de sentences appropriées. Pour certaines infractions, c'est la protec-

tating the offender. On other occasions, the gravity of the offence alone may dictate that a severe punishment be imposed as, for example, in the case of first degree murder. There will still be other offences and circumstances where the punishment will be based primarily upon the possibility of rehabilitation. In setting the minimum sentence at seven years for importing narcotics, Parliament has determined that the gravity of the offence, the protection of the public, and the suppression of the drug trade are of paramount importance and that, consequently, the circumstances of the particular accused should be given relatively less weight. This legislative determination does not transform the sentencing procedure into an arbitrary process. Under s. 5(2) of the Act, punishment continues to be imposed for reasons which are rationally connected with the objects of the legislation, that is, the suppression of the illicit traffic in drugs. Moreover, a wide discretion remains with the trial judge to consider the particular circumstances of the accused in determining whether a lesser sentence than the maximum sentence of life imprisonment should be imposed. All that Parliament has done is to conclude that the gravity of the offence alone warrants a sentence of at least seven years' imprisonment. While, again, one may question the wisdom of this conclusion, I cannot agree that this makes the sentencing process arbitrary and, therefore, cruel and unusual in violation of s. 12 of the *Charter*.

Finally, as far as arbitrariness may arise in the actual sentencing process, judicial error will not affect constitutionality and would, ordinarily, be correctable on appeal. No issue arises on this point in this case. I am therefore of the opinion that s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* does not offend s. 12 of the *Charter*.

In addition to the submissions based on s. 12 of the *Charter*, the appellant has also submitted that s. 5(2) violates ss. 9 and 7 of the *Charter*. Section 9 provides, as follows: "Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned." In my view, this section does not, in this case, add any-

tion du public qui prime et on accorde peu d'importance à la possibilité de réhabiliter le contrevenant. Dans d'autres cas, la gravité de l'infraction peut à elle seule commander l'imposition d'une peine sévère comme, par exemple, dans le cas du meurtre au premier degré. Il existe d'autres infractions et circonstances qui appellent une peine fondée principalement sur les possibilités de réhabilitation. En fixant une peine minimale de sept ans pour l'importation de stupéfiants, le Parlement a décidé que la gravité de l'infraction, la protection du public et la lutte contre le commerce des drogues revêtaient une importance primordiale et que, par conséquent, on devrait accorder une importance relativement moindre à la situation particulière de l'accusé. Cette décision du législateur n'a pas pour effet de transformer le processus de détermination de la peine en un processus arbitraire. Aux termes du par. 5(2) de la Loi, la peine continue d'être imposée pour des motifs qui ont un lien rationnel avec les objets de la Loi, c'est-à-dire, la lutte contre le trafic illicite des drogues. De plus, le juge de première instance conserve un large pouvoir discrétionnaire d'examiner la situation particulière de l'accusé en vue de décider de l'opportunité d'imposer une peine inférieure à la peine maximale d'emprisonnement à perpétuité. Le Parlement a seulement conclu que la gravité de l'infraction justifiait à elle seule une peine d'au moins sept ans d'emprisonnement. On pourrait bien sûr s'interroger sur la sagesse d'une telle conclusion, mais je ne puis accepter que cela rende le processus de détermination de la peine arbitraire et, par conséquent, cruel et inusité au sens de l'art. 12 de la *Charte*.

Enfin, dans la mesure où le processus même de détermination de la peine peut devenir arbitraire, une erreur judiciaire n'influe pas sur la constitutionnalité et peut normalement être corrigée en appel. Cette question n'est pas soulevée en l'espèce. Je suis donc d'avis que le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* ne viole pas l'art. 12 de la *Charte*.

Outre les arguments fondés sur l'art. 12 de la *Charte*, l'appellant prétend également que le par. 5(2) viole les art. 9 et 7 de la *Charte*. L'article 9 prévoit que «Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.» À mon avis, cet article n'ajoute rien, en l'espèce, aux

thing to the submissions already considered under s. 12 of the *Charter*. I have already stated, in respect of s. 12, that it is my view that s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* does not impose punishment arbitrarily.

I am also of the view that the appellant cannot succeed under s. 7 of the *Charter*. While section 7 sets out broad and general rights which often extend over the same ground as other rights set out in the *Charter*, it cannot be read so broadly as to render other rights nugatory. If section 7 were found to impose greater restrictions on punishment than s. 12—for example by prohibiting punishments which were merely excessive—it would entirely subsume s. 12 and render it otiose. For this reason, I cannot find that s. 7 raises any rights or issues not already considered under s. 12.

By way of summary, I express the view that s. 12 of the *Charter* is a special constitutional provision which is not concerned with general principles of sentencing nor with related social problems. Its function is to provide the constitutional outer limit beyond which Parliament, or those acting under parliamentary authority, may not go in imposing punishment or treatment respecting crime or penal detention. Parliament retains, while acting within the limits so prescribed, a full discretion to enact laws and regulations concerning sentencing and penal detention. The courts, on the other hand, in the actual sentencing process have a duty to prevent an incursion into the field of cruel and unusual treatment or punishment and, where there has been no such incursion, to impose appropriate sentences within the permissible limits established by Parliament. In so doing, the courts will apply the general principles of sentencing accepted in the courts in an effort to make the punishment fit the crime and the individual criminal.

The *Charter* provision in s. 12 is the device by which the parliamentary discretion as to punishment was to be constitutionally limited. It cannot be said that the *Charter* sought to effect that

arguments déjà examinés dans le contexte de l'art. 12 de la *Charte*. J'ai déjà mentionné au sujet de l'art. 12 qu'à mon avis le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* n'impose pas une peine arbitrairement.

a

J'estime également que l'appelant ne peut invoquer avec succès l'art. 7 de la *Charte*. L'article 7 proclame des droits de nature générale et de portée très large qui recourent parfois les autres droits énoncés dans la *Charte*, mais on ne saurait lui donner une interprétation large au point de rendre nuls ces autres droits. Si on concluait que l'art. 7 impose des restrictions plus sévères que l'art. 12 en matière de peine, comme par exemple en interdisant les peines simplement excessives, il subsumerait complètement l'art. 12 et le rendrait inutile. C'est pourquoi il m'est impossible de conclure que l'art. 7 soulève des droits ou des questions qui n'ont pas déjà été examinés dans le contexte de l'art. 12.

c

En résumé, j'estime que l'art. 12 de la *Charte* est une disposition constitutionnelle spéciale qui n'a rien à voir avec les principes généraux de la détermination de la peine ni avec les problèmes sociaux connexes. Il a pour fonction de fixer des bornes constitutionnelles que le Parlement ou les personnes agissant sous son autorité ne peuvent dépasser en imposant une peine ou un traitement relativement aux crimes ou à l'incarcération. Lorsqu'il agit à l'intérieur des limites ainsi fixées, le Parlement conserve un pouvoir discrétionnaire complet d'adopter des lois et règlements en matière de détermination de la peine et d'incarcération. Par contre, les tribunaux ont le devoir, lorsqu'ils fixent une peine, d'empêcher toute incursion dans le domaine des traitements ou peines cruels et inusités et lorsqu'aucune incursion de ce genre n'a eu lieu, ils ont le devoir d'imposer la peine appropriée selon les limites acceptables fixées par le Parlement. Ce faisant, les tribunaux appliqueront les principes généraux reconnus en matière de détermination de la peine afin de tenter d'adapter la peine à l'infraction commise et au criminel.

e

f

g

h

i

j

La disposition de la *Charte*, à l'art. 12, est le mécanisme de limitation constitutionnelle du pouvoir discrétionnaire du Parlement en matière d'imposition des peines. Il n'est pas possible d'affirmer

purpose by giving an absolute discretion in the matter to the courts. If section 12 were to be construed to permit a trial judge to ameliorate a sentence mandated by Parliament simply because he considered it to be too severe, then the whole parliamentary role with regard to punishment for criminal conduct would become subject to discretionary judicial review. The role of Parliament in the determination and definition of this aspect of public policy would be eliminated. The concept of cruel and unusual treatment or punishment would be deprived of its special character and would become, in effect, a mere caution against severe punishment. It must be remembered that s. 12 voices an absolute prohibition. If that prohibition is not confined within definite limits, if it may be invoked by the courts on an individual case-by-case basis according to judicial discretion, then what is cruel and unusual in respect of "A", on one occasion, may become acceptable in respect of "B" on another occasion. Such a result reduces the significance of the absolute prohibition in s. 12 of the *Charter* and does not afford, in my view, an acceptable approach to a constitutional question.

For all of the foregoing reasons then, I am unable to find that the minimum sentence of seven years' imprisonment, mandated by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, is degrading to human dignity, unnecessary for the achievement of a valid social aim, or arbitrary. The punishment is not so grossly disproportionate to the offence of importing narcotics that it is an outrage to standards of decency. The section does not violate ss. 7, 9 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I would, accordingly, dismiss the appeal and answer the constitutional question in the negative.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of the reasons of my colleague, Justice Lamer, and wish to address briefly what I understand to be the right protected by s. 12 of the *Charter*. In so doing, I will touch also on s. 9.

que la *Charte* a voulu réaliser cet objectif en accordant aux tribunaux une pouvoir discrétionnaire absolu dans ce domaine. Si l'on devait interpréter l'art. 12 comme autorisant le juge de première instance à adoucir la peine prescrite par le Parlement pour la seule raison qu'elle est, d'après lui, trop sévère, il s'ensuivrait que la fonction du Parlement en matière de peines infligées pour des actes criminels deviendrait assujettie au contrôle judiciaire discrétionnaire. On éliminerait alors le rôle que joue le Parlement dans la détermination et la définition de cet aspect de l'ordre public. Le concept des traitements ou peines cruels et inusités serait dépouillé de son caractère spécial et deviendrait en fait une simple mise en garde contre les peines sévères. Il faut se rappeler que l'art. 12 énonce une prohibition absolue. Si la portée de cette prohibition n'est pas contenue dans des limites bien définies, si les tribunaux peuvent l'invoquer à leur gré dans chaque affaire, alors ce qui est cruel et inusité à l'égard de «A» dans un cas donné pourra devenir acceptable à l'égard de «B» dans un autre cas. Un tel résultat diminue l'importance de la prohibition absolue de l'art. 12 de la *Charte* et ne constitue pas, à mon avis, une façon acceptable d'aborder une question constitutionnelle.

Pour tous les motifs qui précèdent, je ne puis conclure que la peine minimale de sept ans d'emprisonnement prescrite par le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* porte atteinte à la dignité humaine, qu'elle est inutile pour réaliser un objectif social régulier, ou encore qu'elle est arbitraire. Cette peine n'est pas exagérément disproportionnée à l'infraction d'importation de stupéfiants au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine. Cette disposition ne viole pas les art. 7, 9 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre par la négative à la question constitutionnelle.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Lamer et je tiens à traiter brièvement de ce qu'est, selon moi, le droit garanti par l'art. 12 de la *Charte*. Ce faisant, j'aborderai également l'art. 9.

Section 12 on its face appears to me to be concerned primarily with the nature or type of a treatment or punishment. Indeed, its historical origins would appear to support this view. The rack and the thumbscrew, the stocks, torture of any kind, unsanitary prison conditions, prolonged periods of solitary confinement were progressively recognized as inhuman and degrading and completely inimical to the rehabilitation of the prisoner who sooner or later was going to have to be released back into the community. I agree, however, with my colleague that s. 12 is not confined to punishments which are in their nature cruel. It also extends to punishments which are, to use his words, "grossly disproportionate". And by that I mean that they are cruel and unusual in their disproportionality in that no one, not the offender and not the public, could possibly have thought that that particular accused's offence would attract such a penalty. It was unexpected and unanticipated in its severity either by him or by them. It shocked the communal conscience. It was "unusual" because of its extreme nature. Adopting Laskin C.J.'s concept of "interacting expressions colouring each other" (see *Miller and Cockriell v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, at pp. 689-90) it was so unusual as to be cruel and so cruel as to be unusual.

Yet, as Lamer J. points out, s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* precludes the imposition of a sentence less than seven years for the importation of even a minimal quantity of marihuana, a solitary cigarette. I agree with my colleague that this would be a cruel and unusual sentence to impose on a youthful offender with no previous record; indeed, it would be a sentence "so excessive as to outrage standards of decency": see *Miller and Cockriell v. The Queen*, *supra*, at p. 688. Yet the judge has no alternative under the section.

I disagree, however, with Lamer J. that the arbitrary nature of the minimum sentence under s. 5(2) of the Act is irrelevant to its designation as "cruel and unusual" under s. 12. On the contrary, I believe it is quite fundamental. A seven-year

Il me semble qu'il ressort de la lecture de l'art. 12 que cette disposition porte avant tout sur la nature ou le type de traitement ou de peine. En fait, ses origines historiques semblent étayer ce point de vue. Le chevalet et les poucettes, le pilori, la torture sous toutes ses formes, les conditions carcérales insalubres, les périodes prolongées d'incarcération dans des cellules d'isolement ont été progressivement reconnus comme inhumains et dégradants et complètement défavorables à la réhabilitation du prisonnier qui tôt ou tard serait relâché dans la société. Cependant, je suis d'accord avec mon collègue pour dire que l'art. 12 n'est pas limité aux peines cruelles par nature. Il vise aussi les peines qui sont, pour reprendre ses termes, «exagérément disproportionnées». Et, par cela, je veux dire qu'elles sont cruelles et inusitées en raison de leur disproportion, du fait que personne, que ce soit le contrevenant ou le public, n'aurait pu croire que l'infraction commise par l'accusé lui attirerait un tel châtement. Personne, ni lui ni le public, ne s'attendait à ce qu'il soit aussi sévère. Il a choqué la conscience collective. Il est «inusité» à cause de sa nature extrême. Si j'adopte le concept du juge en chef Laskin des «termes qui se complètent et qui [s'interprètent] l'un par l'autre» (voir *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, aux pp. 689 et 690), il était inusité au point d'être cruel et cruel au point d'être inusité.

Il reste que, comme le souligne le juge Lamer, le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* empêche l'imposition d'une peine moindre que sept ans d'emprisonnement pour l'importation d'une quantité minime de marihuana, voire une seule cigarette. Je suis d'accord avec mon collègue pour dire que cela constituerait une peine cruelle et inusitée dans le cas d'un jeune contrevenant sans antécédents judiciaires; en fait, ce serait une peine «excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine»: voir *Miller et Cockriell c. La Reine*, précité, à la p. 688. Pourtant, le juge n'a pas le choix en vertu de cette disposition.

Toutefois, je ne suis pas d'accord avec le juge Lamer pour dire que la nature arbitraire de la peine minimale prescrite par le par. 5(2) de la Loi est sans importance pour ce qui est de la qualifier de «cruelle et inusitée» au sens de l'art. 12. Bien au

sentence for drug importation is not *per se* cruel and unusual. It may be very well deserved and completely appropriate. It is the fact that the seven-year sentence must be imposed regardless of the circumstances of the offence or the circumstances of the offender that results in its being grossly disproportionate in some cases and therefore cruel and unusual in those particular cases. The concept of "the fit sentence" to which I made reference in my concurring reasons in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 as basic to modern day theories of punishment is effectively precluded by the mandatory minimum in s. 5(2). Judicial discretion to impose a shorter sentence if circumstances warrant is foreclosed and the inevitable result is a legislatively ordained grossly disproportionate sentence in some cases.

Punishments may undoubtedly be cruel and unusual within the meaning of s. 12 without being arbitrarily imposed. Punishments may be arbitrary within the meaning of s. 9 without also being cruel and unusual. But I do not share my colleague's anxiety to keep the two sections mutually exclusive. I believe this is a case where the arbitrary nature of the legislatively prescribed minimum sentence must inevitably in some cases result in the imposition of a cruel and unusual punishment. This might not be so if the legislatively prescribed minimum was, for example, six months or a year because, although this might be arbitrary, it arguably would not be "so excessive as to outrage standards of decency". Seven years, on the other hand, is that excessive and this, in my view, is why it cannot survive the constitutional challenge under s. 12.

I agree with Lamer J. that the mandatory minimum sentence feature of s. 5(2) is not saved by s. 1 because the means employed to achieve the legitimate government objective of controlling the importation of drugs impairs the right protected

contraire, je crois que c'est tout à fait fondamental. Une peine de sept années d'emprisonnement pour l'importation d'une drogue n'est pas en soi cruelle et inusitée. Il se peut fort bien qu'on la mérite et qu'elle soit tout à fait convenable. C'est le fait que cette peine doit être imposée sans égard aux circonstances de l'infraction ou à la situation du contrevenant qui fait que, dans certains cas particuliers, elle est exagérément disproportionnée et, par conséquent, cruelle et inusitée. Le concept de «la sentence appropriée», que je décris comme essentiel à toute théorie des peines contemporaine dans les motifs concordants que j'ai rédigés dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, est inconciliable avec la peine minimale obligatoire que prescrit le par. 5(2). Les tribunaux sont dans l'impossibilité d'exercer leur pouvoir discrétionnaire d'imposer une peine d'une durée plus courte si les circonstances le justifient et il en résulte inévitablement, dans certains cas, une sentence exagérément disproportionnée prescrite par la loi.

Il ne fait pas de doute que des peines peuvent être cruelles et inusitées au sens de l'art. 12, sans être imposées arbitrairement. D'autres peines peuvent être arbitraires au sens de l'art. 9 sans pour autant être cruelles et inusitées. Cependant, je ne partage pas l'avis de mon collègue lorsqu'il tient à ce que les deux articles demeurent mutuellement exclusifs. Je crois qu'il s'agit en l'espèce d'un cas où la nature arbitraire de la sentence minimale prescrite par la loi entraîne inévitablement l'imposition d'une peine cruelle et inusitée. Ceci pourrait être différent si la peine minimale prescrite par la loi était, par exemple, de six mois ou d'un an puisque, même si ceci pouvait être arbitraire, la peine ne serait certes pas «excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine». Par contre, une peine de sept ans est excessive à ce point et c'est pourquoi, à mon avis, elle ne peut pas survivre à la contestation constitutionnelle fondée sur l'art. 12.

Je suis d'accord avec le juge Lamer pour dire que l'article premier ne permet pas de sauvegarder le par. 5(2), dans la mesure où il prescrit une peine minimale obligatoire, parce que le moyen utilisé pour atteindre l'objectif gouvernemental légitime

by s. 12 of the *Charter* to a greater degree than is necessary.

I would answer the constitutional question as follows:

Question Whether the mandatory minimum sentence of seven years prescribed by s. 5(2) of *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1 is contrary to, infringes, or denies the rights and guarantees contained in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and in particular the rights contained in ss. 7, 9 and 12 thereof?

Answer The mandatory minimum sentence of seven years prescribed by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1 denies the right contained in s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

I do not find it necessary in light of my answer on s. 12 to decide whether s. 5(2) also infringes on or denies the rights contained in s. 7 or s. 9 of the *Charter* and, if so, whether an infringement or denial of rights under either of these sections could be saved under s. 1.

I agree with my colleague's proposed disposition of the appeal.

The following are the reasons delivered by

LE DAIN J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment of my colleagues Justices Lamer and Wilson. I am in general agreement with McIntyre J.'s statement of the test for cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter*, including his approach to the application of disproportionality and arbitrariness. I also agree with him that a punishment which is found to be cruel and unusual could not be justified under s. 1 of the *Charter*. I am unable, however, with great respect, to agree with his conclusion that the mandatory minimum sentence of seven years' imprisonment in s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* does not infringe the right guaranteed by s. 12 of the *Charter*.

de refréner l'importation de drogues porte atteinte, plus qu'il n'est nécessaire, au droit garanti par l'art. 12 de la *Charte*.

Je suis d'avis de répondre ainsi à la question constitutionnelle:

Question La sentence minimale obligatoire de sept ans imposée par le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, est-elle contraire ou porte-t-elle atteinte aux droits et garanties énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et, en particulier, aux droits énoncés aux art. 7, 9 et 12?

Réponse La sentence minimale obligatoire de sept ans prescrite par le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, porte atteinte au droit énoncé à l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

J'estime, compte tenu de ma réponse au sujet de l'art. 12, qu'il n'est pas nécessaire de déterminer si le par. 5(2) porte atteinte aux droits énoncés à l'art. 7 ou à l'art. 9 de la *Charte* et, dans l'affirmative, si la violation ou la négation des droits conférés par l'un ou l'autre de ces articles peut être justifiée en vertu de l'article premier.

Je suis d'accord avec la façon dont mon collègue propose de trancher le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LE DAIN—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mes collègues les juges McIntyre, Lamer et Wilson. D'une manière générale, je suis d'accord avec la façon dont le juge McIntyre a formulé le critère applicable pour déterminer si une peine est cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte*, y compris la façon dont il aborde l'application des critères du caractère disproportionné et du caractère arbitraire. Je partage en outre son avis qu'une peine jugée cruelle et inusitée ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Avec égards, je ne puis toutefois souscrire à sa conclusion que la peine minimale obligatoire de sept ans d'emprisonnement prévue au par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* ne porte pas atteinte au droit garanti par l'art. 12 de la *Charte*.

The issue, as I perceive it, and which I confess has given me considerable difficulty, is whether the mandatory minimum sentence of seven years' imprisonment in s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* is to be tested, in the light of s. 12 of the *Charter*, against the general seriousness of the offence created by s. 5(1) or against the relative seriousness of the whole range of the conduct to which the offence could conceivably apply. I have considerable misgivings about determining the issue of the constitutional validity, on its face, of the mandatory minimum sentence in s. 5(2) on the basis of hypothesis. It is conceded that seven years' imprisonment would not be cruel and unusual punishment for many, if not most, conceivable cases of unauthorized importing or exporting of a narcotic. I have considered whether that should not be sufficient to sustain the validity, on its face, of the mandatory minimum sentence of seven years' imprisonment, subject to the power of a court in a particular case to find that the mandatory minimum sentence is constitutionally inapplicable because it would in all the circumstances of the case be cruel and unusual punishment. Although I have found the flexibility of this approach attractive I have come to the conclusion that it would not be a sound approach to the validity and application of a mandatory minimum sentence provision which applies to a wide range of conduct, if only because of the uncertainty it would create and the prejudicial effects which the assumed validity or application of the provision might have in particular cases. In coming to this conclusion, however, I make no assumption as to whether the mandatory minimum sentence provision in s. 5(2) might be restructured in such a manner, with distinctions as to nature of narcotic, quantities, purpose and possibly prior conviction, as to survive further challenge and still be a feasible and workable legislative alternative with respect to the suppression of a complex and multi-faceted phenomenon.

La question, telle que je la perçois, et j'avoue qu'elle m'a causé beaucoup de difficultés, est de savoir si la peine minimale obligatoire de sept ans d'emprisonnement prévue au par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* doit, compte tenu de l'art. 12 de la *Charte*, être évaluée en fonction de la gravité générale de l'infraction créée par le par. 5(1) ou plutôt en fonction de la gravité relative de toute la gamme des actes qui pourraient en principe constituer l'infraction. J'ai des doutes sérieux quant à savoir s'il convient de fonder sur de simples hypothèses une décision concernant la constitutionnalité à première vue de la peine minimale obligatoire qu'impose le par. 5(2). On reconnaît qu'une peine d'emprisonnement de sept ans ne serait ni cruelle ni inusitée dans bien, voire la plupart, des cas imaginables d'importation ou d'exportation illicite d'un stupéfiant. Je me suis demandé si cela ne devrait pas suffire pour établir la validité à première vue de la peine minimale obligatoire de sept ans d'emprisonnement, sous réserve du pouvoir que détiennent les tribunaux de conclure, dans un cas d'espèce, que cette peine minimale obligatoire va à l'encontre de la Constitution pour le motif que, compte tenu de l'ensemble des circonstances en présence, elle serait cruelle et inusitée. Bien que la souplesse de cette démarche me plaise, j'en suis venu à la conclusion que ce ne serait pas la bonne manière d'aborder la question de la validité et de l'application d'une disposition qui crée une peine minimale obligatoire et qui vise une grande variété d'actes, ne serait-ce qu'en raison de l'incertitude qu'elle créerait et des effets préjudiciables que pourrait avoir, dans des cas particuliers, la présomption de la validité ou de l'applicabilité de ladite disposition. En arrivant à cette conclusion, cependant, je ne formule aucune hypothèse quant à savoir si la disposition du par. 5(2), qui prescrit la peine minimale obligatoire, pourrait être ainsi restructurée, avec des distinctions quant à la nature et à la quantité des stupéfiants, quant au but de la possession de ceux-ci et peut-être aussi quant aux déclarations de culpabilité antérieures, de manière à pouvoir résister à toute attaque future tout en conservant son caractère de mesure législative pratique et utile permettant la répression d'un phénomène complexe et multi-dimensionnel.

In conclusion, I agree with Lamer J. that imprisonment for seven years for the unauthorized importation or exportation of a small quantity of cannabis for personal use would be cruel and unusual punishment within the meaning of s. 12 of the *Charter* and for this reason the words "but not less than seven years" in s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* must be held to be of no force or effect. I would answer the constitutional question and dispose of the appeal as proposed by him.

I would add, in so far as the question of interest or standing discussed by McIntyre J. is concerned, that I am of the opinion that an accused should be recognized as having standing to challenge the constitutional validity of a mandatory minimum sentence, whether or not, as applied to his case, it would result in cruel and unusual punishment. In such a case the accused has an interest in having the sentence considered without regard to a constitutionally invalid mandatory minimum sentence provision.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I am substantially in agreement with my colleague, Lamer J. However, I prefer not to say anything about the role of arbitrariness in determining whether there has been cruel and unusual treatment or punishment.

Appeal allowed, MCINTYRE J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Serka & Shelling, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.

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

En conclusion, je suis d'accord avec le juge Lamer pour dire que la peine de sept ans d'emprisonnement pour l'importation ou l'exportation illícite d'une faible quantité de cannabis destinée à l'usage personnel serait cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte* et que, pour cette raison, les mots «mais encourt un emprisonnement d'au moins sept ans» figurant au par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* doivent être déclarés inopérants. Je suis d'avis de répondre à la question constitutionnelle et de trancher le pourvoi de la manière qu'il propose.

En ce qui concerne la question de l'intérêt ou de la qualité pour agir sur laquelle s'est penché le juge McIntyre, j'ajouterais que, à mon avis, on devrait reconnaître à un accusé la qualité pour contester la constitutionnalité d'une peine minimale obligatoire, indépendamment de la question de savoir si, dans son cas, cette peine serait cruelle et inusitée. Dans un tel cas, l'accusé a intérêt à ce que la peine soit considérée sans égard à une disposition inconstitutionnelle qui prescrit une peine minimale obligatoire.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—Je suis essentiellement d'accord avec mon collègue le juge Lamer. Toutefois, je préfère ne rien dire au sujet du rôle que joue le caractère arbitraire lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu imposition d'une peine ou d'un traitement cruel et inusité.

Pourvoi accueilli, le juge MCINTYRE est dissident.

Procureurs de l'appelant: Serka & Shelling, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Frank Iacobucci, Ottawa.

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