

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** R. *c.* Nur, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773 | **Date :** 20150414**Dossier :** 35678, 35684 |

Entre :

Sa Majesté la Reine

Appelante

et

Hussein Jama Nur

Intimé

Et entre :

Procureur général du Canada

Appelant

et

Hussein Jama Nur

Intimé

- et -

Procureur général du Québec, procureur général de la Colombie-Britannique,

procureur général de l’Alberta, Pivot Legal Society, Société John Howard du Canada, Association canadienne des libertés civiles, Association des libertés civiles de la Colombie‑Britannique, Advocates’ Society, Association du Barreau canadien,

Association canadienne pour les armes à feu, Association canadienne pour

l’intégration communautaire et Clinique juridique africaine canadienne

Intervenants

Et entre :

Sa Majesté la Reine

Appelante

et

Sidney Charles

Intimé

Et entre :

Procureur général du Canada

Appelant

et

Sidney Charles

Intimé

- et -

Procureur général du Québec, procureur général de la Colombie-Britannique,

procureur général de l’Alberta, Pivot Legal Society, Association canadienne

des libertés civiles, Association des libertés civiles de la Colombie‑Britannique et

Association canadienne pour l’intégration communautaire

Intervenants

**Traduction française officielle**

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

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :**(par. 1 à 120)**Motifs dissidents :**(par. 121 à 199) | La juge en chef McLachlin (avec l’accord des juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Gascon)Le juge Moldaver (avec l’accord des juges Rothstein et Wagner) |

R. *c.* Nur, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773

Sa Majesté la Reine Appelante

c.

Hussein Jama Nur Intimé

- et -

Procureur général du Canada Appelant

c.

Hussein Jama Nur Intimé

et

Procureur général du Québec,

procureur général de la Colombie-Britannique,

procureur général de l’Alberta,

Pivot Legal Society,

Société John Howard du Canada,

Association canadienne des libertés civiles,

Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique,

Advocates’ Society,

Association du Barreau canadien,

Association canadienne pour les armes à feu,

Association canadienne pour l’intégration communautaire et

Clinique juridique africaine canadienne Intervenants

- et -

Sa Majesté la Reine Appelante

c.

Sidney Charles Intimé

- et -

Procureur général du Canada Appelant

c.

Sidney Charles Intimé

et

Procureur général du Québec,

procureur général de la Colombie-Britannique,

procureur général de l’Alberta,

Pivot Legal Society,

Association canadienne des libertés civiles,

Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique et

Association canadienne pour l’intégration communautaire Intervenants

**Répertorié : R. *c.* Nur**

2015 CSC 15

Nos du greffe : 35678, 35684.

2014 : 7 novembre; 2015 : 14 avril.

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

en appel de la cour d’appel de l’ontario

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

 N et C ont été déclarés coupables de possession d’armes à feu prohibées chargées, une infraction prévue au par. 95(1) du *Code criminel*. Condamnés en application des sous-al. 95(2)*a*)(i) et (ii), lesquels prévoient des peines minimales obligatoires de trois et cinq ans, les deux accusés ont reçu respectivement des peines de 40 mois et 7 ans d’emprisonnement. Dans le dossier de N, le juge du procès a conclu que la peine minimale obligatoire de trois ans prévue au sous-al. 95(2)*a*)(i) ne contrevient ni à l’art. 12 ni à l’art. 15 de la *Charte*. Toutefois, l’écart de deux ans entre la peine maximale d’un an — sur procédure sommaire — et la peine minimale de trois ans — sur mise en accusation — ne respecte pas selon lui l’art. 7 parce qu’il est arbitraire et qu’il ne peut se justifier par application de l’article premier. Le juge est néanmoins arrivé à la conclusion que cet écart ne pénalise pas N, de sorte qu’il a rejeté la prétention fondée sur l’art. 7.

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

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

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

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

 Lorsque la constitutionnalité d’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire est contestée au regard de l’art. 12, deux questions se posent. Premièrement, la disposition inflige-t-elle une peine cruelle et inusitée (c.-à-d. une peine totalement disproportionnée) à l’accusé? Si la réponse est négative, il faut se demander en deuxième lieu si les applications raisonnablement prévisibles de la disposition infligeront à d’autres délinquants des peines cruelles et inusitées. La démarche s’harmonise avec la jurisprudence de la Cour, établie de longue date, concernant le contrôle constitutionnel au regard de la *Charte* en général et de son art. 12 en particulier, elle est applicable et elle assure une certitude suffisante. Il n’existe aucune raison de revenir sur cette jurisprudence, d’autant plus qu’un tel revirement aurait pour effet d’affaiblir une protection offerte par la *Charte*.

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

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

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

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

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

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

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

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

 *Les* juges Rothstein, Moldaver et Wagner (dissidents) : La démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables ne justifie pas l’invalidation du par. 95(2) du *Code criminel* sur le fondement de l’art. 12 de la *Charte*. Les situations hypothétiques d’infraction de type réglementaire qu’invoquent les juges majoritaires ne s’appuient ni sur l’expérience ni sur le bon sens. Premièrement, depuis l’entrée en vigueur du par. 95(2), il appert de l’expérience que, dans aucune affaire d’infraction de type réglementaire, la peine minimale obligatoire infligée a pu être tenue pour totalement disproportionnée. Qui plus est, les parties ne peuvent citer un seul cas où l’auteur d’une telle infraction a été poursuivi par voie de mise en accusation, encourant ainsi une peine minimale obligatoire. En fait, dans la seule décision relative à une infraction de ce type et invoquée par les parties, le poursuivant a opté pour la procédure sommaire.

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

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

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

 Premièrement, elle va à l’encontre du véritable objectif de l’établissement de peines minimales obligatoires pour la *possession* illégale d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, chargée ou prête à l’être. L’article 95 criminalise la simple possession d’armes à feu qui sont fréquemment employées par des gangs ou d’autres délinquants dans leurs activités criminelles. Le législateur s’en prend à la simple possession pour une raison : les armes à feu — en particulier celles que vise l’art. 95 — sont dangereuses en soi. Exception faite des responsables de l’application de la loi, ce sont surtout des criminels qui se servent des armes à feu prohibées ou à autorisation restreinte et qui intimident, blessent, mutilent et tuent. Étant donné le danger que présentent ces armes, le législateur pouvait fort bien conclure que leur simple possession devait emporter l’infliction d’une longue peine minimale obligatoire d’emprisonnement.

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

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

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

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

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

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

 Lorsque le choix de la mise en accusation entraînerait l’imposition d’une peine totalement disproportionnée, il y a abus de procédure en soi contrairement à l’art. 12. Imposer une telle peine « miner[ait] les attentes de la société sur le plan de l’équité en matière d’administration de la justice ». La peine totalement disproportionnée est « excessi[ve] au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » et elle est « odieuse ou intolérable » pour la société. Elle porte atteinte au droit fondamental de l’accusé à la protection contre les peines cruelles et inusitées et elle est incompatible avec l’intégrité de notre système de justice. Si, par son objet ou son effet, l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites mène à un tel résultat, il faut y voir un abus de procédure en soi.

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

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

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

 Dans le dossier de C, la juge Backhouse n’a pas fait état de la fourchette des peines infligées en cas de récidive avant l’application de la peine minimale obligatoire de cinq ans. Le juge Code a toutefois souligné que même si la fourchette des peines infligées pour une première infraction allait de deux ans moins un jour à trois ans d’emprisonnement, des peines beaucoup plus longues étaient imposées aux récidivistes. Il est donc clair qu’une récidive aurait entraîné une peine d’emprisonnement de bien plus de trois ans — au moins quatre ou cinq ans. La peine minimale obligatoire actuelle de cinq ans d’emprisonnement n’est pas totalement disproportionnée à l’extrémité inférieure de la fourchette des peines auparavant infligées sous le régime de l’art. 95 en cas de récidive. À l’instar de N, C reconnaît que la peine minimale obligatoire n’est pas totalement disproportionnée en ce qui le concerne.

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

**Jurisprudence**

Citée par la juge en chef McLachlin

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

Citée par le juge Moldaver (dissident)

 *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Morrisey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. Snobelen*, [2008] O.J. No. 6021 (QL); *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206; *R. c. Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 199; *R. c. Elliston*, 2010 ONSC 6492, 225 C.R.R. (2d) 109; *R. c. Chin*, 2009 ABCA 226, 457 A.R. 233; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566; *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. Jack* (1996), 113 Man. R. (2d) 260; *R. c. Jack*, [1997] 2 R.C.S. 334; *R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Skolnick*, [1982] 2 R.C.S. 47.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 9, 12, 24(1).

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 84(1) « arme à feu à autorisation restreinte », « arme à feu prohibée », (5), (6), 85(2), 95, 108(1)*b*), 109, 110, 111, 113, 117.01(1), 515(4.1), 579, 718, 718.1, 718.2, 732.1, 742.3, 786(2), 810(3.1).

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.

*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19, art. 4(1), 56.

*Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, c. 6, art. 8.

*Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, c. 39, art. 5, 7(2), 12, 12.1, 17, 19.

*Règlement sur l’entreposage, l’exposition, le transport et le maniement des armes à feu par des particuliers*, DORS/98-209, art. 6, 7, 15.

**Doctrine et autres documents cités**

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, no 30, 1re sess., 39e lég., 7 novembre 2006, p. 1.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, no 34, 1re sess., 39e lég., 23 novembre 2006, p. 1, 3-4 et 8.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 141, no 33, 1re sess., 39e lég., 5 juin 2006, p. 1941 et 1943.

Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Réformer la sentence : une approche canadienne — Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine*, Ottawa, La Commission, 1987.

Doob, Anthony N., and Carla Cesaroni. « The Political Attractiveness of Mandatory Minimum Sentences » (2001), 39 *Osgoode Hall L.J.* 287.

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

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

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

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

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

 *Andreea Baiasu*, pour l’appelante Sa Majesté la Reine.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

 La Juge en chef —

1. Aperçu
2. Les crimes liés aux armes à feu exposent les Canadiennes et les Canadiens à de graves dangers. Le législateur a donc résolu d’interdire carrément la possession de certaines armes et de restreindre celle d’autres armes. Le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, prévoit de lourdes peines lorsqu’il y a infraction aux dispositions ainsi créées.
3. L’alinéa 95(2)*a*) prévoit des peines minimales obligatoires pour la possession sans autorisation d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte lorsque l’arme est chargée ou que des munitions sont facilement accessibles (par. 95(1)), à savoir trois ans s’il s’agit d’une première infraction et cinq ans s’il s’agit d’une récidive.
4. Les intimés, Hussein Jama Nur et Sidney Charles, ont été déclarés coupables de l’infraction établie au par. 95(1). Ils font valoir que les peines minimales obligatoires que prévoit l’al. 95(2)*a*) sont inconstitutionnelles car elles se traduisent parfois par des peines totalement disproportionnées, ce qui contrevient à la protection contre les peines cruelles et inusitées garantie à l’art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d’appel de l’Ontario leur a donné raison et a statué que les peines minimales obligatoires prévues à l’al. 95(2)*a*) étaient inconstitutionnelles.
5. Je conviens avec la Cour d’appel que les peines minimales obligatoires prévues à l’al. 95(2)*a*) du *Code criminel* contreviennent à l’art. 12 de la *Charte*. Ces peines sont donc inopérantes par application de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans la plupart des cas — dont ceux de MM. Nur et Charles —, les peines minimales obligatoires de trois et cinq ans ne constituent pas des peines cruelles et inusitées. Mais dans certaines situations raisonnablement prévisibles tombant sous le coup du par. 95(1), elles peuvent l’être. Il n’a pas été démontré qu’elles sont alors justifiées au regard de l’article premier de la *Charte*. Dans sa version actuelle, l’al. 95(2)*a*) est donc inconstitutionnel, une conclusion qui dispense de l’examen des prétentions des intimés selon lesquelles l’al. 95(2)*a*) contrevient à l’art. 7 de la *Charte*.
6. Les tribunaux peuvent néanmoins infliger des peines exemplaires axées sur la dissuasion et la dénonciation lorsque les circonstances s’y prêtent, comme c’est le cas pour MM. Nur et Charles. À l’instar de la Cour d’appel, je suis d’avis de confirmer les peines infligées en première instance.
7. Historique législatif
8. Les infractions liées aux armes à feu sont graves. Le législateur a voulu protéger la population contre les blessures par balle et décourager la perpétration de telles infractions au moyen d’un régime strict exigeant permis et certificat d’enregistrement (*Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, c. 39) et prévoyant des interdictions (partie III du *Code criminel*) (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu* *(Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783 (le « *Renvoi relatif aux armes à feu* »)).
9. Le *Code criminel* prévoit des restrictions et des sanctions importantes dans le cas de deux types d’armes à feu. Mentionnons d’abord l’« arme à feu prohibée », qui englobe l’arme de poing pourvue d’un canon court, la carabine ou le fusil de chasse scié et l’arme à feu automatique (*Code criminel*, par. 84(1)). Sa possession est illégale, sauf lorsque le propriétaire possédait l’arme avant l’entrée en vigueur de l’interdiction (*Loi sur les armes à feu*, art. 12). Ce droit acquis vaut pour les proches parents du particulier. Vient ensuite l’« arme à feu à autorisation restreinte », qui s’entend de toute arme de poing qui n’est pas une arme à feu prohibée, de certaines armes à feu semi-automatiques et de certaines armes à feu mesurant moins d’une longueur donnée (*Code criminel*, par. 84(1)). Dangereuses en soi, ces armes sont couramment utilisées lors de la perpétration d’actes criminels.
10. Posséder une arme à feu exige l’obtention d’un permis conformément à la *Loi sur les armes à feu*. Une personne peut obtenir un permis de possession d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, mais seulement si elle respecte certains critères stricts (*Loi sur les armes à feu*, par. 7(2) et art. 12). La *Loi sur les armes à feu* restreint alors les lieux où elle peut être en possession de l’arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte (art. 17). Le contrôleur des armes à feu peut, dans l’intérêt de la sécurité publique, refuser de délivrer un permis à une personne (art. 5). Le titulaire d’un permis doit obtenir l’autorisation de transporter une arme à feu d’un lieu précis à un autre (art. 19). La Loi exige en outre qu’une personne obtienne un certificat d’enregistrement de son arme à feu (art. 12.1).
11. L’arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte doit être entreposée, non chargée et rendue inopérante par un dispositif de verrouillage sécuritaire, dans un contenant verrouillé ou dans une chambre forte, un coffre-fort ou une pièce construits ou modifiés expressément pour l’entreposage sécuritaire des armes à feu. Les munitions ne peuvent être entreposées avec elle que si elle est non chargée et que le tout est entreposé dans une pièce ou un contenant gardé bien verrouillé et construit de façon qu’on ne peut le forcer facilement (*Règlement sur l’entreposage, l’exposition, le transport et le maniement des armes à feu par des particuliers*, DORS/98-209, art. 6 et 7). Une arme à feu ne peut être chargée qu’à l’endroit où il est permis de s’en servir (art. 15).
12. Ces règles établies sous le régime de la *Loi sur les armes à feu* en matière de permis et d’enregistrement se doublent d’une série d’infractions prévues au *Code criminel* qui criminalisent la possession d’une arme à feu dont la possession contrevient à la *Loi sur les armes à feu*. Les pourvois portent sur l’art. 95 du *Code criminel*, dont la version pertinente est entrée en vigueur en décembre 1998 (L.C. 1995, c. 39, art. 139) et interdit la possession d’une arme à feu prohibée ou à utilisation restreinte chargée et celle d’une telle arme à feu non chargée avec des munitions facilement accessibles qui peuvent être utilisées avec elle (par. 95(1)). L’infraction est perpétrée par la personne en possession d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte qui n’a pas une autorisation ou un permis pour le lieu en cause, ou qui n’a pas de certificat d’enregistrement de l’arme à feu.
13. Les intimés contestent la constitutionnalité des sous-al. 95(2)*a*)(i) et (ii) du *Code criminel*, dont voici la version applicable au moment considéré :

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

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

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

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

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

 (i) de trois ans, dans le cas d’une première infraction,

 (ii) de cinq ans, en cas de récidive;

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

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

1. L’article 95 crée une infraction mixte qui rend passible, sur mise en accusation, d’une peine carcérale d’au plus 10 ans. Dans sa version initiale, la disposition prévoyait une peine minimale d’un an lorsque le poursuivant optait pour la mise en accusation et une peine maximale d’un an lorsqu’il optait pour la procédure sommaire. En mai 2008, le législateur a porté la peine carcérale minimale à trois ans pour une première infraction et à cinq ans pour une récidive, lorsqu’il y avait mise en accusation (L.C. 2008, c. 6, art. 8). Il n’a cependant pas modifié la peine maximale d’un an encourue lorsque le poursuivant opte pour la procédure sommaire. Il existe donc un écart de deux ans entre la peine maximale applicable sur procédure sommaire et la peine minimale applicable sur mise en accusation. M. Nur conteste cet écart sur le fondement de l’art. 7 de la *Charte*.
2. Il appert de l’examen des dispositions du *Code criminel* sur les armes à feu que l’art. 95 prévoit une peine plus lourde que toute autre disposition relative à la seule possession. Les peines carcérales minimales obligatoires d’emprisonnement prévues à l’art. 95 tiennent compte de deux circonstances aggravantes. Elles s’appliquent en effet à la possession d’une arme prohibée ou d’une arme à autorisation restreinte, lesquelles présentent le plus grand risque qui soit pour la sécurité publique, et seulement lorsque l’arme est chargée ou que ses munitions sont facilement accessibles.
3. Le sous-alinéa 95(2)*a*)(ii) prévoit une peine carcérale obligatoire d’au moins cinq ans en cas de récidive. Pour déterminer s’il y a récidive au sens du sous-al. 95(2)*a*)(ii), il faut se reporter aux par. 84(5) et (6) :

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

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

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

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

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

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

1. M. Charles tient les par. 84(5) et (6) pour inconstitutionnels et contraires à l’art. 7 de la *Charte* du fait que leur portée est excessive et qu’ils sont arbitraires.
2. Voici le texte des dispositions pertinentes de la *Charte* :

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

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

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

1. Faits et genèse de l’instance
	1. Dossier Nur
2. Un soir de janvier 2009, à Toronto, un jeune homme est entré dans un centre communautaire situé près de l’intersection de la rue Jane et de l’avenue Finch. Il a dit à un employé qu’il avait peur de quelqu’un qui l’attendait à l’extérieur et qui en avait après lui. L’employé a aperçu une personne à l’air menaçant qui attendait à l’extérieur. Le quartier connaissait un taux très élevé de criminalité, et le recours aux armes à feu y constituait un problème grave. Le surveillant a verrouillé les lieux et appelé la police. À leur arrivée, les policiers ont vu quatre hommes, dont M. Nur, près de l’une des entrées. Lorsqu’un agent s’est approché, les hommes ont pris la fuite dans des directions différentes.
3. Pris en chasse par le policier, M. Nur serrait sa main gauche contre son corps et semblait dissimuler un objet. Au moment où l’agent allait le rattraper, M. Nur s’est débarrassé d’un objet. Quelques instants plus tard, M. Nur était immobilisé et mis en état d’arrestation. Le policier est revenu sur ses pas à l’endroit où il avait vu M. Nur jeter un objet par terre. Il a trouvé une arme de poing chargée sous une voiture garée. Il s’agissait d’un pistolet semi-automatique de calibre 22 en état de marche muni d’un chargeur grande dimension, une arme à feu prohibée. L’arme contenait 23 balles, dont une dans la chambre. Lorsqu’il est en bon état de marche, le pistolet permet de tirer ses 24 balles en 3,5 secondes.
4. Il n’a pas été établi que M. Nur avait quoi que ce soit à voir avec le comportement menaçant, et aucun élément n’a clairement indiqué le moment à partir duquel M. Nur avait eu l’arme chargée en sa possession, la durée de cette possession, ou la manière dont il était entré en possession de l’arme.
	* 1. Cour supérieure de justice de l’Ontario
5. M. Nur a été accusé d’un chef de possession d’une arme à feu prohibée chargée, une infraction prévue au par. 95(1) du *Code criminel*. Après avoir été mis en accusation, M. Nur a opté pour un procès devant juge seul. Il a finalement plaidé coupable, mais n’a reconnu aucun autre fait que ceux qui étaient essentiels à son plaidoyer. À l’audience de détermination de la peine, M. Nur a mis le poursuivant au défi de prouver les circonstances aggravantes invoquées. Il a également contesté la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire de trois ans prévue au sous-al. 95(2)*a*)(i).
6. M. Nur est issu d’une famille de réfugiés soutenante et respectueuse des lois. Au moment de l’infraction, il avait 19 ans et fréquentait l’école secondaire. Il avait de bonnes notes et espérait fréquenter un jour l’université. Il avait eu quelques emplois à temps partiel et faisait du bénévolat dans la collectivité. Ses enseignants et ses anciens employeurs ont souligné ses bons résultats et ses grandes perspectives d’avenir. Pour reprendre les propos d’un enseignant, M. Nur était [traduction] « un étudiant exceptionnel et un athlète qui excellait tant en classe que sur le terrain de basketball [. . .] un jeune extrêmement doué dont les aptitudes aux études se doublaient d’un grand sens du leadership » (2011 ONSC 4874, 241 C.R.R. (2d) 306, par. 34). M. Nur n’avait pas de casier judiciaire.
7. Selon le juge du procès, la peine minimale obligatoire de trois ans ne contrevient pas aux art. 12 et 15 de la *Charte*. Il conclut toutefois que l’écart de deux ans entre la peine maximale d’un an — sur procédure sommaire — et la peine minimale de trois ans — sur mise en accusation — ne respecte pas l’art. 7 de la *Charte* parce qu’il est arbitraire et qu’il ne peut se justifier par application de l’article premier. Le juge arrive néanmoins à la conclusion que cet écart ne pénalise pas M. Nur. À son avis, l’écart ne pose un problème constitutionnel que dans un nombre infime de cas, à savoir ceux où le poursuivant aurait raisonnablement opté pour la procédure sommaire n’eût été l’écart arbitraire de deux ans. Il conclut que, dans le cas de M. Nur, le poursuivant n’aurait pas opté pour la procédure sommaire peu importe la peine maximale alors applicable. Il rejette donc la prétention fondée sur l’art. 7.
8. Selon le juge, une peine de 40 mois est appropriée et tient compte de la nature de l’infraction et de la situation du délinquant, eu égard au [traduction] « seuil ascendant » que constitue la peine minimale obligatoire. M. Nur s’est vu refuser la liberté sous caution et a passé 26 mois sous garde. Lors de la détermination de sa peine, on lui a accordé des crédits pour une période de détention présentencielle de 20 mois à raison de deux jours contre un. Le juge lui a donc infligé une peine carcérale d’un jour assortie d’une période de probation de deux ans.
	* 1. Cour d’appel de l’Ontario, 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401
9. M. Nur a interjeté appel à la Cour d’appel, qui a entendu l’affaire, de même que cinq autres dossiers de contestation constitutionnelle visant diverses dispositions du *Code criminel* qui imposent des peines minimales obligatoires pour diverses infractions liées aux armes à feu ou qui se rapportent à pareille imposition.
10. Au nom de la Cour d’appel, le juge Doherty accueille l’appel. Il estime que la peine minimale obligatoire de trois ans d’emprisonnement prévue au sous-al. 95(2)*a*)(i) contrevient à l’art. 12 de la *Charte* dans la situation hypothétique raisonnable où l’infraction commise se situe à l’extrémité du continuum d’application de l’art. 95 correspondant aux infractions réglementaires et que la disposition qui prévoit la peine minimale ne peut être sauvegardée par application de l’article premier. La réparation qui lui paraît convenable consiste à déclarer inopérant le sous-al. 95(2)*a*)(i) dans la mesure où il prévoit une peine minimale obligatoire de trois ans d’emprisonnement lorsque le poursuivant opte pour la mise en accusation. La déclaration d’invalidité ne s’applique pas à la peine maximale de 10 ans prévue à l’al. 95(2)*a*). Selon le juge Doherty, son analyse n’empêche toutefois pas le législateur de conserver la peine minimale obligatoire de trois ans dans le cas d’un [traduction] « vrai crime » qui se situe à l’autre extrémité du continuum d’application de l’art. 95, c’est-à-dire une infraction perpétrée par une « personne munie d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte chargée qu’elle n’est censée posséder nulle part et à aucun moment et qui prend part à un acte criminel ou qui expose autrui à un danger » (par. 206). Le juge conclut qu’une peine exemplaire, axée sur la dissuasion et la dénonciation, doit continuer d’être infligée à un tel délinquant.
11. La Cour d’appel considère que malgré l’existence de circonstances atténuantes, la peine infligée en première instance est appropriée et doit être confirmée.
	1. Dossier Charles
12. En mai 2008, après le signalement d’un incident à la maison de chambres de Toronto où habitaient M. Charles et un autre homme, les policiers se sont rendus sur place et ont établi un périmètre de sécurité. En fouillant les lieux, l’équipe d’intervention d’urgence a découvert dans la chambre de M. Charles une arme de poing semi-automatique Ruger chargée et des munitions. L’arme était munie d’un chargeur grande capacité — un dispositif prohibé suivant le *Code criminel* — contenant 13 balles 9 mm. D’autres munitions ont été trouvées sur le lit de M. Charles, près de l’arme. Le numéro de série de l’arme avait été effacé. M. Charles a reconnu qu’il n’avait ni permis de possession, ni certificat d’enregistrement valide. Il a été arrêté et accusé de diverses infractions relatives aux armes à feu.
	* 1. Cour supérieure de justice de l’Ontario
13. Le poursuivant a opté pour la mise en accusation. M. Charles a plaidé coupable à l’accusation de possession d’une arme à feu prohibée chargée, une infraction prévue au par. 95(1) du *Code criminel*. Il a aussi plaidé coupable aux accusations suivantes : possession d’une arme à feu dont il savait que le numéro de série avait été maquillé (al. 108(1)*b*)), possession d’une arme à feu malgré une ordonnance qui le lui interdisait (par. 117.01(1)), possession d’une arme à feu sans permis (par. 91(1)) et possession de munitions malgré une ordonnance qui le lui interdisait (par. 117.01(1)).
14. M. Charles a un lourd casier judiciaire et a commis de graves infractions. Au moment de déterminer sa peine, il comptait environ 20 déclarations de culpabilité, dont cinq pour des crimes avec violence et cinq autres pour des infractions liées aux armes à feu. Deux de ces déclarations de culpabilité valent (suivant les par. 84(5) et (6)) pour l’application de la peine minimale obligatoire du sous-al. 95(2)*a*)(ii).
15. La première remonte à 2002. M. Charles avait plaidé coupable à l’accusation d’avoir été en possession de munitions malgré une ordonnance qui lui interdisait la possession d’une arme à feu (par. 117.01(1) du *Code criminel*). L’accusation avait été portée par suite d’une altercation avec sa grand-mère au sujet d’une arme de poing. Les policiers étaient alors intervenus et avaient trouvé une boîte verrouillée contenant une balle de calibre .38 ainsi que des papiers d’identité appartenant à M. Charles. Lorsqu’ils étaient revenus l’arrêter, les policiers avaient trouvé en sa possession de grandes quantités de crack, des balances électroniques, un téléphone portable, des ciseaux et un tournevis. M. Charles a été accusé de possession de munitions malgré une ordonnance d’interdiction et de possession de cocaïne en vue d’en faire le trafic. Le dossier révèle qu’il a été condamné à deux mois d’emprisonnement pour chacun des chefs, à purger concurremment, en sus de ses 96 jours de détention présentencielle.
16. La deuxième déclaration de culpabilité remonte à 2004. Sur le fondement du par. 85(2) du *Code criminel*, il a été accusé du vol qualifié d’une agence de placement avec trois complices. Il avait utilisé une fausse arme à feu et masqué son visage dans un dessein criminel. M. Charles a plaidé coupable. Il a été condamné à une peine carcérale de 18 mois et demi pour chacun des chefs, à purger concurremment, après l’octroi d’un crédit pour détention présentencielle de quatre mois et demi.
17. Lors de la détermination de sa peine pour l’infraction visée en l’espèce, M. Charles a contesté la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire de cinq ans d’emprisonnement requise par le poursuivant. Il a soutenu que l’effet combiné de l’al. 84(5)*a*) et du sous-al. 95(2)*a*)(ii) contrevenait aux art. 7, 9 et 12 de la *Charte*, mais il a reconnu par la suite que l’issue de la contestation constitutionnelle fondée sur l’art. 12 déterminerait le sort de celles fondées sur les deux autres articles. Il a fait valoir que, pour l’application du par. 95(2), il est contraire à l’art. 12 de la *Charte* de compter au nombre des infractions antérieures celles énumérées à l’al. 84(5)*a*) qui ne comportent pas la possession d’une arme à feu.
18. La juge du procès rejette la contestation fondée sur l’art. 12. À son avis, la peine minimale obligatoire de cinq ans prévue au sous-al. 95(2)*a*)(ii) n’est pas totalement disproportionnée dans le cas de M. Charles étant donné la gravité de ses crimes. Ce dernier n’a d’ailleurs invoqué aucune situation hypothétique raisonnable où il aurait été totalement disproportionné qu’un délinquant précédemment déclaré coupable d’une infraction prévue aux par. 85(2) ou 117.01(1) se voit infliger la peine minimale obligatoire de cinq ans pour avoir contrevenu au par. 95(1). La juge le condamne à une peine carcérale de sept ans, réduite de cinq ans après l’octroi d’un crédit à raison de deux jours contre un pour la détention présentencielle d’une durée de deux ans et six mois (2010 ONSC 8035, 222 C.R.R. (3d) 118).
	* 1. Cour d’appel de l’Ontario, 2013 ONCA 681, 117 O.R. (3d) 456
19. M. Charles s’est pourvu en Cour d’appel, qui a regroupé son dossier avec celui de M. Nur et quatre autres dossiers de contestation constitutionnelle de peines minimales obligatoires prévues à l’égard de diverses infractions liées aux armes à feu.
20. Au nom de la Cour d’appel, la juge Cronk conclut que la peine minimale obligatoire de cinq ans d’emprisonnement qui s’applique en cas de récidive est totalement disproportionnée si l’on considère la situation hypothétique raisonnable où l’infraction est de type réglementaire, à supposer même que le délinquant hypothétique ait précédemment été reconnu coupable d’une infraction visée au par. 84(5). Elle déclare donc le sous-al. 95(2)*a*)(ii) inopérant dans la mesure où il prévoit une peine minimale obligatoire de cinq ans d’emprisonnement en cas de récidive lorsque le poursuivant opte pour la mise en accusation. Elle rejette toutefois les prétentions de M. Charles fondées sur l’art. 7 de la *Charte*, estimant que les dispositions contestées ne sont pas arbitraires et que leur portée n’est pas excessive, de sorte qu’elles ne contreviennent pas à l’art. 7.
21. M. Charles ne contestait pas par ailleurs la peine globale dont il avait écopé et il reconnaissait qu’une peine carcérale de cinq ans pour infraction au par. 95(1) serait appropriée dans son cas à lui même si la peine minimale obligatoire ne s’appliquait pas. Par conséquent, la juge Cronk confirme la peine infligée en première instance.
22. Questions en litige
23. Le pourvoi soulève les questions suivantes :

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

b) Les peines minimales obligatoires d’emprisonnement prévues aux sous-al. 95(2)*a*)(i) et (ii) du *Code criminel* contreviennent-elles à l’art. 7 de la *Charte*?

c) Dans l’affirmative, sont-elles sauvegardées par application de l’article premier de la *Charte*?

1. Analyse
	1. Les peines minimales obligatoires d’emprisonnement prévues aux sous-al. 95(2)a)(i) et (ii) contreviennent-elles à l’art. 12 de la Charte?
		1. Le critère permettant de déterminer s’il y a violation ou non de l’art. 12
2. L’article 12 de la *Charte* énonce que chacun a droit à la protection contre toutes peines cruelles et inusitées. La question à trancher est celle de savoir si les peines minimales obligatoires prévues au par. 95(2) portent atteinte à cette garantie. Les intimés soutiennent que c’est le cas parce que la disposition s’applique à des actes qui ne constituent pas de véritables actes criminels, par exemple les infractions réglementaires. La procureure générale de l’Ontario rétorque que cet exemple correspond à une situation hypothétique inadmissible, qu’il ne doit pas être pris en compte dans l’analyse constitutionnelle et que, de toute manière, le ministère public optera pour la procédure sommaire dans le cas d’une infraction comportant une culpabilité moindre, ce qui écartera l’application des peines minimales obligatoires.
3. La Cour place la barre haute lorsqu’il s’agit de tenir une peine pour « cruel[le] et inusité[e] » au sens de l’art. 12 de la *Charte*. La peine doit en effet être totalement disproportionnée à celle qui convient eu égard à la nature de l’infraction et à la situation du délinquant (*R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1073). Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) explique à la p. 1072 que le critère de la disproportion [totale] « vise les peines qui sont plus que simplement excessives ». Il ajoute : « Il faut éviter de considérer que toute peine disproportionnée ou excessive est contraire à la Constitution . . . » Une peine prescrite peut être totalement disproportionnée dans le cas du délinquant en cause ou peut avoir sur une autre personne un effet totalement disproportionné, la disposition étant dès lors inconstitutionnelle.
4. Pour déterminer la peine appropriée aux fins de la comparaison qui s’impose dès lors, il faut tenir compte des objectifs de détermination de la peine énoncés à l’art. 718 du *Code criminel*, qui précise ce qui suit à l’intention du tribunal appelé à déterminer la peine :

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

a) dénoncer le comportement illégal;

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

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

d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;

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

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

1. Le juge qui détermine la peine doit également tenir compte des circonstances aggravantes et atténuantes, y compris celles énumérées aux sous-al. 718.2*a*)(i) à (iv), du principe de l’infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables (al. 718.2*b*)), de l’obligation d’éviter l’excès de nature ou de durée dans l’infliction de peines consécutives (al. 718.2*c*)) et de l’obligation de faire preuve de retenue dans l’infliction d’une peine carcérale (al. 718.2*d*) et *e*)).
2. Pour concilier ces différents objectifs, le principe fondamental de la détermination de la peine suivant l’art. 718.1 du *Code criminel* veut que « [l]a peine [soit] proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant. »
3. Il n’est donc pas étonnant, au vu de toutes ces exigences, que l’entreprise qui consiste à imposer une peine proportionnelle fasse grandement appel à l’individualisation et prenne en compte la gravité de l’infraction, la culpabilité morale du délinquant et le préjudice causé par le crime (*R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 80). Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 533, la juge Wilson dit que « [c]e n’est que dans ce cas que le public peut être convaincu que le contrevenant “méritait” la punition qui lui a été infligée et avoir confiance dans l’équité et la rationalité du système ». Pour reprendre les propos du juge LeBel dans l’arrêt *R. c.* *Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433 :

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

. . .

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

1. La peine minimale obligatoire est en soi susceptible de s’écarter du principe de proportionnalité lors de la détermination de la peine. Elle est davantage axée sur la dénonciation, la dissuasion générale et le châtiment que sur ce qui constitue une peine appropriée au vu de la gravité de l’infraction, de la culpabilité morale du délinquant et du préjudice causé. Implacable, la peine minimale obligatoire est susceptible d’empêcher le tribunal d’arrêter une peine proportionnelle se situant à l’extrémité inférieure de la fourchette. Dans certains cas extrêmes, elle peut même emporter l’infliction d’une peine injuste, le délinquant n’étant plus au centre du processus, et ce, d’une manière qui contrevient au principe de proportionnalité. Elle modifie le processus général de la détermination de la peine, lequel prend appui sur l’examen de tous les éléments pertinents pour arriver à un résultat proportionné. Elle influe sur le résultat en modifiant le processus judiciaire habituel de détermination de la peine.
2. La dissuasion générale, à savoir l’infliction d’une peine pour transmettre un message de nature à dissuader les autres citoyens de contrevenir à la loi, importe. Or, cette seule considération ne saurait empêcher la disproportion totale : « [l]a dissuasion générale peut justifier l’infliction d’une peine qui, quoique sévère, se situe à l’intérieur de la fourchette des peines qui ne sont pas cruelles et inusitées » (*R. c. Morrisey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90, par. 45, le juge Gonthier). Pour simplifier, on ne peut infliger à une personne une peine totalement disproportionnée à la seule fin de dissuader ses concitoyens de désobéir à la loi.
3. En bref, statuer sur une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire dont on allègue l’inconstitutionnalité parce qu’elle infligerait une peine cruelle et inusitée contrairement à l’art. 12 de la *Charte* commande une analyse en deux étapes. Premièrement, le tribunal doit déterminer ce qui constituerait une peine proportionnée à l’infraction eu égard aux objectifs et aux principes de détermination de la peine établis par le *Code criminel*. Deuxièmement, il lui faut décider si la disposition contraint à l’infliction d’une peine totalement disproportionnée à la peine juste et proportionnée. Dans l’affirmative, la disposition en cause est incompatible avec l’art. 12 et de ce fait inopérante, sauf justification par application de l’article premier de la *Charte*.
	* 1. Quelle situation prendre en compte dans l’analyse fondée sur l’art. 12?
4. Nous avons vu que, dans le cadre de la contestation constitutionnelle fondée sur l’art. 12 d’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire, on compare la peine juste et proportionnée et la peine minimale obligatoire. Se pose alors la question qui se trouve au cœur de la présente affaire. Dans l’examen de la constitutionnalité de la disposition contestée, quel délinquant le tribunal prend-il en considération? S’en tient-il à l’auteur du recours fondé sur l’art. 12 ou doit-il également, si besoin est, considérer l’effet de la disposition sur d’autres personnes raisonnablement susceptibles de tomber sous le coup de celle-ci?
5. MM. Nur et Charles font valoir non pas que les peines minimales obligatoires d’emprisonnement prévues au par. 95(2) sont totalement disproportionnées dans leur cas, mais bien que ces peines contreviennent à l’art. 12 lorsqu’elles s’appliquent à d’autres délinquants. La procureure générale de l’Ontario, avec l’appui d’homologues, rétorque que le critère doit s’attacher principalement, voire uniquement, à la situation du délinquant qui saisit le tribunal. (Selon elle, le tribunal doit se demander si la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée eu égard à la raison d’être de l’infraction et à la gravité des actes réprimés, non seulement dans le cas *concret* dont il est saisi, mais également dans d’autres situations *concrètes* courantes (m.a. (Nur), par. 41). Son homologue de la Colombie-Britannique va plus loin et prétend que l’analyse ne doit porter que sur la situation du délinquant qui est à l’origine de l’instance.)
6. Pour les motifs qui suivent, je conclus que ne pas tenir compte des applications raisonnablement prévisibles d’une disposition créant une peine minimale obligatoire irait à l’encontre de la jurisprudence établie de la Cour et limiterait de manière artificielle l’analyse portant sur la constitutionnalité de la disposition.
7. Ne faire porter l’examen que sur la situation du délinquant en cause va à l’encontre de la jurisprudence de la Cour, établie de longue date, concernant le contrôle constitutionnel au regard de la *Charte* en général et de l’art. 12 en particulier.
8. Considérons d’abord la jurisprudence sur le contrôle constitutionnel effectué au regard de la *Charte* en général. La Cour a toujours estimé qu’une personne pouvait contester une disposition législative sur le fondement de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* même lorsque ses propres droits n’étaient pas bafoués par la disposition (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 314; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c.* *Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, par. 58-66). Comme je l’indique dans l’arrêt *Ferguson*, « [u]n demandeur qui a par ailleurs qualité pour agir peut généralement solliciter une déclaration d’invalidité en application de l’art. 52 au motif qu’une disposition a des effets inconstitutionnels pour lui-même ou pour des tiers » (par. 59). Il en est ainsi parce que « [c]’est la nature de la loi, et non pas le statut de l’accusé, qui est en question » (*Big M*, p. 314, le juge Dickson). Non seulement l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* consacre la primauté de la Constitution, mais il dispose que celle-ci « rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». Si une loi inconstitutionnelle ne pouvait être contestée qu’au regard des faits précis d’une instance donnée, des lois invalides pourraient demeurer en vigueur indéfiniment, ce qui irait à l’encontre de la primauté du droit. Nul ne doit être soumis à une loi inconstitutionnelle (*Big M*, p. 313). Est ainsi consacré le principe de l’appartenance de la Constitution à tous les citoyens, lesquels possèdent en commun le droit à l’application constitutionnelle des lois canadiennes.
9. L’argument selon lequel l’analyse doit s’attacher principalement, voire uniquement, à la situation du délinquant qui saisit le tribunal va également à l’encontre de la jurisprudence de la Cour sur le contrôle constitutionnel d’une peine minimale obligatoire au regard de l’art. 12 de la *Charte*. La Cour a parfois dit de ce contrôle qu’il était effectué en fonction de « situations hypothétiques raisonnables ». La procureure générale de l’Ontario admet que les décisions rendues sur le fondement de l’art. 12 militent en faveur de la prise en compte de la situation d’autres personnes que l’auteur de la contestation, mais elle nous demande de revenir sur ces décisions. Elle affirme que les décisions qui définissent la « situation hypothétique raisonnable » sont [traduction] « inconciliables entre elles ». L’examen de la jurisprudence lui donne malheureusement tort.
10. Dans l’arrêt *Smith*, le premier rendu sur ce point, les juges majoritaires de la Cour, par la voix du juge Lamer (plus tard Juge en chef), ont invalidé une peine minimale obligatoire de sept ans d’emprisonnement prévue pour l’importation de stupéfiants au motif que la disposition qui la prévoyait pouvait s’appliquer à un étudiant qui, de retour des États-Unis, était trouvé en possession de son premier joint de marijuana. La Cour a alors reconnu que, à quelques exceptions près, une longue peine carcérale était indiquée pour les personnes qui importaient de la drogue au pays. Elle a cependant statué que, dans la mesure où il était totalement disproportionné qu’une peine carcérale de sept ans s’applique à certaines personnes, la peine prévue contrevenait à l’art. 12 de la *Charte*, qui garantit la protection de chacun contre les peines cruelles et inusitées.
11. Quelques années plus tard, dans l’arrêt *R. c.* *Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, le juge Gonthier, au nom des juges majoritaires de la Cour, confirmait que, lorsqu’il se fondait sur l’art. 12 de la *Charte*, le contrôle constitutionnel d’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire d’emprisonnement pouvait s’effectuer en fonction d’une autre situation que celle du délinquant en cause, et il se prononçait sur la portée de ce contrôle. Une disposition ne devait pas être déclarée inconstitutionnelle en fonction de situations éventuelles peu susceptibles de se présenter. Il fallait s’attacher à des « circonstances hypothétiques raisonnables, par opposition à des situations invraisemblables ou difficilement imaginables » (p. 506 (souligné dans l’original)). La Cour a confirmé la peine minimale de sept jours d’emprisonnement infligée pour conduite d’un véhicule malgré une interdiction de prendre le volant.
12. Dans l’arrêt *Morrisey*, la Cour s’est de nouveau prononcée sur ce point, toujours par la voix du juge Gonthier, au nom des juges majoritaires, opinant que « [l]’on ne saurait trop insister sur le caractère raisonnable de l’hypothèse » (par. 30). La Cour a confirmé la peine minimale obligatoire de quatre ans d’emprisonnement pour négligence criminelle causant la mort par suite de l’usage d’une arme à feu.
13. Ce sont les trois seuls arrêts qui portent directement sur les situations ou les « hypothèses » que le tribunal doit considérer pour statuer sur la constitutionnalité — au regard de l’art. 12 — d’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire[[1]](#footnote-1). À mon sens, ils ne permettent pas de conclure que les décisions rendues en la matière sont « inconciliables entre elles ». Une notion est commune aux deux seuls arrêts — *Goltz* et *Morrisey* — qui approfondissent le sujet : la prévisibilité raisonnable. Dans *Goltz*, le juge Gonthier renvoie à des « situations hypothétiques raisonnables » lorsqu’il parle de *situations dont on peut raisonnablement prévoir qu’elles se présenteront*, non à des situations « invraisemblables » ou « difficilement imaginables », mais bien à des situations « raisonnables ». Le premier arrêt rendu sur ce point — *Smith* — n’est pas incompatible en termes de terminologie et de résultat avec la notion dégagée dans les arrêts *Goltz* et *Morrisey*, à savoir que pour décider si une peine minimale obligatoire contrevient ou non à l’art. 12, il convient de tenir compte des répercussions de la disposition en cause sur des tiers dans des situations hypothétiques raisonnables.
14. Au fil des ans, le mot « hypothétiques » l’a malheureusement emporté sur le mot « raisonnables », d’où le débat quant à savoir à quel point la situation hypothétique avancée doit avoir une portée générale ou particulière. D’où également la proposition malheureuse selon laquelle le juge du procès voit son analyse viciée s’il omet d’attribuer à la situation hypothétique considérée un enchaînement précis de caractéristiques. Soit dit en tout respect, c’est compliquer inutilement les choses. Il faut seulement se demander s’il est raisonnablement prévisible que la disposition prévoyant une peine minimale obligatoire inflige une peine totalement disproportionnée dans le cas de certaines personnes, de sorte qu’elle contreviendrait à l’art. 12. La notion de « situations hypothétiques raisonnables » peut être utile à cet égard, mais la principale question demeure celle de savoir si la peine considérée serait totalement disproportionnée dans des cas raisonnablement prévisibles. La démarche équivaut fondamentalement à appliquer des principes bien établis d’interprétation juridique et constitutionnelle.
15. J’arrive à la conclusion que la jurisprudence sur le contrôle au regard de la *Charte* en général et sur le contrôle au regard de l’art. 12 d’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire permet au tribunal de se pencher non seulement sur la situation du délinquant, mais aussi sur toute autre situation raisonnablement prévisible à laquelle la disposition pourrait s’appliquer. Je ne vois aucune raison de revenir sur ce principe établi.
16. Ajoutons que la Cour ne revient pas à la légère sur ses précédents — et qu’elle ne doit pas le faire —, spécialement lorsqu’ils ont été établis avec cohérence pendant un certain nombre d’années et qu’ils représentent l’opinion réfléchie de formations nettement majoritaires (voir p. ex. *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 56-57; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, par. 27). La décision de revenir sur un précédent exige au préalable la mise en balance de la justesse et de la certitude (*Craig*, par. 27; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 47). Il nous faut faire preuve d’une grande prudence lorsqu’il s’agit de revenir sur un précédent et que le revirement aurait pour effet — comme en l’espèce — d’affaiblir une protection offerte par la *Charte* (*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 44).
17. La procureure générale de l’Ontario prétend en deuxième lieu qu’il convient de rompre avec les précédents relatifs à l’art. 12 parce qu’ils sont [traduction] « inapplicables » et sources d’incertitude. Sa prétention prend appui sur le débat qui entoure la définition des situations hypothétiques raisonnables. Or, je le répète, il faut y voir seulement les applications raisonnablement prévisibles de la peine minimale obligatoire en cause et se demander s’il en résulte l’infliction de peines totalement disproportionnées et, de ce fait, cruelles et inusitées. Telle a été la démarche constante des tribunaux lors d’un contrôle constitutionnel. Elle vise à déterminer la portée de la disposition ou son champ d’application, ce que le juge Dickson appelle la « nature de la loi » dans l’arrêt *Big M*.
18. Dans le contexte des peines minimales obligatoires d’emprisonnement et du débat aux proportions exagérées qu’a suscité l’expression « situations hypothétiques raisonnables », d’aucuns ont certainement craint que seule l’imagination du juge saisi ne limite la possibilité d’une déclaration d’inconstitutionnalité. Cette crainte n’est pas fondée. Déterminer la portée raisonnable d’une loi relève essentiellement de l’interprétation législative. Au fond, le tribunal se demande seulement ce qui suit. Quelle est la portée de la loi? Quels actes pourraient raisonnablement tomber sous le coup de la loi? Quelle est l’incidence raisonnablement prévisible de la loi? Telles sont les questions que les tribunaux se posent toujours pour délimiter la portée d’une disposition créant une infraction et se prononcer sur sa constitutionnalité.
19. L’examen des situations dont on peut raisonnablement s’attendre à ce qu’elles tombent sous le coup de la disposition prévoyant une peine minimale obligatoire doit s’appuyer sur l’expérience judiciaire et le bon sens. Le tribunal peut d’abord considérer les situations qui se sont présentées (je me penche plus loin sur l’utilité des cas répertoriés) et déterminer au moyen d’inférences raisonnables quelles autres situations sont raisonnablement prévisibles. Les hypothèses fantaisistes ou n’ayant qu’un faible rapport avec l’espèce doivent être écartées (*Goltz*, p. 506). Faut-il le rappeler, l’entreprise doit prendre appui sur l’expérience judiciaire et le bon sens. Une loi ne saurait être rendue inopérante sur la base de pures conjectures.
20. Non seulement il est possible d’examiner l’effet de la loi sur les personnes auxquelles il est raisonnablement prévisible qu’elle s’applique, mais cela est essentiel au contrôle constitutionnel véritable. Refuser de prendre en compte les répercussions raisonnablement prévisibles de la loi contestée réduirait radicalement la portée de la *Charte* et la faculté qu’ont les tribunaux de s’acquitter de leur obligation de s’assurer de la constitutionnalité des lois et de préserver l’intégrité de l’ordre constitutionnel. La protection des droits individuels commande un contrôle constitutionnel qui s’intéresse non seulement à la situation du délinquant qui saisit le tribunal, mais également à celle de toute personne dont il est raisonnablement prévisible qu’elle tombe sous le coup de la loi en cause. Contrôler la loi au regard d’applications raisonnablement prévisibles permet d’éviter que des justiciables ne soient condamnés à des peines cruelles et inusitées avant que la peine minimale obligatoire ne soit déclarée inconstitutionnelle dans un cas donné.
21. L’omission de se pencher sur l’effet de la loi contestée sur des tiers compromettrait en outre l’éventualité que la constitutionnalité d’une loi ne devienne certaine, de sorte qu’il faudrait s’en remettre à d’innombrables instances engagées individuellement pour constituer une jurisprudence sur ce point. Les citoyens, la police et l’État ont le droit — et même l’obligation — de connaître la teneur du droit criminel et de savoir s’il est constitutionnel. Se demander si une peine minimale obligatoire se révèle inconstitutionnelle pour d’autres personnes permet d’éviter que des dispositions inconstitutionnelles ne demeurent malencontreusement en vigueur.
22. J’estime qu’une peine minimale obligatoire peut être contestée pour le motif qu’elle inflige une peine totalement disproportionnée au délinquant ou à d’autres personnes se trouvant dans des situations raisonnablement prévisibles. La jurisprudence constante de la Cour et le contrôle constitutionnel véritable n’exigent rien de moins. Dès lors, la disposition qui prévoit une telle peine peut être invalidée parce qu’elle inflige une peine cruelle et inusitée (c’est-à-dire, totalement disproportionnée) au délinquant poursuivi ou, sinon, parce qu’il est raisonnablement prévisible qu’elle inflige à d’autres personnes une peine cruelle et inusitée.
23. Passons maintenant aux débats connexes que suscite la question de savoir quelle doit être la démarche du tribunal appelé à statuer sur la constitutionnalité d’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire, au regard de l’art. 12 et en fonction de son application raisonnablement prévisible à des tiers.
24. Le premier sujet de débat touche le degré de « vraisemblance » requis pour satisfaire au critère de la prévisibilité raisonnable. La procureure générale de l’Ontario soutient que, pour l’application de l’art. 12, il faut se demander s’il est *vraisemblable* que l’*application* *générale* de la disposition emporte l’infliction d’une peine totalement disproportionnée équivalant à une peine cruelle et inusitée (m.a. (Nur), par. 66). À son avis, la Cour d’appel a eu tort de ne pas s’en tenir aux situations courantes auxquelles s’applique la disposition et de se prononcer en fonction de scénarios invraisemblables (par. 68-73). Ces situations courantes établissent selon elle une présomption de constitutionnalité qui ne peut-être réfutée que par la preuve que le délinquant en cause se verrait infliger une peine cruelle et inusitée (par. 68).
25. Le critère de la prévisibilité raisonnable ne s’applique pas uniquement aux situations qui se présenteront vraisemblablement dans le cadre de l’application générale et habituelle de la loi. Il requiert plutôt qu’on se demande quelles situations sont raisonnablement susceptibles de se présenter. Il vise les cas dont il est prévisible qu’ils tombent sous le coup des conditions minimales de perpétration de l’infraction. Seules sont écartées les situations « invraisemblables » ou « n’ayant qu’un faible rapport avec l’espèce » (*Goltz*, p. 515). Contrairement à ce que laisse entendre la procureure générale de l’Ontario, il faut distinguer ce qui est prévisible bien que [traduction] « peu susceptible de se présenter » de ce qui est « invraisemblable [et] n’a qu’un faible rapport avec l’espèce » (m.a. (Nur), par. 66). De plus, l’application d’un critère de vraisemblance donnerait lieu à une approche nouvelle dont la portée serait radicalement réduite par rapport à celle constamment retenue depuis l’arrêt *Big M* pour le contrôle constitutionnel d’un texte législatif. Pour décider si une loi contrevient à une disposition de la *Charte*, la Cour ne s’est jamais demandé si l’application projetée de la loi contestée était courante ou « vraisemblable ». Si on ne tenait compte que des situations courantes ou vraisemblables pour statuer sur la constitutionnalité, on permettrait à des lois invalides de demeurer en vigueur.
26. La procureure générale de l’Ontario fait valoir que l’approche qu’elle préconise s’impose pour prévenir l’incertitude du droit. Une présomption de constitutionnalité découlant du caractère approprié de la peine minimale obligatoire (eu égard à la raison d’être de la disposition et à la gravité des actes réprimés) dans des situations courantes ou vraisemblables établira selon elle une norme constante qui ne pourra être écartée qu’à titre exceptionnel par la conclusion selon laquelle, dans le cas d’un délinquant en particulier, la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée. Il s’agit à son sens d’une approche qui est de nature à assurer la certitude.
27. Cette thèse ne me convainc pas. Elle revient essentiellement à faire de la fourchette des peines prévues pour les modes courants de perpétration de l’infraction la norme constitutionnelle applicable, ce qui est problématique pour deux raisons. D’abord, les fourchettes des peines appropriées font elles-mêmes débat et, surtout, un gain de clarté serait obtenu au détriment d’un contrôle constitutionnel approprié et se traduirait par des applications inconstitutionnelles de la loi. La question est de savoir à qui doit bénéficier la clarté. Le critère préconisé par la procureure générale de l’Ontario établit un degré de certitude pour le délinquant dont la situation se présente couramment. Les autres délinquants n’ont pas droit à la certitude, si bien que, tout comme leurs poursuivants et leurs juges, ils en sont réduits à se demander si la peine minimale obligatoire sera inconstitutionnelle dans leurs cas. Enfin, le critère de la prévisibilité raisonnable, appliqué en conformité avec le principe du *stare decisis*, assurera suffisamment la certitude du droit. J’y reviendrai.
28. Passons maintenant au deuxième sujet de débat, à savoir l’effet d’une décision selon laquelle une disposition donnée prévoyant une peine minimale obligatoire ne contrevient pas à l’art. 12. Il appelle deux questions. D’abord, un délinquant peut-il ultérieurement soutenir que la disposition viole l’art. 12 en ce qu’elle lui inflige une peine cruelle et inusitée? Tous conviennent que la réponse doit être affirmative. Lorsque le délinquant peut démontrer l’existence d’une situation nouvelle ou d’un élément de preuve nouveau, y compris des circonstances atténuantes qui lui sont propres, la constitutionnalité de la loi peut être réexaminée. Ensuite, le délinquant peut-il ultérieurement soutenir que, dans son application à d’autres personnes, la disposition viole l’art. 12? La réponse est alors moins claire. Dès qu’il est établi que la disposition ne porte pas atteinte à la protection prévue à l’art. 12, le principe du *stare decisis* empêche le délinquant, dans une instance ultérieure, de simplement avancer à nouveau ce qui constitue selon lui un champ d’application de la loi raisonnablement prévisible. Le *stare decisis* n’empêche cependant pas le tribunal de considérer une situation nouvelle ou un élément de preuve nouveau qui ne l’a pas été dans l’instance précédente. La conclusion fondée sur son appréciation des applications raisonnablement prévisibles de la disposition en cause n’empêche pas le tribunal de se pencher ultérieurement sur d’autres applications raisonnables (*Morrisey*, par. 89, la juge Arbour). Cela dit, les conditions auxquelles il peut y avoir réexamen de la constitutionnalité d’une peine minimale obligatoire sont strictes, et il doit s’être produit une modification substantielle des applications raisonnablement prévisibles de la disposition en cause. En somme, les règles habituelles du *stare decisis* permettent d’apaiser la crainte de la procureure générale de l’Ontario que, [traduction] « dans chacun des procès subséquents, le juge [soit appelé] à reprendre la même analyse » (m.a. (Nur), par. 39).
29. Le troisième sujet de débat correspond aux cas répertoriés : doivent-ils être pris en considération pour déterminer s’il est raisonnablement prévisible que l’application d’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire emporte l’infliction d’une peine cruelle et inusitée contrairement à l’art. 12? Dans l’arrêt *Morrisey*, les juges majoritaires opinent que ces cas doivent être écartés lorsque, selon le tribunal, il s’agit de cas « limites »; les juges minoritaires affirment d’emblée qu’ils peuvent être pris en compte. J’estime qu’ils le peuvent. Les cas répertoriés montrent toute l’étendue des actes susceptibles de tomber concrètement sous le coup de la disposition. Je ne vois aucun motif rationnel de les écarter parce qu’ils correspondent à des applications peu fréquentes de la disposition créant l’infraction, à condition que les faits en cause soient suffisamment exposés. Non seulement les situations en cause sont raisonnablement prévisibles, mais elles se sont présentées. Les décisions rendues à leur sujet permettent de savoir comment la disposition s’applique dans la vraie vie. Elles n’empêchent toutefois pas le tribunal d’envisager d’autres scénarios qui sont raisonnablement prévisibles (voir *Morrisey*, par. 33).
30. Le quatrième sujet de débat concerne les caractéristiques personnelles des délinquants hypothétiques qu’il faudrait considérer. D’aucuns ont laissé entendre qu’il fallait généraliser l’analyse au point d’exclure toute caractéristique personnelle, alors que d’autres ont préconisé la prise en considération de toutes les caractéristiques. Le débat est en grande partie attribuable à la réification de la notion de situation hypothétique raisonnable examinée précédemment. Reconnaître deux volets au critère d’application de la prévisibilité raisonnable permet de rallier les uns et les autres.
31. Premièrement, il faut nécessairement tenir compte, à partir de l’expérience et du bon sens, du genre de situation qui est raisonnablement susceptible de tomber sous le coup de la peine minimale obligatoire. Dès lors, les caractéristiques personnelles ne peuvent être totalement écartées. Nous verrons par exemple que, en appliquant le critère à la présente espèce, il peut être pertinent de tenir compte du fait que le délinquant qui a commis une infraction réglementaire et qui tombe sous le coup de la peine minimale obligatoire a pu se trouver en possession de l’arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte sans dessein criminel ou se méprendre sur la portée de l’interdiction.
32. Deuxièmement, dans l’arrêt *Goltz*, la Cour met cependant les tribunaux en garde contre la prise en compte d’exemples invraisemblables ou difficilement imaginables. Ainsi, les caractéristiques personnelles ne sauraient servir à constituer un dossier qui, par sa bénignité, inspirerait la plus grande sympathie possible (sur ce fondement, on pourrait en effet prétendre de presque toute peine minimale obligatoire qu’elle contrevient à l’art. 12, et la constitutionnalité d’une disposition ne tiendrait qu’aux aptitudes du plaideur). Je le répète, l’examen doit avoir pour assises le bon sens et l’expérience.
33. En somme, l’examen des situations dont il est raisonnablement prévisible qu’elles tombent sous le coup de la loi peut tenir compte des caractéristiques personnelles des personnes auxquelles pourrait s’appliquer la peine minimale obligatoire, mais il doit écarter celles qui seraient propres à des situations invraisemblables ou n’ayant qu’un faible rapport avec l’espèce.
34. En résumé, lorsqu’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire est contestée, deux questions se posent. Premièrement, la disposition a-t-elle pour effet d’infliger une peine totalement disproportionnée à l’accusé? Si la réponse est négative, il faut se demander en deuxième lieu si les applications raisonnablement prévisibles de la disposition infligeront à d’autres personnes des peines totalement disproportionnées. La démarche s’harmonise avec la jurisprudence établie sur le contrôle constitutionnel, ainsi qu’avec les règles d’interprétation constitutionnelle, dont l’objet est de circonscrire la portée éventuelle d’une disposition; elle est applicable et elle assure une certitude suffisante.
	* 1. Application au dossier *Nur*
35. M. Nur ne soutient pas que la peine minimale obligatoire prévue au sous-al. 95(2)*a*)(i) se traduit par une peine totalement disproportionnée en ce qui le concerne, mais bien que la disposition viole l’art. 12 dans son application raisonnablement prévisible à certains autres délinquants. La question qui se pose est celle de savoir si la peine minimale de trois ans d’emprisonnement que prévoit le sous-al. 95(2)*a*)(i) emportera l’infliction de peines totalement disproportionnées dans des situations raisonnablement prévisibles.
36. Je réponds par l’affirmative. La Cour d’appel renvoie à une [traduction] « situation hypothétique raisonnable » où l’acte réprimé s’entend d’une infraction réglementaire tombant sous le coup du par. 95(1), une infraction pour laquelle une peine carcérale de trois ans serait totalement disproportionnée. La situation considérée est celle d’une personne qui détient un permis valide pour la possession d’une arme à feu à autorisation restreinte non chargée dans un lieu de résidence et qui l’entrepose de façon sécuritaire avec des munitions dans un autre (p. ex. à son chalet plutôt qu’à sa résidence principale).
37. La procureure générale de l’Ontario reproche au scénario son caractère conjectural. Or, une telle situation est au contraire raisonnablement prévisible. Dans l’arrêt *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3,[2014] 1 R.C.S. 37, la Cour devait se prononcer sur une accusation portée contre le propriétaire d’un pistolet qui ignorait que son permis ne valait que pour sa résidence de Calgary et qui avait eu l’arme en sa possession à sa résidence d’Halifax. Contrairement à ce que la Cour d’appel de l’Ontario avait tenu pour acquis dans son exemple, la Cour a interprété largement l’infraction, elle a estimé que le ministère public n’avait pas à prouver que l’accusé savait que la possession de l’arme dans le lieu en question n’était pas autorisée (par. 55) et elle a confirmé la déclaration de culpabilité de M. MacDonald. La Cour a ajouté que « son erreur de droit [celle de l’accusé] constituerait, dans des circonstances ordinaires, un facteur atténuant au moment de déterminer une peine proportionnelle à la gravité de son crime » (par. 61).
38. Selon la procureure générale de l’Ontario, les scénarios avancés par la Cour d’appel se présentent rarement, et peu fréquentes sont les accusations fondées sur l’art. 95 qui ne justifient pas une peine d’au moins trois ans (m.a. (Nur), par. 72). Or, je le rappelle, la question n’est pas celle de savoir si les poursuites pour une infraction située à l’extrémité inférieure du continuum d’application sont fréquentes, mais bien si on peut raisonnablement s’attendre à ce que le comportement tombe sous le coup de la disposition. Je réponds par l’affirmative.
39. Le paragraphe 95(1) s’applique à une vaste gamme de comportements potentiels, dont la plupart peuvent fort bien justifier l’infliction d’une peine d’au moins trois ans, mais ce n’est peut-être pas le cas de comportements qui se situent à l’une des extrémités du continuum d’application. Ainsi que le fait observer le juge Doherty, on retrouve à l’une de ces extrémités [traduction] « le hors-la-loi qui, dans le cadre de ses activités criminelles, se rend dans un lieu public muni d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte chargée. [. . .] [S]on comportement est véritablement criminel et expose le public à un danger réel et immédiat » (par. 51). À cette extrémité — et pour la plupart des infractions d’ailleurs —, une peine carcérale de trois ans peut être indiquée. Un peu plus loin dans le continuum, on retrouve la personne dont les actes sont moins graves et qui expose ses concitoyens à un danger moins grand; pour elle, une peine carcérale de trois ans peut être disproportionnée sans l’être totalement. À l’autre extrémité du continuum, il y a le propriétaire responsable d’une arme, titulaire d’un permis, qui entrepose son arme à feu non chargée de façon sécuritaire avec des munitions à proximité, mais qui se méprend sur le lieu d’entreposage autorisé. Pour ce délinquant, une peine carcérale de trois ans est totalement disproportionnée à la peine qui serait infligée conformément aux dispositions du *Code criminel* sur la détermination de la peine.
40. Vu la faible culpabilité morale du délinquant dans cette situation et l’absence de préjudice ou de risque réel qu’un préjudice découle du comportement (l’entreposage de l’arme à feu dans un lieu de résidence plutôt qu’un autre), une peine carcérale de trois ans serait totalement disproportionnée. D’autres cas semblables peuvent être envisagés. Une personne peut hériter d’une arme à feu et commettre une infraction avant qu’elle ne prenne connaissance des exigences en matière de permis. Une épouse peut se trouver en possession de l’arme à feu de son époux et enfreindre le règlement. Il n’est pas nécessaire de s’en tenir à une hypothèse en particulier. Essentiellement, on peut prévoir que le par. 95(1) s’applique à des infractions réglementaires qui comportent une culpabilité morale minime, voire nulle, et qui n’exposent le public à aucun danger ou presque. Dans le cas de ces infractions, une peine carcérale de trois ans est totalement disproportionnée à une peine juste et appropriée. Certes, les armes à feu sont foncièrement dangereuses, et l’État peut recourir à des sanctions pour signaler sa désapprobation des pratiques négligentes et décourager la méprise chez les propriétaires d’armes à feu. Or, infliger une peine de trois ans d’emprisonnement à une personne qui a essentiellement commis une infraction réglementaire déroge totalement aux normes de détermination de la peine énoncées à l’art. 718 du *Code criminel* et aux attentes légitimes des citoyens dans une société libre et démocratique. Comme le conclut la Cour d’appel, il y a [traduction] « discordance totale » entre la gravité de l’infraction de type réglementaire et la peine minimale obligatoire de trois ans d’emprisonnement (par. 176). Par conséquent, je conclus que le sous-al. 95(2)*a*)(i) contrevient à l’art. 12 de la *Charte*.
41. Signalons que l’infraction créée au par. 95(1) réprime des actes moins graves par rapport à d’autres crimes liés aux armes à feu qui appellent l’imposition d’une peine minimale obligatoire. Par exemple, dans l’arrêt *Morrisey*, la Cour a confirmé une peine minimale obligatoire de quatre ans d’emprisonnement pour l’infraction de négligence criminelle causant la mort par suite de l’usage d’une arme à feu. Contrairement à la disposition qui crée cette infraction, le par. 95(1) n’exige pas la preuve d’un préjudice, car l’infraction créée s’entend de la seule possession.
42. Les procureurs généraux du Canada et de l’Ontario soutiennent que la Cour d’appel a tort de ne pas tenir compte de la faculté du ministère public d’opter pour la procédure sommaire et d’écarter ainsi la peine minimale obligatoire applicable sur mise en accusation. Ils font valoir que la nature mixte de l’infraction constitue un élément à considérer pour apprécier le risque que l’application générale de la disposition donne lieu à l’infliction d’une peine totalement disproportionnée. En d’autres termes, ils prétendent que le fait que le ministère public opte pour la procédure sommaire et écarte du coup la peine minimale obligatoire empêche que soit infligée, en application de l’art. 95, une peine totalement disproportionnée lorsque le comportement se situe à l’extrémité du continuum qui correspond aux infractions les moins graves.
43. Je ne peux être d’accord. Faire droit à cette thèse revient à substituer à la tenue par un tribunal indépendant et impartial d’une audience publique sur la constitutionnalité de l’art. 95 la décision discrétionnaire d’un poursuivant dont les intérêts sont opposés à ceux de l’accusé.
44. La détermination de la peine relève foncièrement du pouvoir judiciaire. C’est aux tribunaux que le législateur dicte l’imposition d’une peine minimale obligatoire d’emprisonnement, et c’est à eux qu’il incombe d’examiner attentivement la constitutionnalité de la disposition. La prétention du ministère public invite en fait à déléguer l’obligation constitutionnelle des tribunaux aux poursuivants — des salariés de l’État —, ce qui ne soustrait pas l’accusé au risque de se voir infliger une peine totalement disproportionnée.
45. Dans l’arrêt *Smith*,le juge Lamer, au nom des juges majoritaires de la Cour, rejette fermement la thèse avancée :

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

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

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

1. Pour autant, la décision du poursuivant d’opter pour la procédure sommaire n’est pas problématique en soi. Il est tout à fait indiqué d’exercer le pouvoir discrétionnaire qui permet de ne pas poursuivre les auteurs de certaines infractions qui se situent à l’extrémité inférieure du continuum d’application du par. 95(1). Dans le cas d’une infraction mixte, le poursuivant peut tenir compte de ce qui distingue une affaire d’une autre. C’est reconnaître qu’une même infraction peut être commise d’une manière plus ou moins grave et permettre au poursuivant de tenir compte des circonstances propres à chacune des affaires. Comme le signale le juge du procès dans le dossier *Nur*, [traduction] « en créant une infraction mixte, l’État veut donner de la souplesse aux avocats du ministère public afin qu’ils adaptent les procédures et les peines prévues aux besoins d’une affaire donnée » (par. 126).
2. La thèse des procureurs généraux du Canada et de l’Ontario va toutefois plus loin. Afin de protéger des dispositions qui sont par ailleurs inconstitutionnelles, ils invoquent le pouvoir discrétionnaire qui permet au poursuivant de choisir dans quelles circonstances et à quelles personnes les appliquer. Or, l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dispose qu’une loi inconstitutionnelle est inopérante. Les procureurs généraux préconisent essentiellement l’inverse d’une exemption constitutionnelle. Comme je le fais observer au nom des juges unanimes de la Cour dans l’arrêt *Ferguson*, « [l]a divergence entre la disposition figurant dans le corpus législatif et la règle de droit appliquée — ainsi que l’incertitude et l’imprévisibilité qui en découlent — a pour conséquence de créer l’injustice » (par. 72). Elle prive les citoyens du droit de savoir d’avance ce que prévoit la loi et de la possibilité de se comporter en conséquence et elle invite à l’application inégale de la loi. Pour paraphraser l’arrêt *Ferguson*, l’existence d’une loi invalide dont le poursuivant corrige ponctuellement les défauts n’est pas compatible avec le rôle et la responsabilité du législateur d’édicter des règles législatives constitutionnelles pour le peuple canadien (par. 72-73).
3. Depuis la rédaction initiale des présents motifs, j’ai eu l’occasion de prendre connaissance de l’opinion de mon collègue le juge Moldaver. Il conclut que le par. 95(2) ne contrevient pas à l’art. 12 de la *Charte* parce que, essentiellement, le poursuivant peut opter pour la procédure sommaire lorsque la nature du comportement reproché fait en sorte que l’infliction de la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée. Je disconviens que l’arrêt *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, appuie la thèse selon laquelle la disposition qui prévoit une peine minimale obligatoire et dont l’application entraîne l’imposition d’une peine totalement disproportionnée dans certains cas prévisibles peut échapper à l’inconstitutionnalité grâce au pouvoir discrétionnaire qui permet au poursuivant d’opter pour un autre mode de poursuite.
4. Dans cette affaire, le ministre fédéral de la Santé avait refusé à un centre d’injection supervisé une exemption de l’application de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19. Il s’agissait d’une décision fondée sur le pouvoir légal d’accorder une exemption dans l’intérêt de la santé publique. La question en litige que la Cour devait trancher était celle de savoir si la décision du ministre relevant du droit administratif respectait la *Charte*. La situation alors considérée diffère toutefois considérablement de celle qui sous-tend la thèse avancée par les procureurs généraux dans les présents pourvois, à savoir que l’exercice du pouvoir discrétionnaire qui permet au poursuivant de ne pas requérir la peine minimale obligatoire dans une instance criminelle contradictoire peut de fait soustraire au contrôle constitutionnel fondé sur l’art. 12 de la *Charte* la peine minimale obligatoire d’emprisonnement établie par la loi.
5. J’ajoute ce qui suit concernant le cadre d’analyse proposé par mon collègue. La protection qu’il offre contre la peine totalement disproportionnée est illusoire; dans les faits, il créerait une situation où l’exercice du pouvoir discrétionnaire du poursuivant serait en fait à l’abri de tout contrôle véritable. Il est bien connu que la norme applicable à l’abus du pouvoir discrétionnaire est très stricte, et la Cour ne saurait y avoir recours pour statuer sur l’application de l’art. 12 de la *Charte*. Le cadre d’analyse proposé s’éloigne radicalement du cadre d’analyse constitutionnelle retenu dans ces décisions et il protège insuffisamment contre l’infliction de peines totalement disproportionnées.
6. Deux autres points peuvent être opposés à l’idée que le pouvoir discrétionnaire de la poursuite puisse remédier au fait qu’une disposition sur la détermination de la peine contrevient à l’art. 12 de la *Charte*. Premièrement, nul ne peut être assuré que ce pouvoir sera toujours exercé de manière à éviter un résultat inconstitutionnel. La constitutionnalité d’une disposition législative ne saurait non plus dépendre de la confiance qu’on peut avoir que le ministère public agira convenablement (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 45). Comme le dit le juge Cory au nom des juges majoritaires dans l’arrêt *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, p. 103-104 :

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

1. Cette considération en appelle une autre, connexe, à savoir que l’octroi d’un tel pouvoir au poursuivant compromet l’équité de la procédure criminelle. Le poursuivant dispose dès lors d’un atout dans la négociation d’un plaidoyer, ce qui entraîne un déséquilibre inéquitable entre le pouvoir du poursuivant et celui de l’accusé et incite presque irrésistiblement ce dernier à reconnaître sa culpabilité à une infraction pour laquelle il encourt une peine moins lourde afin d’échapper à une longue peine minimale obligatoire. Il s’ensuit alors [traduction] « qu’une peine juste et appropriée tenant compte des circonstances de l’infraction et de la situation du délinquant peut être déterminée dans le cadre de la négociation d’un plaidoyer, hors de la salle d’audience, par l’une des parties à l’instance » (R. M. Pomerance, « The New Approach to Sentencing in Canada : Reflections of a Trial Judge » (2013), 17 *Rev. can. D.P.* 305, p. 313). Nous ne pouvons faire abstraction du risque alors accru de déclarations de culpabilité injustifiées.
2. Deuxièmement, comme le signale en l’espèce le juge Doherty de la Cour d’appel, l’exercice du pouvoir discrétionnaire intervient généralement avant que tous les faits de l’affaire soient exposés. L’approche qui confirme la constitutionnalité du par. 95(2) sur la foi du choix éventuel de la procédure sommaire [traduction] « méconnaît le problème du moment auquel le poursuivant fait son choix et le fondement factuel à partir duquel il fait ce choix » (par. 163). La possibilité que le poursuivant opte pour la procédure sommaire ne permet donc pas de réfuter l’allégation des intimés fondée sur l’art. 12. Comme le tribunal l’a affirmé dans *R. c. Smickle*, 2012 ONSC 602, 110 O.R. (3d) 25, par. 110 :

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

1. Enfin, le procureur général du Canada invoque l’arrêt *Morrisey* pour faire valoir que l’admissibilité à la libération conditionnelle réduit l’effet réel de la peine minimale obligatoire de trois ans infligée pour une première infraction. Nous ne pouvons tout simplement pas savoir si tel est bien le cas. M. Nur soutient à raison que la libération conditionnelle est un privilège d’origine législative et non un droit. La décision discrétionnaire de la commission des libérations conditionnelles ne saurait se substituer à une loi constitutionnelle. Le procureur général du Canada se méprend aussi sur la fonction de la commission des libérations conditionnelles — qui est d’assurer la mise en liberté sécuritaire du délinquant dans la collectivité, non de veiller à ce que le délinquant purge une peine proportionnée. Cette dernière fonction n’incombe qu’à une seule personne, à savoir le juge qui détermine la peine.
	* 1. Application au dossier *Charles*
2. Dans le dossier *Charles*, la Cour d’appel modifie l’application raisonnablement prévisible de la disposition en cause pour considérer le cas d’une récidive attribuable à une déclaration de culpabilité antérieure fondée sur le par. 117.01(1) du *Code criminel* pour le non-respect d’une ordonnance d’interdiction.
3. L’ordonnance d’interdiction vise à protéger le public en interdisant à une personne d’avoir en sa possession certaines armes, armes à feu, munitions ou substances explosives. Le tribunal la rend dans un certain nombre de situations, notamment en l’intégrant aux conditions d’une mise en liberté sous caution (par. 515(4.1)), à titre préventif (art. 111) ou après qu’un délinquant a été reconnu coupable de certaines infractions (art. 109 et 110). Il peut aussi l’intégrer aux conditions d’une ordonnance de probation (art. 732.1), à une peine d’emprisonnement avec sursis (art. 742.3) ou à un engagement de ne pas troubler l’ordre public (par. 810(3.1)). L’ordonnance est soit obligatoire, soit discrétionnaire.
4. La Cour d’appel reconnaît que la culpabilité morale du récidiviste visé au sous-al. 95(2)*a*)(ii) est plus grande que celle du délinquant déclaré coupable d’une première infraction. Elle conclut néanmoins que la peine minimale obligatoire de cinq ans d’emprisonnement est totalement disproportionnée dans le cas du délinquant qui est déclaré coupable sur le fondement du par. 95(1) après l’avoir été sous le régime du par. 117.01(1) du *Code criminel* — et condamné en conséquence — pour le non-respect d’une ordonnance d’interdiction.
5. La procureure générale de l’Ontario fait valoir que la Cour d’appel considère à tort le cas de l’auteur d’une infraction réglementaire visée au par. 95(1) qui a auparavant été reconnu coupable de l’infraction prévue au par. 117.01(1), car la déclaration de culpabilité antérieure aurait automatiquement emporté une interdiction perpétuelle d’avoir en sa possession une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte (art. 109 du *Code criminel*). Selon sa thèse, il serait alors presque impossible à un délinquant déclaré coupable de l’infraction prévue au par. 117.01(1) d’obtenir un permis et un certificat d’enregistrement pour une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte. L’interdiction pourrait être levée suivant l’art. 113 du *Code criminel*, mais uniquement à des fins de subsistance ou pour le travail. On fait valoir que nul ne saurait établir la nécessité de posséder une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte pour la chasse ou le piégeage visant à assurer la subsistance de sa famille.
6. Je conviens que la Cour d’appel a tort de conclure qu’il est raisonnablement prévisible qu’un récidiviste soit titulaire d’un permis de possession d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte. L’analyse ne prend pas fin pour autant. Le tribunal doit mettre à l’épreuve les applications raisonnablement prévisibles du sous-al. 95(2)*a*)(ii). Suivant la disposition qui prévoit la peine minimale obligatoire contestée, une peine carcérale de cinq ans pourrait être infligée à la personne qui contrevient à l’ordonnance d’interdiction dont est assortie sa mise en liberté sous caution et qui, quelques années plus tard, sans dessein criminel, mais sans avoir obtenu au préalable une autorisation ou un permis, entre en possession d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte et de munitions facilement accessibles qu’il entrepose à proximité.
7. Dans ce cas, cinq ans d’emprisonnement constitueraient une peine draconienne, une peine qui dépasse largement ce qu’exigent la protection du public, la réprobation morale du délinquant et la dissuasion d’autrui de faire de même. En bref, la peine serait totalement disproportionnée. Le délinquant n’a causé aucun préjudice ni exposé le public à un risque réel de préjudice. Le délinquant ne s’est livré à aucune activité criminelle.
8. Il ne fait aucun doute que, dans bien des cas, le délinquant qui récidive au sens du sous-al. 95(2)*a*)(ii) doit être condamné à une peine carcérale et que, parfois, il faut lui infliger une peine de longue durée. La peine de sept ans d’emprisonnement infligée à M. Charles constitue un bon exemple. Toutefois, il serait totalement disproportionné d’infliger une peine minimale de cinq ans d’emprisonnement à l’auteur d’une infraction de moindre gravité qui tombe sous le coup de la disposition.
9. Dès lors, le sous-al. 95(2)*a*)(ii) viole l’art. 12 de la *Charte* qui garantit la protection contre les peines totalement disproportionnées.
	1. La peine minimale obligatoire contrevient-elle à l’art. 7 de la Charte?
10. MM. Nur et Charles contestent les sous-al. 95(2)*a*)(i) et (ii) sur le fondement non seulement de l’art. 12 de la *Charte*, mais aussi de son art. 7. L’article 7 garantit à chacun le « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale ». MM. Nur et Charles invoquent deux principes de justice fondamentale : la loi qui prive une personne de sa liberté ne doit pas être arbitraire (il doit exister un lien entre son effet et son objet) et la loi qui prive une personne de sa liberté ne doit pas avoir une portée excessive (sa portée ne doit pas être trop grande et faire ainsi obstacle à un comportement qui n’a aucun lien avec son objectif).
11. Selon M. Nur, l’écart de deux ans entre la peine maximale d’un an qui peut être infligée lorsque le ministère public opte pour la procédure sommaire et la peine minimale obligatoire de trois ans infligée lorsque le ministère public opte pour la mise en accusation est arbitraire, contrairement à l’art. 7 de la *Charte*, parce qu’il nuit à la souplesse du régime mixte en supprimant une fourchette de deux années entières au titre de la peine lorsque le ministère public opte pour la procédure sommaire. M. Nur fait valoir que l’écart de deux ans n’est lié à aucun objectif législatif.
12. M. Charles soutient que le sous-al. 95(2)*a*)(ii) inclut des infractions moins graves et non liées aux armes à feu dans la définition de la « récidive » au par. 84(5), de sorte qu’il est arbitraire et que sa portée est excessive, contrairement à l’art. 7 de la *Charte*. Il fait également valoir que le par. 84(6) — selon lequel il est tenu compte de l’ordre des déclarations de culpabilité, et non de l’ordre de perpétration des infractions, pour déterminer s’il y a « récidive » ou non pour les besoins du sous-al. 95(2)*a*)(ii) — viole l’art. 7 de la *Charte* parce qu’il est arbitraire.
13. Je n’écarte pas la possibilité que, malgré l’existence d’une jurisprudence détaillée sur l’application de l’art. 12 de la *Charte* à la détermination de la peine, certaines situations puissent justifier le recours à l’application de l’art. 7 de la *Charte*. En l’espèce, puisque je conclus que les dispositions attaquées contreviennent à l’art. 12 de la *Charte* et sont donc inconstitutionnelles, point n’est besoin d’examiner s’il y a également violation de l’art. 7 de la *Charte*.
	1. L’atteinte est-elle justifiée par application de l’article premier de la Charte?
14. Pour que l’atteinte aux droits des intimés garantis par l’art. 12 soit justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*, la procureure générale de l’Ontario doit démontrer que la loi a un objectif réel et urgent et que le moyen choisi est proportionnel à cet objectif. Une loi est proportionnelle (1) lorsqu’il existe un lien rationnel entre le moyen choisi et cet objectif, (2) que le moyen choisi est de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et (3) qu’il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables de ses dispositions et leurs effets bénéfiques (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103). Il sera difficile de démontrer qu’une peine minimale obligatoire jugée totalement disproportionnée sur le fondement de l’art. 12 est proportionnelle pour ce qui est de ses effets préjudiciables et de ses effets bénéfiques aux fins de l’article premier.
	* 1. Le lien rationnel
15. C’est à l’État qu’il incombe de démontrer qu’une peine minimale obligatoire d’emprisonnement jugée contraire à l’art. 12 de la *Charte* a un lien rationnel avec les objectifs de dénonciation, de dissuasion et de châtiment. Pour y arriver, il doit établir l’existence d’un lien causal « fondé sur la raison ou la logique » entre la violation et l’avantage recherché (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199,par. 153). Sous cet angle, la mesure choisie par le législateur constitue-t-elle un moyen rationnel de poursuivre son objectif?
16. L’État n’a pas établi que les peines minimales obligatoires d’emprisonnement décourageaient la perpétration de crimes liés aux armes à feu. On doute depuis longtemps de l’efficacité de l’incarcération à cet égard. Le rapportintitulé *Réformer la sentence : une approche canadienne* *―* *Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine* (1987) conclut ce qui suit :

a) S’il est vrai qu’il existe peu de fondement empirique à l’appui de l’efficacité dissuasive des sanctions pénales, il ne serait pas justifié de dire que la présence d’un certain niveau de sanctions pénales n’a aucun effet dissuasif. Les preuves obtenues et le bon sens permettent de penser que, dans leur ensemble, les sanctions pénales ont un effet dissuasif global, qu’il est difficile de mesurer avec précision.

b) S’il y a un aspect de l’efficacité dissuasive des sanctions pénales qui justifie de sérieuses réserves, c’est celui de vouloir les utiliser pour produire des effets précis au sujet d’une infraction particulière. Ainsi, dans un rapport récent du ministère de la Justice sur la conduite en état d’ivresse, Donelson affirme que « les mesures punitives légales prévues par la loi ne sauraient à elles seules produire de réduction importante et durable de l’ampleur du problème » (1985, p. 221-222). De même, il est extrêmement douteux qu’une sentence exemplaire imposée dans une affaire particulière puisse avoir un effet dissuasif perceptible sur les contrevenants potentiels.

c) Le vieux principe selon lequel la certitude d’être puni est davantage susceptible d’avoir un effet dissuasif que la sévérité de la sanction n’a pas été contredit par les recherches empiriques. Dans son vaste examen des rapports sur la dissuasion, Beyleveld (1980, p. 306) conclut que « les taux d’infraction enregistrés ne sont pas inversement proportionnels à la sévérité des peines (généralement mesurée par la durée d’incarcération) » et que « le rapport inverse entre la criminalité et la sévérité des sanctions (lorsqu’il existe) est généralement plus petit que le rapport inverse entre la criminalité et la certitude d’être puni ». [Je souligne; p. 150.]

1. La preuve empirique indique que, dans les faits, les peines minimales obligatoires ne sont pas dissuasives (voir p. ex. A. N. Doob et C. M. Webster, « Sentence Severity and Crime : Accepting the Null Hypothesis » (2003), 30 *Crime & Just.* 143; M. Tonry, « The Mostly Unintended Effects of Mandatory Penalties : Two Centuries of Consistent Findings » (2009), 38 *Crime & Just.* 65). La preuve empirique [traduction] « est claire : les peines minimales obligatoires d’emprisonnement ne sont pas plus dissuasives que les peines moins sévères, proportionnées » (A. N. Doob et C. Cesaroni, « The Political Attractiveness of Mandatory Minimum Sentences » (2001), 39 *Osgoode Hall L.J.* 287, p. 291).
2. Malgré la fragilité du lien entre la dissuasion et les dispositions qui établissent des peines minimales obligatoires, il existe un lien rationnel entre les peines minimales obligatoires d’emprisonnement et les objectifs de dénonciation et de châtiment. Cette exigence de l’article premier est donc remplie.
	* 1. L’atteinte minimale
3. La question qui se pose ensuite est celle de savoir si la restriction du droit est raisonnablement bien adaptée à l’objectif. Le tribunal doit se demander s’il « exist[e] des moyens moins préjudiciables de réaliser l’objectif législatif » (*Alberta c.* *Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 53). L’État doit démontrer qu’il n’existe pas un autre moyen moins attentatoire d’atteindre l’objectif « de façon réelle et substantielle » (par. 55). L’atteinte au droit garanti par la *Charte* ne doit pas aller au delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l’objectif législatif.
4. Le législateur aurait pu atteindre son objectif en créant une infraction pour laquelle il existe un rapport étroit entre le comportement auquel est associée une grande culpabilité morale — p. ex. le comportement ou l’acte criminel qui présente un danger pour autrui — et la peine minimale obligatoire, au lieu d’une infraction qui ratisse large et qui englobe le comportement moins empreint de culpabilité morale et pour lequel la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée. L’État ne s’est pas acquitté de son fardeau de preuve relativement à ce volet du critère de l’arrêt *Oakes*. Il existe des moyens moins préjudiciables d’atteindre l’objectif législatif.
	* 1. Proportionnalité
5. À ce stade de l’analyse, on soupèse l’incidence de la loi sur les droits garantis et son effet bénéfique sur l’intérêt supérieur du public. Vu la conclusion selon laquelle les peines minimales obligatoires d’emprisonnement prévues à l’art. 95 lorsque le ministère public opte pour la mise en accusation sont totalement disproportionnées, je ne crois pas que la restriction puisse se justifier sur le fondement de la proportionnalité pour les besoins de l’article premier.
6. Conclusion
7. Je suis d’avis de rejeter les pourvois. Les peines minimales obligatoires prévues à l’al. 95(2)*a*) sont incompatibles avec l’art. 12 de la *Charte*. Je les déclare donc inopérantes en vertu de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.
8. Il demeure approprié que les tribunaux continuent d’infliger de lourdes peines dans d’autres circonstances, comme celles des dossiers considérés en l’espèce. C’est pourquoi je m’abstiens de modifier les peines infligées par les juges du procès dans les dossiers de MM. Nur et Charles.

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

 Le juge Moldaver (dissident) —

1. Aperçu
2. La Juge en chef fait observer que les crimes liés aux armes à feu « exposent les Canadiennes et les Canadiens à de graves dangers » (par. 1). Elle ajoute que, par l’adoption de dispositions réglementaires en vertu de la *Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, c. 39, et par l’établissement d’interdictions dans le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, le législateur « a voulu protéger la population contre les blessures par balle et décourager la perpétration de tel[s] [crimes] » (par. 6). En vue d’atteindre ces objectifs, il a prévu l’infliction de lourdes peines aux auteurs de crimes liés aux armes à feu. Au nombre de ces sanctions figurent les peines minimales obligatoires que prévoit le par. 95(2) du *Code criminel* pour la possession illégale d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, chargée ou prête à l’être, soit principalementdes armes de poing, des mitrailleuses, ainsi que des carabines ou des fusils de chasse sciés. Ces armes sont rarement détenues à des fins légitimes, et leur utilisation fréquente par les criminels a des effets effroyables. Or, malgré des objectifs législatifs à la fois valables et importants, les juges majoritaires sont d’avis de déclarer ces peines minimales obligatoires inconstitutionnelles au motif que, dans certains cas « raisonnablement prévisibles », leur application pourrait mener à l’infliction de peines totalement disproportionnées, contrairement à l’art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.
3. Soit dit en tout respect, je ne suis pas d’accord. L’infraction créée à l’art. 95 est mixte. Il y a donc peines minimales obligatoires lorsque le poursuivant opte pour la mise en accusation, mais il n’y en a pas lorsqu’il opte pour la procédure sommaire. Selon moi, le législateur reconnaît que l’art. 95 vise une gamme étendue de comportements qui vont du « vrai crime », à l’extrémité supérieure du continuum, à ce qui s’apparente à l’infraction réglementaire, à l’extrémité inférieure. Je conviens d’emblée avec mes collègues que ce dernier type d’infraction, qui correspond au mode le moins grave de perpétration de l’infraction, « comport[e] une culpabilité morale minime, voire nulle, et [. . .] n’expos[e] le public à aucun danger ou presque », et ne justifie manifestement pas l’imposition d’une longue peine carcérale (par. 83). J’estime toutefois que l’art. 95, en permettant la poursuite par procédure sommaire, garantit presque que les cas les moins graves de perpétration de l’infraction auxquels renvoient les juges majoritaires (les « infractions de type réglementaire ») *n’*emporteront *pas* l’infliction d’une peine minimale obligatoire. J’examine ce point dans la première partie de mes motifs (par. 125-145). Je conclus en somme qu’il n’est pas raisonnablement prévisible que l’auteur d’une infraction de type réglementaire — dont se soucient les juges majoritaires au point d’invalider des dispositions par ailleurs validement adoptées — fasse un jour l’objet d’une mise en accusation.
4. Quoi qu’il en soit, comme je l’explique en deuxième partie (par. 146-188), la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables est redondante dans le contexte des infractions mixtes. Je retiens plutôt un autre cadre d’analyse qui, à mon sens, convient mieux dans le cas considéré et qui, au final, écarte tout risque théorique d’une peine totalement disproportionnée.
5. En résumé, que l’on applique la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables ou le cadre d’analyse que je préconise, je suis convaincu que le par. 95(2) ne contrevient pas à l’art. 12 de la *Charte*. Il ne porte pas non plus atteinte au droit garanti à l’art. 7 de la *Charte*. Je suis donc d’avis d’accueillir les pourvois.
6. Partie 1 : L’analyse au regard de l’art. 12 suivant la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables
	1. La démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables ne justifie pas l’invalidation du par. 95(2)
7. Pour conclure à l’inconstitutionnalité du par. 95(2), les juges majoritaires reprennent la démarche axée sur les « situations hypothétiques raisonnables » adoptée initialement par la Cour dans *R. c.* *Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045,puis appliquée dans les arrêts *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, et *R. c. Morrisey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90. Faisant fond sur ces arrêts, la Juge en chef affirme que les situations hypothétiques raisonnables doivent « s’appuyer sur l’expérience [. . .] et le bon sens » (par. 62). J’en conviens. Elle renvoie ensuite au par. 95(2) et dit craindre l’infliction de longues peines carcérales dans certains cas hypothétiques, notamment pour des « infractions réglementaires qui comportent une culpabilité morale minime, voire nulle, et qui n’exposent le public à aucun danger ou presque » (par. 83). Je partage l’inquiétude des juges majoritaires, mais je crois qu’il n’y a pas lieu de voir dans ces cas hypothétiques des situations hypothétiques *raisonnables*. Avec tout le respect que je dois à mes collègues, l’expérience judiciaire et le bon sens confirment le caractère non raisonnable des situations hypothétiques considérées.
8. Commençons par l’expérience. Adopté en 1995, l’art. 95 s’applique depuis près de deux décennies. Il a toujours prévu une peine minimale obligatoire lorsque le poursuivant opte pour la mise en accusation. Depuis 2008, il prévoit les actuelles peines minimales obligatoires de trois et cinq ans. Pourtant, les intimés, MM. Nur et Charles, ne sont pas en mesure d’avancer une seule affaire d’infraction de type réglementaire où, depuis l’entrée en vigueur de la disposition, une peine minimale obligatoire infligée sur le fondement du par. 95(2) peut être tenue pour totalement disproportionnée. Qui plus est, ils ne peuvent citer un seul cas où l’auteur d’une « infractio[n] réglementair[e] qui comport[e] une culpabilité morale minime, voire nulle, et qui n’expos[e] le public à aucun danger ou presque » (par. 83) a été poursuivi par voie de mise en accusation, encourant ainsi une peine minimale obligatoire. En fait, dans la seule décision rendue sur une infraction de ce type et portée à la connaissance de la Cour, le poursuivant a opté pour la procédure sommaire (*R. c. Snobelen*, [2008] O.J. No. 6021 (QL))[[2]](#footnote-2).
9. Dans *Snobelen*, l’accusé avait plaidé coupable à l’infraction prévue au par. 95(1), ainsi qu’à celle d’entreposage négligent d’une arme à feu prévue à l’art. 86. Il avait reconnu avoir été en possession d’un pistolet semi-automatique non enregistré et de munitions facilement accessibles sans avoir été titulaire d’un permis valide. L’arme lui était parvenue à sa résidence, avec d’autres biens, en provenance de son ranch en Oklahoma. Il connaissait l’existence de l’arme et comptait s’en départir; de fait, au moment de son arrestation, il croyait que son épouse avait fait le nécessaire pour s’en départir. Le poursuivant a donc opté pour la procédure sommaire et requis une amende de 750 $ par chef d’accusation, une ordonnance d’interdiction de posséder des armes à feu et une ordonnance de probation. Au vu des circonstances atténuantes, le juge appelé à déterminer la peine a prononcé une absolution inconditionnelle.
10. Si les affaires d’infractions de type réglementaire comme *Snobelen* constituent l’« expérience » à partir de laquelle il faut se prononcer sur le régime de détermination de la peine contesté en l’espèce, je ne perçois aucun risque prévisible, raisonnable ou autre, qu’une peine totalement disproportionnée résulte de l’application du régime.
11. Je passe maintenant au bon sens. Je fais mienne la remarque suivante du juge Code sur ce point :

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

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

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

1. En outre, le choix effectué suivant l’art. 95 diffère du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites examiné dans l’arrêt *Smith*. Dans ce dossier, la Cour rejette la thèse selon laquelle le pouvoir discrétionnaire qui permet au poursuivant de *ne pas appliquer la loi* — soit inculper pour une infraction moindre, soit ne pas inculper du tout — peut sauvegarder la peine minimale obligatoire contestée. Dans la présente affaire, le pouvoir discrétionnaire exercé correspond au choix du mode de poursuite, lequel est *délibérément intégré au régime législatif*. Loin d’équivaloir au pouvoir d’appliquer ou non la loi, le choix du mode de poursuite traduit clairement l’intention du législateur de lui permettre de soumettre les cas les moins graves à la procédure sommaire. Il est à mon sens erroné d’écarter cette réalité au moment de concevoir des situations hypothétiques raisonnables.
	1. Respect du législateur
2. Les crimes liés aux armes à feu constituent de plus en plus un grave sujet d’intérêt public. Les formations successives du Parlement ont agi en adoptant des lois destinées à dénoncer ces crimes et à décourager leur perpétration. L’établissement de peines minimales obligatoires au par. 95(2) s’inscrit dans une série de mesures législatives se voulant « une réponse directe au fléau des actes criminels commis avec des armes de poing avec lequel notre pays est aux prises » (Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, no 30, 1re sess., 39e lég., 7 novembre 2006, p. 1). Le comité parlementaire qui s’est penché sur les modifications a entendu les témoignages convaincants de responsables de l’application des lois sur les ravages causés par les crimes liés aux armes à feu à la grandeur du Canada. Le chef de la police de Toronto William Blair a relevé « une hausse considérable du nombre de fusillades » à Toronto, ainsi qu’une augmentation de plus de 85 p. 100 du nombre d’homicides commis à l’aide d’armes à feu de 2004 à 2005 (*ibid.*, no 34, 23 novembre 2006, p. 1). D’ailleurs, les médias torontois ont qualifié 2005 d’« année de l’arme à feu » en raison de la vague de fusillades et de décès par balles qu’elle a connue (*ibid.*).
3. C’est dans ce contexte qu’il faut considérer la décision du législateur de relever les peines minimales obligatoires prévues à l’art. 95, une décision motivée par des objectifs valables et urgents. Il n’appartient pas à la Cour de contrecarrer les objectifs de politique générale de nos élus sur la foi d’hypothèses discutables ou de vagues conjectures. Comme le fait observer le juge LeBel dans l’arrêt *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206, les peines minimales obligatoires sont « l’expression claire d’une politique générale dans le domaine du droit pénal » (par. 45).
4. Dans l’arrêt *Goltz*, la Cour met les tribunaux en garde contre la prise en compte de situations hypothétiques qui sont « invraisemblables ou difficilement imaginables » (p. 515). La Juge en chef en convient en affirmant qu’« [u]ne loi ne saurait être rendue inopérante sur la base de pures conjectures » (par. 62). Je crains toutefois que ce soit précisément ce qui résulte de l’approche des juges majoritaires. La jurisprudence ne révèle en effet l’existence d’aucune affaire où l’auteur d’une infraction de type réglementaire a été poursuivi par voie de mise en accusation. De plus, il m’apparaît clairement que la conjonction d’événements qui est nécessaire pour que l’auteur d’une telle infraction encoure une peine totalement disproportionnée relève davantage de la fiction que de la réalité. Soit dit en tout respect, pareil scénario hypothétique est peu crédible. Il ne s’agit pas selon moi d’une assise valable pour réduire à néant la solution réfléchie apportée par le législateur à un problème à la fois grave et complexe.
5. Je crois que la Juge en chef partage ma crainte que l’invalidation des peines minimales obligatoires contestées contrecarre jusqu’à un certain point les mesures prises par le législateur pour dénoncer les crimes liés aux armes à feu et décourager leur perpétration. Elle avance une solution de rechange qui, selon elle, permettrait la réalisation des objectifs du législateur sans contrevenir à l’art. 12 de la *Charte*:

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

1. Si je comprends bien, le législateur pourrait alors établir les peines minimales obligatoires dans le cadre d’une infraction révisée qui comporterait un élément en sus de ceux déjà présents au par. 95(1). Par exemple, seul le comportement qui constituerait un « acte criminel » ou qui « présente[rait] un danger pour autrui » tomberait sous le coup de la disposition (par. 117). La solution avancée présente malheureusement deux difficultés. Premièrement, elle va à l’encontre du véritable objectif de l’établissement de peines minimales obligatoires applicables à la *possession* illégale d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, chargée ou prête à l’être. Deuxièmement, elle peut mener dans les faits à la création d’une infraction dont la portée est trop étroite pour englober certains des comportements que le législateur a voulu réprimer au moyen de peines carcérales obligatoires.
2. L’article 95 criminalise la simple possession d’armes à feu qui sont fréquemment employées par des gangs ou d’autres délinquants dans leurs activités criminelles (voir *R. c. Nur*, 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401, par. 54-57). Le législateur s’en prend à la simple possession pour une raison : les armes à feu — en particulier celles que vise l’art. 95 — sont dangereuses en soi. Dans l’arrêt *R. c. Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 199, la Cour reconnaît que « [l]’arme à feu est expressément conçue pour tuer ou blesser » et que « [p]eu importe l’intention de la personne qui porte un fusil, l’arme à feu incarne en soi la menace suprême de mort aux yeux de ceux qui y font face » (p. 211). Le procureur général du Canada signale dans son mémoire que ce froid constat vaut d’autant plus pour [traduction] « les armes à feu à autorisation restreinte (surtout des armes de poing) et les armes à feu prohibées (principalement des mitrailleuses et des carabines ou des fusils de chasse sciés) » (m.a., *Nur*, par. 64). Il s’agit des armes à feu « les plus strictement réglementées soit parce qu’elles sont faciles à dissimuler, soit parce qu’elles ne servent généralement aucune fin légitime de chasse ou de tir sur cible » (*ibid.*). Exception faite des responsables de l’application de la loi, ce sont surtout des criminels qui s’en servent et qui intimident, blessent, mutilent et tuent.
3. Les tribunaux ont maintes fois mis en relief le danger inhérent à ces armes à feu. Dans *R. c. Elliston*, 2010 ONSC 6492, 225 C.R.R. (2d) 109, le juge Aston rejette la thèse voulant que la simple possession d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, sans conséquence préjudiciable, ne justifie pas l’imposition d’une peine exemplaire :

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

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

1. Étant donné ce danger inhérent, le législateur pouvait fort bien conclure que la simple possession d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, chargée ou prête à l’être, devait emporter l’infliction d’une longue peine minimale obligatoire d’emprisonnement. Comme l’a dit le ministre de la Justice d’alors au moment du dépôt des modifications apportées à l’art. 95 en 2008, « la possession illégale de ces armes à feu est de plus en plus préoccupante » et « [l]es services de police s’intéressent surtout à la hausse des peines d’emprisonnement minimales liées à la possession d’armes à feu chargées ou à autorisation restreinte » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 141, no 33, 1re sess., 39e lég., 5 juin 2006, p. 1941 (je souligne)). Étoffer l’infraction de manière qu’elle ne s’entende plus de la seule possession réduirait selon moi indûment la portée de l’application des peines minimales obligatoires et contrecarrerait ainsi l’objectif du législateur de retirer de la circulation des armes dangereuses *avant* qu’elles ne créent un risque de préjudice précis.
2. C’est ce que confirme le témoignage devant le comité du chef de police Blair, qui insiste sur l’importance d’habiliter les policiers à réprimer la possession avant qu’un risque de préjudice précis se concrétise :

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

(Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, no 34, p. 4)

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

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

. . .

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

1. Au vu de ce témoignage convaincant, le législateur a résolu de sanctionner la simple possession par des peines carcérales importantes tout en permettant au poursuivant d’opter pour la procédure sommaire dans le cas des infractions de type réglementaire, dont se préoccupent à juste titre les juges majoritaires. Je suis d’avis de respecter ce choix législatif. J’estime que renvoyer les élus à leur planche à dessin et leur demander de reformuler l’art. 95 irait à l’encontre des objectifs qui consistent à décourager et à dénoncer la possession illégale d’armes mortelles et à les retirer des mains de ceux qui s’en servent pour intimider, tuer et détruire.
2. En outre, je crains que l’ajout de nouveaux éléments à l’infraction ne fasse indûment en sorte que les peines minimales obligatoires ne s’appliquent pas à certains actes auxquels le législateur a voulu qu’elles s’appliquent. Les juges majoritaires font état de deux éléments qui pourraient être intégrés à la disposition. Premièrement, la précision que seul est visé « le comportement ou l’acte criminel » (par. 117). Selon mon interprétation, le poursuivant devrait alors prouver que l’accusé avait l’arme à feu en sa possession dans un dessein criminel, ce qui est très ardu. Même dans le cas de M. Nur, il n’est pas évident que le poursuivant pourrait s’acquitter de ce fardeau de preuve hors de tout doute raisonnable (motifs de détermination de la peine dans *Nur*, par. 61, 66 et 68-69). Exiger la preuve d’un dessein criminel pourrait donc soustraire des délinquants comme M. Nur à l’application de la disposition même lorsque l’imposition d’une peine minimale obligatoire n’est pas contestée.
3. Deuxièmement, ne serait visé que le comportement ou l’acte criminel « qui présente un danger pour autrui » (par. 117). Je vois dans cet élément quelque chose de plus que le danger inhérent à tous les cas de possession contraire à l’art. 95. Dès lors, le poursuivant devrait prouver l’existence d’un risque de préjudice *précis*. J’estime que, là encore, cette exigence supplémentaire réduirait indûment la portée de la disposition.
4. Considérons un simple exemple. Dans un endroit reculé et peu habité, après avoir enjoint à une personne d’immobiliser son véhicule, un policier aperçoit une arme de poing bien en vue sur le siège arrière. Le conducteur se montre coopératif, mais il n’est pas titulaire d’un permis pour l’arme. Le policier le soupçonne d’appartenir à un gang. Dans de telles circonstances, on ne saurait dire si le poursuivant serait en mesure de prouver hors de tout doute raisonnable que la possession de l’arme à feu par le conducteur créait un risque de préjudice précis. Pourtant, c’est là précisément le genre de situation à laquelle sont censées s’appliquer les peines minimales obligatoires que prévoit l’art. 95. Le ministre a d’ailleurs dit expressément qu’« un nombre croissant d’armes de poing [sont] trouvées dans les voitures » et qu’« [i]l est très important que l’on puisse imposer des peines minimales plus sévères » pour remédier à ce problème (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 141, p. 1943 et 1941).
5. Il appert clairement du dossier qu’après de longs débats et une étude approfondie, le législateur a décidé de s’attaquer au problème urgent des crimes liés aux armes à feu par le relèvement des peines minimales obligatoires prévues au par. 95(2). À mon avis, cette décision de politique générale justifie une grande déférence. En matière de sécurité publique, il faut se garder de remettre en question les choix des élus, sauf justification valable.
6. Pour ces motifs, je ne vois aucune raison d’invalider le par. 95(2) par application de la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables.
7. Partie 2 : L’analyse au regard de l’art. 12 suivant une démarche différente
	1. Le contrôle des infractions mixtes au regard de l’art. 12 de la Charte exige un cadre d’analyse différent
8. Comme je l’ai expliqué, la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables ne justifie pas l’invalidation des peines minimales obligatoires contestées. Soit dit en tout respect, les scénarios envisagés par les juges majoritaires — la condamnation d’une personne à trois ans d’emprisonnement pour un acte qui équivaut à une infraction de type réglementaire — relèvent de la conjecture et sont peu crédibles. Ils ne s’appuient ni sur l’expérience ni sur le bon sens.
9. Quoi qu’il en soit, je crois qu’un cadre d’analyse différent s’impose en l’espèce. La raison en est que, à ce jour, dans ses décisions relatives à l’art. 12 — de l’arrêt *Smith* à l’arrêt *Morrisey* —, la Cour s’est penchée uniquement sur la constitutionnalité des peines minimales obligatoires dans le contexte d’infractions qui ne se prêtaient qu’à la poursuite sur mise en accusation. C’est la première fois qu’elle est appelée à examiner la constitutionnalité de telles peines dans le cadre d’un régime mixte. Comme je l’explique ci-après, cela change complètement la donne et commande un cadre d’analyse différent pour l’application de l’art. 12.
10. L’article 95 crée une infraction mixte qui n’expose le délinquant à aucune peine minimale lorsque le ministère public opte pour la procédure sommaire. Lorsqu’il y a mise en accusation, la peine minimale obligatoire est de trois ans pour une première infraction et de cinq ans en cas de récidive. L’intention du législateur qui sous-tend ce régime mixte est évidente. L’article 95 vise une vaste gamme de comportements auxquels sont associés divers degrés de culpabilité morale. Les comportements les moins répréhensibles — les infractions de type réglementaire — sont censés faire l’objet d’une procédure sommaire et échapper ainsi à l’application de la peine minimale obligatoire.
11. L’intention du législateur de faire en sorte que les infractions les moins graves fassent l’objet d’une procédure sommaire est cruciale lorsqu’il s’agit de se prononcer sur la constitutionnalité du par. 95(2). En créant une « soupape » pour empêcher l’application des peines minimales obligatoires aux infractions de type réglementaire, le législateur a effectivement *reconnu* l’existence de situations raisonnablement prévisibles dans lesquelles la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée. Étant donné cette reconnaissance, la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables est redondante.
12. L’analyse qui convient devrait plutôt être axée sur cette soupape, soit le pouvoir discrétionnaire qui permet au ministère public d’opter pour la procédure sommaire dans les cas les moins graves. J’en ferai état plus en détail ci-après. En résumé, elle comporte deux étapes. Premièrement, le tribunal doit se demander si le régime mixte en question assure *de façon générale* une protection adéquate contre l’imposition de peines totalement disproportionnées. Deuxièmement, il doit se demander si le ministère public a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière qu’une peine totalement disproportionnée soit infligée *à un délinquant en particulier*.
13. Dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*,2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, où l’analyse repose sur l’existence d’une soupape dans la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19 (la « *Loi*»), la Cour adopte un cadre d’analyse semblable. Le paragraphe 4(1) de cette loi interdit la possession de certaines substances désignées, mais son art. 56 autorise le ministre de la Santé à accorder des exemptions lorsque des raisons médicales ou scientifiques le justifient. Dans cette affaire, les demandeurs, des clients d’un centre d’injection supervisé situé à Vancouver, contestaient la constitutionnalité de l’interdiction de possession de drogues au motif qu’elle violait les droits que leur garantissait l’art. 7 de la *Charte*. Une exemption fondée sur l’art. 56 avait auparavant été accordée au centre, mais le ministre avait refusé de la renouveler.
14. La Juge en chef examine la contestation constitutionnelle en deux étapes. Premièrement, elle s’interroge sur la constitutionnalité de l’interdiction prévue au par. 4(1). La possibilité d’obtenir une exemption ministérielle joue, à son avis, un rôle crucial à cet égard : « On ne peut apprécier la validité constitutionnelle [de la *Loi*] sans tenir compte » de l’exemption prévue au par. 56 « conçu[e] pour remédier aux applications inconstitutionnelles ou inéquitables de cette interdiction » (par. 109). Elle conclut finalement à la constitutionnalité du par. 4(1) parce que « [l]a possibilité d’accorder des exemptions sert de soupape empêchant l’application de la *Loi* dans les cas où son application serait [inconstitutionnelle] » (par. 113 (je souligne)). Deuxièmement, la Juge en chef se demande si le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière attentatoire aux droits que garantit l’art. 7 aux demandeurs. Elle répond par l’affirmative et accorde une réparation sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*. À mon avis, cette démarche en deux étapes offre un cadre d’analyse plus convaincant que la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables lorsqu’il s’agit de statuer sur une contestation constitutionnelle qui se fonde sur l’art. 12 et qui vise une peine minimale obligatoire applicable dans le cadre d’un régime mixte.
15. Les juges majoritaires affirment que le recours aux situations hypothétiques raisonnables pour se prononcer sur une peine minimale obligatoire est un principe juridique établi qui vaut nécessairement en l’espèce. Ils disent du cadre d’analyse que je propose qu’il « s’éloigne radicalement du cadre d’analyse constitutionnelle » qui sous-tend la jurisprudence de la Cour relative à l’art. 12 (par. 94). Soit dit en tout respect, je ne partage pas leur opinion. Le choix du législateur de créer une infraction mixte à l’art. 95 fait en sorte que la présente espèce se distingue des affaires antérieures dans lesquelles la Cour a statué sur l’application de l’art. 12. Aucune de ces autres affaires ne porte sur un régime mixte de détermination de la peine qui reconnaît effectivement l’existence de situations raisonnablement prévisibles où la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée.
16. À titre d’exemple, l’infraction créée à l’art. 95 est très différente de celle dont il est question dans l’arrêt *Smith*, à savoir l’importation de stupéfiants, un acte qui commande la poursuite sur mise en accusation et qui est punissable d’une peine minimale obligatoire de sept ans d’emprisonnement. Tout comme l’infraction prévue à l’art. 95, cette autre infraction visait une vaste gamme de comportements, allant de la contrebande de drogues à grande échelle à la situation hypothétique de « la jeune personne qui, à son retour en voiture au Canada après avoir passé son congé de mi-session d’hiver aux États-Unis, aurait été surprise en possession [. . .] de son premier “joint de mari” » (p. 1053). Cependant, contrairement à l’infraction prévue à l’art. 95, elle n’offrait pas au poursuivant la possibilité d’opter pour la procédure sommaire. Le législateur n’avait pas envisagé la possibilité que l’infraction s’applique à des cas moins graves qui ne justifiaient pas une peine d’emprisonnement de sept ans. Il s’était plutôt attaqué au problème de l’importation de stupéfiants au moyen de l’instrument sans nuance qu’est la création d’un acte criminel qui commande la poursuite par mise en accusation et qui est punissable d’une longue peine d’emprisonnement obligatoire. Le régime en place n’assurait pas une protection adéquate contre l’infliction de peines totalement disproportionnées, et la Cour l’a à juste titre invalidé.
17. Toutefois, si, dans l’affaire *Smith*,il avait été question d’une infraction mixte comme celle que crée l’art. 95, l’analyse de la Cour aurait selon moi été différente. La création d’une infraction mixte aurait traduit l’intention du législateur de soustraire les cas les moins graves à l’application de la peine minimale obligatoire. Le cas échéant, l’hypothèse considérée par le juge Lamer aurait été peu convaincante. En d’autres mots, il est pratiquement impossible de concevoir que le ministère public opte pour la mise en accusation dans le cas d’une jeune personne surprise en possession d’un seul joint de marijuana lors d’un contrôle à la frontière, en particulier lorsque cette personne s’exposerait à une peine minimale de sept ans d’emprisonnement.
18. En bref, je ne suis pas convaincu que la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables lie la Cour ou soit même utile en l’espèce. L’intention du législateur qui adopte un régime mixte de détermination de la peine milite en faveur du recours à un cadre d’analyse différent.
	1. Le bon cadre d’analyse pour le contrôle au regard de l’art. 12 d’une infraction mixte assortie d’une peine minimale obligatoire
19. Il convient à mon avis de recourir à une analyse en deux étapes pour déterminer si, dans un régime mixte, une peine minimale obligatoire respecte ou non l’art. 12. Premièrement, le tribunal se demande si, *de façon générale*, le régime assure une protection adéquate contre l’infliction de peines totalement disproportionnées. Deuxièmement, il doit se demander si le poursuivant a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière qu’une peine totalement disproportionnée soit infligée *au délinquant* *en cause*.
	* 1. Le régime assure-t-il de façon générale une protection adéquate contre l’infliction de peines totalement disproportionnées?
20. Cette étape de l’analyse comporte deux volets. Le tribunal doit d’abord établir la fourchette des peines infligées sur déclaration de culpabilité à l’issue d’une mise en accusation suivant le régime de détermination de la peine qui existait avant l’adoption de la peine minimale obligatoire contestée[[3]](#footnote-3). Pour le faire, il s’en remet aux peines effectivement imposées dans les cas répertoriés. Il circonscrit alors l’extrémité inférieure de cette fourchette. Je n’entends pas par « extrémité inférieure » la peine la moins sévère que l’on puisse recenser, mais bien les peines généralement infligées pour les actes les moins répréhensibles dans la catégorie des infractions punissables par voie de mise en accusation. Cette extrémité inférieure constitue un indicateur objectif des peines qui conviennent dans les cas les moins graves de perpétration de l’infraction où il serait réaliste que le poursuivant opte pour la mise en accusation.
21. Ensuite, le tribunal compare la peine minimale obligatoire contestée et l’extrémité inférieure de la fourchette antérieure. Si la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée aux peines situées à l’extrémité inférieure de cette fourchette, le régime n’assure pas *de façon générale* une protection adéquate contre l’infliction de peines totalement disproportionnées. Au contraire, il expose directement un groupe déterminable de délinquants au risque de se voir infliger une peine cruelle et inusitée en violation de l’art. 12. La réparation qui s’impose alors relève du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et la peine minimale obligatoire doit être invalidée.
	* 1. Le poursuivant a-t-il exercé son pouvoir discrétionnaire de manière qu’une peine totalement disproportionnée soit infligée au délinquant en cause?
22. Si le régime comme tel est maintenu, le tribunal passe à la deuxième étape de l’analyse et se demande si le poursuivant a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière qu’une peine totalement disproportionnée soit infligée au délinquant en cause. Dans les rares cas où la décision d’opter pour la mise en accusation mènera à l’imposition d’une peine totalement disproportionnée, une réparation pourra être obtenue sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*.
23. Comme nous l’avons vu, l’accent est alors mis sur la constitutionnalité non pas de la loi comme telle, mais bien de l’acte de l’État, à savoir le choix du mode de poursuite. La décision d’opter pour la procédure sommaire ou la mise en accusation relève du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites, un pouvoir susceptible de contrôle uniquement en cas d’abus de procédure (*R. c.* *Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 44 et 48). À mon sens, lorsque le choix de la mise en accusation entraînerait l’imposition d’une peine totalement disproportionnée, il y a abus de procédure en soi contrairement à l’art. 12. En général, la réparation convenable et juste dans les circonstances consiste à réduire la durée de la peine de façon qu’elle soit inférieure à la peine minimale obligatoire.
	* + 1. Application de la notion d’abus de procédure suivant le cadre d’analyse proposé
24. La jurisprudence relative à l’abus de procédure au regard de l’art. 7 de la *Charte* est compatible avec le cadre d’analyse que je propose. Dans l’arrêt *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566, la Cour renvoie à deux catégories d’abus de procédure. La première concerne « les cas où la conduite du poursuivant porte atteinte à l’équité du procès » (par. 36). La seconde — résiduelle — vise « les cas où la conduite [. . .] “contre[vient] aux notions fondamentales de justice et [mine] ainsi l’intégrité du processus judiciaire” » (*ibid.*, citant *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 73).
25. Les cas où la conduite du poursuivant mènerait à l’imposition d’une peine totalement disproportionnée relèvent, à mon avis, de cette catégorie résiduelle. L’acte de l’État qui expose le délinquant au risque de subir une peine cruelle et inusitée contrevient nécessairement aux « notions fondamentales de justice » et « [mine] [. . .] l’intégrité du processus judiciaire » (*ibid.*). Même si, dans l’arrêt *Nixon*, l’analyse de la Cour se fonde sur l’art. 7 de la *Charte*, je suis convaincu qu’il peut également y avoir abus de procédure de nature résiduelle au regard de l’art. 12.
26. L’abus de procédure se caractérise habituellement par une conduite répréhensible intentionnelle ou par la mauvaise foi. Cependant, dans *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, la Cour affirme :

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

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

1. Ce principe est établi depuis longtemps. En fait, dans *Nixon*, la juge Charron cite l’arrêt *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, où la Cour fait remarquer qu’« exige[r] qu’il y ait une conduite blâmable ou un motif illégitime limiterait indûment l’application du principe » et que « [l]a conduite blâmable de la poursuite et l’existence d’un motif illégitime ne sont que deux des nombreux facteurs [à] prendre en considération » (p. 659). Aucune décision ultérieure n’a modifié ce principe.
2. À titre d’exemple, le principe a été appliqué dans *R. c. Jack* (1996), 113 Man. R. (2d) 260 (C.A.), où la Cour d’appel du Manitoba s’est demandé si la tenue d’un quatrième procès pour la même accusation constituait un abus de procédure de la part du poursuivant. Prenant appui sur l’arrêt *Keyowski*, elle a opiné que, même en l’absence d’une conduite blâmable de la part du poursuivant, une série de procès pouvait constituer en soi un abus de procédure. Elle a donc estimé que l’arrêt des procédures était indiqué, car un quatrième procès aurait heurté le sens collectif du franc-jeu et de la décence. Le juge en chef Lamer a confirmé la conclusion selon laquelle il y avait eu abus de procédure et il a ordonné l’arrêt des procédures (*R. c. Jack*, [1997] 2 R.C.S. 334). Le droit applicable est clair. L’accusé n’a pas à prouver la conduite blâmable du poursuivant pour établir l’abus de procédure.
3. En conséquence, point n’est besoin d’une preuve de mauvaise foi ou d’une intention malveillante du poursuivant pour conclure à un abus de procédure au regard de l’art. 12. Peu importe l’intention, il y aura abus de procédure lorsque le choix de la mise en accusation « ten[dra] à miner les attentes de la société sur le plan de l’équité en matière d’administration de la justice » (*Nixon*, par. 41).
4. Bien qu’elle ne soit pas nécessaire, la preuve de mauvaise foi ou d’intention malveillante suffirait certainement pour établir l’abus de procédure au regard de l’art. 12. À titre d’exemple, si le choix du mode de poursuite était influencé par des éléments discriminatoires, telle la race du délinquant, il y aurait abus de procédure (voir *Anderson*, par. 50).
5. De même, l’instrumentalisation de la peine minimale obligatoire lors de la négociation relative à l’inscription d’un plaidoyer — une crainte exprimée par les juges majoritaires et que je partage — justifierait une cour de justice d’intervenir. Partant, si le poursuivant optait pour la mise en accusation afin que la peine minimale obligatoire alors encourue lui permette d’extorquer un plaidoyer de culpabilité, il y aurait vraisemblablement abus de procédure justifiant une réparation fondée sur le par. 24(1) (voir *Babos*, par. 58-61). Il s’ensuit que point n’est besoin d’invalider le régime de détermination de la peine pour contrer une telle dérive. Soit dit en tout respect, dans la mesure où les juges majoritaires croient le contraire, je me dissocie de leur point de vue.
6. Il incombe au délinquant de prouver l’abus de procédure à l’étape de la détermination de la peine, après que le tribunal a été saisi d’une preuve de circonstances atténuantes ou aggravantes. Il doit démontrer que la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée dans son cas. S’il y parvient, la lui imposer « miner[ait] les attentes de la société sur le plan de l’équité en matière d’administration de la justice » (*Nixon*, par. 41). La peine totalement disproportionnée est « excessi[ve] au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » et elle est « odieuse ou intolérable » pour la société (*R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895, par. 4, citant *Smith*, p. 1072, et *Morrisey*, par. 26). Elle porte atteinte au droit fondamental de l’accusé à la protection contre les peines cruelles et inusitées et elle est incompatible avec l’intégrité de notre système de justice. Si, par son objet ou son effet, l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites mène à un tel résultat, il faut y voir un abus de procédure en soi.
7. Le délinquant qui s’acquitte de ce fardeau de preuve a droit à une réparation en vertu du par. 24(1). Dans la plupart des cas, la réparation convenable et juste consiste à réduire la peine de façon qu’elle soit inférieure à la peine minimale obligatoire.
8. C’est pourquoi je ne peux convenir avec les juges majoritaires qu’« [il] est bien connu que la norme » applicable à l’abus de procédure « est très stricte » et que le principe de l’abus de procédure « protège insuffisamment contre l’infliction de peines totalement disproportionnées » (par. 94). Soit dit en tout respect, ils se méprennent sur l’application du principe dans le cadre d’analyse que je propose. Loin d’offrir une protection *insuffisante*, il assure une protection *totale* contre l’infliction de peines totalement disproportionnées. Lorsque le délinquant peut démontrer que la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée en ce qui le concerne, le tribunal doit conclure à l’abus de procédure et accorder réparation sur le fondement du par. 24(1).
	* + 1. Le cadre d’analyse proposé est compatible avec le rejet par la Cour de l’exemption constitutionnelle
9. Selon l’arrêt *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, lorsque le tribunal conclut qu’un régime de détermination de la peine prévoyant l’imposition de peines minimales obligatoires porte atteinte à l’art. 12, la réparation convenable réside dans l’application de l’art. 52, et la loi doit être invalidée. La Cour écarte expressément la possibilité que la loi puisse être sauvegardée ponctuellement par l’octroi d’une exemption en cas d’application inconstitutionnelle.
10. Je conviens que l’exemption constitutionnelle ne constitue pas une mesure appropriée pour pallier l’inconstitutionnalité d’une loi. Mon cadre d’analyse le reconnaît. La réparation qu’il prévoit vise *non pas* une loi inconstitutionnelle, mais bien l’*exercice* par un représentant de l’État *d’un pouvoir discrétionnaire* accordé par une loi ayant été jugée constitutionnelle à la première étape de l’analyse. Comme l’explique la Juge en chef dans l’arrêt *Ferguson* :

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

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

* 1. Selon le cadre d’analyse que je propose, il incombe au tribunal et non au poursuivant de s’assurer du respect des exigences de la Constitution
1. Pour la Juge en chef, compter sur le bon choix du mode de poursuite pour conclure à la constitutionnalité des peines minimales obligatoires contestées revient dans les faits « à substituer à la tenue par un tribunal indépendant et impartial d’une audience publique sur la constitutionnalité de l’art. 95 la décision discrétionnaire d’un poursuivant » (par. 86). Elle souligne qu’il incombe aux tribunaux d’examiner attentivement la constitutionnalité des régimes de détermination de la peine qu’ils appliquent.
2. Je reconnais qu’il incombe au tribunal, et non au poursuivant, de s’assurer du respect des exigences de la Constitution. Suivant le cadre d’analyse que je propose, cette responsabilité demeure entièrement celle du tribunal. Mon approche est compatible sur ce point avec la mise en garde de la Cour dans l’arrêt *Smith*, à savoir que « les tribunaux ont le devoir » de se demander si une loi est constitutionnelle et qu’ils ne peuvent « laisser [. . .] au ministère public [. . .] le soin d’éviter une violation [de la *Charte*] » (p. 1078).
3. Plus précisément, mon cadre d’analyse comporte deux éléments de contrôle de la conformité à l’art. 12, et aucun ne tient à l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Premièrement, lorsque le régime même de détermination de la peine est contesté, le tribunal peut le déclarer inconstitutionnel. Deuxièmement, lorsque le délinquant prétend que la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée dans son cas, le tribunal peut conclure à un abus de procédure en soi et accorder une réduction de peine en vertu du par. 24(1).
4. Je le répète — et j’insiste —, le choix du mode de poursuite suivant l’art. 95 ne l’oblige pas à sortir du cadre de la disposition. Celle-ci confère en effet un pouvoir discrétionnaire dont l’exercice est intégré au régime législatif pour servir de soupape contre les applications inconstitutionnelles. À mon avis, tout examen valable de la constitutionnalité de la loi doit en tenir compte (*PHS*, par. 109-114). En reconnaissant l’importance du choix du mode de poursuite, je ne laisse toutefois pas entendre que cette soupape soustrait la loi à l’examen fondé sur la *Charte*, mais bien qu’elle influe sur les *modalités* de cet examen.
5. Mon cadre d’analyse ne confond pas non plus les fonctions respectives du poursuivant et du tribunal. Citant l’arrêt *Anderson*, les juges majoritaires insistent sur le fait que « la détermination de la peine relève du judiciaire » (par. 89). À leur avis, « l’obligation faite au tribunal par un régime de peine minimale obligatoire d’infliger une peine disproportionnée ne modifie pas la fonction du poursuivant lorsqu’il s’agit de choisir le mode de poursuite » (*ibid.*). Je suis d’accord. Lorsqu’une personne est accusée d’une infraction mixte, il incombe au *ministère public* de choisir le mode de poursuite en tenant compte de la gravité de l’acte reproché. Lorsque le mode de poursuite choisi est susceptible de mener à une peine totalement disproportionnée, il appartient au *tribunal* d’éviter ce résultat.
6. À la lumière de ces éléments de contrôle, je ne puis souscrire à la thèse des juges majoritaires selon laquelle mon cadre d’analyse soustrait les peines minimales obligatoires à l’examen fondé sur la *Charte*. Soit dit en tout respect, ce n’est tout simplement pas le cas. Les deux éléments de contrôle susmentionnés garantissent que ce sont les tribunaux qui ont le dernier mot sur la constitutionnalité de la loi comme telle et sur son application à un délinquant en particulier. Se fondant sur l’arrêt *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, mes collègues affirment que « nul ne peut être assuré que [l]e pouvoir [discrétionnaire en matière de poursuites] sera toujours exercé de manière à éviter un résultat inconstitutionnel » (par. 95). J’en conviens. C’est précisément pour cette raison que mon cadre d’analyse permet au tribunal d’intervenir lorsque le choix du mode de poursuite fait encourir au délinquant une peine totalement disproportionnée. À mon avis, l’approche que je préconise répond entièrement aux préoccupations des juges majoritaires.
7. Je tiens à clarifier un autre point. La Juge en chef souligne que le ministère public effectue son choix tôt dans le processus, à un moment où tous les faits liés à l’infraction ne sont pas encore connus. La poursuite pourrait donc faire un choix inapproprié pour découvrir ensuite l’existence de circonstances atténuantes. Selon la Juge en chef, « [l]a possibilité que le poursuivant opte pour la procédure sommaire ne permet donc pas de réfuter l’allégation des intimés fondée sur l’art. 12 » (par. 97).
8. Sauf le respect dû à ma collègue, je diffère d’opinion pour deux raisons. Premièrement, si le ministère public apprend l’existence de faits indiquant que le choix initial n’était pas le bon, il peut ordonner l’arrêt des procédures et engager une procédure sommaire (voir l’art. 579 et le par. 786(2) du *Code criminel*[[4]](#footnote-4)). Deuxièmement, même si le ministère public ne revient pas ainsi sur sa décision, le tribunal peut toujours conclure à l’abus de procédure en soi lorsque la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée en ce qui concerne le délinquant en cause.
	1. L’application du cadre d’analyse relatif à l’art. 12
9. Appliquons maintenant ce cadre d’analyse à chacune des affaires dont nous sommes saisis.
	* 1. Application à M. Nur
10. Le juge Code conclut qu’avant l’application de la peine minimale obligatoire de trois ans, la fourchette des peines infligées pour une première infraction à l’art. 95 allait de deux ans moins un jour à trois ans d’emprisonnement (motifs de détermination de la peine dans *Nur*, par. 42). La peine correspondant à l’extrémité inférieure de la fourchette était donc d’environ deux ans moins un jour d’emprisonnement. La peine minimale obligatoire de trois ans que prévoit actuellement le par. 95(2) pour une première infraction n’est pas, à mon sens, totalement disproportionnée à la peine qui correspondait auparavant à l’extrémité inférieure de la fourchette. La peine minimale obligatoire ne viole donc pas l’art. 12 à la première étape du contrôle.
11. Comme M. Nur reconnaît qu’une peine de trois ans d’emprisonnement n’est pas totalement disproportionnée dans son cas, la deuxième étape du contrôle est aussi franchie.
	* 1. Application à M. Charles
12. Dans ses motifs de détermination de la peine prononcés à l’audience, la juge Backhouse ne fait pas état de la fourchette des peines infligées en cas de récidive avant l’application de la peine minimale obligatoire de cinq ans (2010 ONSC 5437, 262 C.C.C. (3d) 120). Cependant, comme le souligne le juge Code, même si la fourchette des peines infligées pour une première infraction allait de deux ans moins un jour à trois ans d’emprisonnement, [traduction] « [d]es peines beaucoup plus longues étaient imposées aux récidivistes » (motifs de détermination de la peine dans *Nur*, par. 42). Il est donc clair qu’une récidive aurait entraîné une peine d’emprisonnement de bien plus de trois ans — à tout le moins quatre ou cinq ans. La peine minimale obligatoire actuelle de cinq ans d’emprisonnement n’est pas totalement disproportionnée aux peines de l’extrémité inférieure de la fourchette qui étaient auparavant infligées sous le régime de l’art. 95 en cas de récidive.
13. À l’instar de M. Nur, M. Charles reconnaît que la peine minimale obligatoire n’est pas totalement disproportionnée en ce qui le concerne.
14. J’estime donc que ni le régime de détermination de la peine comme tel, ni son application à M. Nur ou à M. Charles ne contreviennent à l’art. 12 de la *Charte*.
15. Partie 3 : L’analyse au regard de l’art. 7
16. Passons maintenant aux prétentions relatives à l’art. 7 formulées dans chacun des pourvois.
	1. M. Nur
17. M. Nur conteste le régime de détermination de la peine établi au par. 95(2) au motif qu’il est arbitraire et viole ainsi l’art. 7. Il dénonce l’« écart » de deux ans entre la peine maximale d’un an qui peut être imposée lorsque le ministère public opte pour la procédure sommaire, et la peine minimale de trois ans qui s’applique lorsqu’il opte pour la mise en accusation. M. Nur reconnaît que la peine minimale obligatoire de trois ans d’emprisonnement vise à dénoncer les crimes liés aux armes à feu et à décourager leur perpétration (m.i., par. 76). Il soutient néanmoins que cet écart est arbitraire en ce qu’il [traduction] « nuit à la souplesse du régime mixte et [. . .] n’est lié à aucun objectif législatif déterminable » (par. 77). Plus précisément, il « compromet cette souplesse en limitant le pouvoir discrétionnaire du ministère public et en faisant en sorte que plus d’infractions soient punissables par voie de mise en accusation » (par. 83).
18. Soit dit en tout respect, cet argument ne me convainc pas. Je ne nie pas qu’un tel écart puisse, dans d’autres circonstances, soulever des préoccupations fondées sur l’art. 7. Ce n’est toutefois pas le cas en l’espèce. Comme le reconnaît M. Nur, l’objectif principal du législateur est de dénoncer les crimes liés aux armes à feu et de décourager leur perpétration. L’historique législatif de l’art. 95 et la jurisprudence relative à cette disposition indiquent clairement que la vaste majorité des actes visés par cette infraction sont dangereux en soi et justifient une peine d’emprisonnement importante. Toutefois, le législateur a également reconnu que, dans de rares cas, la disposition peut s’appliquer à une infraction de type réglementaire, de sorte qu’il a créé une soupape qui permet alors d’opter pour la procédure sommaire.
19. Considéré sous cet angle, le régime de détermination de la peine n’a rien d’arbitraire. Au contraire, il a un lien manifeste avec les objectifs du législateur. Il réserve des peines plus clémentes aux délinquants les moins blâmables, tout en imposant à la vaste majorité des délinquants des peines minimales obligatoires strictes qui sont compatibles avec les objectifs de dénonciation et de dissuasion. En conséquence, l’écart de deux ans que comporte le par. 95(2) ne porte pas atteinte au droit garanti à l’art. 7 de la *Charte*.
	1. M. Charles
20. Pour sa part, M. Charles avance deux autres arguments liés à l’art. 7. Il encourt la peine minimale obligatoire de cinq ans d’emprisonnement prévue au sous-al. 95(2)*a*)(ii) du fait que sa déclaration de culpabilité fondée sur le par. 95(1) emporte « récidive ». Le paragraphe 84(5) énumère les infractions susceptibles d’entraîner l’application de la peine minimale obligatoire de cinq ans. La personne déclarée coupable de l’infraction prévue au par. 95(1) est en état de « récidive » lorsqu’elle a précédemment été déclarée coupable de l’une ou l’autre des infractions énumérées au par. 84(5). Le paragraphe 84(6) précise que, pour l’application du par. 84(5), « il est tenu compte de l’ordre des déclarations de culpabilité et non de l’ordre de perpétration des infractions ».
21. Le premier argument de M. Charles a trait aux infractions énumérées au par. 84(5). Il soutient que certaines d’entre elles sont [traduction] « moins graves » ou « non liées aux armes à feu », ce qui confère à la disposition une portée excessive, contrairement à l’art. 7. Il en relève deux en particulier : usage d’une fausse arme à feu lors de la perpétration d’un acte criminel, contrairement au par. 85(2), et non-respect d’une ordonnance d’interdiction, contrairement au par. 117.01(1).
22. Je ne puis lui donner raison. Sur ce point, je souscris pour l’essentiel aux motifs de la juge Cronk de la Cour d’appel (*R. c. Charles*, 2013 ONCA 681, 117 O.R. (3d) 456). Comme elle le fait remarquer, M. Charles [traduction] « minimise la gravité du comportement qu’interdisent » les par. 85(2) et 117.01(1) et « fait abstraction de l’objet de ces dispositions et de leur rôle dans le régime législatif de contrôle des armes à feu » (par. 94). Ces infractions sont graves, même si elles ne comportent pas l’utilisation d’une arme à feu. J’estime que leur inclusion au par. 84(5) ne confère pas une portée excessive à cette disposition.
23. Deuxièmement, M. Charles soutient que l’application du par. 84(6) peut parfois être arbitraire au point d’être inconstitutionnelle. Suivant cette disposition, c’est l’ordre des déclarations de culpabilité, et non l’ordre de perpétration des infractions, qui détermine si une infraction constitue ou non une « récidive ». Ainsi, le délinquant qui commet *d’abord* l’infraction prévue au par. 95(1), *puis* une infraction énumérée au par. 84(5), peut encourir la peine minimale obligatoire de cinq ans même si la déclaration de culpabilité relative à la seconde infraction intervient en premier. Le résultat est selon lui arbitraire.
24. L’argument est purement hypothétique. Dans le cas de M. Charles, les deux infractions qui emportent l’application de la peine minimale obligatoire de cinq ans d’emprisonnement ont été commises — et ont donné lieu à des déclarations de culpabilité — avant la perpétration de l’infraction prévue à l’art. 95. À supposer, sans en décider, que le par. 84(6) est inconstitutionnel, la situation de M. Charles reste la même. L’invalidation du par. 84(6) redonnerait vie à la règle de common law établie de longue date et définie dans l’arrêt *R. c. Skolnick*, [1982] 2 R.C.S. 47 :

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

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

1. En somme, je ne puis faire droit à aucun des arguments relatifs à l’art. 7. Le régime de détermination de la peine établi au par. 95(2) est bel et bien constitutionnel.
2. Conclusion
3. L’article 95 représente la solution que le législateur a apportée après mûre réflexion au problème urgent que constituent dans nos collectivités les crimes violents perpétrés avec des armes à feu. Afin de dénoncer des actes criminels graves et de décourager leur perpétration, le législateur a créé une infraction de large portée assortie de longues peines minimales obligatoires. Parallèlement, il a prévu une soupape qui permet d’aiguiller les cas les moins graves vers la procédure sommaire, laquelle n’expose à aucune peine minimale. Soit dit en tout respect, je ne vois aucune raison de remettre en question cette mesure législative sur le fondement d’hypothèses qui ne s’appuient ni sur l’expérience ni sur le bon sens. Rien ne justifie non plus, suivant le cadre d’analyse que je propose, de revenir sur les longues délibérations de nos élus sur cet enjeu important. Je suis d’avis d’accueillir les pourvois et de confirmer la constitutionnalité du par. 95(2).

 *Pourvois rejetés, les juges* Rothstein*,* Moldaver *et* Wagner *sont dissidents.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Dans *R. c. Brown*, [1994] 3 R.C.S. 749, un arrêt bref rendu de vive voix, la Cour a refusé de considérer une situation hypothétique raisonnable relative à une autre infraction sous-jacente que celle invoquée devant elle pour l’infraction d’usage d’une arme à feu lors de la perpétration d’une infraction, suivant l’art. 85 du *Code criminel*, puisque le procureur général du Manitoba ne plaidait la constitutionnalité de la disposition que pour l’infraction sous-jacente de vol à main armée. La Cour ne s’est pas attardée à la teneur d’une situation hypothétique raisonnable. [↑](#footnote-ref-1)
2. Au par. 80 de leurs motifs, les juges majoritaires invoquent *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37, pour illustrer un cas raisonnablement prévisible d’infraction de type réglementaire. Or, on ne peut y voir l’illustration d’une telle infraction étant donné les circonstances aggravantes en cause. Les actes reprochés à M. MacDonald allait bien au delà de la possession d’une arme à feu à un autre endroit que celui précisé dans son permis. Les juges majoritaires statuent en effet que le policier qui l’a arrêté avait des motifs raisonnables de croire à l’existence d’une menace imminente pour sa sécurité ou celle du public (*MacDonald*, par. 46). [↑](#footnote-ref-2)
3. Ce sera le cas même lorsque le régime antérieur prévoyait une peine minimale obligatoire. Par exemple, lorsqu’une infraction appelait auparavant l’imposition d’une peine minimale obligatoire de deux ans d’emprisonnement, peine qui est passée par la suite à quatre ans, la fourchette des peines imposées suivant le régime antérieur constituera la fourchette des peines appliquées lorsque la peine minimale obligatoire de deux ans était en vigueur. Lorsqu’il s’agit d’une nouvelle infraction et qu’aucune fourchette antérieure n’existe, le tribunal examinera les peines infligées pour des infractions semblables afin d’établir une fourchette plausible. [↑](#footnote-ref-3)
4. Le ministère public peut le faire de façon unilatérale dans les six mois suivant l’infraction; après ce délai, le consentement de l’accusé est nécessaire (voir le par. 786(2) du *Code criminel*). [↑](#footnote-ref-4)