

Michael Esty Ferguson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: R. v. FERGUSON

Neutral citation: 2008 SCC 6.

File No.: 31692.

2007: November 13; 2008: February 29.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Detainee being held in cell at RCMP detachment shot by police officer during altercation — Police officer convicted of manslaughter committed with use of firearm — Criminal Code providing for mandatory minimum four-year sentence — Whether minimum sentence constitutes cruel and unusual punishment in circumstances of this case — If so, whether trial judge entitled to grant constitutional exemption from four-year minimum and impose lesser sentence — Constitution Act, 1982, s. 52 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 12, 24(1) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 236(a).

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Constitutional exemption — Availability — Whether constitutional exemption under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms available to accused as remedy in particular case where minimum sentence of imprisonment found to be cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of Charter — Whether appropriate remedy is declaration pursuant to s. 52 of Constitution

Michael Esty Ferguson *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. FERGUSON

Référence neutre : 2008 CSC 6.

N° du greffe : 31692.

2007 : 13 novembre; 2008 : 29 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Détenu incarcéré dans une cellule du détachement de la GRC abattu par un policier au cours d'une altercation — Policier déclaré coupable d'homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu — Peine minimale obligatoire de quatre ans prescrite par le Code criminel — La peine minimale constitue-t-elle une peine cruelle et inusitée dans les circonstances de l'affaire? — Dans l'affirmative, le juge du procès peut-il accorder une exemption constitutionnelle écartant l'emprisonnement minimal de quatre ans et infliger une peine moins sévère? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12, 24(1) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 236a).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Exemption constitutionnelle — Possibilité d'obtenir une exemption — Un accusé peut-il obtenir une exemption constitutionnelle en vertu de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés à titre de réparation dans une situation particulière où la peine d'emprisonnement minimale est jugée constituer une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la Charte?

Act, 1982 that law imposing such punishment is inconsistent with Charter.

During an altercation with a detainee held in a cell at an RCMP detachment, the accused, an RCMP officer, shot and killed the detainee. The accused was charged with second-degree murder but was convicted by a jury of the lesser offence of manslaughter. Notwithstanding the mandatory minimum sentence of four years imposed by s. 236(a) of the *Criminal Code* for manslaughter with a firearm, the trial judge imposed a conditional sentence of two years less a day. He granted the accused a constitutional exemption from the four-year sentence because, on the circumstances of this case, he found that the minimum mandatory sentence constituted cruel and unusual punishment in violation of s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The majority of the Court of Appeal overturned that sentence and held that the mandatory minimum must be imposed.

Held: The appeal should be dismissed.

There is no basis for concluding that the four-year minimum sentence prescribed by Parliament amounts to cruel and unusual punishment on the facts of this case. In the absence of any s. 12 violation, the trial judge's proper course in the circumstances was to apply the four-year minimum sentence. [29] [31]

The appropriateness of the minimum sentence of four years that Parliament has prescribed for the offence of manslaughter committed with the use of a firearm depends on what the jury concluded about the accused's conduct. The trial judge in this case was required to find facts consistent with the jury's manslaughter verdict, to the extent that this was necessary to enable him to sentence the accused. The sentencing inquiry was shaped by a four-year mandatory minimum sentence prescribed by s. 236(a) of the *Criminal Code* and the only issues were whether the sentence should be more than four years, or whether the facts of the case were such that a four-year sentence would be grossly disproportionate. The trial judge correctly concluded that on the basis of the jury's verdict, he must find facts consistent with the jury's rejection of both self-defence and intent for murder. On the basis of the jury's rejection of intent for murder, the trial judge then properly concluded that the jury had found that when he fired the second shot, the accused neither intended to cause death nor bodily harm that he knew was likely to cause death. The trial judge, however, erred when he went on

— *La réparation appropriée consiste-t-elle à déclarer en vertu de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 que la disposition législative prescrivant cette peine est incompatible avec la Charte?*

Au cours d'une altercation avec un détenu incarcéré dans une cellule d'un détachement de la GRC, l'accusé, un agent de la GRC, a tué le détenu avec son arme à feu. Il a été accusé de meurtre au deuxième degré, mais un jury l'a reconnu coupable de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable. Le juge lui a infligé une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour, malgré l'al. 236a) du *Code criminel* qui prévoit une peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement en cas d'homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu. Il a accordé à l'accusé une exemption constitutionnelle écartant la peine minimale obligatoire de quatre ans parce qu'il estimait que, dans les circonstances, la peine minimale obligatoire constituait une peine cruelle et inusitée contraire à l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel, à la majorité, a annulé la sentence et jugé que la peine minimale devait être infligée.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Rien ne permet de conclure que la peine minimale de quatre ans prescrite par le législateur constitue une peine cruelle et inusitée compte tenu des faits de l'espèce. En l'absence d'une violation de l'art. 12 de la *Charte*, le juge du procès devait, dans les circonstances, appliquer la peine minimale de quatre ans. [29] [31]

La justesse de la peine minimale de quatre ans que le législateur a prescrite pour un homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu dépend des conclusions du jury quant à la conduite de l'accusé. Le juge du procès devait faire les constatations de fait compatibles avec le verdict d'homicide involontaire coupable rendu par le jury, dans la mesure où elles étaient nécessaires pour lui permettre de déterminer quelle peine infliger à l'accusé. L'analyse requise pour la détermination de la peine était fonction de la peine minimale obligatoire de quatre ans prescrite par l'al. 236a) du *Code criminel* et les seules questions pertinentes étaient celles de savoir si la peine devait être supérieure à quatre ans et si les faits de l'affaire étaient tels qu'une peine de quatre ans était exagérément disproportionnée. Le juge du procès a conclu à bon droit que le verdict rendu par le jury l'obligeait à faire les constatations de fait compatibles avec le rejet par celui-ci de la légitime défense et de l'existence de l'intention requise pour commettre un meurtre. Les jurés ayant écarté l'existence de l'intention requise pour commettre un meurtre, le juge du procès a eu raison de conclure qu'ils avaient estimé

to make detailed findings of fact on the accused's conduct and went beyond what was required to deal with the sentencing issues before him. It was not open to him to attempt to reconstruct the logical process of the jury and, more critically, to develop a theory to support the jury's verdict which was not only speculative, but contrary to the evidence. When the erroneous findings of the trial judge are set aside, no basis remains for concluding that the four-year mandatory minimum sentence prescribed by Parliament constitutes cruel and unusual punishment on the facts of this case. [15] [19-21] [24] [28]

In any event, a constitutional exemption is not an appropriate remedy for a s. 12 violation. If the law imposing a minimum sentence is found to be unconstitutional on the facts of a particular case, it should be declared inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. The arguments for a constitutional exemption under s. 24(1) of the *Charter* are outweighed and undermined by counter-considerations. First, while the availability of constitutional exemptions for mandatory minimum sentencing laws has not been conclusively decided, the weight of authority thus far is against them and sounds a cautionary note. Second, since Parliament's intention in passing mandatory minimum sentence laws is to remove judicial discretion to impose a sentence below the stipulated minimum, to allow courts to grant constitutional exemptions for mandatory minimum sentences would directly contradict Parliament's intent and represent an inappropriate intrusion into the legislative sphere. Third, it is apparent that s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* and s. 24(1) of the *Charter* serve different remedial purposes. Section 52(1) provides a remedy for laws that violate *Charter* rights either in purpose or in effect; s. 24(1), by contrast, provides a remedy for government acts that violate *Charter* rights. Fourth, constitutional exemptions for mandatory minimum sentence laws buy flexibility at the cost of undermining the rule of law and the values that underpin it: certainty, accessibility, intelligibility, clarity and predictability. Allowing unconstitutional laws to remain on the books deprives Parliament of certainty as to the constitutionality of the law in question and thus of the opportunity to remedy it. In granting constitutional exemptions, courts would be altering the state of the law on constitutional grounds without giving clear guidance to Parliament as to what the Constitution requires

que l'accusé n'avait pas l'intention de causer la mort ni d'infliger des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer la mort lorsqu'il a tiré le second coup de feu. Le juge du procès a cependant commis une erreur en faisant d'autres constatations de fait détaillées au sujet de la conduite de l'accusé et est allé au-delà de ce qui était nécessaire pour trancher les questions pertinentes pour la détermination de la peine. Il ne pouvait ni tenter de reconstituer le raisonnement du jury ni, ce qui est plus grave, élaborer, au soutien du verdict du jury, une théorie qui non seulement reposait sur des hypothèses, mais allait à l'encontre de la preuve. Si l'on écarte les conclusions de fait erronées tirées par le juge du procès, plus rien ne permet de conclure que la peine minimale obligatoire de quatre ans prescrite par le législateur constitue une peine cruelle et inusitée compte tenu des faits de l'espèce. [15] [19-21] [24] [28]

Quoi qu'il en soit, l'exemption constitutionnelle n'est pas une réparation convenable en cas de violation de l'art. 12. Si une peine minimale est jugée inconstitutionnelle au regard des faits dans une cause particulière, elle doit être déclarée incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les arguments en faveur de l'octroi d'une exemption constitutionnelle en vertu du par. 24(1) de la *Charte* sont affaiblis et supplantés par des considérations contraires. Premièrement, même si la question de la possibilité de recourir à des exemptions constitutionnelles pour écarter l'application de dispositions prescrivant une peine minimale obligatoire n'a pas encore été résolue de façon définitive, la jurisprudence prépondérante ne tend pas, pour l'heure, à l'octroi de telles exemptions et incite à la prudence. Deuxièmement, puisque le législateur, en adoptant une disposition législative qui prescrit une peine minimale obligatoire, veut précisément retirer aux juges le pouvoir discrétionnaire d'infliger une peine inférieure à la peine minimale prescrite, permettre aux tribunaux d'accorder de telles exemptions constitutionnelles contrecarre directement l'intention du législateur et représente un empiètement injustifié sur le domaine législatif. Troisièmement, il est évident que les par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et 24(1) de la *Charte* visent des objets réparateurs différents. Le paragraphe 52(1) offre une réparation lorsque des dispositions législatives violent des droits garantis par la *Charte*, par leur objet ou par leur effet, tandis que le par. 24(1) offre un recours pour les actes gouvernementaux qui violent des droits garantis par la *Charte*. Quatrièmement, les exemptions constitutionnelles à l'égard des dispositions qui prescrivent une peine minimale obligatoire offrent la souplesse aux dépens de la primauté du droit et des valeurs qui la sous-tendent : la certitude, l'accessibilité, l'intelligibilité, la clarté et

in the circumstances. [13] [40] [48] [52-56] [61] [67-69] [73-74]

Cases Cited

Referred to: *R. v. Morrissey*, [2000] 2 S.C.R. 90, 2000 SCC 39; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Birchall* (2001), 158 C.C.C. (3d) 340, 2001 BCCA 356; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Wiles*, [2005] 3 S.C.R. 895, 2005 SCC 84; *R. v. Brown*, [1991] 2 S.C.R. 518; *R. v. Braun* (1995), 95 C.C.C. (3d) 443; *R. v. Fiqia* (1994), 162 A.R. 117; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Lawrence* (1987), 58 C.R. (3d) 71; *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *R. v. Kelly* (1990), 59 C.C.C. (3d) 497; *R. v. Madeley* (2002), 160 O.A.C. 346; *R. v. Desjardins* (1996), 182 N.B.R. (2d) 321; *R. v. McGillivray* (1991), 62 C.C.C. (3d) 407; *R. v. Netser* (1992), 70 C.C.C. (3d) 477; *R. v. Chief* (1989), 51 C.C.C. (3d) 265; *R. v. Kumar* (1993), 85 C.C.C. (3d) 417; *R. v. Lapierre* (1998), 123 C.C.C. (3d) 332; *R. v. Chabot* (1992), 77 C.C.C. (3d) 371; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *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; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81; *R. v. Demers*, [2004] 2 S.C.R. 489, 2004 SCC 46; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12, 24.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 34(2), 220(a), 236(a), 718 to 718.2, 724(2), (3)(d), (e).

Authors Cited

Bingham, Lord. “The Rule of Law” (2007), 66 *Cambridge L.J.* 67.

la prévisibilité. Permettre que des dispositions législatives inconstitutionnelles demeurent dans le corpus législatif empêche le législateur de savoir avec certitude si la disposition législative en cause est constitutionnelle et, partant, le prive de la possibilité de la corriger. En accordant des exemptions constitutionnelles, les cours de justice modifieraient l'état du droit pour des motifs constitutionnels sans indiquer clairement au législateur ce que la Constitution exige dans les circonstances. [13] [40] [48] [52-56] [61] [67-69] [73-74]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Morrissey*, [2000] 2 R.C.S. 90, 2000 CSC 39; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Birchall* (2001), 158 C.C.C. (3d) 340, 2001 BCCA 356; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Wiles*, [2005] 3 R.C.S. 895, 2005 CSC 84; *R. c. Brown*, [1991] 2 R.C.S. 518; *R. c. Braun* (1995), 95 C.C.C. (3d) 443; *R. c. Fiqia* (1994), 162 A.R. 117; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Lawrence* (1987), 58 C.R. (3d) 71; *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *R. c. Kelly* (1990), 59 C.C.C. (3d) 497; *R. c. Madeley* (2002), 160 O.A.C. 346; *R. c. Desjardins* (1996), 182 R.N.-B. (2^e) 321; *R. c. McGillivray* (1991), 62 C.C.C. (3d) 407; *R. c. Netser* (1992), 70 C.C.C. (3d) 477; *R. c. Chief* (1989), 51 C.C.C. (3d) 265; *R. c. Kumar* (1993), 85 C.C.C. (3d) 417; *R. c. Lapierre*, [1998] R.J.Q. 677; *R. c. Chabot*, [1992] R.J.Q. 2102; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *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; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81; *R. c. Demers*, [2004] 2 R.C.S. 489, 2004 CSC 46; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12, 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 34(2), 220(a), 236(a), 718 à 718.2, 724(2), (3)(d), (e).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Doctrine citée

Bingham, Lord. « The Rule of Law » (2007), 66 *Cambridge L.J.* 67.

Fuller, Lon L. *The Morality of Law*, 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1969.

Rosenberg, Morris, and Stéphane Perrault. “Ifs and Buts in Charter Adjudication: The Unruly Emergence of Constitutional Exemptions in Canada” (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 375.

Sankoff, Peter. “Constitutional Exemptions: Myth or Reality?” (1999-2000), 11 *N.J.C.L.* 411.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Fruman, Paperny and O’Brien J.J.A.) (2006), 65 *Alta. L.R.* (4th) 44, 397 *A.R.* 1, 384 *W.A.C.* 1, 212 *C.C.C.* (3d) 161, 41 *C.R.* (6th) 97, 145 *C.R.R.* (2d) 309, [2006] 12 *W.W.R.* 1, [2006] *A.J. No.* 1150 (QL), 2006 *CarswellAlta* 1216, 2006 *ABCA* 261, varying the sentence imposed by Hawco J. (2004), 39 *Alta. L.R.* (4th) 166, 372 *A.R.* 309, [2005] 4 *W.W.R.* 737, [2004] *A.J. No.* 1535 (QL), 2004 *CarswellAlta* 1780, 2004 *ABQB* 928. Appeal dismissed.

Noel C. O’Brien, Q.C., for the appellant.

Richard A. Saull and Michael Conner, for the respondent.

Robert J. Frater and Nancy Dennison, for the intervener the Attorney General of Canada.

David Finley and Kimberley Crosbie, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jean-Vincent Lacroix and Gilles Laporte, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Andrew K. Lokan and Caroline V. Jones, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] This appeal raises two questions. First, does imposition of the four-year mandatory minimum sentence for manslaughter with a firearm constitute cruel and unusual punishment contrary to s. 12

Fuller, Lon L. *The Morality of Law*, 2nd ed. New Haven : Yale University Press, 1969.

Rosenberg, Morris, and Stéphane Perrault. « Ifs and Buts in Charter Adjudication : The Unruly Emergence of Constitutional Exemptions in Canada » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 375.

Sankoff, Peter. « Constitutional Exemptions : Myth or Reality? » (1999-2000), 11 *R.N.D.C.* 411.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Fruman, Paperny et O’Brien) (2006), 65 *Alta. L.R.* (4th) 44, 397 *A.R.* 1, 384 *W.A.C.* 1, 212 *C.C.C.* (3d) 161, 41 *C.R.* (6th) 97, 145 *C.R.R.* (2d) 309, [2006] 12 *W.W.R.* 1, [2006] *A.J. No.* 1150 (QL), 2006 *CarswellAlta* 1216, 2006 *ABCA* 261, modifiant la peine infligée par le juge Hawco (2004), 39 *Alta. L.R.* (4th) 166, 372 *A.R.* 309, [2005] 4 *W.W.R.* 737, [2004] *A.J. No.* 1535 (QL), 2004 *CarswellAlta* 1780, 2004 *ABQB* 928. Pourvoi rejeté.

Noel C. O’Brien, c.r., pour l’appelant.

Richard A. Saull et Michael Conner, pour l’intimée.

Robert J. Frater et Nancy Dennison, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

David Finley et Kimberley Crosbie, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Jean-Vincent Lacroix et Gilles Laporte, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

Andrew K. Lokan et Caroline V. Jones, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] Le pourvoi soulève deux questions. Premièrement, infliger la peine minimale obligatoire de quatre ans d’emprisonnement prévue pour un homicide involontaire coupable avec usage

of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in the circumstances of this case? Second, can an offender who demonstrates that a mandatory minimum sentence would constitute cruel and unusual punishment in his case obtain a stand-alone constitutional exemption from the application of that minimum sentence?

[2] I conclude that the answer to both questions is no. On the facts of this case, the minimum sentence imposed by s. 236(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, is not grossly disproportionate and so does not constitute cruel and unusual punishment in violation of s. 12 of the *Charter*. In any event, a constitutional exemption is not an appropriate remedy for a s. 12 violation. If a minimum sentence is found to be unconstitutional on the facts of a particular case, the law imposing the sentence is inconsistent with the *Charter* and therefore falls under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

II. Facts and Procedural History

[3] This case arises out of the fatal shooting of Darren Varley by an RCMP officer, in the small town of Pincher Creek in southwestern Alberta, while he was being held in a cell at the RCMP detachment. The RCMP officer who shot Mr. Varley, Michael Esty Ferguson, was charged with second-degree murder but convicted by a jury of the lesser offence of manslaughter. The judge imposed a conditional sentence of two years less a day, notwithstanding the mandatory minimum sentence of four years imposed by s. 236(a) of the *Criminal Code* for manslaughter with a firearm ((2004), 39 Alta. L.R. (4th) 166, 2004 ABQB 928). The majority of the Alberta Court of Appeal overturned that sentence, and held that the mandatory minimum must be imposed ((2006), 65 Alta. L.R. (4th) 44, 2006 ABCA 261). Constable Ferguson appeals to this Court, contending that a four-year sentence in the circumstances would constitute cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the *Charter*, and that the trial judge was right to grant him a

d'une arme à feu équivaut-il, dans les circonstances de l'espèce, à infliger une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Deuxièmement, le contrevenant qui démontre qu'une peine minimale obligatoire constituerait une peine cruelle et inusitée dans son cas peut-il obtenir une exemption constitutionnelle autonome écartant l'application de cette peine minimale?

[2] Je conclus que ces deux questions doivent recevoir une réponse négative. Eu égard aux faits de l'affaire, la peine minimale prévue à l'al. 236a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, n'est pas exagérément disproportionnée et ne constitue pas une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la *Charte*. Quoi qu'il en soit, l'exemption constitutionnelle n'est pas une réparation convenable en cas de violation de l'art. 12. En effet, si une peine minimale est jugée inconstitutionnelle au regard des faits en cause, la disposition qui prescrit cette peine est incompatible avec la *Charte* et tombe, par conséquent, sous le coup de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

II. Faits et historique des procédures judiciaires

[3] L'affaire découle de la mort de Darren Varley, qui a été abattu par un agent de la Gendarmerie royale du Canada, pendant qu'il était détenu dans une cellule au détachement de la GRC à Pincher Creek, une petite ville du sud-ouest de l'Alberta. Michael Esty Ferguson, l'agent qui a abattu M. Varley, a été accusé de meurtre au deuxième degré, mais un jury l'a reconnu coupable de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable. Le juge lui a infligé une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour, malgré l'al. 236a) du *Code criminel* qui prévoit une peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement en cas d'homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu ((2004), 39 Alta. L.R. (4th) 166, 2004 ABQB 928). La Cour d'appel de l'Alberta, à la majorité, a annulé cette sentence et a statué que la peine minimale devait être infligée ((2006), 65 Alta. L.R. (4th) 44, 2006 ABCA 261). Le gendarme Ferguson se pourvoit devant notre Cour, faisant valoir que, dans les circonstances, une

constitutional exemption from the four-year minimum sentence imposed by Parliament.

[4] The events leading to the shooting of Mr. Varley may be briefly summarized. On the evening of October 2, 1999, Darren Varley went to Leo's bar in Pincher Creek to socialize with friends. He met up with his fiancée, Chandelle Bachand, and his sister, Alaine Varley. At some point, unnoticed by Mr. Varley, Ms. Bachand left the bar. Later in the evening, Mr. Varley and his friend Rod Tuckey became involved in a fight with a number of persons in the bar's parking lot, because he believed Ms. Bachand had gotten into a van with strangers. Mr. Tuckey required medical attention and was taken to hospital by Pat Bitango and Sarah Weatherill. Mr. Varley stayed behind to search for Ms. Bachand, with the help of his sister.

[5] Around 3:30 in the morning of October 3, Darren Varley and Alaine Varley arrived at Pincher Creek Hospital to visit Mr. Tuckey. Mr. Varley remained concerned about the whereabouts of his fiancée. The security officer on duty, Earl Langille, called the RCMP and Mr. Varley spoke to the RCMP Telecoms Operator. As a result of this call, Constable Ferguson was dispatched to the hospital, where he met Darren Varley, Alaine Varley, Sarah Weatherill, Pat Bitango, and Earl Langille in the lobby. Mr. Varley, who was intoxicated, insistently demanded that Constable Ferguson take action to find his fiancée. Constable Ferguson grabbed Mr. Varley and, according to the testimony of witnesses, punched him in the jaw and forced him to the ground. Constable Ferguson handcuffed Mr. Varley and took him to the police cruiser. Alaine Varley repeatedly asked Constable Ferguson to release Mr. Varley into her custody, but he refused.

[6] After placing Mr. Varley in the police cruiser, Constable Ferguson returned to the hospital. Left

peine de quatre ans d'emprisonnement constituerait une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la *Charte*, et que c'est à juste titre que le juge du procès lui a accordé une exemption constitutionnelle écartant l'application de la peine minimale de quatre ans prescrite par le législateur.

[4] Les événements ayant mené à la mort par balle de M. Varley peuvent être résumés brièvement. Pendant la soirée du 2 octobre 1999, Darren Varley s'est rendu au bar Leo's à Pincher Creek pour y rencontrer des amis. Il y a retrouvé sa fiancée, Chandelle Bachand, et sa sœur, Alaine Varley. À un certain moment, à l'insu de M. Varley, M^{me} Bachand a quitté le bar. Plus tard au cours de la soirée, M. Varley et son ami Rod Tuckey se sont battus avec plusieurs personnes dans le stationnement du bar, parce qu'il croyait que M^{me} Bachand était montée à bord d'une fourgonnette avec des inconnus. Son état requérant des soins médicaux, M. Tuckey a été emmené à l'hôpital par Pat Bitango et Sarah Weatherill. Monsieur Varley est resté sur place pour tenter de retrouver M^{me} Bachand avec l'aide de sa sœur.

[5] Aux environs de 3 h 30 le 3 octobre, Darren et Alaine Varley sont arrivés à l'hôpital de Pincher Creek pour rendre visite à M. Tuckey. Monsieur Varley était encore inquiet, parce qu'il ne savait pas où se trouvait sa fiancée. Earl Langille, l'agent de sécurité de service à ce moment-là, a téléphoné à la GRC dont l'opérateur en télécommunication s'est entretenu avec M. Varley. Par suite de cet appel, le gendarme Ferguson a été envoyé à l'hôpital où il a rencontré Darren Varley, Alaine Varley, Sarah Weatherill, Pat Bitango et Earl Langille dans le hall. Monsieur Varley, qui était ivre, a demandé avec insistance au gendarme Ferguson de prendre des mesures pour trouver sa fiancée. Le gendarme Ferguson a empoigné M. Varley et, selon des témoins, lui a donné un coup de poing à la mâchoire et l'a plaqué au sol. Il lui a passé les menottes et l'a emmené à la voiture de patrouille. Alaine Varley a demandé plusieurs fois en vain au gendarme Ferguson de lui confier M. Varley.

[6] Après avoir fait monter M. Varley à bord de la voiture de patrouille, le gendarme Ferguson est

alone, Mr. Varley kicked in the window of the police cruiser. On returning, Constable Ferguson drove Mr. Varley to the detachment. Constable Ferguson booked Mr. Varley and the two entered the cell area with the assistance of the booking officer. After opening Mr. Varley's cell, the booking officer walked back to his desk, a few feet away, and Constable Ferguson entered the cell with Mr. Varley. Within a few seconds, Mr. Varley was shot twice: first, non-fatally, in the stomach, and then, fatally, in the head. Up to three seconds elapsed between the first and second shot. Constable Ferguson emerged from the cell and telephoned an off-duty colleague. Mr. Varley died from the second shot after having been transported to Calgary Foothills Hospital by air ambulance. Constable Ferguson testified that Mr. Varley attacked him when he entered the cell, pulling his bulletproof vest over his head and face and grabbing his firearm from its holster. At trial, he testified that he and Mr. Varley were still struggling for the gun when the shots went off. However, in an earlier statement, supported by expert evidence and accepted by the trial judge for sentencing purposes, Constable Ferguson said that he had regained control of the gun when the shots were fired.

III. Issues

- [7] 1. Does imposition of the four-year minimum sentence imposed by s. 236(a) of the *Criminal Code* constitute cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the *Charter* in the circumstances of this case?
2. If so, was the trial judge entitled to grant a constitutional exemption from the four-year minimum and to impose a lesser sentence?

retourné à l'hôpital. Laissé seul, M. Varley a donné des coups de pied dans la vitre de la voiture de patrouille. À son retour, le gendarme Ferguson a emmené M. Varley au détachement, a procédé à sa mise en détention, puis est entré avec lui dans la section des cellules en compagnie de l'agent responsable des mises en détention. Après avoir ouvert la porte de la cellule de M. Varley, l'agent est retourné à son bureau, situé quelques pieds plus loin. Le gendarme Ferguson est alors entré dans la cellule avec M. Varley. En quelques secondes, M. Varley a été atteint de deux balles : la première lui a causé une blessure non mortelle à l'estomac, la seconde l'a blessé mortellement à la tête. Jusqu'à trois secondes se sont écoulées entre le premier et le deuxième coup de feu. Le gendarme Ferguson est sorti de la cellule et a téléphoné à un collègue qui n'était pas en service. Monsieur Varley est mort des suites de sa deuxième blessure après avoir été transporté au Foothills Hospital de Calgary par ambulance aérienne. Selon le gendarme Ferguson, au moment où il est entré dans la cellule, M. Varley l'a attaqué, lui a remonté son gilet pare-balles sur la tête et le visage et a saisi son arme qui était dans son étui. Au procès, il a déclaré qu'il luttait encore avec M. Varley pour récupérer l'arme lorsque les coups sont partis. Cependant, dans une déclaration antérieure, étayée par la preuve d'expert et acceptée par le juge du procès aux fins de détermination de la peine, le gendarme Ferguson a dit qu'il avait repris la maîtrise de l'arme lorsque les coups de feu ont été tirés.

III. Questions en litige

- [7] 1. Dans les circonstances de l'espèce, infliger la peine minimale de quatre ans d'emprisonnement prévue à l'al. 236(a) du *Code criminel* équivaut-il à infliger une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la *Charte*?
2. Dans l'affirmative, le juge du procès pouvait-il accorder une exemption constitutionnelle écartant l'application de la peine minimale de quatre ans et infliger une peine moins lourde?

IV. Analysis

1. *Does imposition of the four-year minimum sentence imposed by s. 236(a) of the Criminal Code constitute cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the Charter in the circumstances of this case?*

[8] Section 236(a) imposes a four-year minimum sentence for manslaughter with a firearm:

236. Every person who commits manslaughter is guilty of an indictable offence and liable

(a) where a firearm is used in the commission of the offence, to imprisonment for life and to a minimum punishment of imprisonment for a term of four years;

[9] Constable Ferguson argues that imposing the minimum sentence in his case violates s. 12 of the *Charter*, which provides a guarantee against cruel and unusual punishment:

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

[10] This Court has held that the four-year mandatory minimum sentence for criminal negligence causing death with a firearm (s. 220(a) of the *Criminal Code*) is not unconstitutional: *R. v. Morrisey*, [2000] 2 S.C.R. 90, 2000 SCC 39. In so holding, the Court applied the reasonable hypotheticals analysis of cases that might be expected to arise, developed in *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485. Here we are concerned with the mandatory minimum sentence imposed by s. 236(a) for a different offence, manslaughter committed with the use of a firearm.

[11] As Arbour J. indicated in her concurring opinion in *Morrisey* (para. 61), there is considerable overlap between unlawful act manslaughter, which is the offence we are dealing with in this case, and criminal negligence causing death, which was the offence before the Court in *Morrisey*. The British Columbia Court of Appeal has taken this

IV. Analyse

1. *Dans les circonstances de l'espèce, infliger la peine minimale de quatre ans d'emprisonnement prévue à l'al. 236a) du Code criminel équivaut-il à infliger une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la Charte?*

[8] L'alinéa 236a) prévoit une peine minimale de quatre ans d'emprisonnement pour un homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu :

236. Quiconque commet un homicide involontaire coupable est coupable d'un acte criminel passible :

a) s'il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction, de l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant de quatre ans;

[9] Le gendarme Ferguson soutient que le fait de lui infliger cette peine minimale, dans son cas particulier, contrevient à l'art. 12 de la *Charte*, qui le protège contre les peines cruelles et inusitées :

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

[10] Notre Cour a jugé que la peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement pour négligence criminelle causant la mort par suite de l'usage d'une arme à feu (al. 220a) du *Code criminel* n'est pas inconstitutionnelle : *R. c. Morrisey*, [2000] 2 R.C.S. 90, 2000 CSC 39. Dans cet arrêt, la Cour a appliqué l'analyse des situations hypothétiques raisonnables susceptibles de se présenter, élaborée dans *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485. En l'espèce, il est question de la peine minimale obligatoire prescrite par l'al. 236a) pour une infraction différente, soit l'homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu.

[11] Comme l'a mentionné la juge Arbour dans son opinion concordante dans *Morrisey* (par. 61), il y a beaucoup de recouvrements entre l'homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal, l'infraction qui nous intéresse, et la négligence criminelle causant la mort, celle dont il était question dans *Morrisey*. La Cour d'appel de la

fact into account in upholding the constitutionality of s. 236(a): *R. v. Birchall* (2001), 158 C.C.C. (3d) 340, 2001 BCCA 356. Constable Ferguson's argument at sentencing and in the Court of Appeal appears to have implicitly accepted that, as a matter of precedent, s. 236(a) does not violate s. 12 of the *Charter*.

[12] Constable Ferguson relies instead on Arbour J.'s concurring remarks in *Morrisey* to the effect that, given the wide range of circumstances under which the offences of unlawful act manslaughter and criminal negligence causing death can be committed, it is not possible to conclude on the basis of a reasonable hypotheticals analysis that the mandatory minimum sentence will be constitutional in every possible application. He argues that *Morrisey* should be read as having held that s. 220(a) and s. 236(a) are constitutional only in most of their applications, and that a constitutional exemption should be granted in those rare cases where applying the sentence would lead to an unconstitutional result.

[13] I have concluded that a constitutional exemption is not an appropriate remedy for a mandatory minimum sentence that results in a sentence that violates s. 12. This does not imply, however, that no remedy is available in the case of a mandatory minimum sentence that brings about an unconstitutional result — for instance, in circumstances not previously considered as part of a reasonable hypotheticals analysis. If a mandatory minimum sentence would create an unconstitutional result in a particular case, the minimum sentence must be struck down. It is therefore necessary to consider whether imposition of the mandatory minimum sentence provided for in s. 236(a) would result in cruel and unusual punishment on the facts of Constable Ferguson's case.

[14] The test for whether a particular sentence constitutes cruel and unusual punishment is

Colombie-Britannique a tenu compte de ce facteur lorsqu'elle a confirmé la constitutionnalité de l'al. 236a) : *R. c. Birchall* (2001), 158 C.C.C. (3d) 340, 2001 BCCA 356. Dans son argumentation, tant à l'audience de détermination de la peine que devant la Cour d'appel, le gendarme Ferguson semble avoir implicitement tenu pour acquis que, selon la jurisprudence, l'al. 236a) ne contrevient pas à l'art. 12 de la *Charte*.

[12] Le gendarme Ferguson fonde plutôt son argumentation sur les remarques concordantes formulées par la juge Arbour dans *Morrisey* selon lesquelles, compte tenu du vaste éventail de circonstances dans lesquelles les infractions d'homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal et de négligence criminelle causant la mort peuvent être commises, il est impossible d'affirmer, à partir d'une analyse des situations hypothétiques raisonnables, que la peine minimale obligatoire sera constitutionnelle dans toutes les situations possibles. Le gendarme Ferguson plaide qu'il faut comprendre de l'arrêt *Morrisey* que les al. 220a) et 236a) ne sont constitutionnels que dans la plupart des cas où ils sont appliqués, et qu'une exemption constitutionnelle devrait être accordée dans les rares occasions où l'infliction de la peine entraînerait un résultat inconstitutionnel.

[13] J'ai conclu qu'une exemption constitutionnelle n'est pas une réparation convenable à l'égard d'une peine minimale obligatoire entraînant une peine contraire à l'art. 12. Cela ne signifie pas qu'il n'existe aucune réparation lorsqu'une peine minimale obligatoire aboutit à un résultat inconstitutionnel — par exemple, dans des circonstances qui n'auraient pas déjà été envisagées dans une analyse des situations hypothétiques raisonnables. Si une telle peine entraînait un résultat inconstitutionnel dans un cas particulier, il faudrait invalider la peine minimale. Par conséquent, il est nécessaire de se demander si infliger la peine minimale obligatoire prescrite à l'al. 236a) équivaudrait à infliger une peine cruelle et inusitée dans le cas du gendarme Ferguson.

[14] Pour décider si une peine donnée est cruelle et inusitée, il faut se demander si elle est

whether the sentence is grossly disproportionate: *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045. As this Court has repeatedly held, to be considered grossly disproportionate, the sentence must be more than merely excessive. The sentence must be “so excessive as to outrage standards of decency” and disproportionate to the extent that Canadians “would find the punishment abhorrent or intolerable”: *R. v. Wiles*, [2005] 3 S.C.R. 895, 2005 SCC 84, at para. 4, citing *Smith*, at p. 1072, and *Morrisey*, at para. 26. The question thus becomes: is a four-year sentence of imprisonment grossly disproportionate to the offence of manslaughter as committed by Constable Ferguson?

[15] The appropriateness of a sentence is a function of the purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code* as applied to the facts that led to the conviction. It follows that the appropriateness of the minimum sentence of four years that Parliament has prescribed for Constable Ferguson’s offence depends on what the jury concluded about Constable Ferguson’s conduct.

[16] This poses a difficulty in a case such as this, since, unlike a judge sitting alone, who has a duty to give reasons, the jury gives only its ultimate verdict. The sentencing judge therefore must do his or her best to determine the facts necessary for sentencing from the issues before the jury and from the jury’s verdict. This may not require the sentencing judge to arrive at a complete theory of the facts; the sentencing judge is required to make only those factual determinations necessary for deciding the appropriate sentence in the case at hand.

[17] Two principles govern the sentencing judge in this endeavour. First, the sentencing judge “is bound by the express and implied factual implications of the jury’s verdict”: *R. v. Brown*, [1991] 2 S.C.R. 518, p. 523. The sentencing judge “shall accept as proven all facts, express or implied, that are essential to the jury’s verdict of guilty” (*Criminal Code*, s. 724(2)(a)), and must not accept as fact any evidence consistent only with a verdict

exagérément disproportionnée : *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045. Notre Cour a conclu à maintes reprises qu’il ne suffit pas qu’une peine soit excessive pour être jugée exagérément disproportionnée. Elle doit être « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » et disproportionnée au point où les Canadiens « considéreraient cette peine odieuse ou intolérable » : *R. c. Wiles*, [2005] 3 R.C.S. 895, 2005 CSC 84, par. 4, citant *Smith* à la p. 1072 et *Morrisey* au par. 26. La question devient donc la suivante : une peine de quatre ans d’emprisonnement est-elle exagérément disproportionnée par rapport à l’infraction d’homicide involontaire coupable commise par le gendarme Ferguson?

[15] La justesse d’une peine est fonction des objectifs et principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2 du *Code criminel*, appliqués aux faits ayant mené à la déclaration de culpabilité. Par conséquent, la justesse de la peine minimale de quatre ans que le législateur a prescrite pour l’infraction commise par le gendarme Ferguson dépend des conclusions tirées par le jury quant à la conduite de ce dernier.

[16] Cette situation crée cependant une difficulté dans un cas comme celui qui nous occupe puisque, contrairement au juge siégeant seul, qui est tenu de motiver sa décision, le jury ne rend que son verdict final. Le juge qui détermine la peine doit donc s’efforcer de dégager, à partir des questions soumises au jury et du verdict rendu par celui-ci, les faits nécessaires pour la détermination de la peine. Cette tâche n’oblige pas nécessairement le juge qui prononce la sentence à élaborer une théorie complète concernant les faits, puisqu’il n’est tenu de tirer que les conclusions factuelles nécessaires pour décider de la peine appropriée dans le cas dont il est saisi.

[17] Le juge chargé de la détermination de la peine s’acquiesce de cette tâche en suivant deux principes. Premièrement, il « est lié par la base factuelle expresse ou implicite du verdict du jury » : *R. c. Brown*, [1991] 2 R.C.S. 518, p. 523. Il « considère comme prouvés tous les faits, exprès ou implicites, essentiels au verdict de culpabilité qu’a rendu le jury » (*Code criminel*, al. 724(2)a)), et il ne doit pas considérer comme un fait tout élément de preuve

rejected by the jury: *Brown; R. v. Braun* (1995), 95 C.C.C. (3d) 443 (Man. C.A.).

[18] Second, when the factual implications of the jury's verdict are ambiguous, the sentencing judge should not attempt to follow the logical process of the jury, but should come to his or her own independent determination of the relevant facts: *Brown; R. v. Fiqia* (1994), 162 A.R. 117 (C.A.). In so doing, the sentencing judge "may find any other relevant fact that was disclosed by evidence at the trial to be proven" (s. 724(2)(b)). To rely upon an aggravating fact or previous conviction, the sentencing judge must be convinced of the existence of that fact or conviction beyond a reasonable doubt; to rely upon any other relevant fact, the sentencing judge must be persuaded on a balance of probabilities: ss. 724(3)(d) and 724(3)(e); see also *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Lawrence* (1987), 58 C.R. (3d) 71 (Ont. H.C.). It follows from the purpose of the exercise that the sentencing judge should find only those facts necessary to permit the proper sentence to be imposed in the case at hand. The judge should first ask what the issues on sentencing are, and then find such facts as are necessary to deal with those issues.

[19] Following these principles, the trial judge in this case was required to find facts, consistent with the jury's manslaughter verdict, to the extent that this was necessary to enable him to sentence Constable Ferguson. The sentencing inquiry was shaped by s. 236(a)'s prescription of a four-year mandatory minimum sentence. The only issues were whether the sentence should be more than four years, as the Crown contended, and whether the facts of the case were such that a four-year sentence would be grossly disproportionate, as Constable Ferguson contended.

[20] The trial judge correctly turned his mind to the basis on which he had instructed the jury

qui n'est compatible qu'avec un verdict rejeté par le jury : *Brown; R. c. Braun* (1995), 95 C.C.C. (3d) 443 (C.A. Man.).

[18] Deuxièmement, lorsque la base factuelle du verdict rendu par le jury est ambiguë, le juge qui détermine la peine ne doit pas tenter de suivre le raisonnement du jury, mais il doit plutôt tirer ses propres conclusions concernant les faits pertinents : *Brown; R. c. Fiqia* (1994), 162 A.R. 117 (C.A.). Ce faisant, il peut, « à l'égard des autres faits pertinents qui ont été révélés lors du procès [. . .] les accepter comme prouvés » (al. 724(2)b)). Pour s'appuyer sur un fait aggravant ou une condamnation antérieure, le juge qui détermine la peine doit être convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de ce fait ou de cette condamnation; pour se fonder sur tout autre fait pertinent, il doit être convaincu de l'existence de ce fait par une preuve prépondérante : al. 724(3)d) et e); voir aussi *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Lawrence* (1987), 58 C.R. (3d) 71 (H.C. Ont.). Il ressort de cette démarche que le juge du procès ne doit s'appuyer que sur les constatations de fait nécessaires pour lui permettre d'infliger la peine appropriée dans l'affaire dont il est saisi. Il doit d'abord se demander quelles sont les questions pertinentes pour la détermination de la peine et, ensuite, faire les constatations de fait nécessaires pour trancher ces questions.

[19] Conformément à ces principes, le juge du procès devait, en l'espèce, faire les constatations de fait compatibles avec le verdict d'homicide involontaire coupable rendu par le jury, dans la mesure où elles étaient nécessaires pour lui permettre de déterminer quelle peine infliger au gendarme Ferguson. L'analyse requise pour la détermination de la peine était fonction de la peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement prescrite par l'al. 236a). Les seules questions pertinentes étaient celles de savoir si la peine devait être supérieure à quatre ans, ainsi que le prétendait le ministère public, et si les faits de l'affaire étaient tels qu'une peine de quatre ans était exagérément disproportionnée, ainsi que le soutenait le gendarme Ferguson.

[20] Le juge du procès a porté à juste titre son attention sur les éléments qu'il avait indiqués au

it could reach a verdict of manslaughter. The trial judge had instructed the jury that if it rejected both self-defence and intent for murder (intent to cause death or bodily harm likely to cause death), it must reach a verdict of manslaughter. The trial judge did not leave any other basis for a manslaughter verdict with the jury. Hence the trial judge correctly concluded that on the basis of the jury's verdict, he must find facts consistent with the jury's rejection of both self-defence and intent for murder. On the basis of the jury's rejection of intent for murder, the trial judge properly concluded that the jury had found that when he fired the second shot, Constable Ferguson neither intended to cause death nor bodily harm that he knew was likely to cause death.

[21] However, the trial judge did not stop with these conclusions. He went on to make detailed findings of fact on Constable Ferguson's conduct. It was open to him under s. 724(2)(b) of the *Criminal Code* to supplement the jury's findings insofar as this was necessary for sentencing purposes. However, it was not open to him to go beyond what was required to deal with the sentencing issues before him, or to attempt to reconstruct the logical process of the jury: *Brown; Fiqia*. Nor was it open to him to find facts inconsistent with the jury's verdict or the evidence; a trial judge must never do this. The trial judge in the case at bar committed both these errors.

[22] First, the trial judge erred in attempting to reconstruct the logical reasoning of the jury. The law holds that the trial judge must not do this, and for good reason. Jurors may arrive at a unanimous verdict for different reasons and on different theories of the case: *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652. It is speculative and artificial to attribute a single set of factual findings to the jury, unless it is clear

jury, dans ses directives, comme susceptibles de fonder un verdict d'homicide involontaire coupable. Il avait précisé au jury que, s'il rejetait à la fois la légitime défense et l'existence de l'intention requise pour commettre un meurtre (l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles de nature à causer la mort), il devait rendre un verdict d'homicide involontaire coupable. Le juge du procès n'a indiqué au jury aucun autre motif pouvant justifier un tel verdict. Voilà pourquoi il a conclu à bon droit que le verdict rendu par le jury l'obligeait à faire les constatations de fait compatibles avec le rejet par celui-ci de la légitime défense et de l'existence de l'intention requise pour commettre un meurtre. Les jurés ayant écarté l'existence de l'intention requise pour commettre un meurtre, le juge du procès a eu raison de conclure qu'ils avaient estimé que le gendarme Ferguson n'avait pas l'intention de causer la mort ni d'infliger des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer la mort lorsqu'il a tiré le second coup de feu.

[21] Cependant, le juge du procès ne s'en est pas tenu à ces conclusions. Il a fait d'autres constatations de fait détaillées au sujet de la conduite du gendarme Ferguson. Il pouvait, en application de l'al. 724(2)b) du *Code criminel*, compléter les conclusions du jury uniquement dans la mesure où cela était nécessaire pour prononcer la sentence. Toutefois, il ne pouvait pas aller au-delà de ce qui était nécessaire pour trancher les questions pertinentes pour la détermination de la peine, ni tenter de reconstituer le raisonnement du jury : *Brown; Fiqia*. Il ne pouvait pas non plus faire de constatation de fait incompatible avec le verdict rendu par le jury ou avec la preuve, ce dont un juge du procès doit toujours s'abstenir. Or, en l'espèce, le juge du procès a commis ces deux erreurs.

[22] Premièrement, le juge du procès a commis une erreur en tentant de reconstituer le raisonnement du jury. Le droit n'autorise pas le juge du procès à procéder à cet exercice, et ce, pour une bonne raison. Les jurés peuvent arriver à un verdict unanime en s'appuyant sur des raisons différentes et sur des thèses différentes concernant l'affaire : *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652.

that the jury must unanimously have found those facts. Where any ambiguity on this exists, the trial judge should consider the evidence and make his or her own findings of fact consistent with the evidence and the jury's findings.

[23] Here the trial judge, having properly concluded that the jury must have rejected self-defence and intent for murder, went on to attempt to reconstruct further facts that may or may not reflect what was in the mind of the jurors. First, he found that the jury must have concluded that the first shot had been fired in self-defence. Although there is evidence capable of supporting such a finding, this finding was not required by the jury's verdict. The jury's verdict does not unequivocally indicate a particular characterization of the two shots. Indeed, the jury was not asked to make a finding one way or the other about the first shot. The Crown based its case on the second shot, presumably because the evidence was that the second shot caused death, and the first shot did not. The trial judge should have considered all the evidence in order to make his own findings of fact consistent with the jury's verdict to the extent they were relevant to the two issues before him.

[24] Second, and more critically, the trial judge went on to develop a theory to support the jury's verdict which was not only speculative, but contrary to the evidence. This theory was that Constable Ferguson's second shot was instantaneous and instinctive, the virtually automatic result of his police training. The theory rests on the premise that Constable Ferguson was following training that made the second shot following on a first self-defence shot a matter of instinctive reaction rather than conscious decision. Based on this theory, the trial judge found as a fact that Constable Ferguson was not acting in anger when he fired the second

Attribuer un seul ensemble de conclusions factuelles à tous les jurés relève de l'hypothèse et de la fiction, sauf s'il est clair que ces constatations de fait ont inévitablement fait l'unanimité. Devant une ambiguïté, le juge du procès doit examiner la preuve et faire ses propres constatations de fait compatibles avec la preuve et les conclusions du jury.

[23] En l'espèce, après avoir conclu à juste titre que le jury avait nécessairement rejeté la légitime défense et l'existence de l'intention requise pour commettre un meurtre, le juge du procès a tenté de reconstituer d'autres faits qui pouvaient être conformes ou non à ce que les jurés avaient à l'esprit. Premièrement, il a estimé que le jury devait avoir conclu que le premier coup de feu avait été tiré en légitime défense. Il existait certes des éléments de preuve permettant d'étayer une telle conclusion, mais celle-ci n'était pas nécessaire au verdict rendu par le jury. Le verdict du jury n'indique pas de manière non équivoque une qualification particulière des deux coups de feu. En effet, le jury n'était pas appelé à trancher dans un sens ou dans l'autre quant au premier coup de feu. La cause du ministère public reposait sur le second coup de feu, vraisemblablement parce que la preuve démontrait que c'était celui-ci, et non le premier, qui avait causé la mort. Le juge du procès aurait dû examiner tous les éléments de preuve afin de faire ses propres constatations de fait compatibles avec le verdict du jury, dans la mesure où elles étaient pertinentes pour trancher les deux questions dont il était saisi.

[24] Deuxièmement, et ce qui est plus grave, le juge du procès a élaboré, au soutien du verdict du jury, une théorie qui non seulement reposait sur des hypothèses, mais allait en outre à l'encontre de la preuve. Selon cette théorie, le gendarme Ferguson aurait tiré le second coup de feu instantanément et instinctivement, une réaction quasi automatique résultant de l'entraînement qu'il a reçu en tant que policier. Cette théorie repose sur l'hypothèse selon laquelle le gendarme Ferguson a simplement mis en pratique l'entraînement reçu, de sorte que le second coup de feu, suivant un premier coup de feu tiré en légitime défense,

shot, but in response to his training. This finding was critical to the trial judge's conclusion that the minimum sentence of four years prescribed by s. 236(a) of the *Criminal Code* constituted cruel and unusual punishment, violating s. 12 of the *Charter*.

[25] There are two problems with this crucial finding. First, it is inconsistent with the trial judge's other conclusions as well as with the jury's verdict. As the Court of Appeal noted, the instantaneous and instinctive shot theory contradicts the trial judge's conclusion that the first shot was fired in self-defence and the second was not, a conclusion that requires that the two shots be regarded as two separate transactions to be evaluated individually according to the criteria for self-defence in *Criminal Code*, s. 34(2). The instantaneous and instinctive theory, on the other hand, rests on the premise that the second shot was a virtual continuation of the first shot, motivated by the same mental state, namely self-defence. Had the trial judge found that the second shot was instantaneous and instinctive, he should have considered the two shots together as a single transaction, and would have been required by the jury's verdict to hold that this transaction, in its entirety, did not constitute self-defence.

[26] Second, the instantaneous and instinctive explanation for the second and fatal shot does not sit comfortably with uncontradicted evidence relating to the circumstances of the shooting. The booking officer estimated the time between the two shots at up to three seconds, as did the inmate in the next cell, Herman No Chief. While the length of the interval between the two shots may be difficult to determine with precision, it seems clear that there was an interval. This was not a case of immediately successive shots. This is supported by the fact that

résultait d'une réaction instinctive plutôt que d'une décision consciente. Se fondant sur cette théorie, le juge du procès a considéré que le gendarme Ferguson n'avait pas tiré le second coup de feu sous l'effet de la colère, mais plutôt comme il avait été entraîné à le faire. Cette constatation du juge du procès a été cruciale dans sa décision portant que la peine minimale de quatre ans prescrite par l'al. 236a) du *Code criminel* constituait une peine cruelle et inusitée contrevenant à l'art. 12 de la *Charte*.

[25] Cette constatation cruciale du juge du procès pose problème à deux égards. Tout d'abord, elle est incompatible avec les autres conclusions qu'il a tirées et avec le verdict du jury. Ainsi que l'a fait remarquer la Cour d'appel, la théorie selon laquelle le coup de feu aurait été instantané et instinctif contredit la conclusion du juge du procès voulant que le premier coup de feu ait été tiré en légitime défense, mais non le deuxième, une conclusion qui oblige à considérer les deux coups de feu comme deux actes distincts, devant être examinés séparément au regard des critères de la légitime défense énoncés au par. 34(2) du *Code criminel*. La théorie du coup de feu instantané et instinctif repose au contraire sur l'hypothèse voulant que le second coup de feu ait été la suite virtuelle du premier et ait été motivé par le même état d'esprit, c'est-à-dire la légitime défense. Si le juge du procès avait estimé que le deuxième coup de feu avait été tiré de manière instantanée et instinctive, il aurait dû considérer que les deux coups de feu constituaient un seul et même acte et, vu le verdict du jury, il aurait dû conclure que cet acte, pris comme un tout, ne constituait pas de la légitime défense.

[26] Ensuite, l'explication selon laquelle le second coup de feu — qui a été mortel — a été tiré de manière instinctive et instantanée ne cadre pas bien avec la preuve non contredite relative aux circonstances de la fusillade. L'agent responsable des mises en détention, tout comme le détenu dans la cellule voisine, Herman No Chief, a estimé qu'il s'était écoulé jusqu'à trois secondes entre les deux coups de feu. Bien qu'il puisse être difficile de déterminer avec précision combien de temps s'est écoulé entre les deux coups de feu, il semble qu'il y ait bel et bien

Constable Ferguson's firearm did not permit rapid, automatic second shots.

[27] The finding that Constable Ferguson's second shot was not a matter of anger or judgment, but simply a matter of training, is a vital component of the trial judge's conclusion that Constable Ferguson was at the very low end of the spectrum of moral blameworthiness, such that four years' imprisonment would be grossly disproportionate and intolerable to an informed public, and so would violate s. 12 of the *Charter*. It follows that his conclusion that the four-year minimum sentence was unconstitutional in this case is fatally flawed.

[28] When the erroneous findings of the trial judge are set aside, no basis remains for concluding that the four-year mandatory minimum sentence prescribed by Parliament constitutes cruel and unusual punishment on the facts of this case. The trial judge recognized as aggravating factors that Constable Ferguson was well trained in the use of firearms and stood in a position of trust with respect to Mr. Varley, and correctly noted that the standard of care was higher than would be expected of a normal citizen. By way of mitigation, the trial judge noted that Constable Ferguson's actions were not planned, that Mr. Varley initiated the altercation in the cell, that Constable Ferguson had little time to consider his response, and that his instincts and training played a role in the shooting. The mitigating factors are insufficient to make a four-year sentence grossly disproportionate. The absence of planning, the apparent fact that Mr. Varley initiated the altercation in the cell, and the fact that Constable Ferguson did not have much time to consider his response, are more than offset by the position of trust Constable Ferguson held and by the fact that he had been trained to respond appropriately to the common situation of resistance by a detained person. I agree with the Court of Appeal that the mitigating factors do not reduce Constable

eu un intervalle entre eux. Il ne s'agissait pas d'une succession immédiate de coups de feu, conclusion étayée par le fait que l'arme du gendarme Ferguson ne permettait pas de tirer rapidement et automatiquement deux coups de feu successifs.

[27] La constatation selon laquelle le second coup de feu du gendarme Ferguson n'était pas le résultat de la colère ou d'une décision consciente, mais plutôt le fruit de l'entraînement constitue un élément essentiel de la conclusion du juge du procès portant que le gendarme Ferguson se trouvait tout au bas de l'échelle de la culpabilité morale, de sorte qu'une peine de quatre ans d'emprisonnement serait exagérément disproportionnée et intolérable pour un public bien informé et contreviendrait ainsi à l'art. 12 de la *Charte*. Il en résulte que la conclusion du juge du procès selon laquelle la peine minimale de quatre ans était inconstitutionnelle en l'espèce souffre d'un défaut fatal.

[28] Si l'on écarte les conclusions de fait erronées tirées par le juge du procès, plus rien ne permet de conclure que la peine minimale obligatoire de quatre ans prescrite par le législateur constitue une peine cruelle et inusitée compte tenu des faits de l'espèce. Le juge du procès a reconnu que l'entraînement qu'avait reçu le gendarme Ferguson dans le maniment des armes à feu et la position de confiance qu'il occupait à l'égard de M. Varley constituaient des facteurs aggravants, et il a souligné à juste titre que la norme de diligence à laquelle était tenu le policier était plus élevée que celle à laquelle devait se conformer un simple citoyen. À titre de facteurs atténuants, le juge du procès a fait remarquer que les actes du gendarme Ferguson n'étaient pas planifiés, que M. Varley était à l'origine de l'altercation dans la cellule, que le gendarme Ferguson avait eu peu de temps pour réagir et que son instinct et son entraînement ont joué un rôle dans la fusillade. Les facteurs atténuants ne suffisent pas à rendre la peine de quatre ans exagérément disproportionnée. En effet, l'absence de planification, le fait que M. Varley était à l'origine de l'altercation dans la cellule et le fait que le gendarme Ferguson n'a pas eu beaucoup de temps pour réagir sont loin de contrebalancer la position de confiance qu'occupait le gendarme Ferguson et le fait qu'il avait été entraîné à réagir adéquatement

Ferguson's moral culpability to the extent that the mandatory minimum sentence is grossly disproportionate in his case.

[29] I conclude that there is no basis for concluding that the four-year minimum sentence prescribed by Parliament amounts to cruel and unusual punishment on the facts of this case.

[30] Ordinarily, a s. 12 analysis for a mandatory minimum sentence requires both an analysis of the facts of the accused's case and an analysis of reasonable hypothetical cases: *Goltz*, at pp. 505-6. At his sentencing hearing and in the Court of Appeal, however, Constable Ferguson did not rely on reasonable hypotheticals to contest the constitutionality of s. 236(a). He contended simply that s. 236(a) was unconstitutional as applied to the facts of his case. The reasonable hypotheticals not having been argued, there was no basis for the sentencing judge or the Court of Appeal to reach a conclusion on whether s. 236(a) was unconstitutional on a reasonable hypotheticals analysis. Constable Ferguson offers an alternative argument based on reasonable hypotheticals for the first time in this Court. In my view, Constable Ferguson has not pointed to a hypothetical case where the offender's minimum level of moral culpability for unlawful act manslaughter using a firearm would be less than that in the reasonable hypotheticals considered in *Morrisey*.

[31] In the absence of any s. 12 violation, the trial judge's proper course in the circumstances was to apply the four-year minimum sentence: *Morrisey*.

[32] Furthermore, the absence of any s. 12 violation renders it unnecessary to proceed to a consideration of whether s. 236(a) could be justified under s. 1.

à la résistance qu'opposent souvent les personnes détenues. Je conviens avec la Cour d'appel que les facteurs atténuants ne réduisent pas la culpabilité morale du gendarme Ferguson au point où la peine minimale obligatoire serait exagérément disproportionnée dans son cas.

[29] J'estime donc que rien ne permet de conclure que la peine minimale de quatre ans prescrite par le législateur constitue une peine cruelle et inusitée compte tenu des faits de l'espèce.

[30] Habituellement, l'évaluation d'une peine minimale obligatoire au regard de l'art. 12 requiert à la fois l'analyse des faits propres à l'accusé et l'analyse des situations hypothétiques raisonnables : *Goltz*, p. 505-506. Or, lors de l'audience de détermination de la peine et devant la Cour d'appel, le gendarme Ferguson ne s'est pas appuyé sur des situations hypothétiques raisonnables pour contester la constitutionnalité de l'al. 236(a). Il a simplement fait valoir que cette disposition était inconstitutionnelle lorsqu'elle était appliquée aux faits qui lui étaient propres. L'argument fondé sur des situations hypothétiques raisonnables n'ayant pas été plaidé, rien ne permettait au juge chargé de la détermination de la peine ni à la Cour d'appel de trancher la question de savoir si, au terme d'une telle analyse, ils auraient conclu à l'inconstitutionnalité de l'al. 236(a). Le gendarme Ferguson plaide, pour la première fois, devant notre Cour, l'argument subsidiaire fondé sur les situations hypothétiques raisonnables. À mon avis, le gendarme Ferguson n'a pas décrit de situation hypothétique où le degré minimal de culpabilité morale d'un contrevenant ayant commis un homicide involontaire coupable au moyen d'un acte illégal comportant l'usage d'une arme à feu serait moindre que dans les situations hypothétiques raisonnables examinées dans *Morrisey*.

[31] En l'absence d'une violation de l'art. 12, le juge du procès devait, dans les circonstances, appliquer la peine minimale de quatre ans : *Morrisey*.

[32] En outre, comme il n'a pas été contrevenu à l'art. 12, il est inutile de déterminer si l'al. 236(a) pourrait se justifier au sens de l'article premier.

2. *If the imposition of the four-year mandatory minimum sentence violated s. 12 of the Charter in the circumstances of this case, was the trial judge entitled to grant a constitutional exemption from the four-year minimum and to impose a lesser sentence?*

[33] Having found that the four-year minimum sentence of imprisonment required by s. 236(a) does not violate Constable Ferguson's right not to suffer cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the *Charter*, it is not necessary to consider whether a constitutional exemption would have been available had we found a violation of s. 12. As the Court of Appeal recognized, however, there has been considerable debate and disagreement in the lower courts as to whether the remedy of a constitutional exemption is available. The matter having been fully argued, it is appropriate to settle the question of whether a constitutional exemption would have been available to Constable Ferguson, had the minimum sentence violated s. 12 of the *Charter*.

[34] I note at the outset that the issue is not *whether* a remedy lies to prevent the imposition of cruel and unusual punishment contrary to the *Charter*, but *which* remedies are available. The imposition of cruel and unusual punishment contrary to ss. 12 and 1 of the *Charter* cannot be countenanced. A court which has found a violation of a *Charter* right has a duty to provide an effective remedy. The only issue is whether a law imposing such punishment can be permitted to stand subject to constitutional exemptions in particular cases, or whether the only remedy is a declaration that the law is inconsistent with the *Charter* and hence falls under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[35] Two remedial provisions govern remedies for *Charter* violations: s. 24(1) of the *Charter* and

2. *Si, dans les circonstances de l'espèce, infliger la peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement allait à l'encontre de l'art. 12 de la Charte, le juge du procès pouvait-il accorder une exemption constitutionnelle écartant l'application de la peine minimale de quatre ans et infliger une peine moins lourde?*

[33] Comme nous avons conclu que la peine minimale de quatre ans d'emprisonnement prescrite par l'al. 236a) ne porte pas atteinte à la protection contre les peines cruelles et inusitées garantie au gendarme Ferguson par l'art. 12 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de déterminer si une exemption constitutionnelle aurait pu être accordée si nous avions conclu à une violation de l'art. 12. Cependant, ainsi que la Cour d'appel l'a reconnu, on note une vive controverse dans les juridictions inférieures quant à savoir s'il est possible d'accorder une exemption constitutionnelle à titre de réparation. Ce point ayant été pleinement débattu, il convient de trancher la question de savoir si une exemption constitutionnelle aurait pu être accordée au gendarme Ferguson s'il avait été jugé que la peine minimale contrevenait à l'art. 12 de la *Charte*.

[34] D'entrée de jeu, je souligne que la question n'est pas de savoir *s'il* existe un recours empêchant l'infliction d'une peine cruelle et inusitée interdite par la *Charte*, mais plutôt de savoir *quelles* réparations peuvent être accordées. On ne saurait tolérer qu'une peine cruelle et inusitée soit infligée en violation de l'art. 12 et de l'article premier de la *Charte*. Le tribunal qui conclut à la violation d'un droit garanti par la *Charte* a l'obligation d'accorder une réparation efficace. La seule question qui se pose est celle de savoir si une disposition qui prescrit une telle peine peut être maintenue quitte à ce qu'une exemption constitutionnelle soit accordée dans certains cas, ou si la seule réparation possible consiste en un jugement déclarant que la loi est incompatible avec la *Charte* et tombe donc sous le coup de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[35] Deux dispositions régissent les réparations pouvant être accordées en cas de violation de la

s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Section 24(1) confers on judges a wide discretion to grant appropriate remedies in response to *Charter* violations:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

Section 24(1) has generally been seen — at least until now — as providing a case-by-case remedy for unconstitutional acts of government agents operating under lawful schemes whose constitutionality is not challenged. The other remedy section, s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, confers no discretion on judges. It simply provides that laws that are inconsistent with the *Charter* are of no force and effect to the extent of the inconsistency:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

When a litigant claims that a law violates the *Charter*, and a court rules or “declares” that it does, the effect of s. 52(1) is to render the law null and void. It is common to describe this as the court “striking down” the law. In fact, when a court “strikes down” a law, the law has failed by operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[36] The usual remedy for a mandatory sentencing provision that imposes cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the *Charter* is a declaration that the law is of no force and effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. This was the remedy sought in *Goltz, Morrissey*, and *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711. The mandatory minimum sentence provisions in these cases were held to be constitutional. But it was argued that had the provisions been held to be unconstitutional, the appropriate remedy was the s. 52 remedy of striking down.

Charte : les par. 24(1) de la *Charte* et 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 24(1) confère aux juges un vaste pouvoir discrétionnaire leur permettant d'accorder une réparation convenable en cas de violation de la *Charte* :

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

On considère généralement — du moins l'a-t-on fait jusqu'à maintenant — que le par. 24(1) prévoit l'octroi d'une réparation au cas par cas pour les actes inconstitutionnels des mandataires du gouvernement agissant en vertu de régimes licites dont la constitutionnalité n'est pas contestée. L'autre disposition réparatrice, le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ne confère aucun pouvoir discrétionnaire aux juges. Elle prévoit simplement que les dispositions qui sont incompatibles avec la *Charte* sont inopérantes :

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Lorsqu'une partie prétend qu'une disposition contrevient à la *Charte* et qu'un tribunal juge ou « déclare » que tel est bien le cas, le par. 52(1) a pour effet de rendre cette disposition inopérante. On dit généralement alors que le tribunal « invalide » la disposition. En fait, lorsqu'un tribunal « invalide » une disposition, celle-ci est inopérante par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[36] Lorsqu'une disposition prévoit une peine obligatoire cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte*, la réparation consiste habituellement en un jugement déclarant cette disposition inopérante par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. C'est la réparation qui était sollicitée dans *Goltz, Morrissey* et *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711. Dans ces arrêts, les dispositions prévoyant une peine minimale obligatoire ont été jugées constitutionnelles. Toutefois, on a plaidé que, si ces dispositions avaient été jugées inconstitutionnelles, la réparation appropriée aurait été leur invalidation en vertu de l'art. 52.

[37] In this case, despite the allegation of a constitutional violation, Constable Ferguson does not request that the law that caused the alleged violation, s. 236(a) of the *Criminal Code*, be struck down. Instead, Constable Ferguson argues that if the four-year mandatory sentence is found to violate the *Charter*, a constitutional exemption under s. 24(1) should be granted. The argument for a constitutional exemption proposes that the law remain in force, but that it not be applied in cases where its application results in a *Charter* violation. The judge would thus be free to impose a sentence below the minimum set by law, which would nevertheless continue to stand.

[38] The argument in favour of recognizing constitutional exemptions is simply put. The first prong of the argument is that where a mandatory minimum sentence that is constitutional in most of its applications generates an unconstitutional result in a small number of cases, it is better to grant a constitutional exemption in these cases than to strike down the law as a whole. The s. 52(1) remedy of declaring invalid a law that produces a result inconsistent with the *Charter* is a blunt tool. A law that may be constitutional in many of its applications — and indeed ruled constitutional on a reasonable hypotheticals analysis — is struck down because in one particular case, or in a few cases, it produces an unconstitutional result. Would it not be better, the argument goes, to allow the law to stand, while providing an individual remedy in those cases — arguably rare — where its application offends the *Charter*?

[39] The second and complementary prong of the argument asserts that the remedy is available on the wording of the *Charter* and the jurisprudence. Section 24(1), it is argued, grants courts a wide discretion to grant such constitutional remedies as are “appropriate and just”. Granting a constitutional exemption and substituting a constitutional sentence removes the law’s inconsistency

[37] En l’espèce, même s’il allègue une violation de la Constitution, le gendarme Ferguson ne demande pas à la Cour d’invalider la disposition législative à l’origine de la violation alléguée, soit l’al. 236a) du *Code criminel*. Il soutient plutôt que, si la peine obligatoire de quatre ans est jugée contraire à la *Charte*, une exemption constitutionnelle devrait lui être accordée en application du par. 24(1). L’argument en faveur d’une telle exemption veut que la disposition soit maintenue, mais qu’elle ne soit pas appliquée dans les cas où il en découle une violation de la *Charte*. Le juge pourrait donc infliger une peine inférieure à la peine minimale prescrite par la disposition en cause, mais cette disposition resterait en vigueur.

[38] L’argumentation en faveur de la reconnaissance des exemptions constitutionnelles est simple. Selon le premier volet de cette argumentation, lorsqu’une peine minimale obligatoire est constitutionnelle dans la plupart des cas où elle est appliquée, mais produit un résultat inconstitutionnel dans un nombre limité de cas, il est préférable d’accorder une exemption constitutionnelle dans ces cas limités plutôt que d’invalider globalement la disposition. L’invalidation, en vertu du par. 52(1), d’une disposition qui produit un résultat incompatible avec la *Charte* est une solution radicale. Une disposition qui peut être constitutionnelle dans de nombreux cas — et qui a effectivement été jugée constitutionnelle au terme d’une analyse des situations hypothétiques raisonnables — serait invalidée parce que, dans un cas donné ou dans quelques cas, elle produit un résultat inconstitutionnel. Ne serait-il pas préférable, fait-on valoir, de permettre le maintien de cette disposition tout en prévoyant une réparation individuelle dans les cas — peut-être rares — où son application est contraire à la *Charte*?

[39] Selon le deuxième volet complétant cette argumentation, le libellé de la *Charte* et la jurisprudence permettent cette réparation. En effet, on fait valoir que le par. 24(1) confère aux tribunaux un large pouvoir discrétionnaire leur permettant d’accorder la réparation constitutionnelle qu’ils estiment « convenable et juste ». Si une exemption constitutionnelle est accordée et une peine

with the *Charter*, making s. 52(1) inapplicable. The cases that have considered the matter, while inconclusive, do not rule constitutional exemptions out as a remedy for unconstitutional sentences flowing from mandatory minimum sentence laws. More generally, granting constitutional exemptions for unconstitutional effects of mandatory minimum sentence laws fits well with the Court's practices of severance, reading in and reading out in order to preserve the law to the maximum extent possible: see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

[40] Attractive as they are, the arguments for constitutional exemptions in a case such as this are, on consideration, outweighed and undermined by counter-considerations. I reach this conclusion on the basis of four considerations: (1) the jurisprudence; (2) the need to avoid intruding on the role of Parliament; (3) the remedial scheme of the *Charter*; and (4) the impact of granting constitutional exemptions in mandatory sentence cases on the values underlying the rule of law.

(1) The Jurisprudence

[41] This Court has not definitively ruled whether constitutional exemptions are available as a remedy for mandatory minimum sentences that produce unconstitutional sentences. In concurring opinions, judges of this Court have expressed both positive and negative evaluations of constitutional exemptions as remedies for unconstitutional minimum sentences.

[42] In his concurring opinion in *Smith*, at pp. 1111-12, Le Dain J. considered and rejected the constitutional exemption as a means of upholding minimum sentences that could generate unconstitutional

constitutionnelle substituée à celle prévue par la disposition législative, celle-ci n'est plus incompatible avec la *Charte*, ce qui rend le par. 52(1) inapplicable. Bien qu'elle ne soit pas concluante, la jurisprudence portant sur cette question n'a pas écarté le recours à l'exemption constitutionnelle comme réparation lorsqu'une peine inconstitutionnelle est infligée en application d'une disposition prescrivant une peine minimale obligatoire. De façon plus générale, l'octroi d'une exemption constitutionnelle écartant les effets inconstitutionnels d'une disposition prescrivant une peine minimale obligatoire cadre bien avec les pratiques de la dissociation, de l'interprétation large et de l'interprétation atténuée auxquelles la Cour fait appel pour préserver la loi dans la plus large mesure possible : voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

[40] Aussi attrayants que soient les arguments en faveur de l'octroi d'une exemption constitutionnelle dans un cas comme celui qui nous occupe, nous constatons, après réflexion, qu'ils sont affaiblis et supplantés par des considérations contraires. Je tire cette conclusion en me fondant sur quatre facteurs : (1) la jurisprudence; (2) la nécessité d'éviter toute usurpation du rôle du législateur; (3) le régime de réparation prévu par la *Charte* et (4) l'effet de l'octroi d'une exemption constitutionnelle, dans un cas où une peine obligatoire est prévue, sur les valeurs qui sous-tendent le principe de la primauté du droit.

(1) La jurisprudence

[41] Notre Cour n'a pas tranché de manière définitive la question de savoir si une exemption constitutionnelle peut servir de réparation lorsqu'une peine minimale obligatoire produit des effets inconstitutionnels. Dans des opinions concordantes, des juges de notre Cour ont considéré tant favorablement que défavorablement le recours à l'exemption constitutionnelle à titre de réparation dans le cas d'une peine minimale inconstitutionnelle.

[42] Dans son opinion concordante dans *Smith*, aux p. 1111-1112, le juge Le Dain a examiné et rejeté l'exemption constitutionnelle comme moyen de maintenir les peines minimales susceptibles de

results in some circumstances. He stated that allowing such exemptions would create uncertainty, and the assumed validity or application of the provision could have prejudicial effects in particular cases. On the other hand, Arbour J. commented favourably on the possibility of exemptions from mandatory minimum sentence laws in a concurring opinion in *Morrisey*. Arbour J. expressed the concern that the mandatory minimum sentences for certain offences would inevitably be declared unconstitutional if judges had no discretion to grant exemptions to avoid unconstitutional results in unusual cases.

[43] Lower courts have taken contradictory positions on the availability of constitutional exemptions from mandatory minimum sentences. The Ontario and New Brunswick courts of appeal have held against the availability of constitutional exemptions from mandatory sentence laws: *R. v. Kelly* (1990), 59 C.C.C. (3d) 497 (Ont. C.A.); *R. v. Madeley* (2002), 160 O.A.C. 346; *R. v. Desjardins* (1996), 182 N.B.R. (2d) 321. By contrast, such exemptions have been granted in Saskatchewan and the Northwest and Yukon Territories and have been recognized in *obiter* in British Columbia: *R. v. McGillivray* (1991), 62 C.C.C. (3d) 407 (Sask. C.A.); *R. v. Netser* (1992), 70 C.C.C. (3d) 477 (N.W.T.C.A.); *R. v. Chief* (1989), 51 C.C.C. (3d) 265 (Y.T.C.A.); *R. v. Kumar* (1993), 85 C.C.C. (3d) 417 (B.C.C.A.). The Quebec Court of Appeal has expressed both positive and negative views on the question in *obiter*: *R. v. Lapierre* (1998), 123 C.C.C. (3d) 332; *R. v. Chabot* (1992), 77 C.C.C. (3d) 371.

[44] Constitutional exemptions have been recognized and discussed in other contexts. In *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, Wilson J. suggested that once a court finds a legislative provision to violate the *Charter*, it has no alternative but to strike it down under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. To do otherwise would

produire des résultats inconstitutionnels dans certaines circonstances. Il a affirmé qu'accorder de telles exemptions créerait de l'incertitude et que, dans certains cas, la présomption de la validité ou de l'applicabilité de la disposition en cause pourrait avoir des effets préjudiciables. En revanche, dans son opinion concordante dans *Morrisey*, la juge Arbour a émis des commentaires favorables quant à la possibilité que des exemptions soient accordées pour écarter l'application de dispositions législatives prescrivant une peine minimale obligatoire. La juge Arbour a dit craindre que les peines minimales prescrites pour certaines infractions soient inévitablement déclarées inconstitutionnelles si les juges ne disposent pas du pouvoir discrétionnaire d'accorder des exemptions pour éviter des résultats inconstitutionnels dans des cas inhabituels.

[43] Les juridictions inférieures ont adopté des positions contradictoires quant à la possibilité d'accorder des exemptions constitutionnelles relativement à l'application de peines minimales obligatoires. Les cours d'appel de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick se sont prononcées contre la possibilité d'accorder de telles exemptions : *R. c. Kelly* (1990), 59 C.C.C. (3d) 497 (C.A. Ont.); *R. c. Madeley* (2002), 160 O.A.C. 346; *R. c. Desjardins* (1996), 182 R.N.-B. (2d) 321. Par contre, de telles exemptions ont été accordées en Saskatchewan, dans les Territoires du Nord-Ouest et au Yukon, et elles ont été reconnues dans des remarques incidentes en Colombie-Britannique : *R. c. McGillivray* (1991), 62 C.C.C. (3d) 407 (C.A. Sask.); *R. c. Netser* (1992), 70 C.C.C. (3d) 477 (C.A.T.N.-O.); *R. c. Chief* (1989), 51 C.C.C. (3d) 265 (C.A.Y.); *R. c. Kumar* (1993), 85 C.C.C. (3d) 417 (C.A.C.-B.). La Cour d'appel du Québec a formulé des opinions tant favorables que défavorables sur cette question dans des remarques incidentes : *R. c. Lapierre*, [1998] R.J.Q. 677; *R. c. Chabot*, [1992] R.J.Q. 2102.

[44] Les exemptions constitutionnelles ont été examinées et reconnues dans d'autres contextes. De l'avis de la juge Wilson dans *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, après avoir conclu qu'une disposition législative est contraire à la *Charte*, le tribunal ne peut qu'invalider la disposition en cause, en application de l'art. 52 de la *Loi*

be to leave “the legislation in its pristine over-inclusive form outstanding on the books” (p. 77). On the other hand, in *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, L’Heureux-Dubé J. opined that s. 24(1) of the *Charter* enables a court to grant a constitutional exemption from legislation that is “constitutional in its general application” if an unconstitutional result would otherwise occur in a particular case (para. 66).

[45] In *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, the majority, *per* McLachlin J., suggested that a constitutional exemption cannot be used to remedy a constitutional defect in a provision that Parliament intended to be mandatory, because allowing an exemption would “import into the provision an element which the legislature specifically chose to exclude — the discretion of the trial judge” (p. 628). It was also noted that constitutional exemptions could in principle remove all recourse to s. 52(1), rendering it redundant.

[46] However, in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, this Court recognized the availability of a constitutional exemption granted as an interim remedial measure alongside a suspended declaration of invalidity under s. 52(1). Although the Court declined to grant a constitutional exemption, it recognized that a court may grant such an exemption in order to relieve the claimant of the continued burden of the unconstitutional law during the period that the striking out remedy is suspended. The majority emphasized the ancillary nature of this remedial exemption and refused to consider expanding the remedy to a stand-alone constitutional exemption.

[47] In summary, the majority of this Court in *Seaboyer* has commented critically on the use of constitutional exemptions as a stand-alone remedy in the case of mandatory laws generally, a view supported by Wilson J. in *Osborne* and consistent

constitutionnelle de 1982, sans quoi « la loi reste en vigueur dans sa version primitive de portée excessive » (p. 77). Par contre, dans *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, la juge L’Heureux-Dubé s’est dite d’avis que le par. 24(1) de la *Charte* autorise un tribunal à accorder une exemption constitutionnelle écartant l’application d’une disposition législative « constitutionnelle dans son application générale » lorsque son résultat, dans une affaire particulière, se révélerait inconstitutionnel (par. 66).

[45] Dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, la juge McLachlin, s’exprimant au nom des juges majoritaires, a indiqué qu’on ne peut recourir à l’exemption constitutionnelle pour corriger l’inconstitutionnalité d’une disposition que le législateur a voulu rendre obligatoire parce que, ce faisant, on « incorporerait dans la disposition un élément que le législateur a spécifiquement choisi d’exclure, le pouvoir discrétionnaire du juge du procès » (p. 628). Il a également été souligné que les exemptions constitutionnelles pourraient, en principe, faire disparaître tout recours au par. 52(1), le rendant ainsi superflu.

[46] Toutefois, dans *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, notre Cour a reconnu qu’une exemption constitutionnelle peut être accordée à titre de mesure corrective intérimaire s’ajoutant à une déclaration d’invalidité prononcée en application du par. 52(1) et dont la prise d’effet est suspendue. Même si elle a refusé d’accorder une exemption constitutionnelle, la Cour a reconnu qu’un tribunal peut accorder une telle exemption pour éviter de continuer à faire supporter au demandeur le fardeau de la loi inconstitutionnelle pendant la durée de la suspension de la prise d’effet de la déclaration d’invalidité. Les juges majoritaires ont insisté sur la nature accessoire de cette exemption et ont refusé d’envisager la possibilité d’ériger cette réparation en exemption constitutionnelle autonome.

[47] En résumé, les juges majoritaires de notre Cour ont critiqué dans *Seaboyer* le recours à l’exemption constitutionnelle comme réparation autonome dans le cas des dispositions obligatoires en général, un point de vue adopté par la juge

with the majority's reasoning in *Corbiere*. In *Smith*, Le Dain J. rejected their use in the context here at issue, mandatory minimum sentence laws. On the other side of the issue are the remarks of L'Heureux-Dubé and Arbour JJ. in their respective concurring opinions in *Rose and Morrissey*.

[48] I conclude that while the availability of constitutional exemptions for mandatory minimum sentencing laws has not been conclusively decided, the weight of authority thus far is against them and sounds a cautionary note.

(2) Intrusion on the Role of Parliament

[49] Section 52(1) grants courts the jurisdiction to declare laws of no force and effect only "to the extent of the inconsistency" with the Constitution. It follows that if the constitutional defect of a law can be remedied without striking down the law as a whole, then a court must consider alternatives to striking down. Examples of alternative remedies under s. 52 include severance, reading in and reading down. Constable Ferguson is proposing a constitutional exemption under s. 24(1) as an additional tool for minimizing interference with Parliament's legislative role when a court must grant a remedy for a constitutionally defective provision.

[50] On the other hand, it has long been recognized that in applying alternative remedies such as severance and reading in, courts are at risk of making inappropriate intrusions into the legislative sphere. An alternative to striking down that initially appears to be less intrusive on the legislative role may in fact represent an inappropriate intrusion on the legislature's role. This Court has thus emphasized that in considering alternatives to striking down, courts must carefully consider

Wilson dans *Osborne* et qui concorde avec le raisonnement des juges majoritaires dans *Corbiere*. Dans *Smith*, le juge Le Dain a rejeté ce type de réparation dans le contexte dont il est question en l'espèce, soit celui des dispositions législatives prévoyant une peine minimale obligatoire. Le point de vue opposé a été exprimé par les juges L'Heureux-Dubé et Arbour dans leurs opinions concordantes respectives dans *Rose et Morrissey*.

[48] Je conclus que, même si la question de la possibilité de recourir à des exemptions constitutionnelles pour écarter l'application de dispositions prescrivant une peine minimale obligatoire n'a pas encore été résolue de façon définitive, la jurisprudence prépondérante ne tend pas, pour l'heure, à l'octroi de telles exemptions et incite à la prudence.

(2) Usurpation du rôle du législateur

[49] Le paragraphe 52(1) confère aux tribunaux le pouvoir de déclarer inopérantes les « dispositions incompatibles » avec la Constitution. Par conséquent, s'il est possible de corriger l'inconstitutionnalité d'une disposition sans l'invalider complètement, le tribunal doit examiner les solutions de rechange à l'invalidation. Parmi les solutions auxquelles l'art. 52 donne ouverture, on trouve la dissociation, l'interprétation large et l'interprétation atténuée. Le gendarme Ferguson propose une exemption constitutionnelle en application du par. 24(1) à titre de mesure additionnelle permettant de réduire l'empiétement sur le rôle législatif du Parlement lorsqu'un tribunal doit accorder une réparation à l'égard d'une disposition inconstitutionnelle.

[50] Par ailleurs, il est reconnu depuis longtemps que les tribunaux, en accordant d'autres réparations telles la dissociation et l'interprétation large, risquent d'empiéter à tort sur le domaine législatif. Une réparation autre que l'invalidation peut sembler à première vue usurper à un moindre degré le rôle du législateur, mais constituer en réalité un empiétement injustifié. Notre Cour a ainsi souligné que, lorsqu'ils examinent les solutions de rechange à l'invalidation, les tribunaux doivent vérifier

whether the alternative being considered represents a lesser intrusion on Parliament's legislative role than striking down. Courts must thus be guided by respect for the role of Parliament, as well as respect for the purposes of the *Charter*: *Schachter*; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2. These principles apply with equal force to the proposed alternative remedy of the constitutional exemption. In this case, the effect of granting a constitutional exemption would be to so change the legislation as to create something different in nature from what Parliament intended. It follows that a constitutional exemption should not be granted.

[51] When a court opts for severance or reading in as an alternative to striking down a provision, it does so on the assumption that had Parliament been aware of the provision's constitutional defect, it would likely have passed it with the alterations now being made by the court by means of severance or reading in. For instance, as this Court noted in *Schachter*, the test for severance "recognizes that the seemingly laudable purpose of retaining the parts of the legislative scheme which do not offend the Constitution rests on an assumption that the legislature would have passed the constitutionally sound part of the scheme without the unsound part" (p. 697). If it is not clear that Parliament would have passed the scheme with the modifications being considered by the court — or if it is probable that Parliament would *not* have passed the scheme with these modifications — then for the court to make these modifications would represent an inappropriate intrusion into the legislative sphere. In such cases, the least intrusive remedy is to strike down the constitutionally defective legislation under s. 52. It is then left up to Parliament to decide what legislative response, if any, is appropriate.

[52] It follows that we must ask whether granting a constitutional exemption for a mandatory minimum sentence would represent a lesser intrusion on Parliament's legislative role than striking it down. In my view, the answer to this question is no, because allowing courts to grant constitutional

attentivement si elles représentent un empiètement moins grave que l'invalidation sur les fonctions du législateur. Dans le choix de la réparation, les tribunaux seront donc guidés par le respect du rôle du législateur et des objectifs de la *Charte* : *Schachter*; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2. Ces principes s'appliquent de la même façon à l'exemption constitutionnelle, la réparation proposée comme solution de rechange. En l'espèce, l'octroi d'une exemption constitutionnelle aurait pour effet de modifier la loi à tel point qu'elle serait d'une tout autre nature que celle voulue par le législateur. Il s'ensuit qu'une exemption constitutionnelle ne devrait pas être accordée.

[51] Lorsqu'un tribunal choisit la dissociation ou l'interprétation large plutôt que l'invalidation, il part du principe que, si le législateur avait su que la disposition était entachée d'un vice sur le plan constitutionnel, il l'aurait probablement édictée sous la forme modifiée que lui donne maintenant le tribunal en ayant recours à la dissociation ou à l'interprétation large. Par exemple, ainsi que notre Cour l'a fait remarquer dans *Schachter*, le critère applicable en cas de dissociation reconnaît que « l'objet apparemment louable du maintien des parties constitutionnelles de la loi repose sur la supposition que le législateur aurait adopté la partie constitutionnelle de la loi en question sans la partie inconstitutionnelle » (p. 697). S'il n'est pas clair que le législateur aurait édicté la disposition avec les modifications envisagées par le tribunal — ou s'il est probable qu'il *ne* l'aurait *pas* fait —, le tribunal empiéterait de façon injustifiée sur le domaine législatif en les introduisant. En pareil cas, la réparation qui constitue l'empiètement le moins grave consiste à invalider la disposition législative inconstitutionnelle, en application de l'art. 52. Il revient alors au législateur de décider quelle doit être la solution législative appropriée, le cas échéant.

[52] Il faut donc se demander si l'octroi d'une exemption constitutionnelle écartant l'application d'une peine minimale obligatoire constituerait un empiètement moins grave sur les fonctions du législateur que l'invalidation. À mon avis, tel n'est pas le cas, parce que permettre aux tribunaux d'accorder

exemptions for mandatory minimum sentences directly contradicts Parliament's intent in passing mandatory minimum sentence legislation.

[53] A constitutional exemption has the effect of conferring on judges a discretion to reject the mandatory minimum sentence prescribed by Parliament. The mandatory minimum applies, unless the judge concludes that its application constitutes unjustifiable cruel and unusual punishment and that it therefore should not apply.

[54] The intention of Parliament in passing mandatory minimum sentence laws, on the other hand, is to remove judicial discretion to impose a sentence below the stipulated minimum. Parliament must be taken to have specifically chosen to exclude judicial discretion in imposing mandatory minimum sentences, just as it was taken to have done in enacting the rape shield provisions struck down in *Seaboyer*. Parliament made no provision for the exercise of judicial discretion in drafting s. 236(a), nor did it authorize any exceptions to the mandatory minimum. There is no provision permitting judges to depart from the mandatory minimum, even in exceptional cases where it would result in grossly disproportionate punishment. Parliament has cast the prescription for the minimum four-year prison sentence here at issue in clear unambiguous terms. Parliament must be taken to have intended what it stated: that all convictions for manslaughter with a firearm would be subject to a mandatory minimum sentence of four years' imprisonment. The law mandates a floor below which judges cannot go. To permit judges to go below this floor on a case-by-case basis runs counter to the clear wording of the section and the intent that it evinces.

[55] In granting a constitutional exemption, a judge would be undermining Parliament's purpose in passing the legislation: to remove judicial

une telle exemption constitutionnelles contrecarre directement l'intention qu'avait le législateur en adoptant une disposition législative prescrivant une peine minimale obligatoire.

[53] L'exemption constitutionnelle a pour effet de conférer aux juges le pouvoir discrétionnaire de rejeter une peine minimale obligatoire prescrite par le législateur. La peine minimale s'applique, sauf si le juge conclut qu'elle constitue une peine cruelle et inusitée et qu'elle ne devrait donc pas être infligée.

[54] Or, en adoptant une disposition législative qui prescrit une peine minimale obligatoire, le législateur veut précisément retirer aux juges le pouvoir discrétionnaire d'infliger une peine inférieure à la peine minimale prescrite. Il faut tenir pour acquis que le législateur a expressément choisi de ne pas accorder de pouvoir discrétionnaire aux juges lorsqu'il a décidé de prescrire une peine minimale obligatoire, comme on a supposé qu'il l'avait choisi en édictant les dispositions sur la protection des victimes de viol qui ont été invalidées dans *Seaboyer*. Lorsqu'il a rédigé l'al. 236(a), le législateur n'a pas fait place à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire ni autorisé d'exception à la peine minimale prescrite. Aucune disposition n'autorise les juges à déroger à la peine minimale obligatoire, même dans les cas exceptionnels où elle entraînerait l'infliction d'une peine exagérément disproportionnée. Le législateur a prescrit la peine minimale de quatre ans d'emprisonnement dont il est question en l'espèce en termes clairs, non ambigus. Il faut présumer que le législateur voulait bel et bien ce qu'il a dit, à savoir que la peine minimale obligatoire soit de quatre ans d'emprisonnement dans tous les cas d'homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu. La loi prescrit un seuil de sévérité minimale de la peine, que les juges ne peuvent pas franchir. Permettre aux juges d'infliger, en fonction de chaque cas, une peine moins sévère, irait à l'encontre du libellé clair de l'article et de l'intention qu'il traduit.

[55] En accordant une exemption constitutionnelle, le juge contrecarrerait l'objectif visé par le législateur lorsqu'il a adopté la disposition

discretion and to send a clear and unequivocal message to potential offenders that if they commit a certain offence, or commit it in a certain way, they will receive a sentence equal to or exceeding the mandatory minimum specified by Parliament. The discretion that a constitutional exemption would confer on judges would violate the letter of the law and undermine the message that animates it.

[56] It is thus clear that granting a constitutional exemption from a mandatory minimum sentence law that results in an unconstitutional sentence goes directly against Parliament's intention. To allow constitutional exemptions for mandatory minimum sentences is, in effect, to read in a discretion to a provision where Parliament clearly intended to exclude discretion. If it would be inappropriate to read in such a discretion under s. 52, then necessarily it would be inappropriate to allow judges to grant constitutional exemptions having the same effect under s. 24(1). It cannot be assumed that Parliament would have enacted the mandatory minimum sentencing scheme with the discretion that allowing constitutional exemptions would create. For the Court to introduce such a discretion would thus represent an inappropriate intrusion into the legislative sphere.

[57] I conclude that these considerations are sufficient to exclude constitutional exemptions as an appropriate remedy for unconstitutional mandatory minimum sentences. In the absence of any provision providing for discretion, a court that concludes that a mandatory minimum sentence imposes cruel and unusual punishment in an exceptional case before it is compelled to declare the provision invalid.

(3) The Remedial Scheme of the Charter

[58] As I noted at the outset, remedies for breaches of the *Charter* are governed by s. 24(1)

législative : retirer leur pouvoir discrétionnaire aux juges et faire comprendre de façon claire et non équivoque aux contrevenants éventuels que, s'ils commettent une certaine infraction ou s'ils la commettent d'une certaine manière, ils se verront infliger une peine égale ou supérieure à la peine minimale obligatoire prescrite par le législateur. Le pouvoir discrétionnaire qu'une exemption constitutionnelle conférerait aux juges violerait la lettre de la loi et affaiblirait le message qui la sous-tend.

[56] Il est donc clair que l'octroi d'une exemption constitutionnelle écartant l'application d'une disposition législative prescrivant une peine minimale obligatoire parce que la peine qui en résulte est inconstitutionnelle contrecarre directement l'intention du législateur. Permettre de telles exemptions constitutionnelles a effectivement pour effet d'incorporer un pouvoir discrétionnaire dans une disposition de laquelle le législateur voulait manifestement exclure un tel pouvoir. Au même titre qu'il serait inopportun d'interpréter largement l'art. 52 et d'en conclure qu'il confère un pouvoir discrétionnaire, il serait aussi inopportun de permettre aux juges d'accorder, en vertu du par. 24(1), des exemptions constitutionnelles ayant le même effet. On ne saurait présumer que le législateur aurait édicté le régime de peine minimale obligatoire en l'assortissant du pouvoir discrétionnaire créé par les exemptions constitutionnelles. En incorporant un tel pouvoir discrétionnaire, la Cour empiéterait de façon injustifiée sur le domaine législatif.

[57] Je conclus que ces considérations suffisent pour exclure les exemptions constitutionnelles des réparations qui peuvent être accordées en cas d'inconstitutionnalité d'une peine minimale obligatoire. À défaut d'une disposition qui lui confère un pouvoir discrétionnaire, le tribunal qui conclut qu'une peine minimale obligatoire entraîne l'infliction d'une peine cruelle et inusitée dans un cas exceptionnel est tenu de déclarer invalide la disposition qui la prescrit.

(3) Le régime de réparation prévu par la Charte

[58] Comme je l'ai indiqué d'entrée de jeu, les réparations qui peuvent être accordées en cas de

of the *Charter* and s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

[59] When a law produces an unconstitutional effect, the usual remedy lies under s. 52(1), which provides that the law is of no force or effect to the extent that it is inconsistent with the *Charter*. A law may be inconsistent with the *Charter* either because of its purpose or its effect: *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. Section 52 does not create a personal remedy. A claimant who otherwise has standing can generally seek a declaration of invalidity under s. 52 on the grounds that a law has unconstitutional effects either in his own case or on third parties: *Big M*; see also P. Sankoff, “Constitutional Exemptions: Myth or Reality?” (1999-2000), 11 *N.J.C.L.* 411, at pp. 432-34; M. Rosenberg and S. Perrault, “Ifs and Buts in Charter Adjudication: The Unruly Emergence of Constitutional Exemptions in Canada” (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 375, at pp. 380-82. The jurisprudence affirming s. 52(1) as the appropriate remedy for laws that produce unconstitutional effects is based on the language chosen by the framers of the *Charter*: see Sankoff, at p. 438.

[60] Section 24(1), by contrast, is generally used as a remedy, not for unconstitutional laws, but for unconstitutional government acts committed under the authority of legal regimes which are accepted as fully constitutional: see *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6. The acts of government agents acting under such regimes are not the necessary result or “effect” of the law, but of the government agent’s applying a discretion conferred by the law in an unconstitutional manner. Section 52(1) is thus not applicable. The appropriate remedy lies under s. 24(1).

violation de la *Charte* sont régies par les par. 24(1) de la *Charte* et 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[59] Lorsqu’une disposition produit un effet inconstitutionnel, la réparation relève habituellement du par. 52(1), qui prévoit que les dispositions incompatibles avec la *Charte* sont inopérantes. Une disposition peut être incompatible avec la *Charte* soit à cause de son objet soit à cause de son effet : *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. L’article 52 ne crée pas un recours personnel. Un demandeur qui a par ailleurs qualité pour agir peut généralement solliciter une déclaration d’invalidité en application de l’art. 52 au motif qu’une disposition a des effets inconstitutionnels pour lui-même ou pour des tiers : *Big M*; voir également P. Sankoff, « Constitutional Exemptions : Myth or Reality? » (1999-2000), 11 *R.N.D.C.* 411, p. 432-434; M. Rosenberg et S. Perrault, « Ifs and Buts in *Charter* Adjudication : The Unruly Emergence of Constitutional Exemptions in Canada » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 375, p. 380-382. La jurisprudence selon laquelle le par. 52(1) est le recours approprié pour les dispositions qui ont des effets inconstitutionnels repose sur les termes choisis par les rédacteurs de la *Charte* : voir Sankoff, p. 438.

[60] Par contre, on a généralement recours au par. 24(1) pour accorder réparation non pas lorsque des dispositions législatives sont inconstitutionnelles, mais lorsque des actes gouvernementaux inconstitutionnels sont commis en vertu de régimes légaux reconnus comme parfaitement constitutionnels : voir *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6. Les actes des mandataires du gouvernement qui agissent en vertu de ces régimes ne sont pas le résultat ou l’« effet » obligatoire de la loi, mais plutôt du fait que les mandataires du gouvernement ont exercé d’une manière inconstitutionnelle le pouvoir discrétionnaire que leur conférait la loi. Le paragraphe 52(1) ne s’applique donc pas. Le recours approprié est prévu au par. 24(1).

[61] It thus becomes apparent that ss. 52(1) and 24(1) serve different remedial purposes. Section 52(1) provides a remedy for *laws* that violate *Charter* rights either in purpose or in effect. Section 24(1), by contrast, provides a remedy for *government acts* that violate *Charter* rights. It provides a personal remedy against unconstitutional government action and so, unlike s. 52(1), can be invoked only by a party alleging a violation of that party's own constitutional rights: *Big M; R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128. Thus this Court has repeatedly affirmed that the validity of laws is determined by s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, while the validity of government action falls to be determined under s. 24 of the *Charter*: *Schachter; R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81. We are here concerned with a *law* that is alleged to violate a *Charter* right. This suggests that s. 52(1) provides the proper remedy.

[62] It is argued that s. 24(1), while normally applicable to government acts, can also be used to provide a stand-alone remedy for the unconstitutional effects of mandatory minimum sentence laws. The wording of s. 24(1) is generous enough to permit this, it is argued, conferring a discretion on judges to grant "such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances".

[63] The jurisprudence of this Court allows a s. 24(1) remedy in connection with a s. 52(1) declaration of invalidity in unusual cases where additional s. 24(1) relief is necessary to provide the claimant with an effective remedy: *R. v. Demers*, [2004] 2 S.C.R. 489, 2004 SCC 46. However, the argument that s. 24(1) can provide a stand-alone remedy for laws with unconstitutional effects depends on reading s. 24(1) in isolation, rather than in conjunction with the scheme of the *Charter* as a whole, as required by principles of statutory and constitutional interpretation. When s. 24(1) is read in context, it becomes apparent that the intent of the framers of the Constitution was that it function

[61] Il devient donc évident que les par. 52(1) et 24(1) visent des objets réparateurs différents. Le paragraphe 52(1) offre une réparation lorsque des *dispositions législatives* violent des droits garantis par la *Charte*, que ce soit par leur objet ou par leur effet, tandis que le par. 24(1) offre un recours pour les *actes gouvernementaux* qui violent des droits garantis par la *Charte*. Il permet un recours personnel contre les actes gouvernementaux inconstitutionnels et, contrairement au par. 52(1), seule peut s'en prévaloir la partie qui allègue une atteinte à ses propres droits constitutionnels : *Big M; R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128. Notre Cour a répété à maintes reprises que la validité des lois relève de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, tandis que la validité des actes du gouvernement relève de l'art. 24 de la *Charte* : *Schachter; R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81. En l'espèce, il s'agit d'une *disposition législative* qui violerait un droit garanti par la *Charte*. Cela indique que la réparation appropriée est celle prévue au par. 52(1).

[62] On fait valoir que, s'il s'applique normalement aux actes gouvernementaux, le par. 24(1) peut également permettre d'accorder une réparation autonome pour les effets inconstitutionnels des dispositions législatives prescrivant une peine minimale obligatoire. Le libellé du par. 24(1) est assez large, prétend-on, pour permettre une telle réparation, puisqu'il confère aux juges le pouvoir discrétionnaire d'accorder « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ».

[63] La jurisprudence de notre Cour permet d'associer une réparation fondée sur le par. 24(1) à une déclaration d'invalidité prononcée en application du par. 52(1) dans les cas exceptionnels où la réparation additionnelle fondée sur le par. 24(1) est nécessaire pour accorder une réparation efficace au demandeur : *R. c. Demers*, [2004] 2 R.C.S. 489, 2004 CSC 46. Toutefois, pour soutenir que le par. 24(1) peut permettre une réparation autonome à l'égard d'une disposition législative ayant des effets inconstitutionnels, il faut interpréter ce paragraphe isolément plutôt que de le considérer au regard de l'ensemble de la *Charte*, ainsi que l'exigent les principes d'interprétation législative et constitutionnelle. Lorsque le

primarily as a remedy for unconstitutional government acts.

[64] The highly discretionary language in s. 24(1), “such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances”, is appropriate for control of unconstitutional acts. By contrast, s. 52(1) targets the unconstitutionality of laws in a direct non-discretionary way: laws are of no force or effect to the extent that they are unconstitutional.

[65] The presence of s. 52(1) with its mandatory wording suggests an intention of the framers of the *Charter* that unconstitutional laws are deprived of effect to the extent of their inconsistency, not left on the books subject to discretionary case-by-case remedies: see *Osborne, per Wilson J.* In cases where the requirements for severance or reading in are met, it may be possible to remedy the inconsistency judicially instead of striking down the impugned legislation as a whole: *Vriend; Sharpe*. Where this is not possible — as in the case of an unconstitutional mandatory minimum sentence — the unconstitutional provision must be struck down. The ball is thrown back into Parliament’s court, to revise the law, should it choose to do so, so that it no longer produces unconstitutional effects. In either case, the remedy is a s. 52 remedy that renders the unconstitutional provision of no force or effect to the extent of its inconsistency. To the extent that the law is unconstitutional, it is not merely inapplicable for the purposes of the case at hand. It is null and void, and is effectively removed from the statute books.

[66] As pointed out in *Seaboyer*, if the unconstitutional effects of laws are remediable on a case-by-case basis under s. 24(1), in theory all *Charter* violations could be addressed in this manner, leaving no role for s. 52(1). To meet this concern, it is suggested that s. 24(1) should only be used in the case of laws that usually produce constitutional

par. 24(1) est interprété dans son contexte, il devient manifeste que les rédacteurs de la Constitution voulaient qu’il constitue principalement un recours en cas d’actes gouvernementaux inconstitutionnels.

[64] Les termes du par. 24(1) qui confèrent un pouvoir discrétionnaire très étendu — « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances » — se prêtent au contrôle des actes inconstitutionnels. Par contre, le par. 52(1) cible l’inconstitutionnalité des dispositions législatives d’une manière directe et non discrétionnaire. Ces dispositions sont inopérantes dans la mesure où elles sont inconstitutionnelles.

[65] La présence du par. 52(1) et de son libellé obligatoire permet de croire que les rédacteurs de la *Charte* voulaient que les dispositions législatives inconstitutionnelles soient inopérantes dans la mesure de leur incompatibilité, et non qu’elles restent en vigueur sous réserve de l’octroi d’une réparation discrétionnaire accordée au cas par cas : voir *Osborne*, la juge Wilson. Lorsqu’il est satisfait aux conditions permettant la dissociation ou une interprétation large, les tribunaux peuvent corriger l’incompatibilité plutôt que d’invalider globalement la disposition contestée : *Vriend; Sharpe*. Lorsque cela n’est pas possible — comme c’est le cas pour une peine minimale obligatoire inconstitutionnelle —, la disposition inconstitutionnelle doit être invalidée. La question est renvoyée au législateur pour qu’il révise la loi, s’il décide de le faire, de sorte qu’elle n’ait plus d’effets inconstitutionnels. Dans les deux cas, la réparation accordée est celle prévue par l’art. 52 qui rend la disposition inconstitutionnelle inopérante dans la mesure de son incompatibilité. Dans la mesure où une disposition législative est inconstitutionnelle, elle n’est pas simplement inapplicable dans l’affaire en cause. Elle est inopérante et, de fait, retirée du corpus législatif.

[66] Comme la Cour l’a souligné dans *Seaboyer*, s’il est possible, en vertu du par. 24(1), de corriger au cas par cas les effets inconstitutionnels des dispositions législatives, on pourrait, en théorie, remédier ainsi à toutes les violations de la *Charte*, et le par. 52(1) n’aurait plus alors aucune raison d’être. Pour répondre à cette préoccupation, on suggère que le

results and only rarely produce an unconstitutional effect. The mandatory minimum sentence provision in s. 236(a) is said to be such a law. However one defines the “rare” case, discussed more fully below, the risk is that the role intended for s. 52(1) would be undermined and that laws that should be struck down — over-inclusive laws that pose a real risk of unconstitutional treatment of Canadians — would remain on the books, contrary to the intention of the framers of the *Charter*.

(4) The Rule of Law

[67] Constable Ferguson’s principal argument for constitutional exemptions, as we have seen, is an appeal to flexibility. Yet this flexibility comes at a cost: constitutional exemptions buy flexibility at the cost of undermining the rule of law.

[68] The principles of constitutionalism and the rule of law lie at the root of democratic governance: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217. It is fundamental to the rule of law that “the law must be accessible and so far as possible intelligible, clear and predictable”: Lord Bingham, “The Rule of Law” (2007), 66 *Cambridge L.J.* 67, at p. 69. Generality, promulgation, and clarity are among the essential elements of the “morality that makes law possible”: L. L. Fuller, *The Morality of Law* (2nd ed. 1969), at pp. 33-39.

[69] Constitutional exemptions for mandatory minimum sentence laws raise concerns related to the rule of law and the values that underpin it: certainty, accessibility, intelligibility, clarity and predictability.

[70] As noted in the last section, a constitutional exemption under s. 24(1) is a personal remedy. The remedy proposed by Constable Ferguson is thus distinct from a s. 52 remedy that reads in an

par. 24(1) ne soit utilisé que dans le cas des dispositions législatives qui produisent des résultats constitutionnels dans la plupart des cas, et n’ont que rarement un effet inconstitutionnel, ce qui serait censément le cas de l’al. 236a) qui prescrit une peine minimale obligatoire. Peu importe la définition que l’on donne du cas « rare », dont il sera traité davantage plus loin, il y a risque que le rôle que devait jouer le par. 52(1) se trouve affaibli et que des dispositions législatives qui devraient être invalidées — parce que leur portée excessive crée un véritable risque que des Canadiens reçoivent un traitement inconstitutionnel — demeurent en vigueur, contrairement à ce que voulaient les rédacteurs de la *Charte*.

(4) La primauté du droit

[67] Comme nous l’avons vu, le gendarme Ferguson invoque avant tout la souplesse pour justifier les exemptions constitutionnelles. Or, celle-ci a un prix. En effet, les exemptions constitutionnelles offrent la souplesse aux dépens de la primauté du droit.

[68] Les principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit sont à la base du gouvernement démocratique : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217. Un principe essentiel de la primauté de droit porte que [TRADUCTION] « le droit doit être accessible et, dans la mesure du possible, intelligible, clair et prévisible » : lord Bingham, « The Rule of Law » (2007), 66 *Cambridge L.J.* 67, p. 69. Le caractère général, la promulgation et la clarté font partie des éléments essentiels de la [TRADUCTION] « moralité qui rend le droit possible » : L. L. Fuller, *The Morality of Law* (2^e éd. 1969), p. 33-39.

[69] Les exemptions constitutionnelles à l’égard des dispositions qui prescrivent une peine minimale obligatoire suscitent des inquiétudes quant à la primauté du droit et aux valeurs qui la sous-tendent : la certitude, l’accessibilité, l’intelligibilité, la clarté et la prévisibilité.

[70] Comme nous l’avons vu dans la section précédente, l’exemption constitutionnelle accordée en vertu du par. 24(1) est un recours personnel. La réparation proposée par le gendarme Ferguson se

exception for a well-defined class of situations — as, for instance, the remedy in *Sharpe*. When a constitutional exemption is granted, the successful claimant receives a personal remedy under s. 24(1), but the law remains on the books, intact. As Wilson J. put it in *Osborne*, the legislation remains as enacted “in its pristine over-inclusive form” (p. 77). The mere possibility of such a remedy thus necessarily generates uncertainty: the law is on the books, but in practice, it may not apply. As constitutional exemptions are actually granted, the law in the statute books will in fact increasingly diverge from the law as applied.

[71] Constitutional exemptions from mandatory minimum sentences leave the law uncertain and unpredictable, as Le Dain J. pointed out in *Smith*. It is up to judges on a case-by-case basis to decide when to strike down a minimum sentence that is inconsistent with the *Charter*, and when to grant an individual exemption under s. 24(1). But the *Charter* is silent on how a judge should make this decision — the decision, literally, of whether the law stands or falls. In theory, all violations could be remedied under s. 24(1), leaving no role for s. 52(1). The only option would be to introduce a meta-rule as to when a s. 24(1) exemption is available and when a declaration of invalidity should be made under s. 52(1). How such a rule should be fashioned — where the line should be drawn — is far from clear. Constitutional exemptions, it is suggested, should be confined to laws that usually operate constitutionally and only occasionally result in constitutional violations. But how is the judge to decide whether the case before her is rare? The bright line required for constitutional certainty is elusive.

distingue donc d'une réparation accordée en application de l'art. 52 qui incorpore une exception pour une catégorie de situations bien définie — comme la réparation accordée dans *Sharpe*. Lorsqu'une exemption constitutionnelle est accordée, le demandeur obtient une réparation personnelle en vertu du par. 24(1), mais la disposition législative demeure intacte dans le corpus législatif. Ainsi que l'a dit la juge Wilson dans *Osborne*, la disposition législative reste en vigueur « dans sa version primitive de portée excessive » (p. 77). La simple possibilité qu'une telle réparation soit accordée crée forcément de l'incertitude : la disposition existe dans le corpus législatif, mais il se peut qu'elle ne s'applique pas, en pratique. À mesure que des exemptions constitutionnelles sont accordées, la disposition qui figure dans le corpus législatif divergera de plus en plus de la règle de droit appliquée.

[71] Les exemptions constitutionnelles en ce qui a trait aux peines minimales obligatoires créent de l'incertitude et de l'imprévisibilité ainsi que l'a souligné le juge Le Dain dans *Smith*. Il appartiendrait aux juges de décider, au cas par cas, quand invalider une peine minimale incompatible avec la *Charte* et quand accorder une exemption individuelle en application du par. 24(1). Or, la *Charte* ne précise pas comment un juge devrait prendre une telle décision — c'est-à-dire décider, littéralement, si la loi doit survivre ou non. En théorie, il serait possible de remédier à toutes les violations grâce au par. 24(1), ce qui ne laisserait aucune place pour l'application du par. 52(1). La seule option consisterait à mettre en application une règle prééminente précisant quand il est possible d'accorder une exemption en vertu du par. 24(1), et quand une déclaration d'invalidité devrait être prononcée en application du par. 52(1). La façon dont une telle règle devrait être formulée — la délimitation qui devrait être fixée — est loin d'être claire. On suggère que les exemptions constitutionnelles ne devraient être accordées qu'en ce qui a trait aux dispositions législatives qui s'appliquent de manière constitutionnelle dans la plupart des cas et qui n'entraînent que rarement une violation de la Constitution. Mais comment un juge peut-il décider si l'affaire dont il a été saisi est rare? La démarcation nette nécessaire pour qu'il y ait certitude constitutionnelle est difficile à tracer.

[72] The divergence between the law on the books and the law as applied — and the uncertainty and unpredictability that result — exacts a price paid in the coin of injustice. First, it impairs the right of citizens to know what the law is in advance and govern their conduct accordingly — a fundamental tenet of the rule of law. Second, it risks over-application of the law; as Le Dain J. noted in *Smith*, the assumed validity of the law may prejudice convicted persons when judges must decide whether to apply it in particular cases. Third, it invites duplication of effort. The matter of constitutionality would not be resolved once and for all as under s. 52(1); in every case where a violation is suspected, the accused would be obliged to seek a constitutional exemption. In so doing, it creates an unnecessary barrier to the effective exercise of the convicted offender's constitutional rights, thereby encouraging uneven and unequal application of the law.

[73] A final cost of constitutional exemptions from mandatory minimum sentence laws is to the institutional value of effective law making and the proper roles of Parliament and the courts. Allowing unconstitutional laws to remain on the books deprives Parliament of certainty as to the constitutionality of the law in question and thus of the opportunity to remedy it. Legislatures need clear guidance from the courts as to what is constitutionally permissible and what must be done to remedy legislation that is found to be constitutionally infirm. In granting constitutional exemptions, courts would be altering the state of the law on constitutional grounds without giving clear guidance to Parliament as to what the Constitution requires in the circumstances: Rosenberg and Perrault, at p. 391. Bad law, fixed up on a case-by-case basis by the courts, does not accord with the role and responsibility of Parliament to enact constitutional laws for the people of Canada.

[72] La divergence entre la disposition figurant dans le corpus législatif et la règle de droit appliquée — ainsi que l'incertitude et l'imprévisibilité qui en découlent — a pour conséquence de créer l'injustice. Premièrement, il y a atteinte au droit des citoyens de savoir d'avance ce que prévoit la loi et de se comporter en conséquence — un principe fondamental de la primauté du droit. Deuxièmement, une trop grande application de la loi risque de survenir. En effet, ainsi que l'a mentionné le juge Le Dain dans *Smith*, la présomption de validité de la loi peut avoir des effets préjudiciables sur les personnes déclarées coupables lorsque le juge doit décider s'il doit l'appliquer dans un cas particulier. Troisièmement, il y a ouverture à un dédoublement des efforts. La question de la constitutionnalité n'est pas tranchée une fois pour toute en application du par. 52(1); dans chaque cas où l'on soupçonne qu'il y a eu violation, l'accusé est obligé de demander une exemption constitutionnelle. Il en résulte un obstacle inutile à l'exercice efficace des droits constitutionnels d'un contrevenant déclaré coupable, ce qui encourage une application inégale de la loi.

[73] Enfin, les exemptions constitutionnelles à l'égard des dispositions prescrivant une peine minimale obligatoire porteraient atteinte à la valeur institutionnelle de l'action législative efficace et aux rôles véritables du législateur et des tribunaux. Permettre que des dispositions législatives inconstitutionnelles demeurent dans le corpus législatif empêche le législateur de savoir avec certitude si la disposition législative en cause est constitutionnelle et, partant, le prive de la possibilité de la corriger. Les assemblées législatives ont besoin que les cours de justice leur indiquent clairement ce qui est permis sur le plan constitutionnel et ce qui doit être fait pour corriger une loi jugée inconstitutionnelle. En accordant des exemptions constitutionnelles, les cours de justice modifieraient l'état du droit pour des motifs constitutionnels sans indiquer clairement au législateur ce que la Constitution exige dans les circonstances : Rosenberg et Perrault, p. 391. De mauvaises lois, auxquelles les cours de justice remédient au cas par cas, ne sont pas compatibles avec le rôle et la responsabilité du législateur d'édicter des règles législatives constitutionnelles pour le peuple canadien.

V. Conclusion

[74] I conclude that constitutional exemptions should not be recognized as a remedy for cruel and unusual punishment imposed by a law prescribing a minimum sentence. If a law providing for a mandatory minimum sentence is found to violate the *Charter*, it should be declared inconsistent with the *Charter* and hence of no force and effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[75] I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Does the mandatory minimum sentence prescribed by s. 236(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, constitute cruel and unusual punishment in the appellant's case, in violation of s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer the question.

3. If the answer to Question 2 is "no", does Canadian law recognize the availability of a constitutional exemption on a case-by-case basis from the statutory mandatory minimum sentence set out in s. 236(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46?

Answer: No.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: O'Brien Devlin MacLeod, Calgary.

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

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

V. Conclusion

[74] Je conclus que l'exemption constitutionnelle ne doit pas être reconnue comme un moyen de remédier à une peine cruelle et inusitée prévue par une disposition législative prescrivant une peine minimale. Une disposition législative prescrivant une peine minimale obligatoire jugée contraire à la *Charte* doit être déclarée incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[75] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

1. Infliger à l'appelant la peine minimale prévue à l'al. 236(a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, équivaut-il à lui infliger une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Si la réponse à la deuxième question est négative, le droit canadien permet-il d'écarter, dans un cas donné, sur le fondement de la Constitution, la peine minimale prévue à l'al. 236(a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46?

Réponse : Non.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : O'Brien Devlin MacLeod, Calgary.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.