



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 1, 2023 Vol. 1

1^{er} cahier, 2023 Vol. 1

Cited as [2023] 1 S.C.R. 3-307

Renvoi [2023] 1 R.C.S. 3-307

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

CHANTAL CARBONNEAU
Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil
EMILY K. MOREAU

MARYAM ARZANI	Legal Counsel / Conseillers juridiques	ANDREA SUURLAND
AUDREY-ANNE BERGERON	ANDRÉ GOLDENBERG	LESLI TAKAHASHI
LAURENCE CARON	LEE ANN GORMAN	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	LAUREN KOSHURBA	DIANE THERRIEN
BENJAMIN FLIGHT	KAREN LEVASSEUR	TRAVIS WEAGANT
ANNE DES ORMEAUX	JENNA-DAWN SHERVILL	CRAIG WILLIAMS
	IDA SMITH	
	JACQUELINE STENCEL	

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

DAVID AUBRY	Jurilinguists / Jurilinguistes	LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN
STÉPHANIE-CLAUDE BOUCHARD	JULIE BOULANGER	AUDRA POIRIER
MARIE-CHRISTIANE BOUCHER	LAURENCE ENDALE	MARIE RODRIGUE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques	
SAMUEL DUVAL	MARIE-CLAUDE MARTEL
CHARLOTTE LAFONTAINE-DESPRÉS	RACHELLE RIOUX

Administrative Assistants / Adjoints administratifs	
SÉBASTIEN GAGNÉ	KATHIA SÉGUIN

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0J1, together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada, K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.

**Canada
Supreme Court
Reports**

Volume 1, 2023

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

1^{er} volume, 2023

CONTENTS

R. v. S.S. 3

Criminal law — Evidence — Admissibility — Hearsay — Threshold reliability — Accused charged with sexual offences against young niece — Child psychologist concluding that niece could not testify at trial because it would be too traumatizing — Trial judge admitting niece's unsworn videotaped police statement into evidence at trial by application of principled exception to hearsay rule — Accused convicted and appealing on basis that trial judge erred in threshold reliability analysis and in admitting statement — Majority of Court of Appeal setting aside conviction and entering acquittal — Majority holding that trial judge erred in failing to tailor threshold reliability analysis to specific hearsay dangers at play and to determine whether there were procedural or substantive substitutes for contemporaneous cross-examination that could overcome dangers — Majority also holding that trial judge erred in making positive finding that niece had no motive to fabricate and using finding to support reliability of statement — Dissenting judge concluding that trial judge was alive to role of cross-examination in threshold reliability analysis and that his reasons convincingly address procedural and substantive reliability — Dissenting judge also concluding that trial judge was entitled to conclude that niece's police statement was not deliberate untruth — Conviction restored.

R. v. Hills 6

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual treatment or punishment — Sentencing — Mandatory minimum sentence — Discharging firearm — Accused convicted of discharging firearm into or at place knowing that or being reckless as to whether another person is present in place — Accused challenging constitutionality of mandatory minimum sentence of four years' imprisonment prescribed for offence — Whether mandatory minimum sentence constitutes cruel and unusual punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 244.2(1)(a), 244.2(3)(b).

Continued on next page

SOMMAIRE

R. c. S.S. 3

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Ouï-dire — Seuil de fiabilité — Accusé inculpé d'infractions sexuelles à l'endroit de sa jeune nièce — Conclusion d'une pédopsychologue portant que la nièce ne pouvait pas témoigner au procès parce que cela serait trop traumatisant — Déclaration vidéo faite à la police par la nièce sans prêter serment admise en preuve au procès par le juge président celui-ci par application de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire — Déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé et appel formé par ce dernier au motif que le juge du procès aurait fait erreur dans son analyse du seuil de fiabilité et en admettant la déclaration — Annulation par les juges majoritaires de la Cour d'appel de la déclaration de culpabilité et inscription par ceux-ci d'un acquittement — Conclusion des juges majoritaires portant que le juge du procès a fait erreur en omettant d'adapter l'analyse du seuil de fiabilité en fonction des dangers spécifiques au ouï-dire en cause et de déterminer s'il existait des solutions de rechange d'ordre procédural ou substantiel à un contre-interrogatoire contemporain susceptibles d'écarter ces dangers — Conclusion additionnelle des juges majoritaires portant que le juge du procès a fait erreur en décidant de façon positive que la nièce n'avait pas de motif de fabriquer des allégations et en utilisant cette décision au soutien de la fiabilité de la déclaration — Conclusion du juge dissident portant que le juge du procès était conscient du rôle du contre-interrogatoire dans l'analyse du seuil de fiabilité et que ses motifs traitent de façon convaincante de la fiabilité procédurale et substantielle — Conclusion supplémentaire du juge dissident portant que le juge du procès était autorisé à conclure que la déclaration de la nièce à la police n'était pas délibérément mensongère — Déclaration de culpabilité rétablie.

R. c. Hills 6

Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitements ou peines cruels et inusités — Détermination de la peine — Peine minimale obligatoire — Décharger une arme à feu — Accusé déclaré coupable d'avoir déchargé une arme à feu en direction d'un lieu en sachant qu'il s'y trouve une personne ou sans se soucier qu'il s'y trouve ou non une personne — Accusé contestant la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement prescrite pour l'infraction — La peine minimale obligatoire constitue-t-elle une peine cruelle et inusitée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 244.2(1)a), 244.2(3)b)

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Hilbach 116

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual treatment or punishment — Sentencing — Mandatory minimum sentence — Robbery — Accused convicted of robbery committed with restricted or prohibited firearm and of robbery committed with ordinary firearm — Accused challenging constitutionality of mandatory minimum sentence of five years' imprisonment prescribed for robbery committed with restricted or prohibited firearm and of mandatory minimum sentence of four years' imprisonment prescribed for robbery committed with ordinary firearm — Whether mandatory minimum sentences constitute cruel and unusual punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 344(1)(a)(i), (a.1).

R. v. McGregor 198

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Canadian military investigators investigating criminal activity by member of Canadian Armed Forces posted abroad — Foreign police force assisting military investigators by obtaining warrant from local magistrate authorizing search of member's residence abroad and electronic devices found therein — Military investigators and foreign police executing warrant and searching member's electronic devices — Military judge ruling that evidence obtained during search admissible at trial and member convicted of several offences — Whether search infringed member's right to be free from unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. v. Metzger 267

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Evidence — Circumstantial evidence — Accused convicted of offences arising from home invasion on basis of circumstantial evidence of identity — Convictions affirmed by majority of Court of Appeal — Dissenting judge finding that verdicts unreasonable — Whether verdicts unreasonable.

R. v. Downes 277

Criminal law — Voyeurism — Elements of offence — Place in which a person can reasonably be expected to be nude — Accused convicted of voyeurism for surreptitiously

SOMMAIRE (Suite)

R. c. Hilbach 116

Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitements ou peines cruels et inusités — Détermination de la peine — Peine minimale obligatoire — Vol qualifié — Accusés déclarés coupables d'une infraction de vol qualifié commis avec une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte et d'une infraction de vol qualifié commis avec une arme à feu ordinaire — Accusés contestant la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire de cinq ans d'emprisonnement prescrite pour le vol qualifié commis avec une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte et de la peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement prescrite pour le vol qualifié commis avec une arme à feu ordinaire — Les peines minimales obligatoires constituent-elles des peines cruelles et inusitées? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 344(1)a)(i), a.1).

R. c. McGregor 198

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Enquêteurs militaires canadiens enquêtant sur des activités criminelles d'un membre des Forces armées canadiennes en poste à l'étranger — Corps de police étranger aidant les enquêteurs militaires à obtenir auprès d'un magistrat local un mandat autorisant la fouille de la résidence du militaire à l'étranger et des appareils électroniques s'y trouvant — Enquêteurs militaires et policiers étrangers exécutant le mandat et fouillant les appareils électroniques du militaire — Juge militaire statuant que les éléments de preuve obtenus lors de la fouille étaient admissibles au procès et déclarant le militaire coupable de plusieurs infractions — La fouille portait-elle atteinte au droit du militaire d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. c. Metzger 267

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Preuve — Preuve circonstancielle — Accusé déclaré coupable d'infractions découlant d'une invasion de domicile sur le fondement d'éléments de preuve circonstancielle quant à l'identité — Déclarations de culpabilité confirmées par les juges majoritaires de la Cour d'appel — Verdicts considérés déraisonnables par la juge dissidente — Les verdicts sont-ils déraisonnables?

R. c. Downes 277

Droit criminel — Voyeurisme — Éléments de l'infraction — Lieu où il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une personne soit nue — Accusé déclaré coupable de voyeurisme pour

CONTENTS (Concluded)

photographing two adolescent boys in their underwear in hockey arena dressing rooms — Trial judge finding that Crown proved that boys were in place in which a person can reasonably be expected to be nude — Court of Appeal setting aside convictions and ordering new trial on basis that trial judge failed to address conflicts in evidence about whether nudity could reasonably be expected in dressing rooms at specific time photos were taken — Whether element of offence that person surreptitiously observed or recorded be in place in which a person can reasonably be expected to be nude has implicit temporal component — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 162(1)(a).

R. v. Chatillon 306

Criminal law — Evidence — Admissibility — Admissions — Accused voluntarily making admissions, during treatment process, concerning acts of sexual nature committed by him against child — Admissions sent to director of youth protection and then to police with accused's consent — Accused charged with sexual assault — Accused filing motion to exclude admissions — Trial judge dismissing motion on ground that application of Wigmore criteria did not result in admissions being inadmissible — Accused convicted of sexual assault — Majority of Court of Appeal entering acquittal on ground that admissions were inadmissible — Dissenting judge finding that admissions were admissible because accused had expressly waived their confidentiality by consenting to their disclosure — Conviction restored.

SOMMAIRE (Fin)

avoir subrepticement photographié deux garçons adolescents dans leurs sous-vêtements à l'intérieur de vestiaires d'un aréna de hockey — Conclusion de la juge du procès selon laquelle la Couronne avait prouvé que les garçons se trouvaient dans un lieu où il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une personne soit nue — Cour d'appel annulant les déclarations de culpabilité et ordonnant la tenue d'un nouveau procès au motif que la juge du procès n'avait pas abordé les contradictions dans la preuve quant à savoir s'il était raisonnable de s'attendre à ce que des personnes soient nues dans les vestiaires au moment précis où les photos ont été prises — L'élément de l'infraction requérant que la personne subrepticement observée ou enregistrée se trouve dans un lieu où il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une personne soit nue a-t-il une composante temporelle implicite? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 162(1)a).

R. c. Chatillon 306

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Aveux — Aveux faits volontairement par l'accusé, dans le cadre d'une démarche thérapeutique, concernant des gestes à caractère sexuel qu'il a posé sur une enfant — Aveux transmis au directeur de la protection de la jeunesse puis à la police avec le consentement de l'accusé — Accusé inculpé d'agression sexuelle — Dépôt par l'accusé d'une requête en exclusion des aveux — Rejet de la requête par le juge du procès au motif que l'application des critères de Wigmore ne mène pas à l'inadmissibilité des aveux — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Acquiescement inscrit par les juges majoritaires de la Cour d'appel au motif que les aveux sont inadmissibles — Conclusion du juge dissident portant que les aveux sont admissibles puisque l'accusé a explicitement renoncé à leur caractère confidentiel en consentant à leur divulgation — Déclaration de culpabilité rétablie.

His Majesty The King *Appellant*

v.

S.S. *Respondent*

and

**Criminal Lawyers' Association
(Ontario) and Criminal Trial
Lawyers' Association** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. S.S.

2023 SCC 1

File No.: 40147.

2023: January 10.

Present: Wagner C.J. and Karakatsanis, Côté, Rowe,
Martin, Kasirer and O'Bonsawin JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Criminal law — Evidence — Admissibility — Hearsay — Threshold reliability — Accused charged with sexual offences against young niece — Child psychologist concluding that niece could not testify at trial because it would be too traumatizing — Trial judge admitting niece's unsworn videotaped police statement into evidence at trial by application of principled exception to hearsay rule — Accused convicted and appealing on basis that trial judge erred in threshold reliability analysis and in admitting statement — Majority of Court of Appeal setting aside conviction and entering acquittal — Majority holding that trial judge erred in failing to tailor threshold reliability analysis to specific hearsay dangers at play and to determine whether there were procedural or substantive substitutes for contemporaneous cross-examination that could overcome dangers — Majority also holding that trial judge erred in making positive finding that niece had no motive to fabricate and using finding to support reliability of statement — Dissenting judge concluding that trial judge was alive to role of cross-examination in threshold reliability analysis and that his reasons convincingly address procedural and substantive reliability — Dissenting judge also concluding that trial judge was entitled to conclude

Sa Majesté le Roi *Appelant*

c.

S.S. *Intimé*

et

**Criminal Lawyers' Association
(Ontario) et Criminal Trial Lawyers'
Association** *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : R. c. S.S.

2023 CSC 1

N° du greffe : 40147.

2023 : 10 janvier.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges
Karakatsanis, Côté, Rowe, Martin, Kasirer et
O'Bonsawin.

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

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Ouï-dire — Seuil de fiabilité — Accusé inculpé d'infractions sexuelles à l'endroit de sa jeune nièce — Conclusion d'une pédopsychologue portant que la nièce ne pouvait pas témoigner au procès parce que cela serait trop traumatisant — Déclaration vidéo faite à la police par la nièce sans prêter serment admise en preuve au procès par le juge présidant celui-ci par application de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire — Déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé et appel formé par ce dernier au motif que le juge du procès aurait fait erreur dans son analyse du seuil de fiabilité et en admettant la déclaration — Annulation par les juges majoritaires de la Cour d'appel de la déclaration de culpabilité et inscription par ceux-ci d'un acquittement — Conclusion des juges majoritaires portant que le juge du procès a fait erreur en omettant d'adapter l'analyse du seuil de fiabilité en fonction des dangers spécifiques au ouï-dire en cause et de déterminer s'il existait des solutions de rechange d'ordre procédural ou substantiel à un contre-interrogatoire contemporain susceptibles d'écarter ces dangers — Conclusion additionnelle des juges majoritaires portant que le juge du procès a fait erreur en décidant de façon positive que la nièce n'avait pas de motif

that niece's police statement was not deliberate untruth — Conviction restored.

de fabriquer des allégations et en utilisant cette décision au soutien de la fiabilité de la déclaration — Conclusion du juge dissident portant que le juge du procès était conscient du rôle du contre-interrogatoire dans l'analyse du seuil de fiabilité et que ses motifs traitent de façon convaincante de la fiabilité procédurale et substantielle — Conclusion supplémentaire du juge dissident portant que le juge du procès était autorisé à conclure que la déclaration de la nièce à la police n'était pas délibérément mensongère — Déclaration de culpabilité rétablie.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Feldman, MacPherson and Thorburn JJ.A.), 2022 ONCA 305, 161 O.R. (3d) 641, 414 C.C.C. (3d) 56, [2022] O.J. No. 1841 (QL), 2022 CarswellOnt 5175 (WL), setting aside the conviction entered by Gray J., 2017 ONSC 5459, [2017] O.J. No. 4840 (QL), 2017 CarswellOnt 14644 (WL), and entering an acquittal. Appeal allowed, Rowe J. dissenting.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Feldman, MacPherson et Thorburn), 2022 ONCA 305, 161 O.R. (3d) 641, 414 C.C.C. (3d) 56, [2022] O.J. No. 1841 (QL), 2022 CarswellOnt 5175 (WL), qui a annulé la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Gray, 2017 ONSC 5459, [2017] O.J. No. 4840 (QL), 2017 CarswellOnt 14644 (WL), et inscrit un acquittement. Pourvoi accueilli, le juge Rowe est dissident.

Michael S. Dunn, for the appellant.

Michael S. Dunn, pour l'appelant.

Jeff Marshman and Ingrid Grant, for the respondent.

Jeff Marshman et Ingrid Grant, pour l'intimé.

Maija Martin and Nicola Langille, for the intervenor the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Maija Martin et Nicola Langille, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

William J. van Engen and Deborah R. Hatch, for the intervenor the Criminal Trial Lawyers' Association.

William J. van Engen et Deborah R. Hatch, pour l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association.

The judgment of the Court was delivered orally by

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] THE CHIEF JUSTICE — A majority of this Court would allow the appeal, substantially for the reasons of the dissenting judge, MacPherson J.A. Justice Rowe would dismiss the appeal, substantially for the reasons of the majority of the Court of Appeal. Therefore, the appeal is allowed and the conviction is restored.

[1] LE JUGE EN CHEF — La Cour est d'avis, à la majorité, d'accueillir l'appel, et ce, essentiellement pour les motifs dissidents exposés par le juge d'appel MacPherson. Le juge Rowe rejetterait l'appel, principalement pour les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel. En conséquence, l'appel est accueilli et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitor for the appellant: Ministry of the Attorney General — Crown Law Office, Criminal, Toronto.

Procureur de l'appelant : Ministère du Procureur général — Bureau des avocats de la Couronne, Droit criminel, Toronto.

Solicitors for the respondent: Grant and Marshman, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Martin Barristers, Toronto; Yellowknife Legal Aid Clinic, Yellowknife.

Solicitors for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association: Bottos Law Group, Edmonton; Deborah R. Hatch Criminal Law, Edmonton.

Procureurs de l'intimé : Grant and Marshman, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Martin Barristers, Toronto; Yellowknife Legal Aid Clinic, Yellowknife.

Procureurs de l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association : Bottos Law Group, Edmonton; Deborah R. Hatch Criminal Law, Edmonton.

Jesse Dallas Hills *Appellant*

v.

His Majesty The King *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Nova Scotia,
Attorney General of Saskatchewan,
British Columbia Civil Liberties
Association, Criminal Lawyers’
Association (Ontario), Canadian
Bar Association and Canadian Civil
Liberties Association** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. HILLS

2023 SCC 2

File No.: 39338.

2022: March 22; 2023: January 27.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté,
Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF
ALBERTA**

*Constitutional law — Charter of Rights — Cruel
and unusual treatment or punishment — Sentencing —
Mandatory minimum sentence — Discharging firearm —
Accused convicted of discharging firearm into or at place
knowing that or being reckless as to whether another person
is present in place — Accused challenging constitutionality
of mandatory minimum sentence of four years’ imprisonment
prescribed for offence — Whether mandatory minimum sen-
tence constitutes cruel and unusual punishment — Canadian
Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Criminal Code,
R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 244.2(1)(a), 244.2(3)(b).*

Following an incident in May 2014 where the accused
shot at a car and at a residential home with a hunting rifle,
the accused pled guilty to a number of offences, including

Jesse Dallas Hills *Appelant*

c.

Sa Majesté le Roi *Intimé*

et

**Directrice des poursuites pénales,
procureur général de l’Ontario,
procureur général de la Nouvelle-
Écosse, procureur général de la
Saskatchewan, British Columbia
Civil Liberties Association, Criminal
Lawyers’ Association (Ontario),
Association du Barreau canadien et
Association canadienne des libertés
civiles** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. HILLS

2023 CSC 2

N° du greffe : 39338.

2022 : 22 mars; 2023 : 27 janvier.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et
Jamal.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitements
ou peines cruels et inusités — Détermination de la peine —
Peine minimale obligatoire — Décharger une arme à
feu — Accusé déclaré coupable d’avoir déchargé une arme
à feu en direction d’un lieu en sachant qu’il s’y trouve une
personne ou sans se soucier qu’il s’y trouve ou non une
personne — Accusé contestant la constitutionnalité de la
peine minimale obligatoire de quatre ans d’emprisonnement
prescrite pour l’infraction — La peine minimale obligatoire
constitue-t-elle une peine cruelle et inusitée? — Charte
canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel,
L.R.C. 1985, c. C-46, art. 244.2(1)a), 244.2(3)b).*

À la suite d’un incident survenu en mai 2014 au cours
duquel l’accusé a tiré des coups de feu en direction d’une
voiture et d’une résidence avec une carabine de chasse,

intentionally discharging a firearm into or at a place, knowing that or being reckless as to whether another person is present in the place, contrary to s. 244.2(1)(a) of the *Criminal Code*. At the time, this offence carried a mandatory minimum sentence of four years' imprisonment, set out in s. 244.2(3)(b). The accused brought a challenge under s. 12 of the *Charter*, arguing that the mandatory minimum sentence was grossly disproportionate and therefore constituted cruel and unusual punishment. His challenge relied on a hypothetical scenario, where a young person intentionally discharges an air-powered pistol or rifle at a residence that is incapable of perforating the residence's walls.

The sentencing judge found that s. 244.2(3)(b) was grossly disproportionate in the hypothetical scenario relied on by the accused and concluded the infringement of s. 12 could not be justified under s. 1 of the *Charter*. He sentenced the accused to three and a half years of incarceration. The Crown appealed both the finding that s. 244.2(3)(b) infringed s. 12 of the *Charter* and the accused's sentence. The Court of Appeal allowed the appeal on both grounds. It set aside the sentencing judge's declaration of invalidity of the mandatory minimum sentence and imposed the minimum sentence of four years' imprisonment.

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

Per Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.: The mandatory minimum sentence set out in s. 244.2(3)(b) of the *Criminal Code* is grossly disproportionate. It infringes s. 12 of the *Charter* and is not saved by s. 1. It is immediately declared of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and the declaration applies retroactively. The three-and-a-half-year sentence imposed on the accused by the sentencing judge is reinstated.

Section 12 of the *Charter* grants individuals a right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment by the state. The underlying purpose of s. 12 is to prevent the state from inflicting physical or mental pain and suffering through degrading and dehumanizing treatment or punishment. It is meant to protect human dignity and respect the inherent worth of individuals. Section 12 has two prongs that are united by their shared

l'accusé a plaidé coupable à plusieurs infractions, notamment d'avoir déchargé intentionnellement une arme à feu en direction d'un lieu, sachant qu'il s'y trouvait une personne ou sans se soucier qu'il s'y trouvait ou non une personne, en violation de l'al. 244.2(1)a) du *Code criminel*. À l'époque, cette infraction était punissable d'une peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement, prévue à l'al. 244.2(3)b). L'accusé a présenté une contestation sur le fondement de l'art. 12 de la *Charte*, soutenant que la peine minimale obligatoire était exagérément disproportionnée et qu'elle constituait donc une peine cruelle et inusitée. Sa contestation s'appuyait sur un scénario hypothétique où une jeune personne décharge intentionnellement, en direction d'une résidence, un pistolet ou une carabine à air comprimé qui est incapable de percer les murs de la résidence.

Le juge chargé de la détermination de la peine s'est dit d'avis que l'al. 244.2(3)b) avait un effet exagérément disproportionné dans le scénario hypothétique sur lequel s'était appuyé l'accusé et a conclu que la violation de l'art. 12 ne pouvait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il a condamné l'accusé à trois ans et demi d'incarcération. La Couronne a interjeté appel à la fois de la conclusion selon laquelle l'al. 244.2(3)b) contrevenait à l'art. 12 de la *Charte* et de la peine de l'accusé. La Cour d'appel a accueilli l'appel sur la base de ces deux moyens. Elle a annulé la déclaration d'invalidité prononcée par le juge chargé de la détermination de la peine à l'égard de la peine minimale obligatoire et a infligé la peine minimale de quatre ans d'emprisonnement.

Arrêt (la juge Côté est dissidente) : Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal : La peine minimale obligatoire prévue à l'al. 244.2(3)b) du *Code criminel* est exagérément disproportionnée. Elle viole l'art. 12 de la *Charte* et ne peut être sauvegardée en vertu de l'article premier. Elle est déclarée inopérante, avec effet immédiat, conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et la déclaration s'applique rétroactivement. La peine de trois ans et demi à laquelle l'accusé a été condamné par le juge chargé de la détermination de la peine est rétablie.

L'article 12 de la *Charte* accorde aux personnes le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités infligés par l'État. L'objectif sous-jacent de l'art. 12 est d'interdire à l'État d'infliger des douleurs et des souffrances physiques ou psychologiques par des traitements ou peines dégradants et déshumanisants. Cette disposition vise à protéger la dignité humaine et à assurer le respect de la valeur inhérente de chaque personne. L'article 12 comporte

animating purpose of safeguarding human dignity. First, s. 12 protects against the imposition of punishment that is so excessive as to be incompatible with human dignity. This prong is concerned with the severity of a punishment and queries whether the effects of an impugned punishment are grossly disproportionate to the appropriate punishment in a given case. Mandatory minimum sentences are analyzed under this prong of s. 12. Second, s. 12 protects against the imposition of punishment and treatment that are cruel and unusual because, by their very nature, they are intrinsically incompatible with human dignity. Under the second prong, the focus is on the method of punishment. The narrow class of punishments that fall within the second category will always be grossly disproportionate because these punishments are in themselves contrary to human dignity because of their degrading and dehumanizing nature.

To assess whether a mandatory minimum sentence violates s. 12 of the *Charter*, the Court has developed a two-stage inquiry: a court must (1) assess what constitutes a fit and proportionate sentence having regard to the objectives and principles of sentencing; and (2) consider whether the impugned provision requires the imposition of a sentence that is grossly disproportionate, not merely excessive, to the fit and proportionate sentence. This two-part assessment may proceed on the basis of either (a) the actual offender before the court, or (b) another offender in a reasonably foreseeable case or hypothetical scenario. Where the court concludes that the term of imprisonment prescribed by the mandatory minimum sentence provision is grossly disproportionate in either case, the provision infringes s. 12 and the court must turn to consider whether that infringement can be justified under s. 1 of the *Charter* if arguments or evidence to that effect are raised by the Crown.

The first stage of the s. 12 inquiry involves the individualized process of determining what a fit and proportionate sentence is for the particular (or representative) offender under consideration using the general sentencing principles set out by Parliament. It involves a complex and multifactorial assessment. To assist in this assessment, Parliament enacted s. 718 of the *Criminal Code*. Proper consideration is to be given to various objectives such as denunciation, deterrence, rehabilitation, providing reparations for harm done to victims, promoting a sense of responsibility and, when necessary, separating offenders from society. No sentencing objective should be applied to the exclusion

deux volets unis par leur objectif commun de préserver la dignité humaine. En premier lieu, l'art. 12 protège contre l'infliction d'une peine qui est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine. Ce volet porte sur la sévérité d'une peine et consiste à déterminer si les effets d'une peine attaquée sont exagérément disproportionnés par rapport à la peine appropriée dans un cas donné. Les peines minimales obligatoires sont analysées à ce volet de l'art. 12. En second lieu, l'art. 12 protège contre l'infliction de peines et de traitements cruels et inusités parce qu'ils sont, de par leur nature même, intrinsèquement incompatibles avec la dignité humaine. Aux termes du deuxième volet, l'accent est mis sur la méthode de punition. Le groupe limité de peines qui entrent dans la deuxième catégorie est toujours exagérément disproportionné parce que de telles peines sont, en soi, incompatibles avec la dignité humaine en raison de leur caractère dégradant et déshumanisant.

Pour déterminer si une peine minimale obligatoire viole l'art. 12 de la *Charte*, la Cour a mis au point une démarche en deux étapes : le tribunal doit (1) se demander ce qui constituerait une peine juste et proportionnée eu égard aux objectifs et aux principes de détermination de la peine; et (2) se demander si la disposition attaquée exige l'infliction d'une peine exagérément disproportionnée, et non simplement excessive, par rapport à la peine juste et proportionnée. Cette évaluation en deux étapes peut se faire en fonction soit a) de la personne délinquante qui comparaît devant le tribunal, soit b) d'une autre personne délinquante dans un cas raisonnablement prévisible ou un scénario hypothétique. Lorsque le tribunal conclut que la période d'emprisonnement prescrite par la disposition fixant une peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée dans l'un ou l'autre cas, la disposition en cause contrevient à l'art. 12, et le tribunal doit décider si cette contravention peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* lorsque des arguments ou éléments de preuve en ce sens sont présentés par la Couronne.

La première étape de l'analyse fondée sur l'art. 12 consiste à déterminer, de manière individualisée, quelle peine juste et proportionnée convient à la personne délinquante en cause (ou représentante) au moyen des principes généraux de détermination de la peine fixés par le Parlement. Il s'agit d'une évaluation complexe et multifactorielle. Pour aider à faire cette évaluation, le Parlement a adopté l'art. 718 du *Code criminel*. Il convient de tenir compte adéquatement de divers objectifs comme la dénonciation, la dissuasion, la réinsertion sociale, la réparation des torts causés aux victimes, la conscientisation des personnes délinquantes quant à leurs responsabilités et, lorsque cela est nécessaire,

of all others. Courts should also consider any aggravating and mitigating circumstances relating to the offence or to the offender. Whatever weight a judge may wish to accord to the objectives for sentencing in the *Criminal Code*, the resulting sentence must respect the fundamental principle of proportionality. Proportionality is a central tenet of Canada's sentencing regime, with roots that predate the recognition of it as the fundamental principle of sentencing in s. 718.1 of the *Criminal Code*. Founded in fairness and justice, the purpose of proportionality is to prevent unjust punishment for the sake of the common good and it serves as a limiting function to ensure that there is justice for the offender. The amount of punishment an offender receives must be proportionate to the gravity of the offence and the offender's moral blameworthiness. The gravity of the offence refers to the seriousness of the offence and should be measured by taking into account the consequences of the offender's actions on victims and public safety, and the physical and psychological harms that flowed from the offence. The offender's moral culpability or degree of responsibility should be measured by gauging the essential substantive elements of the offence including the offence's *mens rea*, the offender's conduct in the commission of the offence, the offender's motive for committing the offence, and aspects of the offender's background that increase or decrease the offender's individual responsibility for the crime, including the offender's personal circumstances and mental capacity. Moreover, since sentencing is a highly individualized and discretionary endeavour, a sentencing judge cannot simply approximate a sentence or otherwise provide a range of penalties. The judge is expected to articulate an individual, specific and defined sentence.

Punishments can be impugned not only on the basis that they infringe the s. 12 rights of a particular offender, but also on the basis that they infringe those of a reasonably foreseeable offender. Because it is the nature of the law that is at issue, not the claimant's status, it suffices for a claimant to allege unconstitutional effects in their case or on third parties. In crafting reasonable hypotheticals, a court is examining the scope of the impugned law and not merely the justice of a particular sentence imposed by a judge at trial. A reasonable hypothetical scenario

l'isolement des personnes délinquantes de la société. Aucun objectif de détermination de la peine ne devrait être appliqué à l'exclusion de tous les autres. Les tribunaux devraient également tenir compte de toute circonstance aggravante et atténuante se rapportant à l'infraction ou à la personne délinquante. Indépendamment du poids que le juge souhaite accorder à l'un des objectifs de détermination de la peine prescrits au *Code criminel*, la peine doit respecter le principe fondamental de proportionnalité. La proportionnalité est un précepte central du régime de détermination de la peine canadien, dont les racines en précèdent la reconnaissance en tant que principe fondamental de détermination de la peine à l'art. 718.1 du *Code criminel*. Fondé sur l'équité et la justice, l'objectif de proportionnalité consiste à prévenir l'infliction d'une peine injuste pour le bien commun, et il joue un rôle restrictif pour assurer la justice de la peine envers la personne délinquante. L'ampleur de la peine infligée à une personne délinquante doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et à la culpabilité morale de la personne délinquante. La gravité de l'infraction renvoie au caractère sérieux de l'infraction, et elle doit être mesurée en tenant compte des conséquences des agissements de la personne délinquante sur les victimes et la sécurité publique, ainsi que du préjudice corporel et psychologique découlant de l'infraction. La culpabilité morale ou le degré de responsabilité de la personne délinquante doit être mesuré en évaluant les éléments constitutifs essentiels de l'infraction, notamment sa *mens rea*, la conduite de la personne délinquante dans la perpétration de l'infraction, le mobile qui a poussé la personne délinquante à commettre l'infraction et les aspects du vécu de cette personne qui renforcent ou diminuent sa responsabilité individuelle à l'égard du crime, y compris sa situation personnelle et sa capacité mentale. En outre, puisque la détermination de la peine est une entreprise éminemment individualisée et discrétionnaire, le juge chargé de la détermination de la peine ne peut se contenter d'infliger une peine approximative ou de proposer par ailleurs un éventail de peines. Le juge doit formuler une peine individuelle, précise et définie.

Les peines peuvent être contestées non seulement au motif qu'elles portent atteinte aux droits que garantit l'art. 12 à une personne délinquante en particulier, mais aussi au motif qu'elles portent atteinte aux droits d'une personne délinquante se trouvant dans une situation raisonnablement prévisible. Comme c'est la nature de la loi qui est en question, et non le statut du demandeur, ce dernier n'a qu'à alléguer des effets inconstitutionnels dans sa cause ou sur des tiers. En élaborant des hypothèses raisonnables, le tribunal examine la portée de la disposition attaquée, et non

needs to be constructed with care and should include five characteristics. First, the hypothetical must be reasonably foreseeable. It ought not to be a far-fetched or marginally imaginable case, nor should it be a remote or extreme example. The appropriate approach is to construct a reasonably foreseeable offender with characteristics and in circumstances that are reasonably foreseeable based on judicial experience and common sense. What must be considered is how the provision impacts other persons who might reasonably be caught by it and the reasonably foreseeable situations in which the law may apply. Second, in defining the scope of the hypothetical scenario and the qualities of a reasonably foreseeable offender, courts may rely on reported cases since they not only illustrate the range of real-life conduct captured by the offence, they actually happened. However, courts may modify the facts of a reported case to illustrate reasonably foreseeable scenarios. Third, the hypothetical must be reasonable in view of the range of conduct in the offence in question. It needs to involve conduct that falls within the relevant provision. The scope of the offence can be explored and it is permissible to establish the breadth of the offence by reference to how it may be committed and by whom; however, straining each and every constituent element by fanciful facts is not helpful. Fourth, characteristics that are reasonably foreseeable for offenders, like age, poverty, race, Indigeneity, mental health issues and addiction, may be considered in crafting reasonable hypotheticals. Proportionality requires a consideration of the gravity of the offence and the offender's particular circumstances, which include their personal characteristics. Including such characteristics in hypothetical scenarios strengthens the analytical device by helping courts explore the reach of the mandatory penalty. However, the scenarios should not involve the most sympathetic offender but rather present a reasonably foreseeable offender. The hypothetical cannot be remote, far-fetched or utterly unrealistic. A court should be wary of detailed scenarios that stack mitigating factors combined with an interpretation that stretches and strains the technical meaning of the offence. Fifth, reasonable hypotheticals are best tested through the adversarial process. Although it is up to the offender/claimant to articulate and advance the reasonably foreseeable hypothetical which forms the basis for the claim that the impugned provision is unconstitutional, all parties should ideally be afforded a fair opportunity to challenge or comment upon the reasonableness of the hypothetical before making submissions on its constitutional implications. In doing so, parties can help the judge determine what type of hypothetical is reasonable in the circumstances. However, while testing the reasonable hypothetical through the adversarial process is

pas simplement l'équité d'une peine particulière prononcée par un juge lors du procès. Un scénario hypothétique raisonnable doit être concocté avec soin et il devrait comprendre cinq caractéristiques. Premièrement, l'hypothèse doit être raisonnablement prévisible. Elle ne devrait pas être une situation invraisemblable ou difficilement imaginable, ni être un exemple extrême ou n'ayant qu'un faible rapport avec l'espèce. La méthode appropriée consiste à imaginer une personne délinquante dont les caractéristiques et la situation sont raisonnablement prévisibles compte tenu de l'expérience judiciaire et du bon sens. Il faut se demander quel effet a la disposition sur d'autres personnes raisonnablement susceptibles de tomber sous le coup de celle-ci et quelles sont les situations raisonnablement prévisibles où la loi pourrait s'appliquer. Deuxièmement, lorsqu'ils définissent la portée du scénario hypothétique et les qualités d'une personne délinquante se trouvant dans une situation raisonnablement prévisible, les tribunaux peuvent s'appuyer sur les cas répertoriés, car non seulement ils montrent toute l'étendue des actes susceptibles de tomber concrètement sous le coup de l'infraction, mais les situations en cause se sont effectivement présentées. Les tribunaux peuvent toutefois modifier les faits d'un cas répertorié pour illustrer des scénarios raisonnablement prévisibles. Troisièmement, la situation hypothétique doit être raisonnable eu égard à l'étendue des actes visés par l'infraction en question. Elle doit mettre en jeu une conduite qui tombe sous le coup de la disposition pertinente. La portée de l'infraction peut être étudiée, et il est permis d'en établir l'ampleur compte tenu de la manière dont elle peut être commise et de son auteur; il n'est cependant pas utile de forcer chaque élément constitutif au moyen de faits fantaisistes. Quatrièmement, les caractéristiques raisonnablement prévisibles dans le cas des personnes délinquantes, comme l'âge, la pauvreté, la race, l'autochtonité, les problèmes de santé mentale et la dépendance, peuvent être pris en considération dans l'élaboration de situations hypothétiques raisonnables. La proportionnalité nécessite la prise en compte de la gravité de l'infraction et de la situation particulière de la personne délinquante, y compris ses caractéristiques personnelles. L'intégration de ces caractéristiques aux scénarios hypothétiques renforce le dispositif analytique en aidant les tribunaux à étudier la portée de la sanction obligatoire. Cependant, les scénarios ne devraient pas mettre en cause la personne délinquante la plus sympathique; ils devraient plutôt présenter une personne délinquante raisonnablement prévisible. La situation hypothétique ne saurait n'avoir qu'un faible rapport avec l'espèce, être invraisemblable ou tout à fait irréaliste. Le tribunal devrait se méfier des scénarios détaillés regorgeant de facteurs atténuants conjugués à une interprétation qui élargit et force le sens

to be encouraged, it is not mandatory in the sense that its absence represents a reviewable error.

The general sentencing principles applicable to an actual offender also apply when fixing a sentence for a reasonably foreseeable offender. Sentencing judges are bound by the *Criminal Code* and they must consider the sentencing proposals argued by counsel and utilize the method of analysis endorsed in their jurisdiction (whether sentencing ranges or starting point-sentences). As with cases involving an actual offender, courts should fix as narrowly defined a sentence as possible for a reasonably foreseeable offender. A court, however, may find it somewhat more difficult to fix a specific sentence for a reasonably foreseeable offender, given that hypotheticals are advanced without evidence or detailed facts. Accordingly, some latitude in fixing the fit sentence may be necessary. Courts may specify, for instance, that a sentence would be around a certain number of months. Any estimate must be circumscribed and tightly defined.

Once the fit sentence has been determined at the first stage, the second stage requires a contextual comparison between the fit sentence and the impugned mandatory minimum to see whether the latter complies with the widely-worded right set out in s. 12. Whether a mandatory minimum sentence is challenged based on its effect on the actual offender or on a reasonably foreseeable offender in a reasonable hypothetical, gross disproportionality is the applicable standard for invalidating it under s. 12 as cruel and unusual punishment. As the purpose of s. 12 is to safeguard human dignity, it protects offenders against grossly

technique de l'infraction. Cinquièmement, le processus accusatoire est la meilleure façon de mettre à l'épreuve les hypothèses raisonnables. Bien qu'il revienne à la personne délinquante/demanderesse de formuler et d'avancer la situation hypothétique raisonnablement prévisible sur laquelle repose l'allégation que la disposition attaquée est inconstitutionnelle, toutes les parties devraient idéalement se voir accorder une possibilité raisonnable de contester ou de commenter le caractère raisonnable de la situation hypothétique avant de présenter des arguments sur ses conséquences au plan constitutionnel. Ce faisant, les parties peuvent aider le juge à décider quel genre de situation hypothétique est raisonnable dans les circonstances. Toutefois, bien qu'il faille encourager la mise à l'épreuve de la situation hypothétique raisonnable au moyen du processus contradictoire, cela n'est pas obligatoire en ce sens que l'absence de cette mise à l'épreuve ne constitue pas une erreur susceptible de révision.

Les principes généraux de détermination de la peine applicables à une vraie personne délinquante s'appliquent également lorsqu'il s'agit de fixer la peine à infliger à une personne délinquante raisonnablement prévisible. Les juges chargés de la détermination de la peine sont liés par le *Code criminel*, et ils doivent prendre connaissance des propositions relatives à la peine à imposer faites par les avocats et utiliser la méthode d'analyse retenue dans leur ressort (qu'il s'agisse des fourchettes de peines ou des points de départ). Comme pour les affaires impliquant une vraie personne délinquante, les tribunaux devraient fixer une peine définie aussi étroitement que possible pour une personne délinquante raisonnablement prévisible. Le tribunal peut cependant trouver plus difficile d'établir une peine précise pour une personne délinquante raisonnablement prévisible, puisque les situations hypothétiques sont évoquées en l'absence d'éléments de preuve ou de faits détaillés. En conséquence, une certaine latitude peut s'avérer nécessaire dans la détermination de la peine juste. Les tribunaux peuvent préciser, par exemple, qu'une peine serait autour d'un certain nombre de mois. Toute estimation doit être circonscrite et rigoureusement définie.

Une fois que la peine juste a été déterminée à la première étape, la deuxième étape exige une comparaison contextuelle entre la peine juste et la peine minimale obligatoire attaquée afin de déterminer si celle-ci se conforme au droit exprimé en termes larges à l'art. 12. Que la peine minimale obligatoire soit contestée en fonction de ses effets sur le contrevenant en cause ou sur une personne délinquante raisonnablement prévisible se trouvant dans une situation hypothétique raisonnable, la disproportion exagérée est le critère applicable pour invalider cette peine en vertu de l'art. 12 au motif qu'elle est cruelle et inusitée. Comme

disproportionate terms of imprisonment. Furthermore, when comparing a mandatory minimum sentence to the fit sentence, the focus must be on the sentence itself. Courts must not consider parole eligibility as a factor reducing the actual impact of the impugned sentence, because the possibility of parole cannot cure a grossly disproportionate sentence.

The first part of the comparative task is to articulate what, if any, differences exist between the fit sentence identified at stage one and the mandatory minimum. Second, the punishment must be disproportionate in a manner or amount that is grossly so. This requires both the identification of any disparity between the sentences and an assessment of the mandatory minimum's effect and severity against constitutional standards. The process of assessing the existence and extent of any disparity between a fit punishment and the mandatory minimum imposed bears a resemblance to what occurs when a sentence is appealed and challenged as being demonstrably unfit. In such cases, there is a comparison between what would be fit and what has been imposed. However, gross disproportionality is a constitutional standard and a high bar. The elevated standard of gross disproportionality is intended to reflect a measure of deference to Parliament in crafting sentencing provisions. The word "grossly" signals Parliament is not required to impose perfectly proportionate sentences, which would undermine the ability of Parliament to establish norms of punishment, including mandatory minimum sentences. This is because, in respect of mandatory minimums, there is likely to be some disproportion between the individually fit sentence and the uniform mandatory minimum. In this regard, a sentence may be demonstrably unfit in the sense that an appellate court would intervene, but nevertheless not meet the constitutional threshold of being grossly disproportionate.

Three crucial components must be assessed when determining whether a mandatory minimum sentence is grossly disproportionate. The first component is the scope and reach of the offence. The case law reveals that a mandatory minimum sentence is more exposed to challenge where it captures disparate conduct of widely varying gravity and degrees of offender culpability. The wider the scope of the offence, the more likely there is a circumstance where the mandatory minimum will impose a lengthy term of imprisonment on conduct that involves lesser risk to the public and little moral fault. A court must assess to what

l'art. 12 a pour objet de préserver la dignité humaine, il protège les personnes délinquantes contre les peines d'emprisonnement exagérément disproportionnées. En outre, lorsqu'on compare une peine minimale obligatoire à la peine juste, on doit mettre l'accent sur la peine elle-même. Les tribunaux ne doivent pas considérer l'admissibilité à une libération conditionnelle comme un facteur réduisant l'effet réel de la peine contestée, et ce, parce que la possibilité d'obtenir une libération conditionnelle ne peut remédier à une peine exagérément disproportionnée.

Le premier volet de la comparaison consiste à préciser en quoi, le cas échéant, la peine juste définie à la première étape est différente de la peine minimale obligatoire. En second lieu, la peine doit être disproportionnée d'une manière flagrante ou à un degré démesuré. Il faut, pour ce faire, cerner l'existence d'une disparité entre les peines et évaluer les effets et la gravité de la peine minimale obligatoire à l'aune des normes constitutionnelles. Le processus d'évaluation de l'existence et de l'ampleur de toute disparité entre la peine juste et la peine minimale obligatoire prévue s'apparente à celui qui est suivi lorsqu'une peine est portée en appel et contestée au motif qu'elle est manifestement non indiquée. En pareil cas, il y a une comparaison entre la peine qui serait juste et celle qui a été infligée. La disproportion exagérée est toutefois une norme constitutionnelle exigeante. Le critère exigeant de la disproportion exagérée est censé exprimer une certaine déférence à l'égard du Parlement lorsqu'il élabore des dispositions en matière de détermination de la peine. Le mot « exagérément » indique que le Parlement n'est pas tenu d'imposer des peines parfaitement proportionnées, au risque de nuire à sa capacité d'établir des normes de châtiments, y compris des peines minimales obligatoires. En effet, s'agissant des peines minimales obligatoires, il existe probablement une certaine disproportion entre la peine adaptée à l'individu et la peine minimale obligatoire uniforme. À cet égard, une peine peut être manifestement non indiquée en ce sens qu'une juridiction d'appel interviendrait, tout en ne répondant pas au critère constitutionnel permettant de conclure qu'elle est exagérément disproportionnée.

Trois éléments cruciaux doivent être analysés lorsqu'on détermine si une peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée. Le premier élément est la portée et l'étendue de l'infraction. La jurisprudence révèle qu'une peine minimale obligatoire est plus susceptible d'être contestée lorsqu'elle vise des comportements disparates dont la gravité et pour lesquels le degré de culpabilité de la personne délinquante varient considérablement. Plus la portée de l'infraction est vaste, plus il est probable que la peine minimale obligatoire prévoit une longue période d'emprisonnement pour des actes qui présentent peu de

extent the offence's *mens rea* and *actus reus* capture a range of conduct as well as the degree of variation in the offence's gravity and the offender's culpability. It may consider whether the offence necessarily involves harm to a person or simply the risk of harm, whether there are ways of committing the offence that pose relatively little danger, and to what degree the offence's *mens rea* requires an elevated degree of culpability of the offender.

The second component in the gross disproportionality analysis is the effects of the penalty on the offender. Courts must aim to identify the precise harm associated with the punishment. This calls for an inquiry into the effects that the impugned punishment may have on the actual or reasonably foreseeable offender both generally and based on their specific characteristics and qualities. The principle of proportionality implies that where the impact of imprisonment is greater on a particular offender, a reduction in sentence may be appropriate. For this reason, courts have reduced sentences to reflect the comparatively harsher experience of imprisonment for certain offenders, like offenders in law enforcement, for those suffering disabilities, or for those whose experience of prison is harsher due to systemic racism. A court should also consider the additional period of imprisonment imposed by the mandatory minimum, given the profound impact of imprisonment.

The last component of the analysis focuses on the penalty and its objectives. When assessing gross disproportion, courts assess the severity of the punishment mandated by Parliament to determine whether and to what extent the minimum sentence goes beyond what is necessary to achieve Parliament's sentencing objectives relevant to the offence while having regard to the legitimate purposes of punishment and the adequacy of possible alternatives. Denunciation and deterrence, both general and specific, are valid sentencing principles. However, deference to Parliament's decision to impose denunciatory sentences cannot be unlimited, as this purpose could support sentences of unlimited length. In enacting mandatory minimums, Parliament can prioritize some sentencing objectives over others, but within certain limits. Given the purpose of s. 12, the role given to rehabilitation when considering a mandatory minimum will help determine if the provision amounts to cruel and unusual punishment. While rehabilitation has no standalone constitutional status, there is a

risques pour le public et comportent une faible faute morale. Le tribunal doit déterminer dans quelle mesure la *mens rea* et l'*actus reus* de l'infraction englobent une gamme de comportements, ainsi que le degré variable de gravité de l'infraction et de culpabilité de la personne délinquante. Il peut se demander si l'infraction implique nécessairement qu'un tort soit causé à une personne ou simplement qu'il y ait un risque de préjudice, s'il existe des façons de commettre l'infraction qui présentent relativement peu de danger, et dans quelle mesure la *mens rea* de l'infraction exige une culpabilité élevée chez la personne délinquante.

Le deuxième élément de l'analyse de la disproportion exagérée concerne les effets de la sanction sur la personne délinquante. Les tribunaux doivent s'efforcer de définir le préjudice précis causé par le châtement. Ils doivent pour ce faire analyser les conséquences que la peine contestée peut avoir sur la personne délinquante en cause ou sur une personne délinquante raisonnablement prévisible, tant de façon générale qu'en fonction des caractéristiques et qualités qui leur sont propres. Le principe de proportionnalité implique que lorsque l'emprisonnement a un effet plus grand sur une personne délinquante en particulier, il peut y avoir lieu de lui accorder une réduction de peine. Pour cette raison, les tribunaux ont réduit des peines afin de tenir compte de l'expérience de la prison relativement plus dure pour certaines personnes délinquantes, comme celles faisant partie des forces de l'ordre, celles qui souffrent d'un handicap, ou celles dont l'expérience de la prison est plus dure en raison du racisme systémique. Le tribunal devrait également tenir compte de la période d'emprisonnement supplémentaire imposée par la peine minimale obligatoire, compte tenu des répercussions profondes de l'emprisonnement.

Le dernier élément de l'analyse met l'accent sur la sanction et ses objectifs. Lorsqu'ils évaluent la disproportion exagérée, les tribunaux examinent la sévérité de la sanction imposée par le Parlement afin de déterminer dans quelle mesure, le cas échéant, la peine minimale va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du Parlement en matière de détermination de la peine pertinents au regard de l'infraction particulière en tenant compte des objectifs pénaux légitimes et du caractère adéquat des solutions de rechange possibles. La dénonciation et la dissuasion, tant générale que spécifique, sont des objectifs valables en matière de détermination de la peine. Toutefois, la déférence à l'égard de la décision du Parlement d'imposer des peines exemplaires ne peut être sans limites, car cet objectif pourrait être invoqué pour justifier des peines d'une durée illimitée. En édictant des peines minimales obligatoires, le Parlement peut privilégier certains objectifs de détermination de la peine par rapport à d'autres, à condition de respecter certaines limites. Étant

strong connection between the objective of rehabilitation and human dignity. A punishment that completely disregards rehabilitation would disrespect and be incompatible with human dignity and would therefore constitute cruel and unusual punishment under s. 12. In order to respect s. 12, punishment or sentencing must take rehabilitation into account. In addition, courts should assess whether the length of imprisonment legislated is too excessive in light of other potentially adequate alternatives. There is no mathematical formula to determine the specific number of years that would make a sentence in excess of a legitimate penal aim. The analysis, in all cases, must be contextual and there is no hard number above or below which a sentence becomes grossly disproportionate. A mandatory minimum sentence, however, will be constitutionally suspect and require careful scrutiny when it provides no discretion to impose a sentence other than imprisonment in circumstances where there should not be imprisonment, given the gravity of the offence and the offender's culpability. In addition, a minimum sentence can be grossly disproportionate where a fit and proportionate sentence would include a lengthy term of imprisonment. A mandatory minimum that adds to an offender's prison sentence may have a significant effect, given the profound consequences of incarceration on an offender's life and liberty. Courts should evaluate the punishment in light of the principles of parity and proportionality.

In the instant case, the hypothetical scenario raised by the accused is reasonably foreseeable. It falls within the scope of the offence and does not stretch or strain its constituent elements. The *actus reus* of the offence requires an offender to discharge a firearm into or at a place, which means any building or structure. A residence constitutes a place. As for whether an air-powered rifle or pistol could constitute a firearm per s. 2 of the *Criminal Code*, the expert evidence revealed that there are numerous air-powered rifles and pistols commonly available in Canada which meet the *Criminal Code* definition of a firearm, but are not capable of perforating a typical residential framed wall assembly. It is also reasonably foreseeable to imagine a young person

donné l'objet de l'art. 12, le rôle accordé à la réinsertion sociale lorsqu'il s'agit d'examiner une peine minimale obligatoire aidera à déterminer si la disposition constitue une peine cruelle et inusitée. Bien que la réinsertion sociale n'ait pas de statut constitutionnel distinct, il existe un lien solide entre l'objectif de réinsertion sociale et la dignité humaine. Une peine qui fait totalement abstraction de la réinsertion sociale ne respecterait pas la dignité humaine et serait incompatible avec cette dernière, et elle constituerait de ce fait une peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12. Pour respecter l'art. 12, la peine ou la détermination de la peine doit tenir compte de la réinsertion sociale. De plus, les tribunaux devraient vérifier si la durée de l'emprisonnement prévue par la loi est trop excessive à la lumière d'autres solutions potentiellement adéquates. Il n'existe pas de formule mathématique permettant de déterminer le nombre précis d'années qui fait qu'une peine est excessive par rapport à un objectif pénal légitime. Dans tous les cas, l'analyse doit être contextuelle et il n'existe pas de chiffre précis au-delà ou en deçà duquel une peine devient exagérément disproportionnée. Une peine minimale obligatoire sera toutefois suspecte sur le plan constitutionnel et nécessitera un examen minutieux lorsqu'elle ne confère pas au juge le pouvoir discrétionnaire d'infliger d'autres peines que l'emprisonnement dans des situations où la personne délinquante ne devrait pas être condamnée à l'emprisonnement, compte tenu de la gravité de l'infraction et de la culpabilité de son auteur. En outre, une peine minimale peut être exagérément disproportionnée dans l'hypothèse où la peine juste et proportionnée comprendrait une longue peine d'emprisonnement. La peine minimale obligatoire qui alourdit la peine d'emprisonnement de la personne délinquante peut avoir un effet important, compte tenu des conséquences profondes de l'incarcération sur la vie et la liberté de cette personne. Les tribunaux devraient évaluer la peine à la lumière des principes de parité et de proportionnalité.

En l'espèce, le scénario hypothétique évoqué par l'accusé est raisonnablement prévisible. Il relève de la portée de l'infraction et ne force ni ne dénature ses éléments constitutifs. L'*actus reus* de l'infraction exige que la personne délinquante décharge une arme à feu en direction d'un lieu, ce qui signifie tout bâtiment ou construction. Une résidence constitue un lieu. Pour ce qui est de savoir si une carabine ou un pistolet à air comprimé pourrait constituer une arme à feu au sens de l'art. 2 du *Code criminel*, la preuve d'expert a révélé qu'il existait un grand nombre de carabines et de pistolets à air comprimé couramment disponibles au Canada qui répondent à la définition d'arme à feu du *Code criminel*, mais qui ne sont pas capables de perforer

firing a BB gun or a paintball gun at a house as part of a game, to pass time, or for a bit of mischief.

At the first stage of the s. 12 inquiry, a fit sentence for the hypothetical offender in the accused's proposed scenario would not involve imprisonment. Because the gravity of the offence and the culpability of the offender in this scenario are low, and the youthfulness of the offender acts as a mitigating factor, the fit and proportionate sentence is a suspended sentence of up to 12 months' probation. At stage two of the inquiry, the analysis leads to the conclusion that the four-year mandatory minimum sentence under s. 244.2(3)(b) is grossly disproportionate to the fit sentence. It applies to an offence that captures a wide spectrum of conduct, ranging from acts that present little danger to the public to those that pose a grave risk. The mandatory punishment would have significant deleterious effects on youthful offenders, who are viewed as having high rehabilitative prospects. Therefore, the mandatory minimum's effect is extremely severe as it replaces a probationary sentence with four years of imprisonment. A four-year custodial sentence is so excessive as to be significantly out of sync with sentencing norms and goes far beyond what is necessary for Parliament to achieve its sentencing goals for this offence. Denunciation and deterrence cannot support the minimum punishment, nor does the minimum show any respect for the principles of parity and proportionality. It would outrage Canadians to learn that an offender can receive four years of imprisonment for firing a paintball gun at a home. As the Crown does not advance any argument or evidence to demonstrate that the punishment may be justified under s. 1, there is no need to address this issue.

Per Côté J. (dissenting): The appeal should be dismissed. The four-year mandatory minimum sentence formerly imposed by s. 244.2(3)(b) of the *Criminal Code* does not violate s. 12 of the *Charter*.

There is agreement with the majority's affirmation of the two-stage inquiry for determining whether a mandatory minimum sentence violates s. 12. Courts must: (1) determine what constitutes a proportionate sentence for the offence, having regard to the objectives and principles of

un assemblage de mur à ossature résidentielle typique. Il est aussi raisonnablement prévisible d'imaginer une jeune personne décharger un fusil à balles BB ou un fusil de paintball en direction d'une maison dans le cadre d'un jeu, pour passer le temps ou pour faire un mauvais coup.

À la première étape de l'analyse relative à l'art. 12, la peine juste pour la jeune personne délinquante hypothétique dans le scénario proposé par l'accusé n'impliquerait pas l'emprisonnement. Puisque la gravité de l'infraction et la culpabilité de la personne délinquante sont peu élevées dans ce scénario et que le jeune âge de cette personne constitue une circonstance atténuante, la peine juste et proportionnée est le sursis au prononcé d'une peine d'au plus 12 mois de probation. À la deuxième étape de l'analyse, celle-ci mène à la conclusion que la peine minimale obligatoire de quatre ans que prévoit l'al. 244.2(3)b) est exagérément disproportionnée par rapport à la peine juste. Elle s'applique à une infraction qui englobe une vaste gamme de comportements, allant d'actes qui ne présentent guère de danger pour le public à d'autres qui posent un risque élevé. La peine obligatoire aurait des effets préjudiciables importants sur les jeunes délinquants, qui sont considérés comme ayant de grandes chances de réinsertion sociale. Par conséquent, l'effet de la peine minimale obligatoire est extrêmement dur, car elle remplace une mesure probatoire par quatre ans d'emprisonnement. Une peine de quatre ans d'emprisonnement est excessive au point d'être en décalage marqué par rapport aux normes de détermination de la peine et va bien au-delà de ce qui est nécessaire pour que le Parlement atteigne ses objectifs en matière de détermination de la peine pour cette infraction. La dénonciation et la dissuasion ne peuvent pas justifier la peine minimale, et celle-ci ne témoigne pas non plus d'un respect pour les principes de parité et de proportionnalité. Les Canadiens et Canadiennes seraient indignés d'apprendre qu'une personne délinquante peut être condamnée à quatre ans d'emprisonnement pour avoir déchargé un fusil de paintball en direction d'une maison. Comme la Couronne n'a pas présenté d'argument ou de preuve pour démontrer que la peine peut être justifiée en vertu de l'article premier, il n'est pas nécessaire d'aborder cette question.

La juge Côté (dissidente) : Le pourvoi devrait être rejeté. La peine minimale obligatoire de quatre ans anciennement prescrite par l'al. 244.2(3)b) du *Code criminel* ne viole pas l'art. 12 de la *Charte*.

Il y a accord avec l'affirmation des juges majoritaires de l'analyse en deux étapes servant à déterminer si une peine minimale obligatoire viole l'art. 12. Les tribunaux doivent : (1) déterminer ce qui constituerait une peine proportionnée à l'infraction, eu égard aux objectifs et aux principes de

sentencing; and (2) ask whether the mandatory minimum sentence is grossly disproportionate to the sentence that would be fit and proportionate, either for the actual offender or for another offender in a reasonable hypothetical case.

However, there is disagreement with the majority's attempt to clarify the established framework through a new three-part test for gross disproportionality. The majority sets out three components to be assessed at stage two of the framework: (1) the scope and reach of the offence; (2) the effects of the punishment on the offender; and (3) the penalty and its objectives. Each of these duplicates considerations relevant to determining the low end of the range of fit and proportionate sentences for the offence at stage one. At the second stage, whether a mandatory minimum sentence is grossly disproportionate in relation to the length of the fit sentence — i.e., whether it is a sentence that is beyond merely excessive but so excessive as to outrage standards of decency — remains a normative judgment.

There is also disagreement with the majority's interpretation of s. 244.2(1)(a) of the *Criminal Code*. Parliament did not intend s. 244.2 to capture the reckless discharge of firearms in situations which present little danger to the public. Rather, it targeted offenders who specifically turned their mind to the fact that discharging their firearm would jeopardize the lives or safety of others. The *actus reus* of the offence, on its own, would extend to a wide range of conduct. But the scope of the offence is narrowed significantly by its mental element. The double *mens rea* requirement of s. 244.2(1)(a) captures only offenders who (1) intentionally discharge a firearm into or at a building or other place, with (2) knowledge of or recklessness as to the presence of occupants — and thus, who have turned their mind to the fact that shooting the firearm could put the lives or safety of others at risk. This interpretation, consistent with that of previous appellate courts, gives effect to the real intention of Parliament.

Properly interpreted, mere probation is not a fit and proportionate sentence for the s. 244.2(1)(a) offence. The hypothetical air-powered rifle scenario put forth by the accused at trial does not, without more, involve the kind of conduct that the law may reasonably be expected to catch. This scenario is crafted primarily on the offence's *actus reus*. There is no sufficient basis on which to conclude that

détermination de la peine; et (2) se demander si la peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée par rapport à la peine qui serait juste et proportionnée soit pour le délinquant en cause, soit pour un autre délinquant placé dans une situation hypothétique raisonnable.

Toutefois, il y a désaccord quant à la tentative des juges majoritaires de clarifier le cadre établi au moyen d'un nouveau test à trois volets applicable à la disproportion exagérée. Les juges majoritaires énoncent trois éléments qui doivent être analysés à la deuxième étape du cadre d'analyse : (1) la portée et l'étendue de l'infraction; (2) les effets de la peine sur le délinquant; et (3) la sanction et ses objectifs. Chacun de ces éléments reprend les considérations pertinentes pour établir l'extrémité inférieure de la gamme de peines justes et proportionnées pour l'infraction à la première étape. À la deuxième étape, la question de savoir si une peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée par rapport à la durée de la peine juste — c.-à-d. la question de savoir s'il s'agit d'une peine qui est plus que simplement excessive mais qui est excessive au point de porter atteinte aux normes de la décence — demeure un jugement normatif.

Il y a aussi désaccord quant à l'interprétation que donnent les juges majoritaires à l'al. 244.2(1)a) du *Code criminel*. Le Parlement n'entendait pas que l'art. 244.2 vise la décharge insouciance d'armes à feu dans des situations qui ne posent guère de danger pour le public. Il entendait plutôt viser les délinquants qui se sont concentrés sur le fait que la décharge de leur arme à feu compromettrait la vie ou la sécurité d'autrui. L'*actus reus* de l'infraction, à lui seul, engloberait un vaste éventail de conduites. Mais la portée de l'infraction est considérablement restreinte par son élément moral. L'exigence de double *mens rea* de l'al. 244.2(1)a) vise uniquement les délinquants qui (1) déchargent intentionnellement une arme à feu en direction d'un bâtiment ou d'un autre lieu, (2) sachant qu'il s'y trouve des occupants ou sans se soucier qu'il s'y trouve ou non des occupants — et qui ont donc songé au fait que tirer était susceptible de mettre la vie ou la sécurité d'autrui en danger. Cette interprétation, conforme à celle donnée antérieurement par les cours d'appel, respecte l'intention véritable du Parlement.

Interprétée correctement, la simple probation n'est pas une peine juste et proportionnée pour l'infraction prévue à l'al. 244.2(1)a). Le scénario hypothétique de la carabine à air comprimé présenté par l'accusé au procès ne comporte pas, sans plus, d'actes qui pourraient raisonnablement tomber sous le coup de la loi. Il est conçu principalement en fonction de l'*actus reus* de l'infraction.

the requisite *mens rea* would be satisfied. Missing from the hypothetical is whether the offender turned his mind to the presence of occupants, and the corresponding risk to lives or safety. The majority's position, which depends on the presence of a residential wall to protect occupants, ignores the possibility that bullets could go through a window or door, psychological effects on occupants or neighbours, and the risk of escalating violence. Intentionally shooting any firearm — which, by definition, must be capable of causing serious injury or death — into or at a building or other place, with knowledge of or recklessness as to the presence of occupants, is highly dangerous and culpable conduct. The absence of serious injury or death will just be a matter of luck.

A sentence of two years should properly be considered the low end of the range of fit and proportionate sentences in reasonably foreseeable applications of s. 244.2(1)(a). The minimum four-year sentence imposed by s. 244.2(3)(b) would double this period of incarceration. The effects of this should not be minimized and may be devastating. However, as a constitutional matter, this additional period of imprisonment does not meet the high threshold established by the Court for cruel and unusual punishment. A mandatory minimum sentence oversteps constitutional limits when it is grossly disproportionate, beyond merely excessive. It is only on rare occasions that the Court has found a minimum sentence to violate s. 12, in contrast to punishments which are cruel and unusual by nature such as torture or castration. Parliament is within its rights to emphasize the objectives of deterrence and denunciation in the context of firearms offences. The Court has repeatedly affirmed the denunciatory role of minimum sentences for conduct which offends our society's basic code of values. The intentional shooting of a life-threatening firearm into or at a building or other place, with knowledge of or recklessness as to the presence of occupants, is a clear example of such conduct.

The hypothetical scenario relied on by the majority is unmoored from judicial experience and common sense. It has not resulted in a single conviction under s. 244.2(1)(a) — nor would it, on a proper interpretation of

Rien ne permet de conclure que la *mens rea* requise serait établie. La situation hypothétique est silencieuse quant à la question de savoir si le délinquant a songé à la présence d'occupants, et au risque correspondant pour leur vie ou leur sécurité. La position des juges majoritaires, laquelle dépend de la présence d'un mur résidentiel pour protéger les occupants, ne prend aucunement en considération la possibilité que des balles puissent pénétrer une fenêtre ou une porte, les effets psychologiques sur les occupants ou les voisins, et le risque d'une escalade de violence. Le fait de tirer intentionnellement avec n'importe quelle arme à feu — qui, par définition, doit être susceptible d'infliger des blessures graves ou la mort — en direction d'un bâtiment ou d'un autre lieu, sachant qu'il s'y trouve des occupants ou sans se soucier qu'il s'y trouve ou non des occupants, est une conduite hautement dangereuse et coupable. L'absence de blessures graves ou de mort ne sera qu'une question de chance.

Une peine de deux ans devrait à juste titre être considérée comme correspondant à l'extrémité inférieure de la gamme de peines justes et proportionnées dans les applications raisonnablement prévisibles de l'al. 244.2(1)a). La peine minimale de quatre ans prévue à l'al. 244.2(3)b) aurait pour effet de doubler cette période d'incarcération. Il ne faudrait pas en minimiser les conséquences, lesquelles peuvent être dévastatrices. Cependant, sur le plan constitutionnel, cette période d'emprisonnement additionnelle n'atteint pas le seuil élevé établi par la Cour en ce qui concerne les peines cruelles et inusitées. Une peine minimale obligatoire outrepasserait les limites constitutionnelles lorsqu'elle est exagérément disproportionnée, au-delà de simplement excessive. Ce n'est que rarement que la Cour a conclu qu'une peine minimale violait l'art. 12, par opposition aux peines qui sont cruelles et inusitées par nature comme la torture ou la castration. Il est loisible au Parlement de mettre l'accent sur les objectifs de dissuasion et de dénonciation dans le contexte d'infractions liées aux armes à feu. La Cour a maintes fois confirmé la fonction de dénonciation des peines minimales pour des comportements qui portent atteinte au code des valeurs fondamentales de notre société. Tirer intentionnellement avec une arme à feu qui menace la vie en direction d'un bâtiment ou d'un autre lieu, sachant qu'il s'y trouve des occupants ou sans se soucier qu'il s'y trouve ou non des occupants, est un exemple clair d'un tel comportement.

La situation hypothétique sur laquelle se fondent les juges majoritaires n'a rien à voir avec l'expérience judiciaire et le bon sens. Elle n'a pas donné lieu à une seule déclaration de culpabilité en vertu de l'al. 244.2(1)a) — et

the offence. Section 244.2(1)(a) only captures intentional shootings which are highly blameworthy and antithetical to the peace of the community. A four-year minimum sentence is not so excessive as to outrage standards of decency or incompatible with human dignity to rise to the level of cruel and unusual punishment under s. 12.

Cases Cited

By Martin J.

Applied: *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; **considered:** *R. v. Bissonnette*, 2022 SCC 23, [2022] 1 S.C.R. 597; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; **referred to:** *R. v. Hilbach*, 2023 SCC 3, [2023] 1 S.C.R. 116; *Vézina v. R.*, 2018 QCCA 739; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *R. v. Dunn*, 2013 ONCA 539, 117 O.R. (3d) 171, aff'd 2014 SCC 69, [2014] 3 S.C.R. 490; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Poulin*, 2019 SCC 47, [2019] 3 S.C.R. 566; *Quebec (Attorney General) v. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 SCC 32, [2020] 3 S.C.R. 426; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Wiles*, 2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895; *R. v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3; *R. v. Wust*, 2000 SCC 18, [2000] 1 S.C.R. 455; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206; *R. v. Parranto*, 2021 SCC 46, [2021] 3 S.C.R. 366; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Morris*, 2021 ONCA 680, 159 O.R. (3d) 641; *R. v. Anderson*, 2021 NSCA 62, 405 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Wilmott* (1966), 58 D.L.R. (2d) 33; *R. v. Solowan*, 2008 SCC 62, [2008] 3 S.C.R. 309; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Priest* (1996), 30 O.R. (3d) 538; *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *R. v. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Suter*, 2018 SCC 34, [2018] 2 S.C.R. 496; *R. v. Bottineau*, 2011 ONCA 194, 269 C.C.C. (3d) 227; *R. v. Angelillo*, 2006 SCC 55, [2006] 2 S.C.R. 728; *R. v. Shoker*, 2006 SCC 44, [2006] 2 S.C.R. 399; *R. v. Lee*, 2012 ABCA 17, 58 Alta. L.R. (5th) 30; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754; *R. v. Ndhlovu*, 2022 SCC 38, [2022] 3 S.C.R. 52; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680;

ne pourrait non plus y donner lieu, suivant une interprétation correcte de l'infraction. L'alinéa 244.2(1)a) ne vise que les tirs intentionnels qui sont hautement répréhensibles et contraires à la paix de la communauté. Une peine minimale de quatre ans n'est ni excessive au point de porter atteinte aux normes de la décence ni incompatible avec la dignité humaine au point de constituer une peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12.

Jurisprudence

Citée par la juge Martin

Arrêt appliqué : *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; **arrêts examinés :** *R. c. Bissonnette*, 2022 CSC 23, [2022] 1 R.C.S. 597; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; **arrêts mentionnés :** *R. c. Hilbach*, 2023 CSC 3, [2023] 1 R.C.S. 116; *Vézina c. R.*, 2018 QCCA 739; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *R. c. Dunn*, 2013 ONCA 539, 117 O.R. (3d) 171, conf. par 2014 CSC 69, [2014] 3 R.C.S. 490; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, [2019] 3 R.C.S. 566; *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32, [2020] 3 R.C.S. 426; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895; *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3; *R. c. Wust*, 2000 CSC 18, [2000] 1 R.C.S. 455; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206; *R. c. Parranto*, 2021 CSC 46, [2021] 3 R.C.S. 366; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Morris*, 2021 ONCA 680, 159 O.R. (3d) 685; *R. c. Anderson*, 2021 NSCA 62, 405 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Wilmott* (1966), 58 D.L.R. (2d) 33; *R. c. Solowan*, 2008 CSC 62, [2008] 3 R.C.S. 309; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Priest* (1996), 30 O.R. (3d) 538; *R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Suter*, 2018 CSC 34, [2018] 2 R.C.S. 496; *R. c. Bottineau*, 2011 ONCA 194, 269 C.C.C. (3d) 227; *R. c. Angelillo*, 2006 CSC 55, [2006] 2 R.C.S. 728; *R. c. Shoker*, 2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 399; *R. c. Lee*, 2012 ABCA 17, 58 Alta. L.R. (5th) 30; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754; *R. c. Ndhlovu*, 2022 CSC 38, [2022] 3 R.C.S. 52; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*,

Re B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. McDonald* (1998), 40 O.R. (3d) 641; *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; *R. v. Smith*, 2019 SKCA 100, 382 C.C.C. (3d) 455; *R. v. Salehi*, 2022 BCCA 1; *R. v. Nuttall*, 2001 ABCA 277, 293 A.R. 364; *R. v. A.R.* (1994), 92 Man. R. (2d) 183; *R. v. Adamo*, 2013 MBQB 225, 296 Man. R. (2d) 245; *R. v. Wallace* (1973), 11 C.C.C. (2d) 95; *R. v. A.F.* (1997), 101 O.A.C. 146; *R. v. Batisse*, 2009 ONCA 114, 93 O.R. (3d) 643; *R. v. Marfo*, 2020 ONSC 5663; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424; *R. v. Oud*, 2016 BCCA 332, 339 C.C.C. (3d) 379; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Nassri*, 2015 ONCA 316, 125 O.R. (3d) 578; *R. v. Mohenu*, 2019 ONCA 291; *R. v. Tan*, 2008 ONCA 574, 268 O.A.C. 385; *R. v. T. (K.)*, 2008 ONCA 91, 89 O.R. (3d) 99; *R. v. Brown*, 2015 ONCA 361, 126 O.R. (3d) 797; *R. v. Laine*, 2015 ONCA 519, 338 O.A.C. 264; *R. v. Pretty*, 2005 BCCA 52, 208 B.C.A.C. 79; *R. v. Schnare*, [1988] N.S.J. No. 118 (QL), 1988 CarswellNS 568 (WL); *R. v. Cheung, Gee and Gee* (1977), 5 A.R. 356.

By Côté J. (dissenting)

R. v. Bissonnette, 2022 SCC 23, [2022] 1 S.C.R. 597; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, aff'g 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *R. v. Hilbach*, 2023 SCC 3, [2023] 1 S.C.R. 116; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599; *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *R. v. Hasselwander*, [1993] 2 S.C.R. 398; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Oud*, 2016 BCCA 332, 339 C.C.C. (3d) 379; *R. v. Itturiligaq*, 2020 NUCA 6; *R. v. Pretty*, 2005 BCCA 52, 208 B.C.A.C. 79; *R. v. Schnare*, [1988] N.S.J. No. 118 (QL), 1988 CarswellNS 568 (WL); *R. v. Cheung, Gee and Gee* (1977), 5 A.R. 356; *R. v. McMillan*, 2016 MBCA 12, 326 Man. R. (2d) 56; *R. v. Lyta*, 2013 NUCA 10, 561 A.R. 146; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385; *R. v. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226; *R. v. Felawka*, [1993] 4 S.C.R. 199; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134.

[1985] 1 R.C.S. 295; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. McDonald* (1998), 40 O.R. (3d) 641; *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290; *R. c. Smith*, 2019 SKCA 100, 382 C.C.C. (3d) 455; *R. c. Salehi*, 2022 BCCA 1; *R. c. Nuttall*, 2001 ABCA 277, 293 A.R. 364; *R. c. A.R.* (1994), 92 Man. R. (2d) 183; *R. c. Adamo*, 2013 MBQB 225, 296 Man. R. (2d) 245; *R. c. Wallace* (1973), 11 C.C.C. (2d) 95; *R. c. A.F.* (1997), 101 O.A.C. 146; *R. c. Batisse*, 2009 ONCA 114, 93 O.R. (3d) 643; *R. c. Marfo*, 2020 ONSC 5663; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424; *R. c. Oud*, 2016 BCCA 332, 339 C.C.C. (3d) 379; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Nassri*, 2015 ONCA 316, 125 O.R. (3d) 578; *R. c. Mohenu*, 2019 ONCA 291; *R. c. Tan*, 2008 ONCA 574, 268 O.A.C. 385; *R. c. T. (K.)*, 2008 ONCA 91, 89 O.R. (3d) 99; *R. c. Brown*, 2015 ONCA 361, 126 O.R. (3d) 797; *R. c. Laine*, 2015 ONCA 519, 338 O.A.C. 264; *R. c. Pretty*, 2005 BCCA 52, 208 B.C.A.C. 79; *R. c. Schnare*, [1988] N.S.J. No. 118 (QL), 1988 CarswellNS 568 (WL); *R. c. Cheung, Gee and Gee* (1977), 5 A.R. 356.

Citée par la juge Côté (dissidente)

R. c. Bissonnette, 2022 CSC 23, [2022] 1 R.C.S. 597; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, conf. 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *R. c. Hilbach*, 2023 CSC 3, [2023] 1 R.C.S. 116; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599; *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Oud*, 2016 BCCA 332, 339 C.C.C. (3d) 379; *R. c. Itturiligaq*, 2020 NUCA 6; *R. c. Pretty*, 2005 BCCA 52, 208 B.C.A.C. 79; *R. c. Schnare*, [1988] N.S.J. No. 118 (QL), 1988 CarswellNS 568 (WL); *R. c. Cheung, Gee and Gee* (1977), 5 A.R. 356; *R. c. McMillan*, 2016 MBCA 12, 326 Man. R. (2d) 56; *R. c. Lyta*, 2013 NUCA 10, 561 A.R. 146; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385; *R. c. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226; *R. c. Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 199; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code and the Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 2022, c. 15.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11, 12.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 “firearm”, 84(3)(d)(i), 244.2, (2) “place”, (3)(b) [repl. 2022, c. 15, s. 11], 344(1)(a)(i), (a.1) [rep. *idem*, s. 12], 718, 718.1, 718.2(a)(i), (e).
Firearms Act, S.C. 1995, c. 39.
Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, s. 38.

Authors Cited

Berger, Benjamin L. “Proportionality and the Experience of Punishment”, in David Cole and Julian Roberts, eds., *Sentencing in Canada: Essays in Law, Policy, and Practice*. Toronto: Irwin Law, 2020, 368.
 Cairns Way, Rosemary. “A Disappointing Silence: Mandatory Minimums and Substantive Equality” (2015), 18 C.R. (7th) 297.
 Canada. Canadian Sentencing Commission. *Sentencing Reform: A Canadian Approach*. Ottawa, 1987.
 Canada. Department of Justice. Research and Statistics Division. *Spotlight on Gladue: Challenges, Experiences, and Possibilities in Canada’s Criminal Justice System*. Ottawa, 2017.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 144, No. 29, 2nd Sess., 40th Parl., March 12, 2009, pp. 1687-88, 1702.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 144, No. 45, 2nd Sess., 40th Parl., April 24, 2009, p. 2675.
 Canada. Office of the Correctional Investigator. *A Case Study of Diversity in Corrections: The Black Inmate Experience in Federal Penitentiaries*. Ottawa, 2013.
 Canada. Office of the Correctional Investigator and Office of the Provincial Advocate for Children and Youth. *Missed Opportunities: The Experience of Young Adults Incarcerated in Federal Penitentiaries*. Ottawa, 2017.
 Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 146, No. 31, 2nd Sess., 40th Parl., May 5, 2009, pp. 732-33.
 Chaster, Sarah. “Cruel, Unusual, and Constitutionally Infirm: Mandatory Minimum Sentences in Canada” (2018), 23 *Appeal* 89.
 Fehr, Colton. “Tying Down the Tracks: Severity, Method, and the Text of Section 12 of the Charter” (2021), 25 *Can. Crim. L.R.* 235.
 Kerr, Lisa. “Sentencing Ashley Smith: How Prison Conditions Relate to the Aims of Punishment” (2017), 32 *C.J.L.S.* 187.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11, 12.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 2 « arme à feu », 84(3)d), 244.2, (2) « lieu », (3)b) [repl. 2022, c. 15, art. 11], 344(1)a)(i), a.1) [abr. *idem*, art. 12], 718, 718.1, 718.2a)(i), e).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi modifiant le Code criminel et la Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 2022, c. 15.
Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, c. 1, art. 38.
Loi sur les armes à feu, L.C. 1995, c. 39.

Doctrine et autres documents cités

Berger, Benjamin L. « Proportionality and the Experience of Punishment », in David Cole and Julian Roberts, eds., *Sentencing in Canada : Essays in Law, Policy, and Practice*, Toronto, Irwin Law, 2020, 368.
 Cairns Way, Rosemary. « A Disappointing Silence : Mandatory Minimums and Substantive Equality » (2015), 18 C.R. (7th) 297.
 Canada. Bureau de l’enquêteur correctionnel. *Étude de cas sur la diversité dans les services correctionnels : l’expérience des détenus de race noire dans les pénitenciers*, Ottawa, 2013.
 Canada. Bureau de l’enquêteur correctionnel et Bureau de l’intervenant provincial en faveur des enfants et des jeunes. *Occasions manquées : L’expérience des jeunes adultes incarcérés dans les pénitenciers fédéraux*, Ottawa, 2017.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 144, n° 29, 2^e sess., 40^e lég., 12 mars 2009, p. 1687-1688, 1702.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 144, n° 45, 2^e sess., 40^e lég., 24 avril 2009, p. 2675.
 Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Réformer la sentence : une approche canadienne*, Ottawa, 1987.
 Canada. Ministère de la Justice. Division de la recherche et de la statistique. *La lumière sur l’arrêt Gladue : défis, expériences et possibilités dans le système de justice pénale canadien*, Ottawa, 2017.
 Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 146, n° 31, 2^e sess., 40^e lég., 5 mai 2009, p. 732-733.
 Chaster, Sarah. « Cruel, Unusual, and Constitutionally Infirm : Mandatory Minimum Sentences in Canada » (2018), 23 *Appeal* 89.
 Fehr, Colton. « Tying Down the Tracks : Severity, Method, and the Text of Section 12 of the Charter » (2021), 25 *Rev. can. D.P.* 235.

Kerr, Lisa, and Benjamin L. Berger. “Methods and Severity: The Two Tracks of Section 12” (2020), 94 *S.C.L.R.* (2d) 235.

Mangat, Raji. *More Than We Can Afford: The Costs of Mandatory Minimum Sentencing*. Vancouver: British Columbia Civil Liberties Association, 2014.

Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 10th ed. Toronto: LexisNexis, 2020.

Stuart, Don. “*Boudreault*: The Supreme Court Strikes Down Mandatory Victim Surcharges to Protect Vulnerable Offenders” (2019), 50 C.R. (7th) 276.

Sullivan, Ruth. *The Construction of Statutes*, 7th ed. Toronto: LexisNexis, 2022.

Kerr, Lisa. « Sentencing Ashley Smith : How Prison Conditions Relate to the Aims of Punishment » (2017), 32 *R.C.D.S.* 187.

Kerr, Lisa, and Benjamin L. Berger. « Methods and Severity : The Two Tracks of Section 12 » (2020), 94 *S.C.L.R.* (2d) 235.

Mangat, Raji. *More Than We Can Afford : The Costs of Mandatory Minimum Sentencing*, Vancouver, British Columbia Civil Liberties Association, 2014.

Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 10th ed., Toronto, LexisNexis, 2020.

Stuart, Don. « *Boudreault* : The Supreme Court Strikes Down Mandatory Victim Surcharges to Protect Vulnerable Offenders » (2019), 50 C.R. (7th) 276.

Sullivan, Ruth. *The Construction of Statutes*, 7th ed., Toronto, LexisNexis, 2022.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (O’Ferrall, Wakeling and Antonio JJ.A.), 2020 ABCA 263, 9 Alta. L.R. (7th) 226, [2021] 2 W.W.R. 31, 391 C.C.C. (3d) 37, 466 C.R.R. (2d) 286, 65 C.R. (7th) 233, [2020] A.J. No. 740 (QL), 2020 CarswellAlta 1265 (WL), setting aside a decision of Jerke J., 2018 ABQB 945, 79 Alta. L.R. (6th) 161, [2019] 1 W.W.R. 551, 425 C.R.R. (2d) 43, [2018] A.J. No. 1379 (QL), 2018 CarswellAlta 2760 (WL), and varying the sentence of the accused. Appeal allowed, Côté J. dissenting.

Heather Ferg and W. E. Brett Code, K.C., for the appellant.

Robert A. Fata, for the respondent.

Janna A. Hyman, for the intervener the Director of Public Prosecutions.

Andreea Baiasu and Gregory Furmaniuk, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Written submissions only by *Glenn Hubbard*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Grace Hession David, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges O’Ferrall, Wakeling et Antonio), 2020 ABCA 263, 9 Alta. L.R. (7th) 226, [2021] 2 W.W.R. 31, 391 C.C.C. (3d) 37, 466 C.R.R. (2d) 286, 65 C.R. (7th) 233, [2020] A.J. No. 740 (QL), 2020 CarswellAlta 1265 (WL), qui a infirmé une décision du juge Jerke, 2018 ABQB 945, 79 Alta. L.R. (6th) 161, [2019] 1 W.W.R. 551, 425 C.R.R. (2d) 43, [2018] A.J. No. 1379 (QL), 2018 CarswellAlta 2760 (WL), et modifié la peine prononcée contre l’accusé. Pourvoi accueilli, la juge Côté est dissidente.

Heather Ferg et W. E. Brett Code, c.r., pour l’appelant.

Robert A. Fata, pour l’intimé.

Janna A. Hyman, pour l’intervenante la directrice des poursuites pénales.

Andreea Baiasu et Gregory Furmaniuk, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Glenn Hubbard*, pour l’intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Grace Hession David, pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Emily MacKinnon, Amanda G. Manasterski and Stephen Armstrong, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Janani Shanmuganathan and Laura Metcalfe, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Eric V. Gottardi, K.C., and Chantelle van Wiltenburg, for the intervener the Canadian Bar Association.

Nader R. Hasan and Ryann Atkins, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal J.J. was delivered by

MARTIN J. —

I. Introduction

[1] This appeal, and the companion appeal of *R. v. Hilbach*, 2023 SCC 3, [2023] 1 S.C.R. 116, provide the Court with an opportunity to clarify the legal principles that govern when the constitutionality of a mandatory minimum sentencing provision is challenged under s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. At issue in both appeals are three different offences under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which involve the use of a firearm. In this appeal, the appellant, Jesse Dallas Hills, was convicted of discharging a firearm into or at a home under s. 244.2(1)(a). Mr. Hills challenges the four-year mandatory minimum sentence previously imposed by s. 244.2(3)(b) for this offence. The mandatory minimum sentence prescribed in s. 244.2(3)(b) was repealed after this appeal was heard. Despite this legislative change, the reasons examine the impugned mandatory minimum as previously enacted. In the companion case, Ocean William Storm Hilbach and Curtis Zwozdesky were convicted of armed robbery. They challenge, respectively, the five-year mandatory minimum for robbery with a restricted or prohibited firearm under s. 344(1)(a)(i) and the former four-year mandatory minimum for robbery with a firearm under s. 344(1)(a.1). The mandatory minimum sentence

Emily MacKinnon, Amanda G. Manasterski et Stephen Armstrong, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Janani Shanmuganathan et Laura Metcalfe, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Eric V. Gottardi, c.r., et Chantelle van Wiltenburg, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Nader R. Hasan et Ryann Atkins, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal rendu par

LA JUGE MARTIN —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi ainsi que le pourvoi connexe *R. c. Hilbach*, 2023 CSC 3, [2023] 1 R.C.S. 116, offrent à la Cour l'occasion de clarifier les principes de droit qui s'appliquent lorsque la constitutionnalité d'une disposition fixant une peine minimale obligatoire est contestée en vertu de l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le litige dans les deux pourvois porte sur trois infractions différentes au *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, qui impliquent l'utilisation d'une arme à feu. Dans le présent pourvoi, l'appelant, Jesse Dallas Hills, a été déclaré coupable d'avoir déchargé une arme à feu en direction d'une maison en violation de l'al. 244.2(1)a). Monsieur Hills conteste la peine minimale obligatoire de quatre ans imposée antérieurement par l'al. 244.2(3)b) pour cette infraction. La peine minimale obligatoire prescrite à l'al. 244.2(3)b) a été abrogée après l'audition du présent pourvoi. Malgré cette modification législative, les motifs portent sur la peine minimale obligatoire attaquée qui était auparavant en vigueur. Dans le pourvoi connexe, Ocean William Storm Hilbach et Curtis Zwozdesky ont été déclarés coupables de vol à main armée. Ils contestent, respectivement, la peine minimale obligatoire de cinq ans pour vol qualifié au moyen d'une arme à feu à autorisation

set out in s. 344(1)(a.1) was also repealed after the *Hilbach* appeal was heard.

[2] In both appeals, the offenders argue that the prescribed mandatory minimum sentences constitute cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the *Charter*. They claim that these automatic sentences, which impose a stated minimum term of imprisonment, are grossly disproportionate to what would be a fit and appropriate punishment and therefore offend the *Charter*. Mr. Hills and Mr. Zwozdesky admit that the minimum sentences were warranted based on the facts of their cases, but nevertheless challenge the law based on how the sentencing provisions could reasonably apply to others for whom they claim the minimum penalties imposed would be constitutionally infirm punishments.

[3] This is not the first time the constitutionality of mandatory minimum sentences has been before this Court. While these appeals reveal some of the challenges faced when determining whether a punishment is grossly disproportionate, there is no reason to upset sound and settled law and adopt the new approaches advocated by some parties, interveners and judges of the Alberta Court of Appeal. The principles for assessing whether a punishment is cruel and unusual are well established and were recently and unanimously affirmed in *R. v. Bissonnette*, 2022 SCC 23, [2022] 1 S.C.R. 597. In this decision, the Court seeks to provide further guidance, direction and clarity. These reasons offer a framework in response to submissions in both this appeal and in *Hilbach*. As such, I will not distinguish between submissions from counsel in both cases addressing suggested changes to the s. 12 framework.

[4] In this appeal, I first set out the generally applicable framework and foundational principles for the s. 12 analysis and then apply them to Mr. Hills and, in

restreinte ou d'une arme à feu prohibée, prévue au sous-al. 344(1)a(i), et l'ancienne peine minimale obligatoire de quatre ans pour vol qualifié au moyen d'une arme à feu, prévue à l'al. 344(1)a.1). La peine minimale obligatoire fixée à l'al. 344(1)a.1) a elle aussi été abrogée après l'audition du pourvoi *Hilbach*.

[2] Dans les deux pourvois, les délinquants soutiennent que les peines minimales obligatoires prescrites constituent des peines cruelles et inusitées, en violation de l'art. 12 de la *Charte*. Ils prétendent que ces peines automatiques, lesquelles imposent une période d'emprisonnement minimale déterminée, sont exagérément disproportionnées à ce qui constituerait une peine juste et appropriée, et contreviennent donc à la *Charte*. Messieurs Hills et Zwozdesky admettent que les peines minimales étaient justifiées au regard des faits de leurs dossiers. Ils contestent néanmoins la loi en raison du fait que les dispositions sur la peine pourraient raisonnablement s'appliquer à d'autres pour qui, selon eux, les peines minimales infligées constitueraient des châtiments inconstitutionnels.

[3] Ce n'est pas la première fois que notre Cour a à statuer sur la constitutionnalité de peines minimales obligatoires. Bien que les présents pourvois mettent en évidence certains des défis que présente le fait de déterminer si une peine est exagérément disproportionnée, il n'y a aucune raison de bouleverser des règles de droit solides et établies et d'adopter les nouvelles démarches préconisées par certaines parties ainsi que certains intervenants et juges de la Cour d'appel de l'Alberta. Les principes qui servent à déterminer si une peine est cruelle et inusitée sont bien établis, et ont été récemment confirmés à l'unanimité dans l'arrêt *R. c. Bissonnette*, 2022 CSC 23, [2022] 1 R.C.S. 597. Dans la présente décision, la Cour vise à fournir des repères, des directives et des éclaircissements supplémentaires. Les présents motifs fournissent un cadre en réponse aux observations présentées en l'espèce et dans l'affaire *Hilbach*. Par conséquent, je ne ferai pas de distinction entre les observations des avocats dans les deux affaires qui portent sur les changements proposés au cadre d'analyse de l'art. 12.

[4] En l'espèce, j'expose d'abord le cadre généralement applicable et les principes fondamentaux de l'analyse relative à l'art. 12, puis je les applique

Hilbach, to Mr. Hilbach and Mr. Zwozdesky. Whether a mandatory minimum is grossly disproportionate will depend upon the scope and reach of the offence, the effects of the punishment on the offender, and the penalty and its objectives.

[5] In respect of Mr. Hills, I conclude that s. 244.2(3)(b) is grossly disproportionate. Here, the evidence showed that numerous air-powered rifles constituted “firearms”, including air-powered devices like paintball guns, even though they could not perforate the wall of a typical residence. It is also reasonably foreseeable that a young person could intentionally discharge such a “firearm” into or at a place of residence. This provision therefore applies to an offence that captures a wide spectrum of conduct, ranging from acts that present little danger to the public to those that pose a grave risk. Its effect at the low end of the spectrum is severe. The mandatory minimum cannot be justified by deterrence and denunciation alone, and the punishment shows a complete disregard for sentencing norms. The mandatory prison term would have significant deleterious effects on a youthful offender and it would shock the conscience of Canadians to learn that an offender can receive four years of imprisonment for firing a paintball gun at a home. As a result, s. 244.2(3)(b) imposes a mandatory minimum of four years’ imprisonment for a much less grave type of activity such that it is grossly disproportionate and amounts to cruel and unusual punishment. The Crown did not argue that s. 244.2(3)(b) could be saved under s. 1 of the *Charter*. Accordingly, I would allow the appeal. I address s. 344(1)(a)(i) and (a.1) in the companion case of *Hilbach*.

à M. Hills et, dans *Hilbach*, à MM. Hilbach et Zwozdesky. La détermination du caractère exagérément disproportionné d’une peine minimale obligatoire dépend de la portée et l’étendue de l’infraction, des effets du châtement sur la personne délinquante de même que de la sanction et de ses objectifs.

[5] Pour ce qui est de M. Hills, je conclus que l’al. 244.2(3)b) est exagérément disproportionné. En l’espèce, la preuve a démontré que de nombreuses carabines à air comprimé constituaient des « armes à feu », notamment des dispositifs à air comprimé comme des fusils de paintball, même si elles ne peuvent pas percer le mur d’une résidence ordinaire. De plus, il est raisonnablement prévisible qu’une jeune personne décharge intentionnellement une « arme à feu » de ce genre en direction d’un lieu de résidence. Cette disposition s’applique donc à une infraction qui englobe une vaste gamme de comportements, allant d’actes qui ne présentent guère de danger pour le public à ceux qui posent un risque élevé. Son effet à l’extrémité inférieure du spectre est grave. La peine minimale obligatoire ne peut se justifier uniquement par la dissuasion et la dénonciation, et le châtement démontre un mépris total envers les normes de détermination de la peine. La période d’emprisonnement obligatoire aurait d’importants effets préjudiciables sur une jeune personne délinquante, et la conscience des Canadiens et des Canadiennes serait choquée s’ils apprenaient qu’une personne délinquante peut se voir infliger quatre ans d’emprisonnement pour avoir déchargé un fusil de paintball en direction d’une maison. Par conséquent, l’al. 244.2(3)b) prévoit une peine minimale de quatre ans d’emprisonnement pour un type d’activité beaucoup moins grave, si bien qu’il est exagérément disproportionné et équivaut à une peine cruelle et inusitée. La Couronne n’a pas fait valoir que l’al. 244.2(3)b) pouvait être sauvegardé en vertu de l’article premier de la *Charte*. En conséquence, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi. Je traite du sous-al. 344(1)a)(i) et de l’al. 344(1)a.1) dans l’affaire connexe *Hilbach*.

II. Legislative Background

A. *The Challenged Mandatory Minimum*

[6] Mr. Hills was subject to the mandatory minimum at issue after he pled guilty to the offence in s. 244.2(1)(a):

244.2 (1) Every person commits an offence

(a) who intentionally discharges a firearm into or at a place, knowing that or being reckless as to whether another person is present in the place; or

(b) who intentionally discharges a firearm while being reckless as to the life or safety of another person.

(2) For the purpose of paragraph (1)(a), *place* means any building or structure — or part of one — or any motor vehicle, vessel, aircraft, railway vehicle, container or trailer.

(3) Every person who commits an offence under subsection (1) is guilty of an indictable offence and

(a) if a restricted firearm or prohibited firearm is used in the commission of the offence or if the offence is committed for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization, is liable to imprisonment for a term of not more than 14 years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of

(i) five years, in the case of a first offence, and

(ii) seven years, in the case of a second or subsequent offence; and

(b) in any other case, is liable to imprisonment for a term of not more than 14 years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of four years.

[7] After leave to appeal was granted, Parliament introduced and passed *An Act to amend the Criminal Code and the Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 2022, c. 15. The legislation received royal assent on November 17, 2022. It removed the mandatory minimum sentence prescribed in s. 244.2(3)(b). Mr. Hills' offence no longer attracts a mandatory minimum. The parties do not rely on Parliament's

II. Contexte législatif

A. *La peine minimale obligatoire contestée*

[6] Monsieur Hills était passible de la peine minimale obligatoire en litige après avoir plaidé coupable à l'infraction à l'al. 244.2(1)a :

244.2 (1) Commet une infraction quiconque :

a) soit décharge intentionnellement une arme à feu en direction d'un lieu, sachant qu'il s'y trouve une personne ou sans se soucier qu'il s'y trouve ou non une personne;

b) soit décharge intentionnellement une arme à feu sans se soucier de la vie ou la sécurité d'autrui.

(2) Pour l'application de l'alinéa (1)a, *lieu* s'entend de tout bâtiment ou construction — ou partie de ceux-ci —, véhicule à moteur, navire, aéronef, matériel ferroviaire, contenant ou remorque.

(3) Quiconque commet l'infraction prévue au paragraphe (1) est coupable d'un acte criminel passible :

a) s'il y a usage d'une arme à feu à autorisation restreinte ou d'une arme à feu prohibée lors de la perpétration de l'infraction, ou si celle-ci est perpétrée au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle ou en association avec elle, d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, la peine minimale étant :

(i) de cinq ans, dans le cas d'une première infraction,

(ii) de sept ans, en cas de récidive;

b) dans tous les autres cas, d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, la peine minimale étant de quatre ans.

[7] Après que l'autorisation d'appel eut été accordée, le Parlement a déposé et adopté la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 2022, c. 15. La loi a reçu la sanction royale le 17 novembre 2022. Elle a aboli la peine minimale obligatoire prescrite à l'al. 244.2(3)b). L'infraction de M. Hills n'est plus punissable d'une peine minimale obligatoire. Les

choice to remove this measure in their arguments. Further, the four-year mandatory minimum sentence was still in effect at the time of the hearing. While I acknowledge this legislative change, these reasons examine the provision as previously enacted with the applicable mandatory minimum term and as such, I will not address this issue further.

[8] The *actus reus* of s. 244.2(1)(a) requires that an offender discharge a firearm into or at a “place” (as defined by s. 244.2(2)). It is significant, for this appeal, that “place” has a very wide meaning: it includes “any building or structure”, which encompasses anything from a windowless garden shed to a residential home. The *mens rea* for this offence contains two main components. First, the offender must *intentionally* discharge the firearm into or at a place. Second, in intentionally discharging the firearm into or at a place, the offender must know a person is present in the place or be reckless as to whether a person is present there (*Vézina v. R.*, 2018 QCCA 739, at para. 27 (CanLII)). The *actus reus* does not require a person to be at the “place” where the firearm is discharged, only that the firearm be discharged *into or at a place* (para. 46). Thus, there is no requirement for a person to even be present when the firearm is discharged.

[9] Mr. Hills committed his offence using a hunting rifle, which is classified as an ordinary firearm. As a result, he was subject to the four-year minimum for s. 244.2(1)(a) listed in s. 244.2(3)(b). To appreciate the scope of s. 244.2(1)(a) and the mandatory minimum sentence in question, it is necessary to review the meaning of a “firearm” under the *Criminal Code* and Canada’s regulatory scheme for firearms.

B. The Applicable Firearms Regime

[10] Parliament regulates firearms through a variety of legislation including the licensing and registration

parties ne se fondent pas sur le choix du Parlement d’abolir cette mesure dans leurs arguments. De plus, la peine minimale obligatoire de quatre ans était toujours en vigueur au moment de l’audience. Bien que je prenne acte de cette modification législative, les présents motifs portent sur l’ancienne disposition et la peine minimale obligatoire qui s’appliquait, et je ne traiterai donc pas de ce point plus en détail.

[8] L’*actus reus* de l’infraction visée à l’al. 244.2(1)a exige que la personne délinquante décharge une arme à feu en direction d’un « lieu » (selon la définition qui en est donnée au par. 244.2(2)). Il est significatif, pour les besoins du présent pourvoi, que le mot « lieu » a un sens très large : il s’entend de « tout bâtiment ou construction », ce qui peut aussi bien englober une remise de jardin sans fenêtre qu’une résidence. La *mens rea* de cette infraction comporte deux volets principaux. Premièrement, la personne délinquante doit décharger *intentionnellement* l’arme à feu en direction d’un lieu. Deuxièmement, au moment de décharger intentionnellement l’arme à feu en direction d’un lieu, la personne délinquante doit savoir qu’une personne s’y trouve ou ne pas se soucier qu’il s’y trouve ou non une personne (*Vézina c. R.*, 2018 QCCA 739, par. 27 (CanLII)). L’*actus reus* n’exige pas qu’une personne se trouve au « lieu » où l’arme à feu est déchargée; il exige uniquement que l’arme à feu soit déchargée *en direction d’un lieu* (par. 46). Il n’est donc pas nécessaire qu’une personne soit même présente lorsque l’arme à feu est déchargée.

[9] Monsieur Hills a commis son infraction au moyen d’une carabine de chasse, qui est considérée comme une arme à feu ordinaire. Par conséquent, il était passible de la peine minimale de quatre ans énoncée à l’al. 244.2(3)b) pour l’infraction visée à l’al. 244.2(1)a). Pour saisir la portée de l’al. 244.2(1)a) et de la peine minimale obligatoire en question, il faut examiner le sens donné à une « arme à feu » dans le *Code criminel* et le régime canadien de réglementation des armes à feu.

B. Le régime applicable aux armes à feu

[10] Le Parlement régit les armes à feu au moyen de diverses mesures législatives, y compris le

regime in the *Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39, and through criminal prohibitions in the *Criminal Code* (*R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 6; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783). This legislation forms the background to this appeal and given its complexity, it is important to appreciate its operation before turning to Mr. Hills' challenge.

[11] To start, s. 244.2(1)(a) incorporates the *Criminal Code* definition of a firearm. Section 2 of the *Criminal Code* generally defines a "firearm" as "a barrelled weapon from which any shot, bullet or other projectile can be discharged and that is capable of causing serious bodily injury or death to a person, and includes any frame or receiver of such a barrelled weapon and anything that can be adapted for use as a firearm". While firearms are defined as "weapons", they do not need to meet the *Criminal Code* definition of a weapon (*R. v. Dunn*, 2013 ONCA 539, 117 O.R. (3d) 171, at para. 66, aff'd 2014 SCC 69, [2014] 3 S.C.R. 490).

[12] Courts rely on the "pig's eye test" to determine whether a barrelled weapon is capable of causing serious bodily injury or death and thus meets the definition of a "firearm" in the *Criminal Code* (*Dunn*, at paras. 8 and 40). The test asks whether a projectile fired from the device can rupture a pig's eye, which is physiologically similar to a human eye (para. 8). Since a ruptured eye is a "serious bodily injury", a "firearm" is any barrelled, projectile-firing device capable of putting someone's eye out (paras. 8 and 40). As the expert evidence on this appeal establishes, some air-powered devices, like BB guns, airsoft guns, and paintball guns, are capable of firing projectiles with enough velocity to rupture a pig's eye. As a result, they can be classified as firearms under the *Criminal Code*.

régime de délivrance de permis et d'enregistrement prévu par la *Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, c. 39, et d'interdictions criminelles établies par le *Code criminel* (*R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 6; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783). Ces mesures législatives constituent la toile de fond du présent pourvoi et, vu leur complexité, il importe d'en saisir l'application avant de passer à la contestation de M. Hills.

[11] Tout d'abord, l'al. 244.2(1)a intègre la définition donnée par le *Code criminel* à une arme à feu. L'article 2 du *Code criminel* définit en termes généraux une « arme à feu » comme « [t]oute arme susceptible, grâce à un canon qui permet de tirer du plomb, des balles ou tout autre projectile, d'infliger des lésions corporelles graves ou la mort à une personne, y compris une carcasse ou une boîte de culasse d'une telle arme ainsi que toute chose pouvant être modifiée pour être utilisée comme telle ». Bien que les armes à feu soient définies comme des « armes », il n'est pas nécessaire qu'elles correspondent à la définition d'une arme que l'on trouve dans le *Code criminel* (*R. c. Dunn*, 2013 ONCA 539, 117 O.R. (3d) 171, par. 66, conf. par 2014 CSC 69, [2014] 3 R.C.S. 490).

[12] Les tribunaux recourent au « test de l'œil de cochon » pour déterminer si une arme pourvue d'un canon peut causer des lésions corporelles graves ou la mort et ainsi répondre à la définition d'une « arme à feu » qui figure dans le *Code criminel* (*Dunn*, par. 8 et 40). Le test permet de déterminer si un projectile tiré du dispositif peut faire éclater l'œil d'un cochon, qui est physiologiquement semblable à un œil humain (par. 8). Puisqu'un œil éclaté constitue une « lésion corporelle grave », une « arme à feu » est tout dispositif pourvu d'un canon et tirant un projectile susceptible de détruire l'œil de quelqu'un (par. 8 et 40). Comme l'établit la preuve d'expert déposée dans le cadre du présent pourvoi, certains dispositifs à air comprimé, tels les fusils à balles BB, fusils de type « airsoft » et fusils de paintball, peuvent tirer des projectiles avec une vitesse suffisante pour faire éclater l'œil d'un cochon. Ils peuvent donc être considérés comme des armes à feu au sens du *Code criminel*.

[13] However, some air-powered devices that are “firearms” for the purposes of the *Criminal Code* are not subject to the *Firearms Act*’s licensing and registration regime. Indeed, the *Criminal Code* exempts some “firearms” from the *Firearms Act*. Specifically, at issue in this appeal is the exemption in s. 84(3)(d)(i):

(3) For the purposes of sections 91 to 95, 99 to 101, 103 to 107 and 117.03 of this Act and the provisions of the *Firearms Act*, the following weapons are deemed not to be firearms:

...

(d) any other barrelled weapon, where it is proved that the weapon is not designed or adapted to discharge

(i) a shot, bullet or other projectile at a muzzle velocity exceeding 152.4 m per second or at a muzzle energy exceeding 5.7 Joules

[14] Under s. 84(3)(d)(i), some air-powered devices that meet the pig’s eye test and constitute firearms under the *Criminal Code* are nevertheless exempted from the *Firearms Act*, since their muzzle velocity falls at or below 152.4 metres per second. As a result, even though they are “firearms” for the purposes of the *Criminal Code*, they can be freely possessed without a firearms licence.

[15] The implication for this appeal is that some air-powered devices, which can be freely possessed in Canada, are “firearms” for the purposes of s. 244.2(1)(a). Put simply, an offender could be convicted under s. 244.2(1)(a) for firing a BB gun or a paintball gun at a shed. This offender would then be subject to the four-year mandatory minimum. While s. 244.2(1)(a) may typically apply where an ordinary firearm is used (like Mr. Hills’ hunting rifle), it is possible for an offender to be convicted for using devices that are not known to inflict deadly force, like paintball guns. As I explain, this possibility underlies

[13] Toutefois, certains dispositifs à air comprimé qui sont des « armes à feu » pour l’application du *Code criminel* ne sont pas assujettis au régime de délivrance de permis et d’enregistrement instauré par la *Loi sur les armes à feu*. En effet, le *Code criminel* soustrait certaines « armes à feu » à l’application de la *Loi sur les armes à feu*. Plus précisément, l’exemption en litige dans le présent pourvoi est rédigée ainsi à l’al. 84(3)d) :

(3) Pour l’application des articles 91 à 95, 99 à 101, 103 à 107 et 117.03 et des dispositions de la *Loi sur les armes à feu*, sont réputés ne pas être des armes à feu :

...

d) toute autre arme pourvue d’un canon dont il est démontré qu’elle n’est ni conçue ni adaptée pour tirer du plomb, des balles ou tout autre projectile à une vitesse initiale de plus de 152,4 m par seconde ou dont l’énergie initiale est de plus de 5,7 joules

[14] Selon l’al. 84(3)d), certains dispositifs à air comprimé qui satisfont au test de l’œil de cochon et constituent des armes à feu au sens du *Code criminel* sont néanmoins soustraits à l’application de la *Loi sur les armes à feu*, car la vitesse de sortie de leur projectile est égale ou inférieure à 152,4 mètres par seconde. En conséquence, même s’ils sont des « armes à feu » pour l’application du *Code criminel*, il est possible d’en posséder librement sans détenir de permis d’arme à feu.

[15] Cela signifie, au terme du présent pourvoi, que certains dispositifs à air comprimé, que l’on peut posséder en toute liberté au Canada, sont des « armes à feu » pour l’application de l’al. 244.2(1)a). En clair, une personne délinquante pourrait être reconnue coupable en vertu de l’al. 244.2(1)a) pour avoir tiré avec un fusil à balles BB ou un fusil de paintball en direction d’une remise. Cette personne serait alors passible de la peine minimale obligatoire de quatre ans. Bien que l’al. 244.2(1)a) puisse habituellement s’appliquer lorsqu’une arme à feu ordinaire est utilisée (comme la carabine de chasse de M. Hills), il

the constitutional frailty of the mandatory minimum at issue here.

III. Facts and Judicial History

[16] During an incident on May 6, 2014, Mr. Hills attacked two vehicles and a residence. In the hours prior to the incident, Mr. Hills consumed a large volume of prescription medication and alcohol. Around midnight, while intoxicated, he left his home in Lethbridge, Alberta with a loaded .303 Enfield bolt action rifle and a baseball bat. The rifle was designed for big game hunting.

[17] Mr. Hills proceeded to swing his bat at a passing car before firing a shot at it. The driver called 9-1-1. Before police arrived, Mr. Hills turned his attention to an unoccupied parked car, and smashed its windows with the bat. Mr. Hills then approached a new target: a residential home. He fired a round that went through the home's living room window and through a wall into a computer room before it stopped in a drywall stud and bookcase.

[18] At the time Mr. Hills fired his shots, the home was occupied by two parents and their two children. The father was sitting in the computer room when Mr. Hills fired his first shot. The father left the computer room to investigate and heard another shot. He ran to alert the mother and pressed the panic alarm on his security system. He then heard what sounded like Mr. Hills trying to break through the front door. The father opened the door and yelled at Mr. Hills to get away. As the father grabbed an axe to defend himself, Mr. Hills fired again.

[19] The father managed to retreat and call 9-1-1. He went to the basement with the rest of his family

se peut qu'une personne délinquante soit déclarée coupable pour avoir utilisé des dispositifs qui, à notre connaissance, n'ont pas une puissance meurtrière, tels les fusils de paintball. Comme je l'explique, cette possibilité sous-tend la fragilité constitutionnelle de la peine minimale obligatoire en litige dans la présente affaire.

III. Faits et historique judiciaire

[16] Au cours d'un incident survenu le 6 mai 2014, M. Hills a attaqué deux véhicules et une résidence. Dans les heures qui ont précédé l'incident, M. Hills a consommé une grande quantité de médicaments sur ordonnance et d'alcool. Vers minuit, alors qu'il était intoxiqué, il est parti de son domicile à Lethbridge, en Alberta, avec une carabine à verrou Enfield chargée de calibre .303 et un bâton de baseball. La carabine était conçue pour la chasse au gros gibier.

[17] Monsieur Hills s'est élancé avec son bâton vers une voiture qui passait avant de tirer un coup de feu en direction de celle-ci. Le chauffeur a appelé le 9-1-1. Avant l'arrivée des policiers, M. Hills a porté son attention sur une voiture stationnée inoccupée, et en a fracassé les vitres avec le bâton. Il s'est ensuite approché d'une nouvelle cible : une résidence. Il a tiré une balle qui a traversé la fenêtre du salon et un mur, et a pénétré dans une salle d'ordinateur avant de terminer sa course dans un montant pour cloison sèche et une bibliothèque.

[18] Lorsque M. Hills a fait feu plusieurs fois, la demeure était occupée par deux parents et leurs deux enfants. Le père était assis dans la salle d'ordinateur quand M. Hills a tiré son premier coup. Le père est sorti de la salle d'ordinateur pour voir ce qui se passait, et il a entendu un autre coup de feu. Il a couru pour alerter la mère et a pesé sur l'alarme de son système de sécurité. Il a ensuite entendu un bruit laissant croire que M. Hills essayait d'entrer par la porte avant. Le père a ouvert la porte et a crié à M. Hills de partir. Au moment où le père s'emparait d'une hache pour se défendre, M. Hills a fait feu de nouveau.

[19] Le père est parvenu à battre en retraite et à appeler le 9-1-1. Il s'est rendu avec le reste de sa

where they waited for police to arrive. When police arrived, they discovered several rounds had penetrated the home. The rounds were fired into areas of the home where a person could have been standing and hit.

[20] After a preliminary inquiry, Mr. Hills pled guilty to four offences: discharging a firearm into or at a house contrary to s. 244.2(1)(a) of the *Criminal Code*, pointing a firearm at the occupant of a car, possession of a firearm without a licence, and mischief to property under \$5,000. Mr. Hills was unable to recollect the events or the motive for his actions.

A. *Alberta Court of Queen's Bench, 2018 ABQB 945, 79 Alta. L.R. (6th) 161*

[21] At sentencing, Mr. Hills brought a challenge under s. 12 of the *Charter* to the mandatory minimum sentence of four years of imprisonment for intentionally discharging a non-restricted firearm into or at a house imposed by s. 244.2(3)(b). He argued that such a mandatory minimum sentence was grossly disproportionate in reasonably foreseeable scenarios and, therefore, constituted cruel and unusual punishment.

[22] Mr. Hills relied on a scenario where the hypothetical culprit discharged a firearm that was incapable of penetrating a typical residential wall. A firearms expert, called on Mr. Hills' behalf, tested eight different types of air-powered pistols or rifles and concluded that while they met the *Criminal Code* definition of a firearm, many of them were incapable of penetrating the wall of a house.

[23] The sentencing judge, in light of the expert evidence, agreed that s. 244.2(3)(b) was grossly disproportionate in the reasonably foreseeable scenario where "a young person intentionally discharges an air-powered pistol or rifle such as an airsoft pistol,

famille au sous-sol, où ils ont attendu l'arrivée des policiers. Lorsque ceux-ci sont arrivés, ils ont constaté que plusieurs balles avaient pénétré la demeure. Les balles avaient traversé des zones de la résidence où une personne aurait pu se tenir debout et être atteinte.

[20] Après une enquête préliminaire, M. Hills a plaidé coupable à quatre infractions : décharger une arme à feu en direction d'une résidence, en violation de l'al. 244.2(1)a) du *Code criminel*, braquer une arme à feu sur l'occupant d'une voiture, être en possession d'une arme à feu sans permis et commettre un méfait à l'égard d'un bien de moins de 5 000 \$. Monsieur Hills n'était pas en mesure de se rappeler des événements ou du mobile de ses gestes.

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, 2018 ABQB 945, 79 Alta. L.R. (6th) 161*

[21] Lors de la détermination de la peine, M. Hills a présenté, sur le fondement de l'art. 12 de la *Charte*, une contestation visant la peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement prévue par l'al. 244.2(3)b) pour avoir déchargé intentionnellement une arme à feu non restreinte en direction d'une résidence. Il a soutenu qu'une telle peine minimale obligatoire était exagérément disproportionnée dans des scénarios raisonnablement prévisibles et qu'elle constituait donc une peine cruelle et inusitée.

[22] Monsieur Hills s'est appuyé sur un scénario dans lequel le coupable hypothétique avait déchargé une arme à feu incapable de percer un mur résidentiel ordinaire. Un expert en armes à feu appelé au nom de M. Hills a mis à l'essai huit différents types de pistolets et de carabines à air comprimé et conclu que, même si ces armes répondaient à la définition d'une arme à feu que l'on trouve dans le *Code criminel*, bon nombre d'entre elles étaient incapables de perforer le mur d'une résidence.

[23] À la lumière de la preuve d'expert, le juge chargé de la détermination de la peine a convenu que l'al. 244.2(3)b) avait un effet exagérément disproportionné dans le scénario raisonnablement prévisible où [TRADUCTION] « une jeune personne décharge

BB gun, paintball marker, .177 calibre pellet rifle, a .22 calibre pellet pistol or pellet rifle at a residence” (para. 14). The culprit in this situation clearly committed an offence of lesser gravity than the other conduct caught by the provision: the behaviour was of low moral blameworthiness and the risk of harm was also low. He concluded the infringement of s. 12 could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

[24] Having concluded the mandatory minimum was unconstitutional, in a subsequent oral decision, the sentencing judge imposed a sentence of three and a half years of incarceration for Mr. Hills.

B. *Alberta Court of Appeal, 2020 ABCA 263, 9 Alta. L.R. (7th) 226*

[25] The Crown appealed both the finding that s. 244.2(3)(b) infringed s. 12 of the *Charter* and Mr. Hills’ sentence. The Alberta Court of Appeal allowed the appeal on both grounds, with each justice writing separately.

[26] Justice Antonio concluded the expert evidence was insufficient to establish the low gravity of the scenario considered by the sentencing judge. The expert did not exclude the possibility that rounds fired from an air-powered pistol or rifle could travel through a door or window. Nor had the sentencing judge accounted for the psychological harms flowing from the scenario. Regardless of the physical risk, psychological and social harm was inherent in the reckless use of a firearm. She distinguished *Nur*, reasoning that if it was not grossly disproportionate to impose a 40-month sentence on a 19-year-old who possessed a loaded firearm in public, it was surely not grossly disproportionate to impose a 4-year sentence where a firearm was actually discharged. In re-sentencing Mr. Hills, she concluded that the sentencing judge had underestimated the gravity of the offence and concluded an appropriate sentence was

intentionnellement un pistolet ou une carabine à air comprimé comme un pistolet de type “airsoft”, un fusil à balles BB, un fusil marqueur de paintball, une carabine à plomb de calibre .177, un pistolet à plomb de calibre .22 ou une carabine à plomb en direction d’une résidence » (par. 14). Le coupable dans cette situation a clairement commis une infraction moins grave que l’autre conduite visée par la disposition : le comportement était peu répréhensible sur le plan moral, et le risque de préjudice était, lui aussi, faible. Il a conclu que la violation de l’art. 12 ne pouvait être justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*.

[24] Ayant conclu que la peine minimale obligatoire était inconstitutionnelle, le juge a infligé à M. Hills, dans une décision orale subséquente, une peine de trois ans et demi d’incarcération.

B. *Cour d’appel de l’Alberta, 2020 ABCA 263, 9 Alta. L.R. (7th) 226*

[25] La Couronne a interjeté appel à la fois de la conclusion selon laquelle l’al. 244.2(3)(b) contrevenait à l’art. 12 de la *Charte* et de la peine de M. Hills. La Cour d’appel de l’Alberta a accueilli l’appel sur la base de ces deux moyens, et chacun des juges a rédigé ses propres motifs.

[26] La juge Antonio a conclu que la preuve d’expert était insuffisante pour établir la faible gravité du scénario envisagé par le juge chargé de la détermination de la peine. L’expert n’a pas exclu la possibilité que les balles tirées d’un pistolet ou d’une carabine à air comprimé puissent traverser une porte ou une fenêtre. De plus, le juge chargé de la détermination de la peine n’a pas tenu compte du préjudice psychologique découlant du scénario. Quel que soit le risque physique, le préjudice psychologique et le tort causé à la société étaient inhérents à l’utilisation dangereuse d’une arme à feu. Elle a distingué l’affaire *Nur* de la présente espèce, estimant que, s’il n’était pas exagérément disproportionné d’infliger une peine de 40 mois à un homme de 19 ans qui possédait une arme à feu chargée en public, il n’était assurément pas exagérément disproportionné d’infliger une peine de 4 ans à un contrevenant qui a effectivement déchargé

four and a half years of imprisonment. She, however, reduced the sentence to the minimum of four years to account for the time spent on appeal. She stayed the execution of the post-appeal portion of his sentence.

[27] Justice O’Ferrall agreed with Antonio J.A. that s. 244.2(3)(b) complied with the *Charter* and with Antonio J.A.’s decision to impose the minimum sentence. Justice O’Ferrall added that this Court’s s. 12 jurisprudence ought to be revisited. He was troubled with the “air of unreality” associated with the use of “reasonable hypotheticals” and reasoned the s. 12 analysis should proceed based solely on the offender before the court (para. 103). Further, he questioned whether a grossly disproportionate sentence was an adequate measure of cruel and unusual punishment. Proportionality is not the fundamental purpose of sentencing and it is foreseeable that a grossly disproportionate sentence could sometimes be justified.

[28] Justice Wakeling joined O’Ferrall J.A. in calling for the Court to revisit its s. 12 jurisprudence. Justice Wakeling concluded s. 12 protects only against cruel and unusual punishment. Put differently, it does not protect against “usual” punishments, like imprisonment. Consequently, a “grossly disproportionate” prison sentence cannot engage s. 12. He criticized reasonable hypotheticals, reasoning that since s. 12 protects against an offender being *subjected* to cruel and unusual punishment, its plain language means an offender can only challenge the particular sentence to which they are subject. He added the method of reasonable hypotheticals would leave Canadians “aghast” that adjudicators rely on “make-believe” scenarios to evaluate the constitutionality of a sentencing provision (para. 263). Justice Wakeling went on to note that the results of Canadian sentencing are irrational and indefensible, which militate in favour of a narrow construction of s. 12. Applying his own personal method of fixing sentences, he would have

une arme à feu. Au moment d’infliger une nouvelle peine à M. Hills, elle a conclu que le juge chargé de la détermination de la peine avait sous-estimé la gravité de l’infraction et qu’un emprisonnement de quatre ans et demi constituait une peine appropriée. Elle a toutefois réduit la peine au minimum de quatre ans pour tenir compte du temps passé en appel. Elle a sursis à l’exécution de la portion de sa peine postérieure à l’appel.

[27] Le juge O’Ferrall a convenu avec la juge Antonio que l’al. 244.2(3)b) était conforme à la *Charte*, et a souscrit à la décision de cette dernière d’infliger la peine minimale. Le juge O’Ferrall a ajouté que la jurisprudence de notre Cour relative à l’art. 12 devrait être revue. Il s’est dit troublé par le [TRADUCTION] « manque de réalisme » associé à l’utilisation de « cas hypothétiques raisonnables » et a estimé que l’analyse fondée sur l’art. 12 devrait uniquement porter sur la personne délinquante qui comparaît devant le tribunal (par. 103). En outre, il s’est demandé si une peine exagérément disproportionnée représentait une mesure adéquate de son caractère cruel et inusité. La proportionnalité n’est pas l’objectif fondamental de la détermination de la peine, et il est prévisible qu’une peine exagérément disproportionnée puisse parfois être justifiée.

[28] Le juge Wakeling s’est joint au juge O’Ferrall pour demander à la Cour de revoir sa jurisprudence relative à l’art. 12. Le juge Wakeling a conclu que l’art. 12 protège seulement contre les peines cruelles et inusitées. Autrement dit, il ne protège pas contre les peines « habituelles », comme l’emprisonnement. Par conséquent, une peine d’emprisonnement « exagérément disproportionnée » ne saurait mettre en jeu l’art. 12. Il a critiqué les cas hypothétiques raisonnables, estimant que, comme l’art. 12 protège une personne délinquante *contre* toute peine cruelle et inusitée, ses termes clairs signifient qu’une personne délinquante ne peut contester que la peine dont elle est passible. Toujours selon lui, la méthode des cas hypothétiques raisonnables laisserait les Canadiens et les Canadiennes [TRADUCTION] « sidérés » de constater que les décideurs recourent à des scénarios « fictifs » pour évaluer la constitutionnalité d’une disposition en matière de détermination de la peine (par. 263). Le juge Wakeling a ensuite fait remarquer

sentenced Mr. Hills to approximately 5.9 years of imprisonment.

IV. Issues

[29] This appeal raises two questions. First, whether the mandatory minimum sentence mandated by s. 244.2(3)(b) of the *Criminal Code* constitutes cruel and unusual punishment such that it violates s. 12 of the *Charter*. Second, whether the Alberta Court of Appeal erred in failing to consider Mr. Hills' *Gladue* report and his Métis status in re-sentencing him.

V. Analysis

[30] Mr. Hills concedes the mandatory minimum sentence is not grossly disproportionate on the facts of his case. He argues, however, that this high bar is met in reasonably foreseeable scenarios in which other differentially situated reasonably foreseeable offenders are likely to be involved. In particular, he says it is met in the hypothetical case of a youthful offender who fires an air-powered pistol or rifle at a house. The Crown concedes this scenario is reasonably foreseeable, but maintains the mandatory minimum sentence is not grossly disproportionate in this hypothetical. Before turning to Mr. Hills' arguments, I will clarify the applicable framework for a challenge to a mandatory minimum sentence under s. 12 and address the proposals for revising this framework advanced by the Crown, several interveners, and the Court of Appeal.

A. *The Protection Against Cruel and Unusual Punishment Under Section 12 of the Charter*

[31] Section 12 of the *Charter* grants individuals a right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment by the state. As a threshold issue, an impugned measure must initially qualify

que la détermination de la peine au Canada est irrationnelle et indéfendable, ce qui milite en faveur d'une interprétation étroite de l'art. 12. Employant sa propre méthode de fixation des peines, il aurait condamné M. Hills à environ 5,9 ans d'emprisonnement.

IV. Questions en litige

[29] Le présent pourvoi soulève deux questions. Premièrement, la peine minimale obligatoire imposée par l'al. 244.2(3)b) du *Code criminel* constitue-t-elle une peine cruelle et inusitée, de sorte qu'elle viole l'art. 12 de la *Charte*? Deuxièmement, la Cour d'appel de l'Alberta a-t-elle fait erreur en ne prenant pas en considération le rapport *Gladue* de M. Hills et son statut de Métis au moment de lui infliger une nouvelle peine?

V. Analyse

[30] Monsieur Hills concède que la peine minimale obligatoire n'est pas exagérément disproportionnée au vu des faits propres à son dossier. Il soutient toutefois que ce critère exigeant est respecté dans des scénarios raisonnablement prévisibles où des personnes délinquantes qui se trouvent dans des situations différentes sont susceptibles d'être impliquées. Il affirme notamment que ce critère est respecté dans le cas hypothétique d'une jeune personne délinquante qui tire avec un pistolet ou une carabine à air comprimé en direction d'une résidence. La Couronne concède que ce scénario est raisonnablement prévisible, mais elle soutient que la peine minimale obligatoire n'est pas exagérément disproportionnée dans ce scénario hypothétique. Avant de passer aux arguments de M. Hills, je vais clarifier le cadre applicable de contestation d'une peine minimale obligatoire sous le régime de l'art. 12 et traiter des propositions de révision de ce cadre avancées par la Couronne, plusieurs intervenants et la Cour d'appel.

A. *La protection offerte par l'art. 12 de la Charte contre les peines cruelles et inusitées*

[31] L'article 12 de la *Charte* accorde aux personnes le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités infligés par l'État. À titre préliminaire, une mesure attaquée doit constituer

as “treatment” or “punishment” to fall within s. 12. State action amounts to punishment where it: “(1) . . . is a consequence of conviction that forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence, and either (2) . . . is imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, or (3) . . . has a significant impact on an offender’s liberty or security interests” (*Bissonnette*, at para. 57, citing *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599, at para. 39, quoting *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906, at para. 41). Despite the views of O’Ferrall and Wakeling J.J.A., s. 12 is engaged here. This Court has consistently held that imprisonment, the “penal sanction of last resort”, clearly constitutes punishment (under both ss. 11 and 12 *Charter* jurisprudence) (*R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 36; see *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1077; *Nur*; *R. v. Poulin*, 2019 SCC 47, [2019] 3 S.C.R. 566, at para. 40).

[32] The underlying purpose of s. 12 is “to prevent the state from inflicting physical or mental pain and suffering through degrading and dehumanizing treatment or punishment. It is meant to protect human dignity and respect the inherent worth of individuals” (*Quebec (Attorney General) v. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 SCC 32, [2020] 3 S.C.R. 426, at para. 51). Dignity evokes the idea that every person has intrinsic worth and is therefore entitled to respect, irrespective of their actions (*Bissonnette*, at para. 59).

[33] The analytical approach under s. 12 spans many years and has been used to address different types of legal issues. Mandatory minimum sentences have been considered in *Smith*, *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90, *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, *Nur*, and most recently in *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130. A mandatory victim surcharge which applied to all offences was struck down in *Boudreault*; a mandatory weapons prohibition order was upheld in *R. v. Wiles*, 2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895;

d’emblée un « traitement » ou une « peine » pour relever de l’art. 12. Une mesure imposée par l’État équivaut à une peine lorsqu’elle : « (1) . . . est une conséquence d’une déclaration de culpabilité qui fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et (2) soit elle est conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine, (3) soit elle a une grande incidence sur le droit du contrevenant à la liberté ou à la sécurité » (*Bissonnette*, par. 57, citant *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599, par. 39, citant *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906, par. 41). Malgré l’avis des juges d’appel O’Ferrall et Wakeling, l’art. 12 entre en jeu dans l’affaire qui nous occupe. Notre Cour a toujours statué que l’emprisonnement, la « sanction pénale de dernier recours », constituait clairement une peine (tant d’après la jurisprudence relative à l’art. 11 que selon celle relative à l’art. 12 de la *Charte*) (*R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 36; voir *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1077; *Nur*; *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, [2019] 3 R.C.S. 566, par. 40).

[32] L’objectif sous-jacent de l’art. 12 est « d’interdire à l’État d’infliger des douleurs et des souffrances physiques ou psychologiques par des traitements ou peines dégradants et déshumanisants. Cette disposition vise à protéger la dignité humaine et à assurer le respect de la valeur inhérente de chaque personne » (*Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 51). La dignité évoque l’idée selon laquelle chaque personne possède une valeur intrinsèque et a, de ce fait, droit au respect, sans égard à ses agissements (*Bissonnette*, par. 59).

[33] La démarche analytique fondée sur l’art. 12 s’étale sur de nombreuses années, et elle a été utilisée pour aborder différents types de questions de droit. Les peines minimales obligatoires ont été examinées dans *Smith*, *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90, *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, *Nur*, et plus récemment dans *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130. Une suramende compensatoire obligatoire qui s’appliquait à l’ensemble des infractions a été invalidée dans *Boudreault*; une ordonnance d’interdiction

and a sentence of life imprisonment with parole ineligibility of 10 years was upheld in *R. v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3.

[34] In *Bissonnette*, this Court invalidated the stacking of periods of parole ineligibility in cases of multiple murder convictions and reaffirmed and consolidated the well-established analytical approach under s. 12. Chief Justice Wagner, writing for a unanimous Court, emphasized the need for a purposive *Charter* interpretation which is generous and aimed at securing the full benefits of *Charter* protections for individuals (para. 98). Based on the purpose of s. 12, he concluded that a sentence that entirely negates the penal objective of rehabilitation violates human dignity and, therefore, contravenes s. 12 in a manner which could not be saved under s. 1 (para. 8).

[35] *Bissonnette* also confirmed that s. 12 has two prongs that are united by their shared animating purpose of safeguarding human dignity. First, s. 12 protects against the imposition of punishment that is “so excessive as to be incompatible with human dignity” (para. 60). This prong of cruel and unusual punishment is concerned with the *severity* of a punishment — it queries not whether an impugned punishment is excessive or disproportionate, but whether its effects are grossly disproportionate to the appropriate punishment in a given case (paras. 61 and 68; *Nur*, at para. 39; *Morrissey*, at para. 26). Under the first prong, it is not the nature or type of punishment that is at issue, but the amount or quantity of punishment imposed: the focus is whether its particular effects make it grossly disproportionate and thereby constitutionally infirm (*Bissonnette*, at para. 62).

[36] Second, s. 12 protects against the imposition of punishment and treatment that are cruel and unusual because, by their very nature, they are “intrinsically incompatible with human dignity” (*Bissonnette*, at para. 60). Under the second prong, the focus is on the *method* of punishment. The narrow class of

obligatoire d’avoir en sa possession des armes à feu a été confirmée dans *R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895, et une peine d’emprisonnement à perpétuité assortie d’une inadmissibilité à la libération conditionnelle de 10 ans a été confirmée dans *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3.

[34] Dans l’arrêt *Bissonnette*, notre Cour a invalidé le cumul de périodes d’inadmissibilité à la libération conditionnelle dans les cas de déclarations de culpabilité pour meurtres multiples, et elle a réaffirmé et consolidé la démarche analytique bien établie fondée sur l’art. 12. S’exprimant au nom de la Cour à l’unanimité, le juge en chef Wagner a souligné la nécessité de recourir à une interprétation téléologique de la *Charte* qui est généreuse et vise à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* (par. 98). Vu l’objet de l’art. 12, il a conclu qu’une peine qui anéantit l’objectif pénologique de réinsertion sociale viole la dignité humaine et contrevient donc à l’art. 12 d’une manière qui ne pouvait se justifier au regard de l’article premier (par. 8).

[35] L’arrêt *Bissonnette* a également confirmé que l’art. 12 comporte deux volets unis par leur objectif commun de préserver la dignité humaine. En premier lieu, l’art. 12 protège contre l’infliction d’une peine qui est « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » (par. 60). Ce volet du concept de peine cruelle et inusitée porte sur la *sévérité* d’une peine — il consiste à déterminer non pas si une peine attaquée est excessive ou disproportionnée, mais si ses effets sont exagérément disproportionnés par rapport à la peine appropriée dans un cas donné (par. 61 et 68; *Nur*, par. 39; *Morrissey*, par. 26). Suivant le premier volet, la nature de la peine ou le type de sanction ne sont pas en cause. L’ampleur ou la durée de la peine le sont : l’accent est mis sur la question de savoir si ses effets propres la rendent exagérément disproportionnée et, par le fait même, inconstitutionnelle (*Bissonnette*, par. 62).

[36] En second lieu, l’art. 12 protège contre l’infliction de peines et de traitements cruels et inusités parce qu’ils sont, de par leur nature même, « intrinsèquement incompatible[s] avec la dignité humaine » (*Bissonnette*, par. 60). Aux termes du deuxième volet, l’accent est mis sur la *méthode* de punition. Le groupe

punishments that fall within the second category “will ‘always be grossly disproportionate’ because . . . [t]hese punishments are in themselves contrary to human dignity because of their ‘degrading and dehumanizing’ nature” (para. 64, quoting *Smith*, at p. 1073; 9147-0732 *Québec inc.*, at para. 51).

[37] Mandatory minimum sentences are analyzed under the first prong of s. 12. As their name suggests, Parliament has prescribed a minimum sentence which applies whenever a particular offence has been committed. They are “mandatory” in the sense that Parliament has not provided the safety valve of judicial discretion, exemptions, or escape clauses.

[38] Despite this absence of discretion, mandatory minimum sentence provisions have not been found to be inherently or presumptively unconstitutional. As this Court stated in *Smith*, “[t]he legislature may . . . provide for a compulsory term of imprisonment upon conviction for certain offences without infringing rights protected by s. 12 of the *Charter*” (p. 1077; see also p. 1072). Nevertheless, the absence of any discretion, as well as the manner of their operation, expose their constitutional vulnerabilities. Mandatory minimums can “function as a blunt instrument” and “deprive courts of the ability to tailor proportionate sentences at the lower end of a sentencing range” (*Nur*, at para. 44). In “extreme cases”, they may impose unjust sentences “because they shift the focus from the offender during the sentencing process in a way that violates the principle of proportionality” (para. 44). When the effects of the impugned punishment are grossly disproportionate to what would have been appropriate (*Smith*, at p. 1072), the punishment is cruel and unusual because it shows the “state’s complete disregard for the specific circumstances of the sentenced individual and for the proportionality of the punishment inflicted on them” (*Bissonnette*, at para. 61).

[39] I turn now to the framework this Court has developed to assess whether a sentence is grossly disproportionate.

limité de peines qui entrent dans la deuxième catégorie est « “toujours exagérément disproportionné[é]” parce qu[e] [. . .] [d]e telles peines sont, en soi, incompatibles avec la dignité humaine en raison de leur caractère “dégradan[t] et déshumanisan[t]” » (par. 64, citant *Smith*, p. 1073; 9147-0732 *Québec inc.*, par. 51).

[37] Les peines minimales obligatoires sont analysées au premier volet de l’art. 12. Comme leur nom l’indique, le Parlement a prescrit une peine minimale qui s’applique chaque fois qu’une infraction donnée a été commise. Elles sont « obligatoires », en ce sens que le Parlement n’a pas fourni la soupape du pouvoir discrétionnaire des tribunaux, des exemptions ou des dispositions d’exonération.

[38] Malgré cette absence de pouvoir discrétionnaire, les dispositions fixant une peine minimale obligatoire n’ont pas été jugées intrinsèquement inconstitutionnelles ou présumées telles. Comme l’a affirmé notre Cour dans *Smith*, « [l]e législateur peut [. . .] prescrire une peine obligatoire d’emprisonnement dans le cas d’une déclaration de culpabilité de certaines infractions sans porter atteinte aux droits garantis par l’art. 12 de la *Charte* » (p. 1077; voir aussi p. 1072). Néanmoins, l’absence de tout pouvoir discrétionnaire, ainsi que la manière dont les peines minimales obligatoires s’appliquent, exposent leurs points vulnérables sur le plan constitutionnel. Les peines minimales obligatoires peuvent se révéler « [i]mplacable[s] » et « empêcher le tribunal d’arrêter une peine proportionnelle se situant à l’extrémité inférieure de la fourchette » (*Nur*, par. 44). Dans certains « cas extrêmes », elles peuvent 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 » (par. 44). Lorsque la peine attaquée a des effets exagérément disproportionnés par rapport à ce qui aurait été approprié (*Smith*, p. 1072), elle est cruelle et inusitée parce qu’elle démontre un « mépris total de l’État envers les circonstances propres à l’individu condamné et la proportionnalité du châtiment qu’il subit » (*Bissonnette*, par. 61).

[39] Je passe maintenant au cadre qu’a élaboré notre Cour pour établir si une peine est exagérément disproportionnée.

B. *The Framework for Assessing Grossly Disproportionate Sentences*

(1) Overview

[40] To assess whether a mandatory minimum violates s. 12 of the *Charter*, this Court has developed a two-stage inquiry that involves a contextual and comparative analysis (*Bissonnette*, at para. 62). A court must:

1. Assess what constitutes a fit and proportionate sentence having regard to the objectives and principles of sentencing in the *Criminal Code* (*Bissonnette*, at para. 63; *Boudreault*, at para. 46; *Nur*, at para. 46).
2. Consider whether the impugned provision requires the imposition of a sentence that is grossly disproportionate, not merely excessive, to the fit and proportionate sentence (*Bissonnette*, at para. 63; *Nur*, at para. 46; *Smith*, at p. 1072). The constitutional bar is set high to respect Parliament's general authority to choose penal methods that do not amount to cruel and unusual punishment.

[41] This two-part assessment may proceed on the basis of either (a) the actual offender before the court, or (b) another offender in a reasonably foreseeable case or hypothetical scenario (*Bissonnette*, at para. 63; *Nur*, at para. 77).

[42] Where the court concludes that the term of imprisonment prescribed by the mandatory minimum sentence provision is grossly disproportionate in either case, the provision infringes s. 12 and the court must turn to consider whether that infringement can be justified under s. 1 of the *Charter* if arguments or evidence to that effect are raised by the Crown (*Boudreault*, at para. 97; *Nur*, at para. 46).

(2) Applying the Framework

[43] Justices O'Ferrall and Wakeling, as well as several interveners, invite this Court to make several

B. *Le cadre d'évaluation des peines exagérément disproportionnées*

(1) Aperçu

[40] Pour déterminer si une peine minimale obligatoire viole l'art. 12 de la *Charte*, notre Cour a mis au point une démarche en deux étapes qui implique une analyse contextuelle et comparative (*Bissonnette*, par. 62). Le tribunal doit :

1. Se demander ce qui constituerait une peine juste et proportionnée eu égard aux objectifs et aux principes de détermination de la peine établis par le *Code criminel* (*Bissonnette*, par. 63; *Boudreault*, par. 46; *Nur*, par. 46).
2. Se demander si la disposition attaquée exige l'infliction d'une peine exagérément disproportionnée, et non simplement excessive, par rapport à la peine juste et proportionnée (*Bissonnette*, par. 63; *Nur*, par. 46; *Smith*, p. 1072). La norme constitutionnelle est stricte pour respecter le pouvoir général du Parlement de choisir des moyens pénaux qui n'équivalent pas à des peines cruelles et inusitées.

[41] Cette évaluation en deux étapes peut se faire en fonction soit a) de la personne délinquante qui comparaît devant le tribunal, soit b) d'une autre personne délinquante dans un cas raisonnablement prévisible ou un scénario hypothétique (*Bissonnette*, par. 63; *Nur*, par. 77).

[42] Lorsque le tribunal conclut que la période d'emprisonnement prescrite par la disposition fixant une peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée dans l'un ou l'autre cas, la disposition en cause contrevient à l'art. 12, et le tribunal doit décider si cette contravention peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* lorsque des arguments ou éléments de preuve en ce sens sont présentés par la Couronne (*Boudreault*, par. 97; *Nur*, par. 46).

(2) Application du cadre

[43] Les juges O'Ferrall et Wakeling, ainsi que plusieurs intervenants, invitent notre Cour à apporter

revisions to this accepted framework because they say it is difficult to apply and lacks cohesion. Many of their criticisms do not accept the principles of law contained in the majority judgments of this Court, but are instead grounded in *dicta* from dissenting opinions. Others endorse the existing framework and argue that those critical of it are really taking issue with the results it produces because they do not agree with them (see I.F., Canadian Civil Liberties Association, at paras. 27-32). These various criticisms and proposals will be considered in relation to the particular issues raised. I would, however, acknowledge from the outset that there are challenges and complexities which make it impractical to establish bright-line rules that can be applied uniformly to mandatory minimum sentences under s. 12.

[44] The first stage of the s. 12 inquiry involves the individualized process of determining what a fit and proportionate sentence is for the particular (or representative) offender under consideration using the general sentencing principles set out by Parliament. While this is a daily occurrence in courts across this country, it involves a complex and multifactorial assessment. Judges are tasked with crafting sentences that balance various sentencing objectives, account for aggravating and mitigating factors, and are proportionate to the gravity of each offence and the moral blameworthiness of the offender.

[45] The second stage requires a contextual comparison between the fit sentence and the impugned mandatory minimum to see whether the latter complies with the widely-worded right set out in s. 12. Judges must consider the uniform and mandatory minimum sentence Parliament has selected for particular crimes. A mandatory minimum is a penal provision of a very different type in which Parliament has intentionally removed discretion and has instead given priority to certainty, deterrence, denunciation and sometimes removing the offender from society. It has not only specified a minimum penalty, it anticipates that the minimum penalty will apply automatically regardless

plusieurs changements à ce cadre reconnu, parce qu'à leurs dires, il est difficile à appliquer et manque de cohésion. Un grand nombre de leurs critiques n'acceptent pas les principes de droit énoncés dans les jugements majoritaires de notre Cour; elles reposent plutôt sur des remarques incidentes tirées d'opinions dissidentes. D'autres approuvent le cadre existant et soutiennent que ceux qui le critiquent s'opposent plutôt aux résultats qu'il produit dans la mesure où ils ne sont pas d'accord avec eux (voir m. interv., Association canadienne des libertés civiles, par. 27-32). Ces différentes critiques et propositions seront examinées relativement aux questions précises soulevées. Je reconnais toutefois d'emblée qu'il n'est pas pratique d'établir des règles de démarcation nettes pouvant être appliquées uniformément aux peines minimales obligatoires sous le régime de l'art. 12 en raison des défis et des complexités que présentent ces litiges.

[44] La première étape de l'analyse fondée sur l'art. 12 consiste à déterminer, de manière individualisée, quelle peine juste et proportionnée convient à la personne délinquante en cause (ou représentante) au moyen des principes généraux de détermination de la peine fixés par le Parlement. Bien que cette tâche fasse partie du quotidien des tribunaux partout au pays, il s'agit d'une évaluation complexe et multifactorielle. Les juges sont chargés de façonner des peines qui concilient divers objectifs de détermination de la peine, tiennent compte des facteurs aggravants et des facteurs atténuants, et sont proportionnelles à la gravité de chaque infraction et à la culpabilité morale de la personne délinquante.

[45] La deuxième étape exige une comparaison contextuelle entre la peine juste et la peine minimale obligatoire attaquée afin de déterminer si celle-ci se conforme au droit exprimé en termes larges à l'art. 12. Les juges doivent prendre en compte la peine uniforme et obligatoire que le Parlement a choisie pour des crimes donnés. La peine minimale obligatoire est une tout autre disposition pénale où le Parlement a intentionnellement supprimé le pouvoir discrétionnaire et accordé plutôt la priorité à la certitude, à la dissuasion, à la dénonciation en plus d'isoler parfois la personne délinquante de la société. Elle ne fait pas que préciser une sanction minimale, elle prévoit que

of how the crime was committed or by whom. The same punishment or period of incarceration applies both to the full breadth of the conduct criminalized and to “everyone” who commits it, no matter how diversely situated.

[46] When comparing the sentence produced from the individual process under general sentencing principles with the uniform standard under the mandatory minimum, some mismatch or disproportion is very likely. As observed by Arbour J. in *R. v. Wust*, 2000 SCC 18, [2000] 1 S.C.R. 455, at para. 18: “Mandatory minimum sentences are not the norm in this country, and they depart from the general principles of sentencing expressed in the *Code*, in the case law, and in the literature on sentencing. In particular, they often detract from what Parliament has expressed as the fundamental principle of sentencing in s. 718.1 of the *Code*: the principle of proportionality.”

[47] It is not therefore the existence of some disproportion which will offend the *grossly* disproportionate requirement of s. 12. Stated otherwise, the analysis of the grossly disproportionate standard poses the following question: is the difference between the fit sentence and the mandatory minimum sentence so grossly disproportionate that it violates human dignity such that it amounts to cruel and unusual punishment? According to well-established jurisprudence, the challenged penalty may be unfit, excessive and disproportionate, but it only crosses the constitutional line when it becomes grossly disproportionate. This question raises the common challenge of distinguishing the gradations and demarcations between related legal standards and reaching a conclusion about which legal standard is met. While it is frequently difficult to gauge questions of degree or to measure when something that is otherwise permitted has become grossly disproportionate, many legal standards require just this type of analysis. Whether under s. 12 or s. 7 of the *Charter*, there will be a continuum between exact fit and gross disproportion, and a judge not only has the authority to make such a determination, but

la peine minimale s’appliquera automatiquement peu importe la manière dont le crime a été commis et par qui. La même peine ou période d’incarcération s’applique tant à l’ensemble du comportement criminalisé qu’à « quiconque » en est l’auteur, quelle que soit la diversité des situations en cause.

[46] Lorsqu’on compare la peine résultant du processus individualisé en fonction des principes généraux de détermination de la peine à la norme uniforme établie par la peine minimale obligatoire, il est fort probable d’en arriver à un certain écart ou à une certaine disproportion. Comme l’a fait observer la juge Arbour dans l’arrêt *R. c. Wust*, 2000 CSC 18, [2000] 1 R.C.S. 455, par. 18 : « Les peines minimales obligatoires ne constituent pas la norme au Canada, et elles dérogent aux principes généraux applicables en matière de détermination de la peine énoncés dans le *Code*, la jurisprudence et la littérature sur le sujet. En particulier, elles dérogent souvent au principe énoncé à l’art. 718.1 du *Code*, que le législateur a déclaré être le principe fondamental en matière de détermination de la peine : le principe de la proportionnalité. »

[47] Ce n’est donc pas l’existence d’une certaine disproportion qui va à l’encontre de l’exigence du caractère *exagérément* disproportionné prévue à l’art. 12. Autrement dit, l’analyse du caractère exagérément disproportionné pose la question suivante : la différence entre la peine juste et la peine minimale obligatoire est-elle exagérément disproportionnée au point de porter atteinte à la dignité humaine de telle sorte qu’elle équivaut à une peine cruelle et inusitée? Suivant une jurisprudence bien établie, la sanction contestée peut être inappropriée, excessive et disproportionnée, mais elle ne franchit la ligne constitutionnelle que si elle devient exagérément disproportionnée. Cette question met en jeu le défi commun de cerner les gradations et démarcations entre des normes juridiques connexes et d’arriver à une conclusion sur la norme juridique qui est respectée. Bien qu’il soit souvent difficile d’évaluer des questions de degré ou de savoir quand quelque chose qui est par ailleurs autorisé est devenu exagérément disproportionné, de nombreuses normes juridiques exigent justement ce type d’analyse. Que ce soit au regard de l’art. 12 ou de l’art. 7 de la *Charte*, il y a

is recognized as being well placed to do so: “This is the sort of inquiry judges have consistently conducted in *Charter* review” (*Nur*, at para. 60).

[48] In addition, assessing gross disproportionality may be more challenging in certain circumstances. This is because sometimes the difference between stages one and two will involve penalties which are of different types or fall within distinct categories. For example, there may be cases in which a fine would be a fit sentence but the impugned provision imposes imprisonment, or cases in which a discharge or conditional sentence would be fit but instead a custodial sentence is mandated by law. The disparity in such cases is more readily apparent because the comparison involves two different types of punishment and the effects are often more extreme. Other cases may involve a comparison between the term of a proportionate period of incarceration and the term of imprisonment contained in the mandatory minimum. In such cases the type of punishment is the same: imprisonment. Such cases ask decision makers to engage in normative reasoning and make a judgment call about when a sentence is so long it becomes grossly disproportionate.

[49] I do not accept that these challenges and complexities mean that the established framework has always been fundamentally flawed or has become unworkable. Indeed, many of the arguments accepted by O’Ferrall and Wakeling J.J.A. and advanced before us by the Attorney General of Ontario and others were also forcefully argued and firmly rejected by this Court in 2015 in *Nur*. Like the Court in that case, in my view, the jurisprudence continues to provide a principled approach to assess when the effects of a penalty are so undermining of human dignity that the penalty qualifies as cruel and unusual punishment. Elaborating on the multiple, sometimes nuanced, questions and normative standards that are/may be considered within the framework, should help bring an end to the “exaggerated debate” sometimes applied to s. 12 (para. 61, per McLachlin C.J.). While no major

un continuum entre une correspondance exacte et une disproportion exagérée, et le juge a non seulement le pouvoir d’effectuer une telle détermination, mais il est aussi reconnu comme étant bien placé pour le faire : « Telle a été la démarche constante des tribunaux lors d’un contrôle constitutionnel » (*Nur*, par. 60).

[48] En outre, il peut être plus difficile d’évaluer le caractère exagérément disproportionné d’une peine dans certaines circonstances puisque la différence entre les étapes un et deux fait parfois intervenir des sanctions qui sont de nature différente ou qui entrent dans des catégories distinctes. Par exemple, il arrive qu’une amende constitue une peine juste, mais que la disposition attaquée impose un emprisonnement, ou qu’une absolution ou une peine d’emprisonnement avec sursis soit juste, mais qu’une peine d’emprisonnement soit prescrite par la loi. La disparité dans de tels cas est plus évidente car la comparaison porte sur deux types différents de peine et les effets sont souvent plus extrêmes. Dans d’autres cas, il faut comparer la période d’emprisonnement proportionnée à la période d’emprisonnement contenue dans la peine minimale obligatoire. Dans de tels cas, le type de peine est le même : l’emprisonnement. Les décideurs doivent s’engager dans un raisonnement normatif et décider quand une peine est longue à un point tel qu’elle devient exagérément disproportionnée.

[49] Je n’accepte pas que le cadre établi comporte une faille fondamentale ou soit devenu inapplicable en raison de ces défis et complications. En effet, un grand nombre des arguments retenus par les juges O’Ferrall et Wakeling et avancés devant nous par le procureur général de l’Ontario et d’autres ont eux aussi été défendus avec vigueur et rejetés fermement par notre Cour en 2015 dans l’arrêt *Nur*. À l’instar de la Cour dans cette affaire, j’estime que la jurisprudence fournit toujours une approche fondée sur des principes qui permet d’établir quand les effets d’une sanction portent atteinte à la dignité humaine à un point tel que la sanction constitue une peine cruelle et inusitée. Élaborer les questions et critères normatifs multiples et parfois nuancés qui sont ou peuvent être examinés à l’intérieur du cadre devrait aider à mettre un terme au « débat aux proportions exagérées » qui

methodological shifts are warranted, the Court seeks to provide greater clarity and more guidance.

C. Stage One: Determining a Fit and Proportionate Sentence

[50] In this section I outline the first stage of the s. 12 inquiry, which is how to determine a fit and appropriate sentence. I begin by addressing the situation in which the constitutional challenge involves the particular offender before the court. This will involve a familiar task: a full consideration of all relevant sentencing provisions in the applicable legislation and jurisprudence. Since proportionality in sentencing relates to the gravity of the offence and the moral culpability of the individual before the court, there will necessarily be a consideration of the circumstances of the commission of the offence and the personal characteristics of the offender. The goal should be to determine as specific a punishment as would emerge from a traditional sentencing hearing — especially because this is the penalty that would be served if the mandatory minimum were declared unconstitutional.

[51] I then turn to cases in which the constitutional challenge involves the presentation of reasonably foreseeable offenders by way of hypothetical scenarios. Since what is being challenged is a law of general application, this Court has repeatedly used and authorized the use of reasonable hypotheticals to test the law's scope, reach, nature and effects. I explain the purposes they serve and the limitations to which they are subject. They may include personal characteristics but they must be reasonable in the sense of being reasonably foreseeable and realistic. While a bit more flexibility is needed to determine what a proportionate sentence would be for a reasonably foreseeable offender, every attempt at precision is

concerne à l'occasion l'art. 12 (par. 61, la juge en chef McLachlin). Bien qu'aucun virage méthodologique de taille ne soit justifié, la Cour cherche à apporter plus de clarté et à fournir une meilleure orientation en la matière.

C. Première étape : détermination d'une peine juste et proportionnée

[50] Dans la présente partie, je décris la première étape de l'analyse fondée sur l'art. 12, laquelle porte sur la manière dont il convient de déterminer une peine juste et appropriée. Je commence en abordant la situation dans laquelle la contestation constitutionnelle met en cause la personne délinquante qui comparaît devant le tribunal. Il s'agit d'une tâche familière : un examen complet de toutes les dispositions pertinentes sur la détermination de la peine qui figurent dans la législation et la jurisprudence applicables. Comme la proportionnalité en matière de détermination de la peine a trait à la gravité de l'infraction et à la culpabilité morale de l'individu qui comparaît devant le tribunal, il est nécessaire de considérer les circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise et les caractéristiques personnelles de la personne délinquante. Le but devrait être de déterminer aussi précisément que possible une peine tel qu'il en ressortirait d'une audience de détermination de la peine traditionnelle — particulièrement en raison du fait que cette peine serait purgée si la peine minimale obligatoire était déclarée inconstitutionnelle.

[51] Je passe ensuite aux cas où la contestation constitutionnelle consiste à présenter des personnes délinquantes se trouvant dans des situations raisonnablement prévisibles au moyen de scénarios hypothétiques. Puisque c'est une loi d'application générale qui est contestée, notre Cour a maintes fois utilisé des scénarios hypothétiques raisonnables pour mettre à l'épreuve sa portée, son étendue, sa nature et ses effets et autorisé l'utilisation de tels scénarios à ces fins. J'explique les fins auxquelles ils servent et les limites auxquelles ils sont assujettis. Ils peuvent comporter des caractéristiques personnelles, mais celles-ci doivent être raisonnables, en ce sens qu'elles sont raisonnablement prévisibles et réalistes. Bien

encouraged to ensure that the comparison under stage two may be conducted in a fair manner.

(1) Sentencing an Individual Offender

[52] When the constitutional challenge to a mandatory minimum proceeds on the basis of the particular circumstances of the individual offender charged and convicted, the task for the judge at stage one of the s. 12 inquiry set out in *Nur* is a familiar one: to determine a fit and proportionate sentence for the particular offender before the court. In this section I provide an overview of the relevant sentencing provisions and principles, with a focus on the need for a fit, proportionate and precise sentence, having regard to the offender's personal characteristics and the circumstances surrounding the commission of the offence.

(a) *General Sentencing Principles*

[53] The general principles of sentencing in the *Criminal Code* and the common law govern when evaluating the just and appropriate sentence for the actual or reasonably foreseeable offender (*Nur*, at paras. 40-42). Each sentence must be selected based on the particular facts of the case and in light of existing case law (*R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, at para. 43). Courts should employ sentencing tools and guides that are most relevant to their jurisdiction. In crafting a fit sentence, judges may reference sentencing ranges or starting points as appropriate to reach a proportionate sentence, so far as these tools align with established principles and objectives of sentencing (see *R. v. Parranto*, 2021 SCC 46, [2021] 3 S.C.R. 366, at para. 16).

qu'un peu plus de souplesse s'impose pour déterminer quelle peine serait proportionnée pour une personne délinquante se trouvant dans une situation raisonnablement prévisible, toute tentative de précision est encouragée afin de s'assurer que la comparaison à l'étape deux puisse s'effectuer de manière équitable.

(1) Détermination de la peine à infliger à une personne délinquante

[52] Lorsque la contestation constitutionnelle d'une peine minimale obligatoire se fait en fonction de la situation particulière de la personne délinquante accusée et déclarée coupable, la tâche qui incombe au juge à l'étape un de l'analyse relative à l'art. 12 établie dans l'arrêt *Nur* est familière : déterminer une peine juste et adaptée à la personne délinquante qui comparaît devant le tribunal. Dans la présente partie, je donne un aperçu des dispositions et des principes pertinents en matière de détermination de la peine, en mettant l'accent sur le besoin d'arrêter une peine juste, proportionnée et précise, eu égard aux caractéristiques personnelles de la personne délinquante et aux circonstances entourant la perpétration de l'infraction.

a) *Principes généraux de détermination de la peine*

[53] Les principes généraux de détermination de la peine établis par le *Code criminel* et la common law s'appliquent lorsque vient le temps d'évaluer la peine juste et appropriée dans le cas de la personne délinquante concernée ou d'une personne délinquante se trouvant dans une situation raisonnablement prévisible (*Nur*, par. 40-42). Chaque peine doit être choisie compte tenu des faits propres à l'affaire en cause et à la lumière de la jurisprudence existante (*R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206, par. 43). Les tribunaux devraient employer les outils et les guides de détermination de la peine qui sont les plus à propos pour leur ressort. Au moment de façonner une peine juste, les juges peuvent renvoyer aux fourchettes de peines ou aux points de départ qui conviennent pour arriver à une peine proportionnée, pourvu que ces outils concordent avec les principes et objectifs établis de détermination de la peine (voir *R. c. Parranto*, 2021 CSC 46, [2021] 3 R.C.S. 366, par. 16).

[54] To assist in evaluating what constitutes a just and appropriate punishment in a given case, Parliament enacted s. 718 of the *Criminal Code* (or s. 38 of the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, where appropriate). Proper consideration is to be given to various objectives such as denunciation, deterrence, rehabilitation, providing reparations for harm done to victims, promoting a sense of responsibility and, when necessary, separating offenders from society. No sentencing objective should be applied to the exclusion of all others. Courts should also consider any aggravating and mitigating circumstances relating to the offence or to the offender.

[55] In addition, s. 718.2(e) of the *Criminal Code* provides a mandatory direction to consider the unique situation of Aboriginal offenders for all offences (*Gladue*, at para. 93; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at paras. 84-85). Sentencing judges must consider the systemic or background factors which may have played a part in bringing the particular Aboriginal offender before the court and the types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances for that offender. Sanctions other than imprisonment are to be considered. While this Court has not addressed the issue, certain provincial courts of appeal have found that, in the case of Black offenders and groups who experience systemic discrimination, social context evidence or background factors which may have contributed to the offender being before the court can also serve as a mitigating factor at sentencing (see, e.g., *R. v. Morris*, 2021 ONCA 680, 159 O.R. (3d) 641, at paras. 13 and 87-95; *R. v. Anderson*, 2021 NSCA 62, 405 C.C.C. (3d) 1, at para. 114).

(b) *Proportionality*

[56] Proportionality is a “central tenet” of Canada’s sentencing regime, with roots that predate the recognition of it as the fundamental principle of sentencing

[54] Pour aider à déterminer ce qui constitue une peine juste et appropriée dans un cas donné, le Parlement a adopté l’art. 718 du *Code criminel* (ou l’art. 38 de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1, dans les cas qui s’y prêtent). Il convient de tenir compte adéquatement de divers objectifs comme la dénonciation, la dissuasion, la réinsertion sociale, la réparation des torts causés aux victimes, la conscientisation des personnes délinquantes quant à leurs responsabilités et, lorsque cela est nécessaire, l’isolement des personnes délinquantes de la société. Aucun objectif de détermination de la peine ne devrait être appliqué à l’exclusion de tous les autres. Les tribunaux devraient également tenir compte de toute circonstance aggravante et atténuante se rapportant à l’infraction ou à la personne délinquante.

[55] En outre, l’al. 718.2e) du *Code criminel* donne la directive obligatoire de tenir compte de la situation unique des délinquants autochtones pour toutes les infractions (*Gladue*, par. 93; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 84-85). Le juge chargé de la détermination de la peine doit tenir compte des facteurs systémiques ou contextuels qui peuvent avoir contribué à la comparution de la personne délinquante autochtone en cause devant le tribunal et des types de procédure de détermination de la peine et de sanctions qui peuvent être indiquées dans le cas de cette personne délinquante. Les sanctions substitutives doivent être envisagées. Bien que notre Cour n’ait pas traité de la question, certaines cours d’appel provinciales ont constaté que, dans le cas des personnes délinquantes noires et des groupes qui font l’objet de discrimination systémique, la preuve du contexte social ou les facteurs contextuels qui ont peut-être contribué à la présence de la personne délinquante devant le tribunal peuvent également servir de facteur atténuant lors de la détermination de la peine (voir, p. ex., *R. c. Morris*, 2021 ONCA 680, 159 O.R. (3d) 685, par. 13 et 87-95; *R. c. Anderson*, 2021 NSCA 62, 405 C.C.C. (3d) 1, par. 114).

b) *Proportionnalité*

[56] La proportionnalité est un « précepte central » du régime de détermination de la peine canadien, dont les racines en précèdent la reconnaissance en tant que

in s. 718.1 of the *Criminal Code* (*Ipeelee*, at para. 36, citing *R. v. Wilmott* (1966), 58 D.L.R. (2d) 33 (Ont. C.A.); see *R. v. Solowan*, 2008 SCC 62, [2008] 3 S.C.R. 309, at para. 12; *Nasogaluak*, at paras. 40-42; *R. v. M.* (C.A.), [1996] 1 S.C.R. 500, at paras. 40-42). Indeed, “whatever weight a judge may wish to accord to the objectives [for sentencing prescribed in ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code*], the resulting sentence *must* respect the fundamental principle of proportionality” (*Nasogaluak*, at para. 40 (emphasis in original)).

[57] The purpose of proportionality is founded in “fairness and justice” (*R. v. Priest* (1996), 30 O.R. (3d) 538 (C.A.), at p. 546). It is to prevent unjust punishment for the “sake of the common good” (p. 547) and it serves as a limiting function to ensure that there is “justice for the offender” (*Ipeelee*, at para. 37). As the “*sine qua non* of a just sanction” (para. 37), the concept expresses that the amount of punishment an offender receives must be proportionate to the gravity of the offence and the offender’s moral blameworthiness (*R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180, at paras. 70-71; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at paras. 51-54; *Ipeelee*, at paras. 36 and 38; *Nur*, at para. 43; C. C. Ruby, *Sentencing* (10th ed. 2020), at §2.14).

[58] The “gravity of the offence” refers to the seriousness of the offence in a general sense and is reflected in the potential penalty imposed by Parliament and in any specific features of the commission of the crime (*R. v. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1 (C.A.), at para. 90). The gravity of the offence should be measured by taking into account the consequences of the offender’s actions on victims and public safety, and the physical and psychological harms that flowed from the offence. In some cases where there is bias, prejudice or hatred, the motivation of the offender may also be relevant (see s. 718.2(a)(i) of the *Criminal Code*). The offender’s moral culpability or degree of responsibility should be measured by gauging the essential substantive elements of the offence including the offence’s *mens rea*, the offender’s conduct in the commission of the offence, the offender’s motive for committing the offence, and aspects of the offender’s

principe fondamental de détermination de la peine à l’art. 718.1 du *Code criminel* (*Ipeelee*, par. 36, citant *R. c. Wilmott* (1966), 58 D.L.R. (2d) 33 (C.A. Ont.); voir *R. c. Solowan*, 2008 CSC 62, [2008] 3 R.C.S. 309, par. 12; *Nasogaluak*, par. 40-42; *R. c. M.* (C.A.), [1996] 1 R.C.S. 500, par. 40-42). En effet, « indépendamment du poids que le juge souhaite accorder à l’un des objectifs [de détermination de la peine prescrits aux art. 718 à 718.2 du *Code criminel*], la peine *doit* respecter le principe fondamental de proportionnalité » (*Nasogaluak*, par. 40 (en italique dans l’original)).

[57] L’objectif de proportionnalité repose sur [TRA-DUCTION] « l’équité et la justice » (*R. c. Priest* (1996), 30 O.R. (3d) 538 (C.A.), p. 546). Il consiste à prévenir l’infliction d’une peine injuste pour le [TRADUCTION] « bien commun » (p. 547) et joue un rôle restrictif pour assurer « la justice de la peine envers le délinquant » (*Ipeelee*, par. 37). Pour ce qui est de la « condition *sine qua non* d’une sanction juste » (par. 37), le concept indique que l’ampleur de la peine infligée à une personne délinquante doit être proportionnelle à la gravité de l’infraction et à la culpabilité morale de la personne délinquante (*R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180, par. 70-71; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 51-54; *Ipeelee*, par. 36 et 38; *Nur*, par. 43; C. C. Ruby, *Sentencing* (10^e éd. 2020), §2.14).

[58] La « gravité de l’infraction » renvoie à la gravité de l’infraction au sens général et elle se reflète dans la sanction potentielle imposée par le Parlement et dans toute caractéristique précise de la perpétration du crime (*R. c. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1 (C.A.), par. 90). La gravité de l’infraction doit être mesurée en tenant compte des conséquences des agissements de la personne délinquante sur les victimes et la sécurité publique, ainsi que du préjudice corporel et psychologique découlant de l’infraction. Dans certains cas où des préjugés ou de la haine sont présents, la motivation de la personne délinquante peut elle aussi s’avérer pertinente (voir le sous-al. 718.2a)(i) du *Code criminel*). La culpabilité morale ou le degré de responsabilité de la personne délinquante doit être mesuré en évaluant les éléments constitutifs essentiels de l’infraction, notamment sa *mens rea*, la conduite de la personne délinquante dans

background that increase or decrease the offender's individual responsibility for the crime, including the offender's personal circumstances and mental capacity (*Hamilton*, at para. 91; *Boudreault*, at para. 68; *Ipeelee*, at para. 73).

[59] Further, the sentence imposed must be commensurate with the responsibility and “moral blameworthiness of the offender” (*Ipeelee*, at para. 37). The sentence must be no greater than the offender's moral culpability and blameworthiness (*Nasogaluak*, at paras. 40-42; *M. (C.A.)*, at para. 40; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, at p. 645).

[60] In setting out the two-stage process in *Nur*, McLachlin C.J. said at para. 46:

First, the court must determine what constitutes a proportionate sentence for the offence having regard to the objectives and principles of sentencing in the *Criminal Code*. Then, the court must ask whether the mandatory minimum requires the judge to impose a sentence that is grossly disproportionate to the fit and proportionate sentence.

Based on this passage, some argue that the first stage is limited to consideration of a proportionate sentence solely *for the offence*. The claim is that only the nature of the offence governs and there is no room to take into account other aspects of proportionality, like moral blameworthiness or the personal characteristics of the offender.

[61] With respect, this narrow reading is incomplete and suggests that McLachlin C.J. chose, without any explanation, to only reference half of the well-known whole of proportionality. It is more sensible to read her reference to a “proportionate sentence” as incorporating both the gravity of the offence and the moral blameworthiness of the offender. Her requirement that the sentence be assessed according to the objectives and principles of sentencing in the *Criminal Code* expressly acknowledges and incorporates the offender's personal characteristics and circumstances. Under those principles, there is no proportionate sentence

la perpétration de l'infraction, le mobile qui a poussé la personne délinquante à commettre l'infraction et les aspects du vécu de cette personne qui renforcent ou diminuent sa responsabilité individuelle à l'égard du crime, y compris sa situation personnelle et sa capacité mentale (*Hamilton*, par. 91; *Boudreault*, par. 68; *Ipeelee*, par. 73).

[59] De plus, la peine imposée doit être proportionnée à la responsabilité et à la « culpabilité morale du délinquant » (*Ipeelee*, par. 37). La peine ne doit pas excéder la culpabilité morale de la personne délinquante (*Nasogaluak*, par. 40-42; *M. (C.A.)*, par. 40; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, p. 645).

[60] En exposant le processus en deux étapes dans *Nur*, la juge en chef McLachlin a affirmé au par. 46 :

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.

Sur la base du passage précité, d'aucuns soutiennent que la première étape ne consiste qu'à fixer une peine proportionnée à l'infraction uniquement. Selon eux, seule la nature de l'infraction compte, et il n'y a pas lieu de prendre en considération d'autres aspects de la proportionnalité, tels que la culpabilité morale ou les caractéristiques personnelles de la personne délinquante.

[61] En toute déférence, cette interprétation étroite est incomplète et suggère que la juge en chef McLachlin a choisi, sans explication, de ne renvoyer qu'à la moitié de l'ensemble bien connu de la proportionnalité. Il est plus raisonnable de considérer que sa mention d'une « peine proportionnée » incorpore à la fois la gravité de l'infraction et la culpabilité morale de la personne délinquante. Son exigence que la peine soit évaluée en fonction des objectifs et des principes de détermination de la peine établis par le *Code criminel* reconnaît et incorpore expressément les caractéristiques personnelles et la situation de la

that only takes into account the offence and ignores the offender. The sentencing contemplated at the first stage in *Nur* therefore encompasses both aspects of proportionality.

(c) *The Sentence Should Be Specific and Defined*

[62] Sentencing is a highly individualized and discretionary endeavour (*R. v. Suter*, 2018 SCC 34, [2018] 2 S.C.R. 496, at para. 4; *M. (C.A.)*, at para. 92). Each sentence is to be custom tailored to match the particular offence, as well as the offender (*R. v. Bottineau*, 2011 ONCA 194, 269 C.C.C. (3d) 227; *R. v. Angelillo*, 2006 SCC 55, [2006] 2 S.C.R. 728; *R. v. Shoker*, 2006 SCC 44, [2006] 2 S.C.R. 399). There is no “one size fits all” penalty (*R. v. Lee*, 2012 ABCA 17, 58 Alta. L.R. (5th) 30, at para. 12), as sentencing is “an inherently individualized” and “profoundly subjective process” (*M. (C.A.)*, at para. 92; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at para. 46):

The determination of a just and appropriate sentence is a delicate art which attempts to balance carefully the societal goals of sentencing against the moral blameworthiness of the offender and the circumstances of the offence, while at all times taking into account the needs and current conditions of and in the community.

(*M. (C.A.)*, at para. 91)

[63] During the course of argument, counsel often argue for a punishment within a certain sentencing range, or courts of appeal establish ranges or starting points to pursue parity. Nevertheless, a sentencing judge cannot at the end of the day simply approximate a sentence or otherwise provide a range of penalties. The judge is expected to articulate an individual, specific and defined sentence. They cannot order that an offender be imprisoned for around two or three months, or that a sentence be “around three years” or “fall within the range of time”. Judges must exercise their discretion in each case and fix a specific and defined punishment.

personne délinquante. Selon ces principes, il n’existe aucune peine proportionnée qui tient compte uniquement de l’infraction et fait abstraction de la personne délinquante. La détermination de la peine envisagée à la première étape dans l’arrêt *Nur* englobe donc les deux aspects de la proportionnalité.

c) *La peine doit être précise et définie*

[62] La détermination de la peine est une entreprise éminemment individualisée et discrétionnaire (*R. c. Suter*, 2018 CSC 34, [2018] 2 R.C.S. 496, par. 4; *M. (C.A.)*, par. 92). Chaque peine doit être adaptée sur mesure à l’infraction en cause de même qu’à la personne délinquante concernée (*R. c. Bottineau*, 2011 ONCA 194, 269 C.C.C. (3d) 227; *R. c. Angelillo*, 2006 CSC 55, [2006] 2 R.C.S. 728; *R. c. Shoker*, 2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 399). Il n’y a pas de sanction [TRADUCTION] « universelle » (*R. c. Lee*, 2012 ABCA 17, 58 Alta. L.R. (5th) 30, par. 12), car la peine est « un processus profondément subjectif » et « intrinsèquement individualisé » (*M. (C.A.)*, par. 92; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, par. 46) :

La détermination d’une peine juste et appropriée est un art délicat, où l’on tente de doser soigneusement les divers objectifs sociétaux de la détermination de la peine, eu égard à la culpabilité morale du délinquant et aux circonstances de l’infraction, tout en ne perdant jamais de vue les besoins de la communauté et les conditions qui y règnent.

(*M. (C.A.)*, par. 91)

[63] Au cours des plaidoiries, les avocats plaident souvent en faveur d’une peine se situant à l’intérieur d’une certaine fourchette de peines, ou les cours d’appel établissent des fourchettes ou points de départ en quête de parité. Néanmoins, le juge chargé de la détermination de la peine ne peut se contenter, au final, d’infliger une peine approximative ou de proposer par ailleurs un éventail de peines. Le juge doit formuler une peine individuelle, précise et définie. Il ne saurait ordonner qu’une personne délinquante soit incarcérée pour deux ou trois mois, ou infliger une peine d’« environ trois ans » ou « se situant dans la fourchette ». Le juge doit exercer son pouvoir discrétionnaire dans chaque cas et fixer une peine précise et définie.

[64] Sentencing is not an exact science. It can be difficult for sentencing judges to select the exact fit punishment as there is often more than one correct sentencing response to a crime (*Hamilton*, at paras. 85 and 156; *Ruby*, at §2.5; *Shropshire*, at para. 48, citing *R. v. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119 (N.S.C.A.), at pp. 123-24). However, that is the burden sentencing judges confront daily. At this first stage of s. 12, while there may be reference to sentencing ranges and starting points for the offence to assist in the determination of the fit penalty, there should be no approximation in the final sentence. The key question is: what specifically is the fit sentence for this individual offender?

[65] Precision and certainty about the legal penalty is required because all must know exactly what punishment was imposed and when it will end. Similarly, if the mandatory minimum falls, the sentence affixed by the judge at the first stage of *Nur* will be applied to the offender. Scrupulously selecting a precise and defined sentence also supports an analytically fair and principled result at the second stage of the s. 12 inquiry.

[66] When Lamer J. in *Smith*, at p. 1073, wrote that a court must first consider “the particular circumstances of the case in order to determine what range of sentences would have been appropriate to punish, rehabilitate or deter this particular offender”, he was talking about how to assess gross disproportionality at the second stage of the analysis — not how to conduct a sentencing hearing. He did not say that setting the fit and proportionate sentence at the first stage could involve a “range of sentences” as urged upon us by some interveners. Even reasonably foreseeable offenders, for whom there is greater latitude, call for careful calibration of discretion and as specific a sentence as required in a traditional and typical sentencing proceeding.

[64] La détermination de la peine n’est pas une science exacte. Il peut s’avérer difficile pour les juges de choisir la peine parfaitement adaptée au crime, car il existe souvent plus d’une peine répondant bien à un crime (*Hamilton*, par. 85 et 156; *Ruby*, §2.5; *Shropshire*, par. 48, citant *R. c. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119 (C.A. N.-É.), p. 123-124). Voilà cependant le fardeau que supportent chaque jour les juges chargés de la détermination de la peine. À la première étape de l’analyse relative à l’art. 12, s’il est possible de mentionner les fourchettes de peines et points de départ applicables à l’infraction en vue d’aider à déterminer la sanction juste, la peine infligée ne doit comporter aucune approximation. La question clé est la suivante : quelle est précisément la peine juste pour cette personne délinquante en particulier?

[65] La précision et la certitude de la sanction juridique sont nécessaires puisque tous doivent savoir exactement quelle peine a été infligée et quand elle prendra fin. De même, si la peine minimale obligatoire est invalidée, la peine fixée par le juge à la première étape de l’arrêt *Nur* sera infligée à la personne délinquante. Le fait de choisir scrupuleusement une peine précise et définie favorise l’atteinte d’un résultat équitable sur le plan analytique et fondé sur des principes à la deuxième étape de l’analyse relative à l’art. 12.

[66] Quand le juge Lamer a écrit dans l’arrêt *Smith*, p. 1073, qu’un tribunal doit d’abord prendre en considération « les circonstances particulières de l’affaire afin de déterminer quelles peines auraient été appropriées pour punir, réhabiliter ou dissuader ce contrevenant particulier », il parlait de la façon dont il convient d’évaluer le caractère exagérément disproportionné d’une peine à la deuxième étape de l’analyse, et non pas de la manière dont il convient de tenir une audience de détermination de la peine. Il n’a pas dit que fixer la peine juste et proportionnée à la première étape pouvait mettre en jeu une « gamme de peines » comme nous exhortent à le faire certains intervenants. Même les personnes délinquantes se trouvant dans des situations raisonnablement prévisibles, à l’égard de qui la latitude est plus grande, doivent faire l’objet d’un dosage soigné du pouvoir discrétionnaire et se voir infliger une peine aussi précise que cela est nécessaire dans une procédure traditionnelle et habituelle de détermination de la peine.

(2) Sentencing Reasonably Foreseeable Offenders and the Use of Reasonable Hypotheticals

[67] In other cases, the courts will be asked to consider the circumstances of reasonably foreseeable offenders not before them. In these cases, the constitutional analysis will be supplemented by or conducted on the basis of reasonable hypothetical scenarios that raise realistic issues about the scope of the mandatory minimum and its application to everyone. Justices O’Ferrall and Wakeling propose that this Court abandon the use of reasonably foreseeable scenarios. In my opinion, this proposal runs counter to the jurisprudence of this Court and lacks merit. In this section, I explain that reasonably foreseeable hypotheticals are an accepted and appropriate tool to identify the scope and thus explore the constitutionality of an impugned provision. I address how to construct a reasonably foreseeable hypothetical; discuss why personal characteristics, including Indigeneity, are not excluded from consideration; and suggest that the hypothetical should be reasonable and is best tested through the adversarial process.

(a) *Reasonably Foreseeable Hypotheticals Are an Accepted and Appropriate Analytical Tool*

[68] As s. 12 jurisprudence has developed, this Court has consistently accepted that punishments can be impugned not only on the basis that they infringe the s. 12 rights of a particular offender, but also on the basis that they infringe those of a reasonably foreseeable offender. Beginning in *Smith*, this Court established the use of a reasonable hypothetical in assessing whether a punishment is grossly disproportionate. The majority in that case struck down a mandatory minimum of seven years for importing narcotics because such a sentence would be grossly disproportionate if applied to a hypothetical young

(2) Détermination de la peine à infliger aux personnes délinquantes se trouvant dans des situations raisonnablement prévisibles et recours à des situations hypothétiques raisonnables

[67] Dans d’autres cas, les tribunaux seront appelés à prendre en considération la situation raisonnablement prévisible de personnes délinquantes qui ne comparaissent pas devant eux. Dans ces cas, l’analyse constitutionnelle est complétée par des, ou s’effectue en fonction de, scénarios hypothétiques raisonnables qui soulèvent des questions réalistes au sujet de la portée de la peine minimale obligatoire et de son application à tous. Les juges O’Ferrall et Wakeling proposent que notre Cour laisse tomber l’utilisation de scénarios raisonnablement prévisibles. À mon avis, cette proposition va à l’encontre de la jurisprudence de notre Cour et est dénuée de fondement. Dans la présente partie, j’explique que les hypothèses raisonnablement prévisibles sont un outil accepté et approprié qui permet de cerner la portée d’une disposition attaquée afin d’en étudier la constitutionnalité. J’aborde la manière d’élaborer une hypothèse raisonnablement prévisible; je traite des raisons pour lesquelles les caractéristiques personnelles, dont l’autochtonité, ne doivent pas être exclues de l’analyse; et je suggère que les hypothèses doivent être raisonnables et que le processus accusatoire est la meilleure façon de les mettre à l’épreuve.

a) *Les hypothèses raisonnablement prévisibles sont un outil d’analyse accepté et approprié*

[68] À mesure que s’est constituée la jurisprudence relative à l’art. 12, notre Cour a toujours accepté que les peines peuvent être contestées non seulement au motif qu’elles portent atteinte aux droits que garantit l’art. 12 à une personne délinquante en particulier, mais aussi au motif qu’elles portent atteinte aux droits d’une personne délinquante se trouvant dans une situation raisonnablement prévisible. À partir de l’arrêt *Smith*, notre Cour a établi le recours à une hypothèse raisonnable pour déterminer si une peine est exagérément disproportionnée. Les juges majoritaires dans cette décision ont invalidé une peine minimale

person driving home to Canada with a small amount of marijuana.

[69] Since *Smith*, reasonable hypothetical situations have been either expressly used by this Court to invalidate sentencing provisions (see *Nur*, at paras. 82-83; *Lloyd*, at paras. 32-33; *Boudreault*, at para. 55), or affirmed as a matter of principle where they were not relied upon (see *Goltz*, at p. 515; *Morrissey*, at paras. 31 and 51-53; *Ferguson*, at para. 30; *Bissonnette*, at para. 63). Importantly, in the three cases in which this Court has struck down mandatory minimums, it has done so on the basis of a reasonable hypothetical offender (*Smith*, *Nur* and *Lloyd*).

[70] Beyond s. 12, the assessment of a law's scope based on reasonable hypotheticals is an accepted analytical inquiry in *Charter* challenges more generally. They have been relied upon as an analytical tool in s. 7 jurisprudence, resulting in successful *Charter* challenges (*R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at p. 799; *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754, at paras. 29-30 and 72-75; *R. v. Ndhlovu*, 2022 SCC 38, [2022] 3 S.C.R. 52, at paras. 87-88).

[71] This Court in *Nur* set out certain binding principles about the use of reasonable hypotheticals. Chief Justice McLachlin said the use of reasonable hypotheticals was “at the heart of th[e] case” (para. 47) and placed them at the protected core of the s. 12 analysis. This Court firmly and clearly rejected the argument that reasonable hypotheticals should be abandoned and that the primary or exclusive focus ought to be on the offender before the court (paras. 48-64; see also C. Fehr, “Tying Down the Tracks: Severity, Method, and the Text of Section 12 of the Charter” (2021), 25 *Can. Crim. L.R.* 235, at p. 240). Even as early as 2015, it was recognized that “excluding consideration of reasonably foreseeable applications of a mandatory minimum sentencing law would run counter to the settled authority of this

obligatoire de sept ans pour importation de stupéfiants parce qu’une telle peine serait exagérément disproportionnée si elle était infligée à une jeune personne hypothétique qui rentre chez elle en voiture au Canada avec une petite quantité de marijuana.

[69] Depuis l’arrêt *Smith*, des situations hypothétiques raisonnables ont été soit explicitement utilisées par notre Cour pour invalider des dispositions sur la détermination de la peine (voir *Nur*, par. 82-83; *Lloyd*, par. 32-33; *Boudreault*, par. 55), soit confirmées en principe lorsqu’elles n’ont pas été invoquées (voir *Goltz*, p. 515; *Morrissey*, par. 31 et 51-53; *Ferguson*, par. 30; *Bissonnette*, par. 63). Fait important, dans les trois affaires où notre Cour a invalidé des peines minimales obligatoires, elle l’a fait en fonction d’une personne délinquante se trouvant dans une situation hypothétique raisonnable (*Smith*, *Nur* et *Lloyd*).

[70] Outre l’art. 12, l’évaluation de la portée d’une disposition législative sur la base d’hypothèses raisonnables constitue une méthode d’analyse acceptée dans les contestations fondées sur la *Charte* de façon plus générale. Elles ont été employées en tant qu’outil d’analyse dans la jurisprudence relative à l’art. 7, ce qui a donné lieu à des contestations de ce genre couronnées de succès (*R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 799; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754, par. 29-30 et 72-75; *R. c. Ndhlovu*, 2022 CSC 38, [2022] 3 R.C.S. 52, par. 87-88).

[71] Dans *Nur*, notre Cour a établi certains principes obligatoires concernant l’utilisation d’hypothèses raisonnables. La juge en chef McLachlin a dit que l’utilisation d’hypothèses raisonnables se trouvait « au cœur de la présente affaire » (par. 47) et les a intégrées au contenu essentiel de l’analyse fondée sur l’art. 12. Notre Cour a rejeté fermement et clairement l’argument voulant qu’on laisse tomber les hypothèses raisonnables et que l’analyse s’attache principalement, voire uniquement, à la personne délinquante qui saisit le tribunal (par. 48-64; voir aussi C. Fehr, « Tying Down the Tracks : Severity, Method, and the Text of Section 12 of the Charter » (2021), 25 *Rev. can. D.P.* 235, p. 240). Dès 2015, il était reconnu que « ne pas tenir compte des applications raisonnablement prévisibles d’une disposition

Court and artificially constrain the inquiry into the law's constitutionality" (*Nur*, at para. 49).

[72] Foreclosing the consideration of the reasonably foreseeable impacts of an impugned law "would dramatically curtail the reach of the *Charter* and the ability of the courts to discharge their duty to scrutinize the constitutionality of legislation and maintain the integrity of the constitutional order" (*Nur*, at para. 63). Because it is the "nature of the law" that is at issue, not the claimant's status, it suffices for a claimant to allege unconstitutional effects in their case or on third parties (para. 51, quoting *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 314). In crafting reasonable hypotheticals, a court is examining the scope of the impugned law and "not merely the justice of a particular sentence imposed by a judge at trial" (*Goltz*, at p. 503; see *Big M Drug Mart*, at p. 314; *Nur*, at para. 60). Further, "[i]f the only way to challenge an unconstitutional law were on the basis of the precise facts before the court, bad laws might remain on the books indefinitely" (*Nur*, at para. 51).

[73] The effective use of judicial resources also favours the use of reasonable hypotheticals as they allow one judge to consider an impugned mandatory minimum from multiple vantage points and they help reduce the number of challenges that will be heard in or among jurisdictions. Importantly, they promote the rule of law by underscoring how no one should be convicted or sentenced under an unconstitutional law (*Lloyd*, at para. 16). Hence, "allowing accused to employ reasonable hypothetical scenarios is more likely to further the purpose of the *Charter*: protecting citizens from abuse of state power" (*Fehr*, at p. 236).

[74] It is for these reasons that, to repeat McLachlin C.J., "[t]his Court has consistently held that a challenge to a law under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* does not require that the impugned provision contravene the rights of the claimant" (*Nur*, at para. 51; see also *Goltz*, at pp. 503-4). Under well-established

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 » (*Nur*, par. 49).

[72] Exclure la prise en compte des répercussions raisonnablement prévisibles d'une disposition attaquée « 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 » (*Nur*, par. 63). Comme c'est la « nature de la loi » qui est en question, et non le statut du demandeur, ce dernier n'a qu'à alléguer des effets inconstitutionnels dans sa cause ou sur des tiers (par. 51, citant *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 314). En élaborant des hypothèses raisonnables, le tribunal examine la portée de la disposition attaquée, et « non pas simplement l'équité d'une peine particulière prononcée par un juge lors du procès » (*Goltz*, p. 503-504; voir *Big M Drug Mart*, p. 314; *Nur*, par. 60). De plus, « [s]i 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 » (*Nur*, par. 51).

[73] L'utilisation efficace des ressources judiciaires favorise également le recours à des hypothèses raisonnables, car celles-ci permettent à un juge d'envisager une peine minimale obligatoire attaquée de plusieurs points de vue et aident à réduire le nombre de contestations qui seront instruites dans ou entre plusieurs ressorts. Fait important, elles favorisent la primauté du droit en soulignant que personne ne devrait être déclaré coupable ou condamné en application d'une loi inconstitutionnelle (*Lloyd*, par. 16). Ainsi, [TRA-DUCTION] « permettre à la personne accusée d'employer des scénarios hypothétiques raisonnables est plus susceptible de réaliser l'objet de la *Charte* : protéger les citoyens contre les abus du pouvoir de l'État » (*Fehr*, p. 236).

[74] C'est pour ces raisons que, pour reprendre les propos de la juge en chef McLachlin, « [l]a 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

case law, there is no need to wait for a “real” offender to appear to impugn the constitutionality of a provision of general application.

[75] Justices O’Ferrall and Wakeling’s desire to excise the use of reasonably foreseeable scenarios from this Court’s s. 12 framework is thus completely contrary to both precedent and principle. They rely upon certain parts of dissenting judgments from this Court and fail to follow the repeated authoritative statements that reasonable hypotheticals are an established device courts use to measure whether a legislatively mandated sentence is cruel and unusual punishment under s. 12 (S. Chaster, “Cruel, Unusual, and Constitutionally Infirm: Mandatory Minimum Sentences in Canada” (2018), 23 *Appeal* 89, at p. 96).

(b) *Defining the Parameters of a Reasonably Foreseeable Hypothetical*

[76] A reasonable hypothetical scenario needs to be constructed with care. While it may be tempting to allow the word “hypothetical” to overwhelm, it is the *reasonableness* of the scenario that must be underscored (*Nur*, at para. 57). While earlier case law did not often explain or explore what went into the construction of a reasonable hypothetical, or tended to consider hypotheticals more narrowly and at a higher level of generality, the more recent analytical approach in *Nur*, *Lloyd*, and *Boudreault* is broader and permits more detailed hypotheticals.

[77] The characteristics of a reasonable hypothetical include the following:

- (i) The hypothetical must be reasonably foreseeable;
- (ii) Reported cases may be considered in the analysis;
- (iii) The hypothetical must be reasonable in view of the range of conduct in the offence in question;

par la disposition » (*Nur*, par. 51; voir aussi *Goltz*, p. 503-504). Selon une jurisprudence bien établie, il n’est point nécessaire d’attendre qu’une « vraie » personne délinquante se présente pour attaquer la constitutionnalité d’une disposition d’application générale.

[75] Le désir des juges O’Ferrall et Wakeling de retirer l’utilisation de scénarios raisonnablement prévisibles du cadre d’analyse de l’art. 12 établi par notre Cour est donc tout à fait contraire aux précédents et aux principes. Ils se fondent sur certaines parties d’opinions dissidentes de notre Cour et ne suivent pas les énoncés répétés faisant autorité voulant que les hypothèses raisonnables soient un dispositif établi dont se servent les tribunaux pour décider si une peine prescrite par la loi est cruelle et inusitée au sens de l’art. 12 (S. Chaster, « Cruel, Unusual, and Constitutionally Infirm : Mandatory Minimum Sentences in Canada » (2018), 23 *Appeal* 89, p. 96).

b) *Définition des paramètres d’une hypothèse raisonnablement prévisible*

[76] Un scénario hypothétique raisonnable doit être concocté avec soin. Bien qu’il soit peut-être tentant de laisser le mot « hypothétique » avoir le dessus, c’est le *caractère raisonnable* du scénario qui doit être souligné (*Nur*, par. 57). Même si la jurisprudence antérieure n’a bien souvent pas expliqué ou étudié les rouages de l’élaboration d’une hypothèse raisonnable, ou tendait à considérer les hypothèses plus étroitement et d’un point de vue plus général, la démarche analytique plus récente adoptée dans les arrêts *Nur*, *Lloyd* et *Boudreault* est plus large et ouvre la porte à des hypothèses plus détaillées.

[77] Parmi les caractéristiques d’une hypothèse raisonnable, mentionnons les suivantes :

- (i) L’hypothèse doit être raisonnablement prévisible;
- (ii) Les cas répertoriés peuvent être pris en considération dans l’analyse;
- (iii) La situation hypothétique doit être raisonnable eu égard à l’étendue des actes visés par l’infraction en question;

(iv) Personal characteristics may be considered as long as they are not tailored to create remote or far-fetched examples; and

(v) Reasonable hypotheticals are best tested through the adversarial process.

(i) The Hypothetical Must Be Reasonably Foreseeable

[78] Throughout the case law there is a legitimate concern that the hypotheticals must be reasonable. They ought not to be “far-fetched or marginally imaginable cases”, nor should they be “remote or extreme examples” (*Morrissey*, at para. 30, quoting *Goltz*, at pp. 506 and 515). In *Goltz*, the Court focussed on circumstances that “could commonly arise in day-to-day life” (p. 516).

[79] Greater flexibility was introduced in *Nur* when the Court held that the appropriate approach is to construct a reasonably foreseeable offender with characteristics and in circumstances that are reasonably foreseeable based on judicial experience and common sense (para. 62). *Nur*’s selection and use of reasonable foreseeability is significant and goes beyond whether a projected application of the law is common or likely:

The reasonable foreseeability test is not confined to situations that are likely to arise in the general day-to-day application of the law. Rather, it asks what situations may reasonably arise. It targets circumstances that are foreseeably captured by the minimum conduct caught by the offence. Only situations that are “remote” or “far-fetched” are excluded . . . [para. 68]

[80] Thus, what must be considered is how the provision impacts other persons who might reasonably be caught by it (*Nur*, at para. 47) and the

(iv) Les caractéristiques personnelles peuvent être prises en compte pourvu qu’elles ne soient pas adaptées pour créer des exemples invraisemblables ou n’ayant qu’un faible rapport avec l’espèce;

(v) Le processus accusatoire est la meilleure façon de mettre à l’épreuve les hypothèses raisonnables.

(i) L’hypothèse doit être raisonnablement prévisible

[78] Dans toute la jurisprudence, les tribunaux se préoccupent légitimement du fait que les hypothèses doivent être raisonnables. Elles ne devraient pas être des « situations invraisemblables ou difficilement imaginables », ni être des « exemples extrêmes ou n’ayant qu’un faible rapport avec l’espèce » (*Morrissey*, par. 30, citant *Goltz*, p. 506 et 515). Dans l’arrêt *Goltz*, la Cour s’est attachée aux circonstances qui « pourraient se présenter couramment dans la vie quotidienne » (p. 516).

[79] Une plus grande souplesse a été apportée dans l’arrêt *Nur*, lorsque la Cour a conclu que la méthode appropriée consistait à imaginer une personne délinquante dont les caractéristiques et la situation sont raisonnablement prévisibles compte tenu de l’expérience judiciaire et du bon sens (par. 62). Le choix et l’utilisation de la prévisibilité raisonnable dans l’arrêt *Nur* sont significatifs et vont au-delà de la question de savoir si une application projetée du droit est commune ou probable :

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 » . . . [par. 68]

[80] Ainsi, il faut se demander quel effet a la disposition sur d’autres personnes raisonnablement susceptibles de tomber sous le coup de celle-ci (*Nur*,

reasonably foreseeable situations in which the law may apply.

(ii) Reported Cases May Be Considered in the Analysis

[81] In defining the scope of the hypothetical scenario and the qualities of a reasonably foreseeable offender, courts may rely on reported cases, as this Court did in *Boudreault*. While marginal cases may be excluded (*Morrissey*), in *Nur*, the Court affirmed that reported cases can be used because they not only illustrate the range of real-life conduct captured by the offence, they actually “happened” (para. 72). Reported cases, while potentially helpful, should not be used as a licence or straitjacket and courts may modify the facts of a reported case to illustrate reasonably foreseeable scenarios (paras. 62 and 72). However, courts are not limited to hypotheticals from the cases available to them.

(iii) The Hypothetical Must Be Reasonable in View of the Range of Conduct in the Offence in Question

[82] Under s. 12, the reach, breadth and scope of the impugned law will figure prominently. It can be expected that the proffered hypotheticals will test the kind of conduct the impugned provision is reasonably expected to catch and the law’s reasonably foreseeable effects (*Nur*, at para. 62).

[83] To be reasonable, the hypothetical must be tailored to the offence in question. It needs to involve conduct that falls within the relevant provision. The scope of the offence can be explored and it is permissible to establish the breadth of the offence by reference to how it may be committed and by whom. However, straining each and every constituent element by fanciful facts is not helpful. Incredible combinations of bizarre behaviours tells a court more about the imagination of counsel than it does the true scope

par. 47) et quelles sont les situations raisonnablement prévisibles où la loi pourrait s’appliquer.

(ii) Les cas répertoriés peuvent être pris en considération dans l’analyse

[81] Lorsqu’ils définissent la portée du scénario hypothétique et les qualités d’une personne délinquante se trouvant dans une situation raisonnablement prévisible, les tribunaux peuvent s’appuyer sur les cas répertoriés, comme l’a fait notre Cour dans *Boudreault*. Bien que les cas limites puissent être écartés (*Morrissey*), la Cour a confirmé dans *Nur* qu’il est permis de s’appuyer sur les cas répertoriés, car non seulement ils montrent toute l’étendue des actes susceptibles de tomber concrètement sous le coup de l’infraction, mais les situations en cause se sont effectivement « présentées » (par. 72). Quoique potentiellement utiles, les cas répertoriés ne devraient pas servir d’autorisation ou de carcan, et les tribunaux peuvent modifier les faits d’un cas répertorié pour illustrer des scénarios raisonnablement prévisibles (par. 62 et 72). Les cas à la disposition des tribunaux ne se limitent pas aux situations hypothétiques.

(iii) La situation hypothétique doit être raisonnable eu égard à l’étendue des actes visés par l’infraction en question

[82] L’étendue, l’ampleur et la portée de la disposition attaquée occupent une place importante sous le régime de l’art. 12. On peut s’attendre à ce que les situations hypothétiques proposées mettent à l’épreuve le genre de conduite qui devrait raisonnablement tomber sous le coup de la disposition attaquée et les effets raisonnablement prévisibles de celle-ci (*Nur*, par. 62).

[83] Pour être raisonnable, la situation hypothétique doit être adaptée à l’infraction en question. Elle doit mettre en jeu une conduite qui tombe sous le coup de la disposition pertinente. La portée de l’infraction peut être étudiée, et il est permis d’en établir l’étendue compte tenu de la manière dont elle peut être commise et de son auteur. Il n’est cependant pas utile de forcer chaque élément constitutif au moyen de faits fantaisistes. Les combinaisons incroyables de comportements étranges en disent plus long au tribunal

of the impugned provision. The total scenario must be reasonably foreseeable.

(iv) Personal Characteristics May Be Considered as Long as They Are Not Tailored to Create Remote or Far-fetched Examples

[84] Several interveners in this appeal and in *Hilbach* seek to curtail the use of personal characteristics in crafting reasonable hypotheticals. The Attorney General of Ontario, for instance, proposes that “generic” mitigating personal circumstances that are not “specific” to the offence, like Indigeneity, should be excluded from reasonable hypotheticals (I.F., at paras. 13-20; transcript, at pp. 117-18). Counsel submits that immutable personal characteristics, like race, gender, age, or mental health factors do not contribute information that goes directly to the offence and therefore “should be excluded from the generalized inquiry” (transcript, at p. 119). Counsel posits that it is not enough for a scenario to be “theoretically possible”; it must also be “expected” to arise (pp. 120-21). In the Attorney General of Ontario’s view, characteristics like race or Indigeneity are not “expected” characteristics appropriate for use in reasonable hypotheticals. In contrast, the Director of Public Prosecutions accepts that Indigeneity can be a proper part of a reasonable hypothetical.

[85] Similar arguments were rejected in *Nur* when the Court held that such characteristics could not be abstracted out of the test. Instead, an “inquiry into reasonably foreseeable situations the law may capture may take into account personal characteristics relevant to people who may be caught by the mandatory minimum” (para. 76). In that case, the Court actually invalidated the law on the basis of a hypothetical involving a licensed and responsible gun owner who improperly and unwittingly stored a licensed weapon in a manner that infringed the statute (para. 82). Similarly, in *Lloyd*, the Court struck

sur l’imagination des avocats que sur la véritable portée de la disposition attaquée. Le scénario dans son ensemble doit être raisonnablement prévisible.

(iv) Les caractéristiques personnelles peuvent être prises en compte pourvu qu’elles ne soient pas adaptées pour créer des exemples invraisemblables ou n’ayant qu’un faible rapport avec l’espèce

[84] Plusieurs intervenants en l’espèce et dans *Hilbach* cherchent à restreindre l’utilisation de caractéristiques personnelles dans l’élaboration de situations hypothétiques raisonnables. Le procureur général de l’Ontario, par exemple, propose que les circonstances personnelles atténuantes [TRADUCTION] « génériques » qui ne sont pas « propres » à l’infraction, comme l’autochtonité, soient exclues de ces situations (m. interv., par. 13-20; transcription, p. 117-118). Le procureur soutient que les caractéristiques personnelles immuables, comme la race, le sexe, l’âge ou les facteurs liés à la santé mentale ne fournissent pas de renseignements qui touchent directement à l’infraction et, par conséquent, qu’elles [TRADUCTION] « devraient être exclues de l’analyse générale » (transcription, p. 119). D’après le procureur, il ne suffit pas qu’un scénario soit [TRADUCTION] « possible en théorie »; on doit également « s’attendre » à ce qu’il se présente (p. 120-121). De l’avis du procureur général de l’Ontario, les caractéristiques telles la race ou l’autochtonité ne sont pas des caractéristiques « attendues » qu’il convient d’utiliser dans des situations hypothétiques raisonnables. À l’inverse, la directrice des poursuites pénales accepte que l’autochtonité puisse faire partie à juste titre d’une situation hypothétique raisonnable.

[85] Des arguments similaires ont été rejetés dans l’arrêt *Nur*, lorsque la Cour a statué que de telles caractéristiques ne pouvaient pas être retranchées du test. En fait, un « 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 » (par. 76). Dans cette affaire, la Cour a effectivement invalidé la disposition sur la base d’une situation hypothétique mettant en cause le propriétaire responsable d’une arme à feu, titulaire d’un permis, qui a entreposé

down the one-year minimum sentence for certain drug-related offences on the basis of two different scenarios. The hypotheticals were detailed: one concerned a marginalized person who experienced poverty, completed rehabilitation for a substance use disorder and had a dated prior conviction. In the other hypothetical, a person shared a small quantity of drugs with a friend or spouse. In *Boudreault*, this Court realistically considered the varied life circumstances of individual offenders, including poverty, illness, disability, addiction or other disadvantages which could reduce an offender's moral blameworthiness, thus illustrating the actual and foreseeable characteristics of real offenders (paras. 55 and 58).

[86] This Court should not depart from the methodology and approach affirmed in *Nur*, *Lloyd*, and *Boudreault*. As a rule, characteristics that are reasonably foreseeable for offenders in Canadian courtrooms, like age, poverty, race, Indigeneity, mental health issues and addiction, should not be excluded from consideration. Proportionality, a mandatory principle of sentencing under the *Criminal Code*, requires a consideration of the gravity of the offence and the offender's particular circumstances, which include their personal characteristics (*Nasogaluak*, at para. 42; *Ipeelee*, at para. 38). The assessment of a mandatory minimum's constitutionality should also be similarly rooted in the realities of people's lives.

[87] Given mandatory sentencing provisions and modern realities, there is no principled reason why race and Indigeneity may not also be relevant legal personal characteristics for reasonable hypothetical scenarios. Section 718.2(e) of the *Criminal Code* is mandatory and was enacted to address the overincarceration of Indigenous people and their disproportionate representation in Canada's criminal justice system. The unfortunate truth is that Indigeneity is

incorrectement et inconsciemment une arme visée par un permis d'une manière qui contrevenait à la loi (par. 82). De même, dans l'arrêt *Lloyd*, la Cour a invalidé la peine minimale d'un an prévue pour certaines infractions liées à la drogue en se fondant sur deux scénarios différents. Les situations hypothétiques étaient détaillées : l'une concernait une personne marginalisée qui connaissait la pauvreté, avait mené à terme sa désintoxication, et avait fait l'objet d'une déclaration de culpabilité antérieure. Dans l'autre situation hypothétique, une personne avait partagé une petite quantité de drogue avec un ami ou conjoint. Dans *Boudreault*, notre Cour a abordé de façon réaliste les différentes circonstances concrètes dans lesquelles se trouvent des délinquants, y compris la pauvreté, la maladie, la déficience, la dépendance et d'autres désavantages qui pouvaient réduire la culpabilité morale d'une personne délinquante, montrant ainsi des caractéristiques réelles et prévisibles de vrais délinquants (par. 55 et 58).

[86] Notre Cour ne devrait pas s'écarter de la méthode et de la démarche confirmées dans les arrêts *Nur*, *Lloyd* et *Boudreault*. En principe, les caractéristiques raisonnablement prévisibles dans le cas des délinquants qui comparaissent devant les tribunaux canadiens, comme l'âge, la pauvreté, la race, l'autochtonité, les problèmes de santé mentale et la dépendance, ne devraient pas être occultées. La proportionnalité, un principe obligatoire de détermination de la peine établi par le *Code criminel*, nécessite la prise en compte de la gravité de l'infraction et de la situation particulière de la personne délinquante, y compris ses caractéristiques personnelles (*Nasogaluak*, par. 42; *Ipeelee*, par. 38). L'évaluation que l'on fait de la constitutionnalité d'une peine minimale obligatoire devrait elle aussi être ancrée de manière similaire dans les réalités de la vie des gens.

[87] Étant donné les dispositions obligatoires sur la détermination de la peine et les réalités contemporaines, il n'y a aucune bonne raison pour laquelle la race et l'autochtonité ne pourraient pas elles aussi être des caractéristiques personnelles pertinentes en droit pour les scénarios hypothétiques raisonnables. L'alinéa 718.2e) du *Code criminel* a caractère obligatoire et a été adopté pour remédier à la surincarcération des Autochtones et à leur représentation

an offender characteristic that is more than “theoretically possible”. Indigenous offenders are not only reasonably foreseeable in the sense contemplated by *Nur*, the statistics over the years demonstrate that Indigenous people are vastly overrepresented before the courts. The same is true for Black and other racialized offenders who are overrepresented in the criminal justice system and whose experiences of historic and systemic disadvantage may reduce their moral blameworthiness (*Ipeelee*, at para. 73; *Anderson*, at para. 146; *Morris*, at para. 179).

[88] The concern underlying the position of the Attorney General of Ontario is that if personal characteristics, like *Gladue* factors, are taken into account, then the fit sentence will be so reduced at the first stage that the disproportion would become greater at the second stage, thereby rendering mandatory minimums more constitutionally fragile (D. Stuart, “*Boudreault*: The Supreme Court Strikes Down Mandatory Victim Surcharges to Protect Vulnerable Offenders” (2019), 50 C.R. (7th) 276). I do not accept that any constitutional issue which may arise in such circumstances will be the result of the hypothetical proffered rather than the scope and legal effects of the mandatory minimum. As explained further under stage two, the constitutional bar is set high at gross disproportionality. Section 12 is not violated due to the absence or presence of one sentencing principle, even one as important as s. 718.2(e), and where the offence involves grave conduct, the personal characteristics and circumstances of the offender will necessarily carry less significance (*Latimer*, at para. 85).

[89] Parliament is taken to know that the mandatory minimum it selects applies to “everyone”, just like the s. 12 right against cruel and unusual punishment. That means all people, regardless of their personal characteristics, are to benefit from the protections of s. 12. Canada is a large and diverse country and

disproportionnée au sein du système de justice pénale canadien. La triste vérité, c’est qu’il est plus que « possible en théorie » que l’autochtonité fasse partie des caractéristiques d’une personne délinquante. Non seulement les délinquants autochtones se trouvent dans des situations raisonnablement prévisibles au sens envisagé par l’arrêt *Nur*, les statistiques enregistrées au fil des ans démontrent que les Autochtones sont largement surreprésentés devant les tribunaux. Cela vaut également pour les personnes noires et d’autres délinquants racisés qui sont surreprésentés dans le système de justice pénale et dont les désavantages historiques et systémiques subis peuvent réduire leur culpabilité morale (*Ipeelee*, par. 73; *Anderson*, par. 146; *Morris*, par. 179).

[88] La crainte qui sous-tend la position du procureur général de l’Ontario est que, si les caractéristiques personnelles, tels les facteurs énoncés dans l’arrêt *Gladue*, sont prises en compte, la peine juste sera alors tellement réduite à la première étape que la disproportion deviendrait plus grande à la deuxième étape, ce qui fragiliserait davantage les peines minimales obligatoires sur le plan constitutionnel (D. Stuart, « *Boudreault* : The Supreme Court Strikes Down Mandatory Victim Surcharges to Protect Vulnerable Offenders » (2019), 50 C.R. (7th) 276). Je n’accepte pas que tout enjeu constitutionnel susceptible de se présenter dans de telles circonstances découlera de la situation hypothétique proposée plutôt que de la portée et des effets juridiques de la peine minimale obligatoire. Tel qu’il est expliqué plus en détail en ce qui concerne la deuxième étape, la norme constitutionnelle est stricte au chapitre de la disproportion exagérée. L’article 12 n’est pas violé du fait de l’absence ou de la présence d’un principe de détermination de la peine, même un principe aussi important que celui énoncé à l’al. 718.2(e), et lorsque l’infraction met en cause une conduite grave, les caractéristiques personnelles et la situation de la personne délinquante revêtent nécessairement moins d’importance (*Latimer*, par. 85).

[89] Le Parlement est réputé savoir que la peine minimale qu’il choisit s’applique à « chacun », tout comme le droit garanti par l’art. 12 à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités. Cela signifie que tous les gens, peu importe leurs caractéristiques personnelles, doivent bénéficier de la

people will have personal characteristics which may aggravate or mitigate their moral blameworthiness. It is appropriate that the effects of a mandatory minimum be scrutinized based not only on the reach of the law and the length of the sentence selected, but also on the breadth of the population to which it is made to apply.

[90] Including immutable personal characteristics in hypothetical scenarios strengthens the analytical device by helping courts explore the reach of the mandatory penalty. Individuals with reduced culpability may find themselves subject to mandatory minimum penalties. It is possible Parliament set penalties with a certain offender in mind without fulsome consideration of how the mandatory penalty may apply to offenders with reduced moral blameworthiness due to their disadvantaged circumstances, including marginalization or systemic discrimination.

[91] There is an important limit on the use of personal characteristics: the scenarios should not involve the most “sympathetic” offender but rather present a *reasonably foreseeable offender* (Nur, at para. 75). The hypothetical cannot be remote, far-fetched or utterly unrealistic (para. 76). A court should be wary of detailed scenarios that stack mitigating factors combined with an interpretation that stretches and strains the technical meaning of the offence, like certain of Mr. Zwozdesky’s hypotheticals in the companion appeal to this case (Hilbach, at para. 89).

[92] It makes little sense to evaluate scenarios that, based on common sense and judicial experience, appear outlandish. As Canadian courtrooms illustrate, on occasion truth may be stranger than fiction. That should not, however, become an invitation to consider every “sympathetic” case on the theory that it *could* or *might* happen one day. There may be the rare case in which all of the factors are mitigating and operate to reduce the moral blameworthiness of the offender but judicial experience points to the need to ensure the scenario as a whole is reasonably foreseeable. As

protection de l’art. 12. Le Canada est un pays vaste et diversifié, et les gens possèdent des caractéristiques personnelles susceptibles d’aggraver ou d’atténuer leur culpabilité morale. Il convient d’analyser les effets d’une peine minimale obligatoire non seulement à l’aune de la portée de la disposition et de la durée de la peine choisie, mais également au regard de l’étendue de la population à laquelle elle est vouée s’appliquer.

[90] L’intégration des caractéristiques personnelles immuables aux scénarios hypothétiques renforce le dispositif analytique en aidant les tribunaux à étudier la portée de la sanction obligatoire. Des individus dont la culpabilité est réduite pourraient être passibles de peines minimales obligatoires. Il se peut que le Parlement ait fixé des peines en songeant à une certaine personne délinquante sans réfléchir pleinement à la possibilité que la sanction obligatoire s’applique à des délinquants dont la culpabilité morale est réduite en raison de leur situation désavantageuse, y compris la marginalisation ou la discrimination systémique.

[91] L’utilisation de caractéristiques personnelles comporte une limite importante : les scénarios ne devraient pas mettre en cause la personne délinquante la plus « sympathi[que] »; ils devraient plutôt présenter une *personne délinquante raisonnablement prévisible* (Nur, par. 75). La situation hypothétique ne saurait n’avoir qu’un faible rapport avec l’espèce, être invraisemblable ou tout à fait irréaliste (par. 76). Le tribunal devrait se méfier des scénarios détaillés regorgeant de facteurs atténuants conjugués à une interprétation qui élargit et force le sens technique de l’infraction, comme certaines des situations hypothétiques évoquées par M. Zwozdesky dans le pourvoi connexe (Hilbach, par. 89).

[92] Il n’est guère logique d’évaluer des scénarios qui, compte tenu du bon sens et de l’expérience judiciaire, semblent farfelus. Comme le montrent les salles d’audience au Canada, il arrive parfois que la réalité dépasse la fiction. Cela ne devrait toutefois pas inviter les tribunaux à envisager chaque cas « sympathique » au motif qu’il *pourrait* se présenter ou se présentera *peut-être* un jour. Il peut y avoir un rare cas où tous les facteurs sont atténuants et ont pour effet de réduire la culpabilité morale de la personne délinquante, mais l’expérience judiciaire met en

McLachlin C.J. wrote in *Nur*, “[l]aws should not be set aside on the basis of mere speculation” (para. 62).

relief le besoin de voir à ce que le scénario dans son ensemble soit raisonnablement prévisible. Comme l’a écrit la juge en chef McLachlin dans *Nur*, « [u]ne loi ne saurait être rendue inopérante sur la base de pures conjectures » (par. 62).

(v) Reasonable Hypotheticals Are Best Tested Through the Adversarial Process

(v) Le processus accusatoire est la meilleure façon de mettre à l’épreuve les situations hypothétiques raisonnables

[93] It is up to the offender/claimant to articulate and advance the reasonably foreseeable hypothetical which forms the basis for the claim that the impugned provision is unconstitutional. All parties should ideally be afforded a fair opportunity to challenge or comment upon the reasonableness of the hypothetical before making submissions on its constitutional implications. In this respect, it is commonplace for courts to question counsel about the content and contours of any scenario put forward as a reasonable hypothetical. This is a sound practice which brings transparency to the arguments and fairness to the process. I agree with Antonio J.A. that reasonable hypotheticals are best tested through the rigour of the adversarial process (para. 69). There are benefits to providing parties with the opportunity to make submissions on who constitutes a realistic and reasonably foreseeable offender. In this way, the parties can help the judge determine what type of hypothetical is reasonable in the circumstances. However, while testing the reasonable hypothetical through the adversarial process is to be encouraged, it is not mandatory in the sense that its absence represents a reviewable error.

[93] Il revient à la personne délinquante/demanderesse de formuler et d’avancer la situation hypothétique raisonnablement prévisible sur laquelle repose l’allégation que la disposition attaquée est inconstitutionnelle. Toutes les parties devraient idéalement se voir accorder une possibilité raisonnable de contester ou de commenter le caractère raisonnable de la situation hypothétique avant de présenter des arguments sur ses conséquences au plan constitutionnel. À cet égard, il est courant que les tribunaux interrogent les avocats à propos du contenu et des contours de tout scénario proposé en tant que situation hypothétique raisonnable. Il s’agit d’une bonne pratique qui apporte de la transparence aux arguments et rend le processus équitable. Je conviens avec la juge Antonio que la rigueur du processus accusatoire est la meilleure façon de mettre à l’épreuve les situations hypothétiques raisonnables (par. 69). Il y a des avantages à donner aux parties l’occasion de présenter des observations sur ce qu’est une personne délinquante réaliste et raisonnablement prévisible. Les parties peuvent ainsi aider le juge à décider quel genre de situation hypothétique est raisonnable dans les circonstances. Toutefois, bien qu’il faille encourager la mise à l’épreuve de la situation hypothétique raisonnable au moyen du processus contradictoire, cela n’est pas obligatoire en ce sens que l’absence de cette mise à l’épreuve ne constitue pas une erreur susceptible de révision.

(c) *Sentencing a Reasonably Foreseeable Offender*

c) *Détermination de la peine à infliger à une personne délinquante se trouvant dans une situation raisonnablement prévisible*

[94] The same general sentencing principles apply when fixing a sentence for a reasonably foreseeable offender. This means that sentencing judges will: be bound by the *Criminal Code*; consider the sentencing proposals argued by counsel; and utilize the method

[94] Les mêmes principes généraux de détermination de la peine s’appliquent lorsqu’il s’agit de fixer la peine à infliger à une personne délinquante se trouvant dans une situation raisonnablement prévisible. Cela veut dire que les juges chargés de

of analysis endorsed in their jurisdiction (whether sentencing ranges or starting point-sentences). As with cases involving an actual offender, courts should fix as narrowly defined a sentence as possible for a reasonably foreseeable offender. A court, however, may find it somewhat more difficult to fix a *specific* sentence for a reasonably foreseeable offender, given that hypotheticals are advanced without evidence or detailed facts. Accordingly, in fixing the fit sentence for reasonably foreseeable offenders, some latitude may be necessary. But while the court may not be able to necessarily arrive at a single figure, broad statements are not very helpful either. Stating, for instance, that the case law would support a sentence of three to five years does not answer the question of what sentence the offender would otherwise receive and does not assist the analysis. Courts may specify, for instance, that a sentence would be “around” a certain number of months. Fixing a sentence for reasonably foreseeable offenders requires essentially the same approach that judges take in the daily task of sentencing offenders in courtrooms across this country. Any estimate must be circumscribed and tightly defined.

[95] Setting too wide a scope for what would be a fit sentence could skew the analysis and distort the gross disproportionality assessment by unfairly reducing the disparity between the sentence imposed and the mandatory minimum. Indeed, because the purpose of the reasonable hypothetical is to test the limits of the scope of application of a mandatory minimum, the lowest fit sentence that is reasonably foreseeable will figure prominently in the assessment. The large margin of appreciation embedded into the gross disproportionality standard means there is no need to build flexibility into the fit and proportionate sentence.

la détermination de la peine : seront liés par le *Code criminel*; prendront connaissance des propositions relatives à la peine à imposer faites par les avocats; et utiliseront la méthode d’analyse retenue dans leur ressort (qu’il s’agisse des fourchettes de peines ou des points de départ). Comme pour les affaires impliquant une vraie personne délinquante, les tribunaux devraient fixer une peine définie aussi étroitement que possible pour une personne délinquante raisonnablement prévisible. Le tribunal peut cependant trouver plus difficile d’établir une peine *précise* pour une personne délinquante raisonnablement prévisible, puisque les situations hypothétiques sont évoquées en l’absence d’éléments de preuve ou de faits détaillés. En conséquence, une certaine latitude peut s’avérer nécessaire dans la détermination de la peine juste pour une personne délinquante raisonnablement prévisible. Si le tribunal n’est peut-être pas en mesure d’arriver à un seul chiffre, les énoncés généraux ne sont pas très utiles non plus. Affirmer, par exemple, que la jurisprudence étayerait une peine de trois à cinq ans ne répond pas à la question de savoir quelle peine la personne délinquante se verrait autrement infliger et ne facilite pas l’analyse. Les tribunaux peuvent préciser, par exemple, qu’une peine serait « autour » d’un certain nombre de mois. Pour déterminer la peine à imposer à une personne délinquante raisonnablement prévisible, il faut essentiellement adopter la même démarche qu’emploient les juges lorsqu’ils déterminent chaque jour les peines des délinquants dans les salles d’audience des quatre coins du pays. Toute estimation doit être circonscrite et rigoureusement définie.

[95] Donner une portée trop large à ce qui constituerait une peine juste risque de faire dévier l’analyse et de fausser l’évaluation du caractère exagérément disproportionné en réduisant de manière injuste la disparité entre la peine infligée et la peine minimale obligatoire. En effet, comme l’hypothèse raisonnable vise à tester les limites du champ d’application d’une peine minimale obligatoire, la plus légère peine juste qui est raisonnablement prévisible occupera une place importante dans l’évaluation. Étant donné la grande marge d’appréciation inhérente à la norme de la disproportion exagérée, il n’est pas nécessaire d’intégrer de la flexibilité dans la peine juste et proportionnée.

[96] I will now turn to the second stage of the analysis.

D. Stage Two: The Gross Disproportionality Standard

[97] Once the fit sentence has been determined at the first stage, the inquiry turns into a comparative exercise under which the fit sentence is contrasted with the punishment imposed under the impugned provision. Whether a mandatory minimum sentence is challenged based on its effect on the actual offender or on a reasonably foreseeable offender in a reasonable hypothetical, gross disproportionality is the applicable standard for invalidating it under s. 12 as cruel and unusual punishment (*Nur*, at paras. 39 and 77; *Lloyd*, at para. 22; *Smith*, at p. 1073).

[98] Below, I begin with two preliminary points: first, I explain why O’Ferrall and Wakeling J.J.A. erred in concluding that s. 12 does not apply to imprisonment, and second, I reaffirm that the comparison applies to the sentence imposed, without consideration of parole eligibility. I then turn to how the gross disproportionality assessment should be undertaken, explain why it remains the governing standard under s. 12, and set out the analytical framework to assess whether a mandatory minimum sentence is grossly disproportionate. I canvass the markers of a grossly disproportionate sentence and reinforce how the focus should be on the offence in question, the punishment prescribed, and the effects both have on individuals subject to the prescribed minimum penalty.

(1) Section 12’s Protection Against Cruel and Unusual Punishment Applies to Cruel and Unusual Periods of Imprisonment

[99] Justices O’Ferrall and Wakeling erred in their result and in their reasoning. Wakeling J.A. failed to follow binding authority from this Court on the interpretation of *Charter* rights, including s. 12. He

[96] Je passe maintenant à la deuxième étape de l’analyse.

D. Deuxième étape : la norme de la disproportion exagérée

[97] Une fois que la peine juste a été déterminée à la première étape de l’analyse, cette dernière se transforme en une comparaison entre la peine juste ainsi établie et la peine prévue par la disposition contestée. Que la peine minimale obligatoire soit contestée en fonction de ses effets sur le contrevenant en cause ou sur une personne délinquante raisonnablement prévisible se trouvant dans une situation hypothétique raisonnable, la disproportion exagérée est le critère applicable pour invalider cette peine en vertu de l’art. 12 au motif qu’elle est cruelle et inusitée (*Nur*, par. 39 et 77; *Lloyd*, par. 22; *Smith*, p. 1073).

[98] Je débute ci-dessous par deux points préliminaires : premièrement, j’explique les raisons pour lesquelles les juges d’appel O’Ferrall et Wakeling ont commis une erreur en concluant que l’art. 12 ne s’appliquait pas à l’emprisonnement et, deuxièmement, je réaffirme que la comparaison s’applique à la peine infligée indépendamment de l’admissibilité de la personne délinquante à une libération conditionnelle. Je me penche ensuite sur la façon dont la disproportion exagérée devrait être examinée, j’explique pourquoi elle demeure la norme applicable sous le régime de l’art. 12 et j’expose le cadre d’analyse permettant de déterminer si une peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée. Je passe ensuite en revue les indicateurs d’une peine exagérément disproportionnée et j’insiste sur le fait que l’on doit mettre l’accent sur l’infraction en question, la peine prévue et leurs effets sur les personnes passibles de la sanction minimale prévue.

(1) La protection offerte par l’art. 12 contre les peines cruelles et inusitées s’applique aux périodes d’emprisonnement cruelles et inusitées

[99] Les juges O’Ferrall et Wakeling se sont trompés dans leur raisonnement et dans leur décision. Le juge Wakeling n’a pas suivi des précédents de notre Cour ayant force obligatoire sur l’interprétation des

employed a personal and idiosyncratic approach to sentencing instead of the legal requirements set out in the *Criminal Code* and in this Court's authoritative jurisprudence.

[100] Specifically, his conclusion that s. 12 is limited to both cruel *and* unusual punishments and that since imprisonment is not unusual, s. 12 does not protect against excessive terms of imprisonment is simply wrong. The phrase “cruel and unusual” punishment is not that narrow. Rather, it represents a “compendious expression of a norm” that draws on broader fundamental social and moral values (*Smith*, at pp. 1069 and 1072, per Lamer J., and p. 1088, per McIntyre J., dissenting, quoting *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, at p. 690).

[101] Imprisonment is the harshest form of punishment in Canada (*Gladue*, at paras. 36 and 40), and “[a]part from death, imprisonment is the most severe sentence imposed by the law” (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 532, per Wilson J., concurring). Incarceration entails not only a complete removal of an offender's liberty, it also has a ripple effect that touches nearly every aspect of the offender's life and physical and mental health, employability, children, and community (R. Mangat, *More Than We Can Afford: The Costs of Mandatory Minimum Sentencing* (2014), at pp. 40-44).

[102] As the purpose of s. 12 is to safeguard human dignity, it protects against grossly disproportionate terms of imprisonment. It ensures that offenders do not suffer completely unwarranted or utterly underserved punishment including grossly disproportionate and abusive periods of incarceration. Given the potentially devastating impacts of incarceration on an offender (*Bissonnette*, at para. 97), its heavy costs cannot be imposed without limit, scrutiny or justification. There is no reason for this Court to alter course and remove grossly excessive imprisonment from the reach of s. 12.

droits protégés par la *Charte*, y compris l'art. 12. Il a utilisé une méthode personnelle et singulière de détermination de la peine plutôt que de se conformer aux critères juridiques énoncés dans le *Code criminel* et dans la jurisprudence de notre Cour faisant autorité.

[100] Plus précisément, sa conclusion selon laquelle l'art. 12 s'applique uniquement aux peines cruelles *et* inusitées et que, comme l'emprisonnement ne constitue pas une peine inusitée, l'art. 12 ne protège pas contre les peines d'emprisonnement excessives, est tout simplement erronée. L'expression peines « cruelles et inusitées » n'a pas un sens aussi limité. Il s'agit plutôt de la « formulation concise d'une norme » qui s'inspire de valeurs sociales et morales fondamentales plus larges (*Smith*, p. 1069 et 1072, le juge Lamer, et p. 1088, le juge McIntyre, dissident, citant *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, p. 690).

[101] L'emprisonnement est le châtiment le plus sévère qui peut être infligé au Canada (*Gladue*, par. 36 et 40), et « [o]utre la peine de mort, l'emprisonnement est la sentence la plus sévère imposée par la loi » (*Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 532, la juge Wilson, motifs concordants). Non seulement l'incarcération prive-t-elle totalement la personne délinquante de sa liberté, elle a aussi des répercussions en chaîne sur pratiquement tous les aspects de sa vie, de sa santé physique et mentale, de son employabilité, de ses enfants et de sa communauté (R. Mangat, *More Than We Can Afford : The Costs of Mandatory Minimum Sentencing* (2014), p. 40-44).

[102] Comme l'art. 12 a pour objet de préserver la dignité humaine, il protège contre les peines d'emprisonnement exagérément disproportionnées. Il permet d'éviter que des délinquants soient condamnés à des peines totalement injustifiées ou carrément injustes, y compris des périodes d'emprisonnement exagérément disproportionnées et abusives. Étant donné les effets potentiellement dévastateurs de l'incarcération sur la personne délinquante (*Bissonnette*, par. 97), les coûts élevés qu'elle comporte font en sorte qu'elle ne peut être imposée sans limites, examen ou justification. Notre Cour n'a aucune raison de changer de cap et de soustraire les peines d'emprisonnement manifestement excessives à la portée de l'art. 12.

(2) The Comparison Is Based on the Sentence, Without Considering Parole

[103] The Crown argued that when assessing the disparity between a fit sentence and a mandatory minimum, a court should factor in the possibility of parole. This Court previously rejected this same argument in *Nur*, where it held that when comparing a mandatory minimum sentence to the fit sentence, the focus must be on the *sentence* itself. Accordingly, courts must not consider parole eligibility as a factor reducing the actual impact of the impugned sentence because the possibility of parole cannot cure a grossly disproportionate sentence (*Nur*, at para. 98).

[104] Factoring in the possibility of parole into the comparison inappropriately tips the scales away from what should be an apples to apples comparison between sentences and introduces unwarranted speculation. Parole is “a statutory privilege rather than a right” that turns on a discretionary decision of the parole board (*Nur*, at para. 98). Hence, there is “no guarantee that offenders will be granted parole when their ineligibility period expires” (*Bissonnette*, at para. 41). Parole also “involves a process that is independent of and distinct from the sentencing process” (para. 37). It is the role of the court, not that of the parole board, to ensure that a sentence imposed is not grossly disproportionate. The parole board’s task is to determine whether an offender may safely be released into the community (*Nur*, at para. 98).

[105] The constitutional obligation to ensure sentences are not grossly disproportionate should not be shifted from the judiciary onto a tribunal that operates in a different legal and constitutional context. Considering parole would require judges to wade into the complexities of the legislation governing parole and consider how to take into account, for example, the reports on how Indigenous and Black offenders

(2) La comparaison est fondée sur la peine, sans tenir compte de la libération conditionnelle

[103] La Couronne a soutenu que, lorsqu’il évalue la disparité entre la peine juste et la peine minimale obligatoire, le tribunal devrait tenir compte de la possibilité de libération conditionnelle. Notre Cour a déjà rejeté ce même argument dans l’arrêt *Nur*, où elle a jugé que lorsqu’on compare une peine minimale obligatoire à la peine juste, on doit mettre l’accent sur la *peine* elle-même. Par conséquent, les tribunaux ne doivent pas considérer l’admissibilité à une libération conditionnelle comme un facteur réduisant l’effet réel de la peine contestée, et ce, parce que la possibilité d’obtenir une libération conditionnelle ne peut remédier à une peine exagérément disproportionnée (*Nur*, par. 98).

[104] La prise en compte de la possibilité d’une libération conditionnelle dans la comparaison fausse l’analyse en introduisant des spéculations injustifiées au lieu de comparer deux choses semblables, en l’occurrence deux peines. La libération conditionnelle est « un privilège d’origine législative et non un droit » qui dépend d’une décision discrétionnaire de la commission des libérations conditionnelles (*Nur*, par. 98). Par conséquent, « [à] l’expiration du temps d’épreuve, la libération conditionnelle n’est pas garantie au contrevenant » (*Bissonnette*, par. 41). De plus, le système de libération conditionnelle « met en place un processus indépendant et distinct de celui de la détermination de la peine » (par. 37). C’est au tribunal, et non à la commission des libérations conditionnelles, qu’il revient de s’assurer que la peine infligée n’est pas exagérément disproportionnée. Le rôle de la commission des libérations conditionnelles est de déterminer si la personne délinquante peut être remise en liberté sans danger dans la collectivité (*Nur*, par. 98).

[105] L’obligation constitutionnelle de veiller à ce que les peines ne soient pas exagérément disproportionnées ne devrait pas être transférée des tribunaux judiciaires à un tribunal administratif qui exerce ses activités dans un contexte juridique et constitutionnel différent. La prise en compte de la libération conditionnelle obligerait les juges à aborder les complexités des dispositions législatives régissant

are often released later in their sentences and experience lower parole grant rates (Department of Justice, *Spotlight on Gladue: Challenges, Experiences, and Possibilities in Canada's Criminal Justice System* (2017), at p. 7; Office of the Correctional Investigator, *A Case Study of Diversity in Corrections: The Black Inmate Experience in Federal Penitentiaries* (2013), at para. 84). Finally, even if granted, “[t]he idea that parole puts an end to an offender’s sentence is a myth. Conditional release only alters the conditions under which a sentence is served; the sentence itself remains in effect for its entire term” (*Bissonnette*, at para. 89, citing *M. (C.A.)*, at para. 57).

(3) What It Means for a Sentence to Be Grossly Disproportionate

[106] For a punishment to offend s. 12, it must first be different from and disproportionate to a fit and proportionate sentence. The first part of the comparative task is to articulate what, if any, differences exist between a fit sentence (identified at stage one) and the mandatory minimum. Following this, courts must gauge the effects of this disparity.

[107] Second, the punishment must be disproportionate in a manner or amount that is grossly so. This requires both the identification of any disparity between the sentences and an assessment of the mandatory minimum’s effect and severity against constitutional standards.

[108] The process of assessing the existence and extent of any disparity between a fit punishment and the mandatory minimum imposed bears a resemblance to what occurs when a sentence is appealed and challenged as being “demonstrably unfit”. In such cases, there is a comparison between what would be fit and what has been imposed. Courts are comfortable with this standard (*Parranto*, at paras. 30

la libération conditionnelle et à s’interroger, par exemple, sur la place à réserver aux rapports indiquant que les délinquants autochtones et noirs sont souvent libérés plus tard pendant leur incarcération et ont un taux plus faible d’octroi de la libération conditionnelle (Ministère de la Justice, *La lumière sur l’arrêt Gladue : défis, expériences et possibilités dans le système de justice pénale canadien* (2017), p. 8; Bureau de l’enquêteur correctionnel, *Étude de cas sur la diversité dans les services correctionnels : l’expérience des détenus de race noire dans les pénitenciers* (2013), par. 84). Enfin, même si elle est accordée, « [l]e fait de croire que la libération conditionnelle met fin à la peine du contrevenant relève du mythe. La mise en liberté sous condition a uniquement pour effet de modifier les conditions dans lesquelles la peine est purgée, mais la peine elle-même demeure en vigueur, et ce, pour toute la durée prévue » (*Bissonnette*, par. 89, citant *M. (C.A.)*, par. 57).

(3) Ce qu’il faut entendre par peine exagérément disproportionnée

[106] Pour aller à l’encontre de l’art. 12, la peine doit d’abord se distinguer d’une peine juste et proportionnée et être disproportionnée par rapport à celle-ci. Le premier volet de la comparaison consiste à préciser en quoi, le cas échéant, la peine juste (qui a été définie à la première étape) est différente de la peine minimale obligatoire. Le tribunal mesure ensuite les effets de cette disparité.

[107] En second lieu, la peine doit être disproportionnée d’une manière flagrante ou à un degré démesuré. Il faut, pour ce faire, cerner l’existence d’une disparité entre les peines et évaluer les effets et la gravité de la peine minimale obligatoire à l’aune des normes constitutionnelles.

[108] Le processus d’évaluation de l’existence et de l’ampleur de toute disparité entre la peine juste et la peine minimale obligatoire prévue s’apparente à celui qui est suivi lorsqu’une peine est portée en appel et contestée au motif qu’elle est « manifestement non indiquée ». En pareil cas, il y a une comparaison entre la peine qui serait juste et celle qui a été infligée. Les tribunaux maîtrisent bien cette norme (*Parranto*,

and 38). Considerations include the gravity of the offence, the moral blameworthiness of the offender, the objectives of sentencing and any aggravating and mitigating circumstances.

[109] However, gross disproportionality is a *constitutional* standard. In using phrases such as “so excessive as to outrage standards of decency” (*Boudreault*, at para. 45; *Lloyd*, at para. 24, citing *Morrissey*, at para. 26; *Wiles*, at para. 4, citing *Smith*, at p. 1072), “abhorrent or intolerable” to society and “shock the conscience” of Canadians (*Morrissey*, at para. 26; *Lloyd*, at para. 33; *Ferguson*, at para. 14), this Court has repeatedly emphasized that gross disproportionality is a high bar (*Lloyd*, at para. 24; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385, at p. 1417).

[110] Whether a sentence “outrage[s] standards of decency”, is abhorrent or intolerable, “shock[s] the conscience” or undermines human dignity is a normative question (see *Bissonnette*, at para. 65). Such a conclusion does not turn on a court’s opinion of whether a majority of Canadians support the penalty. Rather, the views of Canadian society on the appropriate punishment must be assessed through the values and objectives that underlie our sentencing and *Charter* jurisprudence.

[111] The starting point is that proportionality is a basic tenet of punishment. This means the sentence imposed must bear a direct relationship to the offence committed. As Wilson J. explained:

... it must be a “fit” sentence proportionate to the seriousness of the offence. Only if this is so can the public be satisfied that the offender “deserved” the punishment he received and feel a confidence in the fairness and rationality of the system.

(*Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 533)

par. 30 et 38). Les facteurs dont ils tiennent compte comprennent la gravité de l’infraction, la culpabilité morale de la personne délinquante, les objectifs de détermination de la peine et toute circonstance aggravante ou atténuante.

[109] La disproportion exagérée est toutefois une norme *constitutionnelle*. En utilisant des expressions comme « excessive au point de porter atteinte aux normes de la décence » (*Boudreault*, par. 45; *Lloyd*, par. 24, citant *Morrissey*, par. 26; *Wiles*, par. 4, citant *Smith*, p. 1072), « odieuse ou intolérable » pour la société et « de nature à choquer la conscience » des Canadiens et des Canadiennes (*Morrissey*, par. 26; *Lloyd*, par. 33; *Ferguson*, par. 14), notre Cour a insisté à maintes reprises pour dire que la disproportion exagérée est une norme exigeante (*Lloyd*, par. 24; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385, p. 1417).

[110] La question de savoir si une peine « port[e] atteinte aux normes de la décence », est odieuse ou intolérable, « choqu[e] la conscience » ou porte atteinte à la dignité humaine est une question normative (voir *Bissonnette*, par. 65). La réponse à cette question ne dépend pas de l’opinion du tribunal quant à savoir si une majorité de Canadiens et de Canadiennes sont en faveur de cette sanction. L’opinion de la société canadienne sur la peine appropriée doit plutôt être évaluée en fonction des valeurs et des objectifs qui sous-tendent notre jurisprudence en matière de détermination de la peine et notre jurisprudence relative à la *Charte*.

[111] Le point de départ est que la proportionnalité est un précepte de base du châtement. Cela signifie que la peine infligée doit avoir un rapport direct avec l’infraction commise. Comme l’a expliqué la juge Wilson :

Il faut que la sentence soit appropriée et proportionnelle à la gravité de l’infraction. Ce 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.

(*Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, p. 533)

[112] Proportionality is based in fairness and justice for the offender and does not permit unjust punishment for the “sake of the common good” (*Priest*, at p. 547; see *Ipeelee*, at para. 37). While society can be understood to be deeply concerned with the criminal behaviour which gave rise to the conviction, people are also committed to fair and just punishments which are not cruel, unusual or grossly disproportionate to the sanction which was deserved.

[113] In addition, the elevated standard of gross disproportionality is intended to reflect a measure of deference to Parliament in crafting sentencing provisions. The word “grossly” signals Parliament is not required to impose perfectly proportionate sentences (*Goltz*, at p. 501; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at pp. 344-45), which would undermine the ability of Parliament to establish norms of punishment, including mandatory minimum sentences (*Lloyd*, at para. 45). This is because, in respect of mandatory minimums, there is likely to be some disproportion between the individually fit sentence and the uniform mandatory minimum.

[114] In this regard, a sentence may be demonstrably unfit in the sense that an appellate court would intervene, but nevertheless not meet the constitutional threshold of being grossly disproportionate. For example, in *R. v. McDonald* (1998), 40 O.R. (3d) 641 (C.A.), a 21-year-old person with an untreated manic-depressive disorder pled guilty to using a firearm to commit a robbery and was sentenced to the 4-year mandatory minimum for that offence. Justice Rosenberg expressed numerous serious concerns about the fitness of the sentence for this offender and opined that on the usual scale of appellate review he would find a sentence of three or four years to be demonstrably unfit. Nevertheless, he concluded at para. 72:

However, that is not the same as gross disproportionality and I am not convinced that having regard to the objective

[112] La proportionnalité est fondée sur l'équité et la justice envers la personne délinquante et ne permet pas de punir injustement « pour le bien commun » (*Priest*, p. 547; voir *Ipeelee*, par. 37). Bien que l'on puisse admettre que la société soit profondément pré-occupée par le comportement criminel à l'origine de la condamnation, les gens tiennent également à ce que les tribunaux infligent des peines justes et équitables qui ne sont pas cruelles ou inusitées ou exagérément disproportionnées par rapport à la sanction méritée.

[113] De plus, le critère exigeant de la disproportion exagérée est censé exprimer une certaine déférence à l'égard du Parlement lorsqu'il élabore des dispositions en matière de détermination de la peine. Le mot « exagérément » indique que le Parlement n'est pas tenu d'imposer des peines parfaitement proportionnées (*Goltz*, p. 501; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 344-345), au risque de nuire à sa capacité d'établir des normes de châtements, y compris des peines minimales obligatoires (*Lloyd*, par. 45). En effet, s'agissant des peines minimales obligatoires, il existe probablement une certaine disproportion entre la peine adaptée à l'individu et la peine minimale obligatoire uniforme.

[114] À cet égard, une peine peut être manifestement non indiquée en ce sens qu'une juridiction d'appel interviendrait, tout en ne répondant pas au critère constitutionnel permettant de conclure qu'elle est exagérément disproportionnée. Par exemple, dans l'affaire *R. c. McDonald* (1998), 40 O.R. (3d) 641 (C.A.), un jeune homme de 21 ans souffrant d'un trouble maniaco-dépressif non traité avait plaidé coupable à l'accusation d'avoir utilisé une arme à feu pour commettre un vol qualifié et avait été condamné à la peine minimale obligatoire de 4 ans d'emprisonnement pour cette infraction. Le juge Rosenberg a exprimé de nombreuses et sérieuses réserves au sujet de la justesse de la peine dans le cas de cette personne délinquante et a indiqué que, s'il appliquait la norme habituelle de contrôle en appel, il estimerait qu'une peine de trois à quatre ans d'emprisonnement serait manifestement non indiquée. Il a néanmoins conclu ce qui suit, au par. 72 :

[TRADUCTION] Cela n'est toutefois pas la même chose que la disproportion exagérée et je ne suis pas convaincu, compte

gravity of any offence involving the use of a firearm, even an unloaded one, a sentence approaching four years shocks the conscience.

[115] Courts “should be careful not to stigmatize every disproportionate or excessive sentence as being a constitutional violation” as s. 12 is intended to police the “outer limit” of sentencing (*Smith*, at p. 1072, per Lamer J., and p. 1091, per McIntyre J., dissenting, but not on this point). It is only on “rare and unique occasions” that a sentence will infringe s. 12, as the test is “very properly stringent and demanding” (*Steele*, at p. 1417; see also *Goltz*, at p. 502).

(4) Gross Disproportionality Is the Governing Standard

[116] The gross disproportionality standard has come under criticism from both sides and various sources. Justices O’Ferrall and Wakeling thought that gross disproportionality should not be a measure of cruel and unusual punishment because it is not the “fundamental purpose” of sentencing, which O’Ferrall J.A. believed to be the protection of society and respect for the law (para. 117). Justice Wakeling wrote that proportionality has no relation to s. 12 because the drafters did not expressly include it in the text (paras. 229-30).

[117] Others claim the bar is set too high. For example, an intervenor argued that there “is no such thing as a ‘merely excessive’ sentence” and that “[a]ny time an offender spends imprisoned that is not fit for their individual circumstance cannot be justified on the grounds that it is ‘merely excessive’” (I.F., British Columbia Civil Liberties Association, at para. 19 (emphasis deleted); see also R. Cairns Way, “A Disappointing Silence: Mandatory Minimums and Substantive Equality” (2015), 18 C.R. (7th) 297).

[118] However, in every s. 12 case, this Court has used gross disproportionality as the applicable standard and there is no reason to upset well-settled

tenu de la gravité objective de toute infraction impliquant l’utilisation d’une arme à feu, même non chargée, qu’une peine de près de quatre ans choque la conscience.

[115] Les tribunaux doivent « éviter de considérer que toute peine disproportionnée ou excessive est contraire à la Constitution », puisque l’art. 12 existe afin de contrôler les limites du processus de détermination de la peine (*Smith*, p. 1072, le juge Lamer, et p. 1091, le juge McIntyre, dissident, mais non sur ce point). Il arrive « très rarement » qu’un tribunal conclue qu’une peine viole l’art. 12, puisque le critère est « à bon droit strict et exigeant » (*Steele*, p. 1417; voir aussi *Goltz*, p. 502).

(4) La disproportion exagérée est la norme applicable

[116] La norme de la disproportion exagérée a fait l’objet de critiques de la part des parties ainsi que de diverses autres sources. Les juges O’Ferrall et Wakeling se sont dits d’avis que la disproportion exagérée ne devrait pas être le critère à appliquer pour déterminer si une peine est cruelle et inusitée parce qu’il ne s’agit pas de [TRADUCTION] « l’objectif fondamental » de la détermination de la peine, qui, selon le juge O’Ferrall, est la protection de la société et le respect de la loi (par. 117). Le juge Wakeling a quant à lui fait remarquer que la proportionnalité n’avait aucun rapport avec l’art. 12 parce que les rédacteurs ne l’avaient pas expressément incluse dans le libellé de la loi (par. 229-230).

[117] Pour d’autres, le critère est trop exigeant. Par exemple, une intervenante a fait valoir qu’il [TRADUCTION] « n’existe pas de peine “simplement excessive” » et que « [t]oute peine d’emprisonnement qui n’est pas adaptée à la situation personnelle de la personne délinquante ne peut être justifiée au motif qu’elle est “simplement excessive” » (m. interv., British Columbia Civil Liberties Association, par. 19 (italique omis); voir aussi R. Cairns Way, « A Disappointing Silence : Mandatory Minimums and Substantive Equality » (2015), 18 C.R. (7th) 297).

[118] Or, dans tous les cas relevant de l’art. 12, notre Cour a retenu la disproportion exagérée comme norme applicable et il n’y a aucune raison de modifier

law. It represents a workable and balanced principle, well-grounded in human dignity and basic sentencing norms. It also has the benefit of being a balanced standard which recognizes Parliament's authority to pursue sentencing objectives and options which do not amount to cruel and unusual punishment. In addition, the clarifications in this judgment about what qualifies as gross disproportion will, it is to be hoped, promote certainty and a greater ease of application. In the result, a mandatory term of imprisonment must be grossly disproportionate to what would have otherwise been a fit sentence in order to violate s. 12 (*Smith*, at pp. 1072-74).

(5) Whether a Mandatory Minimum Sentence Is Grossly Disproportionate

[119] The way courts have historically applied the grossly disproportionate standard to mandatory minimum sentences clarifies which factors or features inform the analysis. This Court has upheld the constitutionality of mandatory minimum sentences in 5 cases: (1) life imprisonment without eligibility for parole for 25 years for first degree murder in *Luxton*; (2) a mandatory sentence of 7 days of imprisonment and a \$300 fine for a first conviction of driving while prohibited in *Goltz*; (3) a 4-year mandatory minimum sentence for criminal negligence causing death using a firearm in *Morrissey*; (4) the mandatory minimum sentence for second degree murder of life without possibility for parole for 10 years in *Latimer*; and (5) a 4-year mandatory minimum sentence for manslaughter with a firearm in *Ferguson*.

[120] This Court has also struck down mandatory minimum sentences on three occasions — including in two of its most recent cases. In *Smith*, this Court invalidated a seven-year mandatory minimum for importation of drugs pursuant to s. 5(2) of the *Narcotic*

la jurisprudence bien établie. Il s'agit d'un principe viable et équilibré qui est fermement ancré dans la dignité humaine et les normes fondamentales de détermination de la peine. Il a également l'avantage d'être une norme équilibrée qui reconnaît le pouvoir du Parlement de poursuivre des objectifs en matière de détermination de la peine et d'explorer des options qui ne constituent pas des peines cruelles et inusitées. En outre, les éclaircissements apportés dans le présent arrêt sur ce qui constitue une disproportion exagérée favoriseront, espérons-le, la certitude et une plus grande facilité d'application. Par conséquent, pour pouvoir conclure qu'elle viole l'art. 12, une peine d'emprisonnement obligatoire doit être exagérément disproportionnée par rapport à ce qui aurait autrement été une peine juste (*Smith*, p. 1072-1074).

(5) La peine minimale obligatoire est-elle exagérément disproportionnée?

[119] La façon dont les tribunaux appliquent depuis longtemps la norme de la disproportion exagérée aux peines minimales obligatoires permet de mieux comprendre les facteurs ou les caractéristiques qui guident cette analyse. Notre Cour a confirmé la constitutionnalité de peines minimales obligatoires dans 5 affaires : (1) l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans en cas de meurtre au premier degré dans *Luxton*; (2) la peine minimale obligatoire de 7 jours d'emprisonnement et de 300 \$ d'amende par suite d'une première déclaration de culpabilité pour conduite d'un véhicule durant une interdiction dans *Goltz*; (3) une peine minimale obligatoire de 4 ans pour négligence criminelle causant la mort par suite de l'usage d'une arme à feu dans *Morrissey*; (4) la peine minimale obligatoire pour meurtre au deuxième degré, soit l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans, dans *Latimer*; et (5) la peine minimale obligatoire de 4 ans pour homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu dans *Ferguson*.

[120] Notre Cour a également invalidé des peines minimales obligatoires à trois reprises, y compris dans deux de ses arrêts les plus récents. Dans l'affaire *Smith*, notre Cour a invalidé une peine minimale obligatoire de sept ans d'emprisonnement pour importation de

Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1. In *Nur*, the three- and five-year mandatory minimum terms of imprisonment for the possession of a prohibited or restricted firearm when the firearm is loaded or kept with readily accessible ammunition were declared of no force or effect. In *Lloyd*, the Court invalidated the one-year mandatory minimum sentence for trafficking or possession for the purpose of trafficking of a controlled substance provided by s. 5(3)(a)(i)(D) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19.

[121] The ruling and reasoning in these cases provide helpful guidance about when a mandatory minimum is grossly disproportionate. The Court has, in certain cases, articulated various factors which may bear on the assessment, and certain helpful propositions and principles have emerged. For example, in *Smith*, this Court identified four factors to assess gross disproportionality in the context of a mandatory minimum: the gravity of the offence; the personal characteristics of the offender; the particular circumstances of the case; and the actual effect of the punishment on the offender. *Goltz* later added other factors. In *Nur*, this Court established the two-part test for a s. 12 violation, and while McLachlin C.J. did not explicitly reference the above factors, she did consider the breadth of conduct the mandatory minimum captured; the seriousness of the impugned conduct as compared to the conduct targeted by the mandatory minimum; and whether the punishment is necessary to achieve a valid penal purpose. In *Boudreault*, which did not deal with a mandatory minimum, but was built on the authorities which did, this Court explained that such factors do not form part of a required or “rigid” test (para. 48; *Latimer*, at para. 75). Certain factors may highlight important considerations and remain salient.

[122] However, there is merit to regrouping them to simplify the analysis and more directly focus on

drogues, prévue au par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, c. N-1. Dans l’affaire *Nur*, les peines minimales obligatoires de trois et cinq ans d’emprisonnement pour possession d’une arme à feu prohibée ou d’une arme à feu à autorisation restreinte qui est chargée ou gardée avec des munitions facilement accessibles ont été déclarées inopérantes. Dans l’affaire *Lloyd*, la Cour a invalidé la peine minimale obligatoire d’un an d’emprisonnement prévue par la div. 5(3)a(i)(D) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19, pour trafic ou possession d’une substance réglementée en vue d’en faire le trafic.

[121] La décision et le raisonnement dans ces affaires fournissent des indications utiles sur les cas où une peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée. La Cour a, dans certaines affaires, énoncé divers facteurs susceptibles d’influer sur cette évaluation; et un certain nombre de propositions et de principes utiles ont fait leur apparition. Par exemple, dans l’affaire *Smith*, notre Cour a retenu quatre facteurs pour évaluer la disproportion exagérée dans le contexte d’une peine minimale obligatoire : la gravité de l’infraction, les caractéristiques personnelles de la personne délinquante, les circonstances particulières de l’espèce et l’effet réel de la peine sur cette personne. Elle a ajouté par la suite d’autres facteurs dans l’arrêt *Goltz*. Dans l’arrêt *Nur*, notre Cour a établi le test à deux volets à appliquer pour déterminer s’il y a violation de l’art. 12 et, bien que la juge en chef McLachlin n’ait pas explicitement mentionné les facteurs qui précèdent, elle a tenu compte de la portée des comportements visés par la peine minimale obligatoire, de la gravité de la conduite reprochée par rapport à celle visée par la peine minimale obligatoire et de la question de savoir si la peine était nécessaire pour atteindre un objectif pénal régulier. Dans l’arrêt *Boudreault*, qui ne portait pas sur une peine minimale obligatoire, mais qui s’appuyait sur la jurisprudence traitant de cette question, notre Cour a expliqué que ces facteurs ne faisaient pas partie d’un test obligatoire ou « rigide » (par. 48; *Latimer*, par. 75). Certains facteurs peuvent faire ressortir des considérations importantes et demeurer pertinents.

[122] Il y a toutefois lieu de les regrouper pour simplifier l’analyse et pour se concentrer plus directement

the three crucial components that must be assessed when considering the validity or vulnerability of mandatory minimum sentences: (1) the scope and reach of the offence; (2) the effects of the penalty on the offender; and (3) the penalty, including the balance struck by its objectives.

[123] These components have particular relevance to mandatory minimums. In selecting mandatory minimums as a sentencing tool, Parliament has decided to make the sentence uniform across a range of circumstances and has chosen to remove the constitutional safety valve of judicial discretion to deal with individual cases. It has defined the offence subject to a particular minimum sentence, and set its nature, gravity, scope and reach. It has determined who will be subject to the mandatory minimum — whether explicitly or implicitly by how the offence is defined or the penalty is imposed. And it has prescribed the penalty or sentence for each mandatory minimum it imposes.

[124] The scope and reach of the offence, the effects of the penalty on the offender, and the penalty are three main components that will have a bearing on the gross disproportionality analysis. In some cases, one alone could lead to a conclusion of gross disproportion. Other times it will be the combination of or interplay between these components which will contribute to a finding of gross disproportion or constitutional compliance. For example, a broad licensing offence with a small penalty may not undermine human dignity as much as a true criminal offence that attaches a significant penalty to less blameworthy conduct.

(a) *The Scope and Reach of the Offence*

[125] The scope and reach of the offence remains a major feature in the gross disproportionality analysis and it is important to explore the full implications of the impugned offence. The case law reveals that

sur les trois éléments cruciaux qui doivent être analysés lorsqu'on se penche sur la validité ou la vulnérabilité des peines minimales obligatoires : (1) la portée et l'étendue de l'infraction; (2) les effets de la sanction sur la personne délinquante; et (3) la sanction, y compris l'équilibre atteint par ses objectifs.

[123] Ces éléments sont particulièrement pertinents dans le cas des peines minimales obligatoires. En optant pour des peines minimales obligatoires comme outil de détermination de la peine, le Parlement a décidé d'appliquer ce type de peine à une gamme de situations et a choisi de supprimer la soupape de sécurité constitutionnelle que constitue le pouvoir discrétionnaire des juges de traiter des cas individuels. Le Parlement a défini l'infraction qui rend son auteur passible d'une peine minimale particulière, ainsi que sa nature, sa gravité, sa portée et son étendue. Il a décidé qui serait assujéti à la peine minimale obligatoire, que ce soit explicitement ou implicitement, en fonction de la définition de l'infraction ou de la manière dont la sanction est imposée. Et il a prescrit la sanction ou la peine à appliquer pour chacune des peines minimales obligatoires qu'il a prévues.

[124] La portée et l'étendue de l'infraction, les effets de la sanction sur la personne délinquante et la sanction sont les trois principaux éléments qui ont une incidence sur l'analyse relative à la disproportion exagérée. Dans certains cas, un seul de ces éléments permet de conclure que la peine est exagérément disproportionnée. Dans d'autres cas, la conclusion que la peine est exagérément disproportionnée ou qu'elle est conforme à la Constitution sera le résultat de la combinaison ou de l'interaction de ces éléments. Par exemple, une infraction de type réglementaire qui comporte une large portée et n'est punissable que d'une sanction légère ne porte sans doute pas atteinte à la dignité humaine autant qu'une véritable infraction criminelle qui sanctionne par un lourd châiment un comportement moins répréhensible.

a) *La portée et l'étendue de l'infraction*

[125] La portée et l'étendue de l'infraction demeure un élément important dans l'analyse de la disproportion exagérée et il importe d'étudier toutes les répercussions de l'infraction contestée. La jurisprudence

a mandatory minimum sentence is more exposed to challenge where it captures disparate conduct of widely varying gravity and degrees of offender culpability (*Lloyd*, at para. 24; *Smith*, at p. 1078). Indeed, mandatory minimum sentences for offences “that can be committed in many ways and under many different circumstances by a wide range of people are constitutionally vulnerable” (*Lloyd*, at para. 3; see also paras. 24, 27 and 35-36). Thus, the wider the scope of the offence, the more likely there is a circumstance where the mandatory minimum will impose a lengthy term of imprisonment on conduct that involves lesser risk to the public and little moral fault (*Nur*, at para. 83). In those cases, the sentence is liable to capture conduct that clearly does not merit the mandatory minimum.

[126] In *Smith*, this Court struck down a seven-year mandatory minimum for importation of drugs under the *Narcotic Control Act* because the mandatory sentence applied regardless of the type of substance imported, the quantity imported and whether the purpose was for trafficking or personal use. The offence cast too wide a net and its effects were too broad. It caught the conduct of a hypothetical young person driving back to Canada with their first joint of marijuana: conduct that did not call for the mandatory minimum sentence.

[127] In *Nur*, the Court invalidated the three- and five-year mandatory minimums for the possession of a prohibited or restricted firearm when the firearm is loaded or kept with readily accessible ammunition because the offence “casts its net over a wide range of potential conduct” (para. 82), including violations that created little risk of harm to the public and were instead little more than licensing infractions (para. 83). The *actus reus* of the offence involved possession and there was no proof of harm required (para. 84). The offence therefore caught, on the one end, an “outlaw who carries a loaded prohibited or restricted firearm in public places as a tool of his or her criminal trade” and, on the other end, a “licensed

révèle qu’une peine minimale obligatoire est plus susceptible d’être contestée lorsqu’elle vise des comportements disparates dont la gravité et pour lesquels le degré de culpabilité de la personne délinquante varient considérablement (*Lloyd*, par. 24; *Smith*, p. 1078). D’ailleurs, la disposition qui rend passible d’une peine minimale obligatoire l’auteur d’une infraction « qui peut être perpétrée de nombreuses manières et dans de nombreuses circonstances différentes, par une grande variété de personnes, se révèle vulnérable sur le plan constitutionnel » (*Lloyd*, par. 3; voir aussi par. 24, 27 et 35-36). Ainsi, plus la portée de l’infraction est vaste, plus il est probable que la peine minimale obligatoire prévoit une longue période d’emprisonnement pour des actes qui présentent peu de risques pour le public et comportent une faible faute morale (*Nur*, par. 83). En pareil cas, la peine est susceptible de viser un comportement qui ne mérite manifestement pas la peine minimale obligatoire.

[126] Dans l’affaire *Smith*, notre Cour a invalidé la peine minimale obligatoire de sept ans pour importation de drogues que prévoyait la *Loi sur les stupéfiants* en raison du fait que la peine obligatoire s’appliquait peu importe le type ou la quantité de substance importés et peu importe que la substance ait été importée pour en faire le trafic ou pour usage personnel. L’infraction ratisait trop large et ses effets étaient trop vastes. Elle s’appliquait notamment au cas hypothétique d’une jeune personne rentrant au Canada avec son premier joint de marijuana, alors que ce comportement ne justifiait pas la peine minimale obligatoire.

[127] Dans l’affaire *Nur*, la Cour a invalidé les peines minimales obligatoires de trois et cinq ans pour la possession d’une arme à feu prohibée ou arme à autorisation restreinte qui est chargée ou gardée avec des munitions facilement accessibles parce que l’infraction « s’appliqu[ait] à une vaste gamme de comportements potentiels » (par. 82), y compris des violations qui présentaient peu de risque pour le public et qui n’étaient guère plus graves que des infractions de type réglementaire (par. 83). L’*actus reus* de l’infraction était la possession et il n’était pas nécessaire de faire la preuve d’un préjudice (par. 84). L’infraction visait donc, à une extrémité, le [TRADUCTION] « hors-la-loi qui,

and responsible gun owner who stores his unloaded firearm safely with ammunition nearby, but makes a mistake as to where it can be stored” (para. 82). The latter involved little or no moral fault and little or no danger to the public (para. 83). The Court reasoned that “a three-year term of imprisonment for a person who has essentially committed a licensing infraction is totally out of sync with the norms of criminal sentencing” (para. 83). The impugned provision captured too broad a range of criminal behaviour and imposed lengthy terms of incarceration in circumstances where such lengthy prison sentences were not necessary to achieve Parliament’s otherwise valid penal purposes of protecting the public, discouraging other similar conduct or expressing moral condemnation (para. 104).

[128] In *Lloyd*, the Court used reasonable hypotheticals to explore the actual reach of what appeared to be fairly narrowly drafted prohibitions against trafficking or possession for the purpose of trafficking under s. 5(3)(a)(i)(D) of the *Controlled Drugs and Substances Act*. The majority held that the legislation captured a wide breadth of potential conduct, including not only serious drug trafficking but also less blameworthy conduct (para. 27). It treated those who shared smaller amounts of narcotics among friends, spouses or people with substance use disorder as akin to commercial and professional drug dealers.

[129] Thus, a court must assess to what extent the offence’s *mens rea* and *actus reus* capture a range of conduct as well as the degree of variation in the offence’s gravity and the offender’s culpability. In characterizing the offence’s scope, a court may consider whether the offence necessarily involves harm

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 » et, à l’autre extrémité, 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 » (par. 82). Cette dernière conduite ne présentait guère ou pas de danger pour le public et ne comportait qu’une faible faute morale, voire aucune (par. 83). D’après la Cour, « 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 » (par. 83). La disposition contestée englobait un éventail trop large de comportements criminels et prévoyait de longues périodes d’emprisonnement dans des situations où il n’était pas nécessaire d’imposer des peines d’emprisonnement aussi longues pour atteindre les objectifs pénaux par ailleurs réguliers du Parlement, soit la protection du public, la dissuasion d’autrui de faire de même et la réprobation morale de la personne délinquante (par. 104).

[128] Dans l’affaire *Lloyd*, la Cour a recouru à des situations hypothétiques raisonnables pour examiner la portée réelle de dispositions qui semblaient avoir une portée relativement étroite et qui interdisaient le trafic ou la possession de stupéfiants en vue d’en faire le trafic en vertu de la div. 5(3)a)(i)(D) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*. Les juges majoritaires ont conclu que la loi englobait une vaste gamme de comportements potentiels et qu’elle visait donc non seulement des cas graves de trafic de stupéfiants, mais aussi des comportements beaucoup moins répréhensibles (par. 27). Elle réservait aux personnes qui se partageaient de petites quantités de drogues entre amis, conjoints ou personnes ayant un problème de dépendance le même traitement qu’aux trafiquants de drogue commerciaux et professionnels.

[129] Le tribunal doit donc déterminer dans quelle mesure la *mens rea* et l’*actus reus* de l’infraction englobent une gamme de comportements, ainsi que le degré variable de gravité de l’infraction et de culpabilité de la personne délinquante. Pour définir la portée d’une infraction, le tribunal peut se demander

to a person or simply the risk of harm, whether there are ways of committing the offence that pose relatively little danger, and to what degree the offence's *mens rea* requires an elevated degree of culpability of the offender. In characterizing the breadth of the offence, one must also remember that s. 12 is not so exacting a standard that it requires a sentence to be perfectly tailored to *every* moral nuance of an offender's circumstance (*Lyons*, at pp. 344-45). However, as the Court cautioned in *Lloyd*, at para. 35: "If Parliament hopes to sustain mandatory minimum penalties for offences that cast a wide net, it should consider narrowing their reach so that they only catch offenders that merit the mandatory minimum sentences."

[130] The nature of the offence, and the severity of the punishment in relation to the impugned offence, may influence the gross disproportionality analysis. In assessing the particular mandatory minimums before the court, the general range of criminal offences will provide necessary context. Minimum sentences can be and have been attached to various types of prohibitions: from licensing offences to true crimes. In the case of regulatory offences or licensing infractions, courts would expect corresponding penalties to be less severe. Conversely, courts may expect harsher punishment to attach to offences that result in serious harm or include a grave *mens rea*. For example, the provision in the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, that was upheld in *Goltz* required 7 days' imprisonment and a fine of \$300 for those convicted for the first time of driving while being prohibited from doing so. This was a regulatory and preventative provision which sought to ensure people who were prohibited from driving because of their unsafe driving records did not pose a risk of harm to others. The Court upheld the mandatory minimum in *Goltz* in part because the provision applied to a narrow set of culpable behaviours and the ultimate punishment was "lighter than might first appear" (p. 514). The sentence could be designed to be served in a few weekends or in five days rather than the mandated seven through earned remission (p. 514). In addition,

si l'infraction implique nécessairement qu'un tort soit causé à une personne ou simplement qu'il y ait un risque de préjudice, s'il existe des façons de commettre l'infraction qui présentent relativement peu de danger, et dans quelle mesure la *mens rea* de l'infraction exige une culpabilité élevée chez la personne délinquante. Pour définir la portée de l'infraction, on doit aussi se rappeler que l'art. 12 n'est pas une norme à ce point sévère qu'elle exigerait des peines parfaitement adaptées à *chaque* nuance morale qui caractérise la situation du délinquant (*Lyons*, p. 344-345). Toutefois, pour citer la mise en garde faite par la Cour dans l'arrêt *Lloyd*, par. 35 : « Si le législateur tient à prévoir des peines minimales obligatoires pour des infractions qui ratissent large, il lui faudra envisager de réduire leur champ d'application de manière qu'elles ne visent que les délinquants qui méritent de se les voir infliger. »

[130] La nature de l'infraction et la sévérité de la peine par rapport à l'infraction contestée peuvent influencer l'analyse de la disproportion exagérée. Pour évaluer la peine minimale obligatoire dont est saisi le tribunal dans un cas donné, l'éventail général des infractions pénales fournira le contexte nécessaire. Divers types d'interdictions ont été et sont assortis de peines minimales, en partant des infractions de type réglementaire jusqu'aux véritables crimes. Dans le cas des infractions de type réglementaire, les tribunaux s'attendent à ce que les peines correspondantes soient moins sévères. À l'inverse, les tribunaux peuvent s'attendre à des peines plus sévères dans le cas des infractions qui causent un préjudice grave ou dont la *mens rea* est grave. Par exemple, la disposition de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, dont la validité a été confirmée dans l'arrêt *Goltz* exigeait l'imposition de 7 jours d'emprisonnement et d'une amende de 300 \$ aux personnes reconnues coupables pour la première fois de conduite d'un véhicule durant une interdiction. Il s'agissait d'une disposition à la fois réglementaire et préventive qui visait à s'assurer que les personnes faisant l'objet d'une interdiction de conduire en raison de leur dossier de conduite dangereuse ne présentent pas de risque pour autrui. La Cour a confirmé la validité de la peine minimale obligatoire dans l'arrêt *Goltz* en partie parce que la disposition s'appliquait à une catégorie restreinte de

the administrative scheme governing the offence was enacted after extensive study by the Government of British Columbia's Motor Vehicle Task Force and the scheme specifically targeted drivers who exhibited open contempt of the law (pp. 507 and 511).

comportements coupables et que la peine effectivement imposée était « moins sévère qu'il ne le paraît peut-être à première vue » (p. 514). En effet, cette peine pouvait être purgée au cours de quelques fins de semaine ou, par suite d'une réduction de peine méritée, en cinq jours plutôt qu'en sept comme prescrit (p. 514). De plus, le régime administratif régissant l'infraction avait été adopté à la suite d'un examen approfondi effectué par le groupe de travail sur la conduite automobile du gouvernement de la Colombie-Britannique, et le régime visait expressément les conducteurs qui méprisaient ouvertement la loi (p. 507 et 511).

[131] When the impugned minimum is attached to a provision that requires a particular act with a defined harm, the court will assess the scope of the provision and the seriousness of that harm in its gross disproportionality analysis. For example, *Luxton* concerned first degree murder and parole ineligibility. *Ferguson* dealt with manslaughter in which an RCMP officer shot a detainee. *Latimer* involved a father killing his child who had cerebral palsy, and *Morrissey* involved the death of a friend through horseplay with a firearm. The *actus reus* of these offences involved the death of a person: a specific realized harm, and one of the utmost gravity. This can be expected to carry significant weight in the assessment of gross disproportion.

[131] Lorsque la peine minimale contestée se rattache à une disposition qui exige que le contrevenant ait commis un acte précis ayant entraîné un préjudice déterminé, le tribunal évalue la portée de la disposition et la gravité du préjudice dans le cadre de son analyse de la disproportion exagérée. Par exemple, l'affaire *Luxton* concernait un meurtre au premier degré et l'inadmissibilité à une libération conditionnelle. L'affaire *Ferguson* portait sur un homicide involontaire coupable au cours duquel un agent de la GRC avait abattu un détenu. L'affaire *Latimer* traitait du cas d'un père qui avait tué son enfant atteinte de paralysie cérébrale, et l'affaire *Morrissey* concernait la mort d'un ami avec qui l'accusé s'était amusé à se chamailler avec une arme à feu. L'*actus reus* de ces infractions impliquait la mort d'une personne : un préjudice spécifique qui s'était concrétisé et qui était de la plus grande gravité. On peut s'attendre à ce que ces facteurs aient un poids considérable dans l'évaluation de la disproportion exagérée.

[132] Courts may also consider sentencing ranges and starting points for such offences, since these tools are useful in assessing proportionality and parity. They reflect judicial consensus on an offence's gravity, and advance parity by reducing substantial disparities in sentencing (*Parranto*, at para. 20, citing *Lacasse*, at para. 2; see also *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290, at para. 244; *Nasogaluak*, at para. 44; *R. v. Smith*, 2019 SKCA 100, 382 C.C.C. (3d) 455, at para. 126). Under s. 12, these tools can assist courts in evaluating a mandatory minimum's ultimate conformity with sentencing norms to measure whether the mandatory

[132] Les tribunaux peuvent également tenir compte des fourchettes de peines et des points de départ pour les infractions de cette nature, puisque ces outils sont utiles pour évaluer la proportionnalité et la parité. Ils sont le fruit d'un consensus judiciaire sur la gravité de l'infraction, et ils favorisent la parité en réduisant les grandes disparités en matière de détermination de la peine (*Parranto*, par. 20, citant *Lacasse*, par. 2; voir aussi *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, par. 244; *Nasogaluak*, par. 44; *R. c. Smith*, 2019 SKCA 100, 382 C.C.C. (3d) 455, par. 126). Sous le régime de l'art. 12, ces outils peuvent aider les tribunaux à déterminer

minimum is significantly out of sync with an otherwise fit sentence. Mandatory minimum sentences for similar offences may also assist in this inquiry.

(b) *The Effects of the Penalty on the Offender*

[133] The severity of the mandatory minimum sentence's effects on the people subject to it must be taken into account when assessing the degree to which the sentence is disproportionate. In measuring the overall impact of the punishment on the actual or reasonably foreseeable offender, courts must aim to identify the precise harm associated with the punishment. This calls for an inquiry into the effects that the impugned punishment may have on the actual or reasonably foreseeable offender both generally and based on their specific characteristics and qualities. This component is central to the underlying purpose of s. 12. If the effect of a mandatory punishment is to inflict mental pain and suffering on an offender such that the offender's dignity is undermined, the penalty cannot stand (9147-0732 *Québec inc.*, at para. 51).

[134] A court should certainly consider the additional period of imprisonment imposed by the mandatory minimum. Given the profound impact of imprisonment, the level and length of the sentence is of great personal and societal import. Hence, when quantitatively comparing the proportionate term of imprisonment to that which is mandated by the mandatory minimum sentence provision, it is important to keep in mind that the assessment is not merely some abstract mathematical calculation, but involves precious time that an offender may be unwarrantedly (and possibly unconstitutionally) spending in prison.

[135] Courts should consider the effect of a sentence on the *particular* offender. The principle of

dans quelle mesure une peine minimale obligatoire est conforme en dernière analyse aux normes de détermination de la peine, dans le but d'établir si la peine minimale obligatoire présente un décalage marqué par rapport à une peine autrement juste. Les peines minimales obligatoires prévues pour des infractions similaires peuvent également faciliter cette analyse.

b) *Les effets de la sanction sur la personne délinquante*

[133] La sévérité des effets de la peine minimale obligatoire sur les gens qui en sont passibles doit être prise en compte pour évaluer le degré de disproportion de la peine. Pour mesurer l'impact global de la peine sur la personne délinquante concernée ou sur une personne délinquante raisonnablement prévisible, les tribunaux doivent s'efforcer de définir le préjudice précis causé par le châtiment. Ils doivent pour ce faire analyser les conséquences que la peine contestée peut avoir sur la personne délinquante en cause ou sur une personne délinquante raisonnablement prévisible, tant de façon générale qu'en fonction des caractéristiques et qualités qui leur sont propres. Cet aspect est essentiel à l'objectif sous-jacent de l'art. 12. Si la peine obligatoire a pour effet d'infliger des douleurs et des souffrances psychologiques à la personne délinquante au point de porter atteinte à sa dignité, la sanction ne peut être tenue pour valide (9147-0732 *Québec inc.*, par. 51).

[134] Le tribunal devrait certainement tenir compte de la période d'emprisonnement supplémentaire imposée par la peine minimale obligatoire. Compte tenu des répercussions profondes de l'emprisonnement, l'importance et la durée de la peine revêtent une grande importance sur le plan personnel et social. Par conséquent, lorsqu'on compare sur le plan quantitatif la peine d'emprisonnement proportionnelle à celle prévue par la disposition qui crée la peine minimale obligatoire, il est important de garder à l'esprit que cette évaluation ne se résume pas à un calcul mathématique abstrait, mais implique du précieux temps qu'une personne délinquante peut passer de façon injustifiée (et possiblement inconstitutionnelle) en prison.

[135] Les tribunaux doivent tenir compte de l'effet de la peine sur la personne délinquante *en cause*. Le

proportionality implies that where the impact of imprisonment is greater on a particular offender, a reduction in sentence may be appropriate (*Suter*, at para. 48; B. L. Berger, “Proportionality and the Experience of Punishment”, in D. Cole and J. Roberts, eds., *Sentencing in Canada: Essays in Law, Policy, and Practice* (2020), 368, at p. 368). For this reason, courts have reduced sentences to reflect the comparatively harsher experience of imprisonment for certain offenders, like offenders in law enforcement, for those suffering disabilities (*R. v. Salehi*, 2022 BCCA 1, at paras. 66-71 (CanLII); *R. v. Nuttall*, 2001 ABCA 277, 293 A.R. 364, at paras. 8-9; *R. v. A.R.* (1994), 92 Man. R. (2d) 183 (C.A.); *R. v. Adamo*, 2013 MBQB 225, 296 Man. R. (2d) 245, at para. 65; *R. v. Wallace* (1973), 11 C.C.C. (2d) 95 (Ont. C.A.), at p. 100), or for those whose experience of prison is harsher due to systemic racism (*R. v. A.F.* (1997), 101 O.A.C. 146, at para. 17; *R. v. Batisse*, 2009 ONCA 114, 93 O.R. (3d) 643, at para. 37; *R. v. Marfo*, 2020 ONSC 5663, at para. 52 (CanLII)). To ensure that the severity of a mandatory minimum sentence is appropriately characterized under s. 12, it is necessary to consider the impact of incarceration in light of these individualized considerations (L. Kerr and B. L. Berger, “Methods and Severity: The Two Tracks of Section 12” (2020), 94 *S.C.L.R.* (2d) 235, at pp. 238 and 244-45).

[136] The effects of a sentence are not measured in numbers alone. They are “often a composite of many factors” and include the sentence’s “nature and the conditions under which it is applied” (*Smith*, at p. 1073). Thus, as Lamer J. observed, a sentence of “twenty years for a first offence against property would be grossly disproportionate, but so would three months of imprisonment if the prison authorities decide it should be served in solitary confinement” (p. 1073). When presented with a sufficient evidentiary record, courts should consider how the conditions of confinement — for example, the difference between the supports available while serving a non-custodial conditional sentence versus serving a custodial sentence in a federal institution — would affect an individual offender. Trial courts have increasingly been of this view (see *Adamo*, at paras. 55 and 65;

principe de proportionnalité implique que lorsque l’emprisonnement a un effet plus grand sur une personne délinquante en particulier, il peut y avoir lieu de lui accorder une réduction de peine (*Suter*, par. 48; B. L. Berger, « Proportionality and the Experience of Punishment », dans D. Cole et J. Roberts, dir., *Sentencing in Canada : Essays in Law, Policy, and Practice* (2020), 368, p. 368). Pour cette raison, les tribunaux ont réduit des peines afin de tenir compte de l’expérience de la prison relativement plus dure pour certains délinquants, comme les délinquants faisant partie des forces de l’ordre, pour ceux qui souffrent d’un handicap (*R. c. Salehi*, 2022 BCCA 1, par. 66-71 (CanLII); *R. c. Nuttall*, 2001 ABCA 277, 293 A.R. 364, par. 8-9; *R. c. A.R.* (1994), 92 Man. R. (2d) 183 (C.A.); *R. c. Adamo*, 2013 MBQB 225, 296 Man. R. (2d) 245, par. 65; *R. c. Wallace* (1973), 11 C.C.C. (2d) 95 (C.A. Ont.), p. 100), ou pour ceux dont l’expérience de la prison est plus dure en raison du racisme systémique (*R. c. A.F.* (1997), 101 O.A.C. 146, par. 17; *R. c. Batisse*, 2009 ONCA 114, 93 O.R. (3d) 643, par. 37; *R. c. Marfo*, 2020 ONSC 5663, par. 52 (CanLII)). Pour veiller à ce que la sévérité d’une peine minimale obligatoire soit correctement caractérisée sous le régime de l’art. 12, il est nécessaire d’examiner l’incidence de l’incarcération à la lumière de ces considérations individualisées (L. Kerr et B. L. Berger, « Methods and Severity : The Two Tracks of Section 12 » (2020), 94 *S.C.L.R.* (2d) 235, p. 238 et 244-245).

[136] Les effets de la peine ne se mesurent pas uniquement en chiffres. Ils sont « souvent le produit de plusieurs facteurs », y compris la « nature [de la peine] et les circonstances dans lesquelles elle est imposée » (*Smith*, p. 1073). Ainsi, comme le fait remarquer le juge Lamer, « une peine de vingt années pour une première infraction contre la propriété serait exagérément disproportionnée, mais il en serait de même d’une peine de trois mois d’emprisonnement dans le cas où les autorités pénitentiaires décideraient qu’elle doit être purgée dans une cellule d’isolement » (p. 1073). Lorsque le dossier de preuve qui leur est présenté est suffisant, les tribunaux devraient tenir compte de l’incidence que peuvent avoir sur la personne délinquante qui est devant eux les conditions de détention — par exemple, la différence entre les mesures de soutien dont bénéficient les détenus qui

L. Kerr, “Sentencing Ashley Smith: How Prison Conditions Relate to the Aims of Punishment” (2017), 32 *C.J.L.S.* 187, at p. 201).

purgent une peine avec sursis non privative de liberté et celles offertes aux détenus qui purgent une peine d’emprisonnement dans un établissement fédéral. Les tribunaux de première instance se rallient de plus en plus à ce point de vue (voir *Adamo*, par. 55 et 65; L. Kerr, « Sentencing Ashley Smith : How Prison Conditions Relate to the Aims of Punishment » (2017), 32 *R.C.D.S.* 187, p. 201).

[137] In addition, this Court has repeatedly referred to longstanding doubts about whether mandatory minimum sentences, or incarceration writ large, are effective tools of deterrence (*Nur*, at paras. 113-14; *Bissonnette*, at para. 47; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 107; see also Canadian Sentencing Commission, *Sentencing Reform: A Canadian Approach* (1987), at pp. 136-37). Though the certainty of criminal punishment may produce certain deterrent effects, empirical evidence indicates that mandatory minimum sentences do not deter crime any more than a less harsh, proportionate sentence would (*Nur*, at para. 114).

[137] De plus, notre Cour a parlé à maintes reprises des doutes qui entourent depuis longtemps l’efficacité des peines minimales obligatoires ou de l’incarcération en général en tant qu’outils de dissuasion (*Nur*, par. 113-114; *Bissonnette*, par. 47; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 107; voir aussi Commission canadienne sur la détermination de la peine, *Réformer la sentence : une approche canadienne* (1987), p. 149-151). Bien que la certitude d’une sanction pénale puisse avoir certains effets dissuasifs, la preuve empirique indique qu’une peine minimale obligatoire n’est pas plus dissuasive qu’une peine proportionnée moins sévère (*Nur*, par. 114).

(c) *The Penalty and its Objectives*

c) *La sanction et ses objectifs*

[138] In relation to the penalty imposed under the mandatory minimum, Parliament sets the length of the minimum sentence based on its sentencing objectives. In turn, when assessing gross disproportion, courts assess the severity of the punishment mandated by Parliament to determine whether and to what extent the minimum sentence goes beyond what is necessary to achieve Parliament’s sentencing objectives relevant to the offence while “having regard to the legitimate purposes of punishment and the adequacy of possible alternatives” (*Smith*, at pp. 1099-1100).

[138] Pour ce qui est de la sanction imposée en application de la peine minimale obligatoire prévue, le Parlement fixe la durée de la peine minimale prévue en fonction de ses objectifs de détermination de la peine. À leur tour, lorsqu’ils évaluent la disproportion exagérée, les tribunaux examinent la sévérité de la sanction prescrite par le Parlement afin de déterminer si la peine minimale va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du Parlement en matière de détermination de la peine pertinents au regard de l’infraction particulière en tenant compte « des objectifs pénaux légitimes et du caractère adéquat des solutions de rechange possibles », et si oui, dans quelle mesure (*Smith*, p. 1099-1100).

[139] Denunciation and deterrence, both general and specific, are valid sentencing principles (*Bissonnette*, at paras. 46-47 and 49-50). Denunciatory sentences express a “collective statement that the offender’s conduct should be punished for encroaching on our society’s basic code of values” (*M. (C.A.)*, at para. 81), and the need for denunciation is closely tied to the gravity of the offence (*Ipeelee*, at para. 37). Where the

[139] La dénonciation et la dissuasion, tant générale que spécifique, sont des objectifs valables en matière de détermination de la peine (*Bissonnette*, par. 46-47 et 49-50). Les peines exemplaires représentent une « déclaration collective [...] que la conduite du contrevenant doit être punie parce qu’elle a porté atteinte au code des valeurs fondamentales de notre société » (*M. (C.A.)*, par. 81), et le besoin de dénonciation est

consequences of the offence clearly offend Canadians’ “basic code of values” and call for a strong condemnation, this Court has afforded Parliament greater deference in enacting a mandatory minimum (*Morrissey*, at para. 47). Likewise, general deterrence can support a stiffer sentence within a range of sentences that are short of “cruel and unusual” punishment (*Morrissey*, at para. 45; *Nur*, at para. 45). General deterrence cannot, however, justify a mandatory minimum alone: no person can be made to suffer a sentence that is grossly disproportionate to what they deserve in order to deter others (*Nur*, at para. 45; *Bissonnette*, at para. 51). As Lamer J. wrote in *Smith*, it may be unnecessary to punish the “small” offender in order to deter the “serious offender” (p. 1080).

[140] Deference to Parliament’s decision to impose denunciatory sentences cannot be unlimited, as this purpose could support sentences of unlimited length (*Bissonnette*, at para. 46, citing *Ruby*, at §1.22). In enacting mandatory minimums, Parliament can prioritize some sentencing objectives over others, but within certain limits (*Lloyd*, at para. 45; *Morrissey*, at paras. 45-46). No single sentencing objective should be applied to the exclusion of all others (*Nasogaluak*, at para. 43). Each sentencing objective remains relevant to crafting a sentence that respects human dignity. Given the purpose of s. 12, the role given to rehabilitation in the mandatory minimum under consideration will help determine if the provision amounts to cruel and unusual punishment.

[141] While rehabilitation has no standalone constitutional status, the strong connection between the objective of rehabilitation and human dignity was explained in *Bissonnette* (para. 83; *Safarzadeh-Markhali*, at para. 71). The comments made in relation to offences which may be cruel and unusual by their

intimement lié à la gravité de l’infraction (*Ipeelee*, par. 37). Lorsque les conséquences de l’infraction contreviennent manifestement au « code des valeurs fondamentales » des Canadiens et des Canadiennes, et appellent une forte condamnation, notre Cour fait preuve d’une plus grande déférence à l’égard du Parlement lorsqu’il édicte une peine minimale obligatoire (*Morrissey*, par. 47). De même, la dissuasion générale peut justifier l’infliction d’une peine plus sévère qui se situe à l’intérieur de la fourchette des peines qui ne sont pas « cruelles et inusitées » (*Morrissey*, par. 45; *Nur*, par. 45). La dissuasion générale ne peut toutefois justifier à elle seule une peine minimale obligatoire : on ne peut infliger à une personne une peine totalement disproportionnée afin de dissuader ses concitoyens de désobéir à la loi (*Nur*, par. 45; *Bissonnette*, par. 51). Comme l’a écrit le juge Lamer dans l’arrêt *Smith*, il n’est pas nécessaire de condamner les « petits » contrevenants pour dissuader « l’auteur d’une infraction grave » (p. 1080).

[140] La déférence à l’égard de la décision du Parlement d’imposer des peines exemplaires ne peut être sans limites, car cet objectif pourrait être invoqué pour justifier des peines d’une durée illimitée (*Bissonnette*, par. 46, citant *Ruby*, §1.22). En édictant des peines minimales obligatoires, le Parlement peut privilégier certains objectifs de détermination de la peine par rapport à d’autres, à condition de respecter certaines limites (*Lloyd*, par. 45; *Morrissey*, par. 45-46). Aucun objectif de détermination de la peine ne devrait être appliqué à l’exclusion de tous les autres (*Nasogaluak*, par. 43). Chaque objectif de détermination de la peine demeure pertinent pour l’élaboration d’une peine qui respecte la dignité humaine. Étant donné l’objet de l’art. 12, le rôle accordé à la réinsertion sociale dans la peine minimale obligatoire examinée aidera à déterminer si la disposition constitue une peine cruelle et inusitée.

[141] Bien que la réinsertion sociale n’ait pas de statut constitutionnel distinct, la Cour a, dans l’arrêt *Bissonnette*, expliqué le lien solide qui existe entre l’objectif de réinsertion sociale et la dignité humaine (par. 83; *Safarzadeh-Markhali*, par. 71). Les commentaires formulés au sujet des infractions qui peuvent être

nature also apply to mandatory minimums under this first prong of s. 12. Rehabilitation “reflects the conviction that all individuals carry within themselves the capacity to reform and re-enter society” (*Bissonnette*, at para. 83; see *Lacasse*, at para. 4). The Court found that a punishment that completely disregards rehabilitation would disrespect and be incompatible with human dignity and would therefore constitute cruel and unusual punishment under s. 12 (*Bissonnette*, at para. 85). Justice Gonthier’s statement at para. 45 in *Morrissey*, that s. 12 is not violated due to the “presence or absence of any one sentencing principle”, needs to be read in light of this Court’s conclusion that “[t]o ensure respect for human dignity, Parliament must leave a door open for rehabilitation, even in cases where this objective is of minimal importance” (*Bissonnette*, at para. 85).

[142] The objective is not to have rehabilitation prevail over other sentencing objectives but rather to ensure it remains a component “in a penal system based on respect for the inherent dignity of every individual” (*Bissonnette*, at para. 88). It follows then, that in order to be compatible with human dignity, and therefore respect s. 12, punishment or sentencing must take rehabilitation into account. As noted by one intervenor: “A person who has been found guilty of a crime is not simply a canvas on which to paint society’s condemnation, but remains a human being and a rights-holder endowed with human dignity and legal rights” (see I.F., Canadian Civil Liberties Association, at para. 25). The application of any mandatory minimum sentence that has the effect of excluding or completely disregarding rehabilitation will be grossly disproportionate as it is incompatible with human dignity.

[143] Courts should assess whether the length of imprisonment legislated is too excessive in light of other potentially adequate alternatives. For example, if Parliament mandates a lengthy term of imprisonment

cruelles et inusitées de par leur nature valent aussi pour les peines minimales obligatoires selon le premier volet de l’art. 12. La réinsertion sociale « exprime la conviction que chaque individu porte en lui la capacité de se réhabiliter et de réintégrer la société » (*Bissonnette*, par. 83; voir *Lacasse*, par. 4). La Cour a conclu qu’une peine qui fait totalement abstraction de la réinsertion sociale ne respecterait pas la dignité humaine et serait incompatible avec cette dernière, et qu’elle constituerait de ce fait une peine cruelle et inusitée au sens de l’art. 12 (*Bissonnette*, par. 85). L’affirmation que fait le juge Gonthier au par. 45 de l’arrêt *Morrissey*, suivant laquelle il n’y a pas violation de l’art. 12 en raison de la « présence ou [de] l’absence de l’un ou l’autre des principes de détermination de la peine » doit être interprétée à la lumière de la conclusion de notre Cour que « [p]our respecter la dignité humaine, le Parlement doit laisser la porte entrouverte à la réhabilitation, même dans les cas où cet objectif revêt une importance minime » (*Bissonnette*, par. 85).

[142] Il ne s’agit pas ici de faire primer la réinsertion sociale sur les autres objectifs de détermination de la peine, mais bien de s’assurer qu’il lui reste une certaine place « dans un système pénal fondé sur le respect de la dignité inhérente à chaque individu » (*Bissonnette*, par. 88). Il s’ensuit donc que, pour être compatible avec la dignité humaine et, partant, pour respecter l’art. 12, la peine ou la détermination de la peine doit tenir compte de la réinsertion sociale. Comme l’a fait observer une intervenante : [TRADUCTION] « La personne qui a été reconnue coupable d’un crime n’est pas simplement une cible sur laquelle la société peut exprimer sa réprobation; elle demeure un être humain qui possède des droits et qui est doté de la dignité humaine et bénéficie de garanties juridiques » (voir m. interv., Association canadienne des libertés civiles, par. 25). Toute peine minimale obligatoire qui a pour effet d’exclure la réinsertion sociale ou d’en faire totalement abstraction est exagérément disproportionnée puisqu’elle est incompatible avec la dignité humaine.

[143] Les tribunaux devraient vérifier si la durée de l’emprisonnement prévue par la loi est trop excessive à la lumière d’autres solutions potentiellement adéquates. Ce serait par exemple le cas si le Parlement

when a conditional discharge would meet Parliament's sentencing objectives or if Parliament mandates incarceration when a fine would constitute an adequate penalty. There is no mathematical formula to determine the specific number of years that would make a sentence in excess of a legitimate penal aim. The analysis, in all cases, must be contextual and there is no hard number above or below which a sentence becomes grossly disproportionate.

[144] A mandatory minimum sentence, however, will be constitutionally suspect and require careful scrutiny when it provides no discretion to impose a sentence other than imprisonment in circumstances where there should not be imprisonment, given the gravity of the offence and the offender's culpability. That said, a minimum sentence can be grossly disproportionate where a fit and proportionate sentence would include a lengthy term of imprisonment. A mandatory minimum that adds to an offender's prison sentence may have a *significant* effect, given the profound consequences of incarceration on an offender's life and liberty. A mandatory minimum sentence that has such an effect cannot be categorically excluded from scrutiny under the s. 12 analysis, as O'Ferrall and Wakeling J.J.A. suggest. Even if, in these cases, constitutional considerations are not between different types of sentences, mandatory minimum sentences still require the nuance of considering the extent of the periods of incarceration.

[145] Courts should evaluate the punishment in light of the principles of parity and proportionality. As an expression of proportionality, parity assists courts in fixing a proportionate sentence (*R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424, at paras. 32-33). Where a mandatory minimum imposes a relatively shorter term of imprisonment, the mandatory minimum will still be grossly disproportionate if it represents an

impose une longue peine d'emprisonnement alors qu'une absolution conditionnelle répondrait par ailleurs à ses objectifs en matière de détermination de la peine ou si le Parlement impose l'incarcération alors qu'une amende constituerait une sanction adéquate. Il n'existe pas de formule mathématique permettant de déterminer le nombre précis d'années qui fait qu'une peine est excessive par rapport à un objectif pénal légitime. Dans tous les cas, l'analyse doit être contextuelle et il n'existe pas de chiffre précis au-delà ou en deçà duquel une peine devient exagérément disproportionnée.

[144] Une peine minimale obligatoire sera toutefois suspecte sur le plan constitutionnel et nécessitera un examen minutieux lorsqu'elle ne confère pas au juge le pouvoir discrétionnaire d'infliger d'autres peines que l'emprisonnement dans des situations où la personne délinquante ne devrait pas être condamnée à l'emprisonnement, compte tenu de la gravité de l'infraction et de la culpabilité de son auteur. Cela dit, une peine minimale peut être exagérément disproportionnée dans l'hypothèse où la peine juste et proportionnée comprendrait une longue peine d'emprisonnement. La peine minimale obligatoire qui alourdit la peine d'emprisonnement de la personne délinquante peut avoir un effet *important*, compte tenu des conséquences profondes de l'incarcération sur la vie et la liberté de cette personne. La peine minimale obligatoire qui a un tel effet ne peut être catégoriquement exclue de l'examen minutieux ayant cours dans le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 12, comme le suggèrent les juges O'Ferrall et Wakeling. Même si, en pareil cas, les considérations d'ordre constitutionnel ne concernent pas les différents types de peines, l'examen des peines minimales obligatoires nécessite toujours de considérer de manière nuancée la durée de l'incarcération.

[145] Les tribunaux devraient évaluer la peine à la lumière des principes de parité et de proportionnalité. En tant que manifestation de la proportionnalité, la parité aide les tribunaux à fixer une peine proportionnée (*R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424, par. 32-33). Lorsqu'elle prévoit une peine d'emprisonnement relativement plus courte, la peine minimale obligatoire sera tout de même

intolerable departure from the proportionate sentence. This would correspond to circumstances where even the smallest difference between the proportionate sentence and the mandatory minimum would outrage standards of decency and shock the conscience of Canadians.

[146] What number Parliament sets as the mandatory minimum is also of significance. There will be some sentences where the length alone can establish gross disproportionality. For example, in *Smith*, Lamer J. observed that a sentence of “twenty years for a first offence against property would be grossly disproportionate”. When the sentence is dramatically higher than what the range of sentences would otherwise be without the mandatory minimum, the provision risks imposing a large penalty on a range of conduct that may not merit it. Further, if the mandatory minimum is set at the top of the range for that offence, there is increased risk that it will impose a disproportionate penalty on those who commit the less serious forms of that offence.

(6) Conclusion

[147] The case law offers helpful guidance on factors that have informed the gross disproportionality assessment. However, courts need not adhere to a rigid test or fixed set of factors to determine whether a state-sanctioned punishment constitutes a grossly disproportionate one. Instead, judges should focus on three essential components when evaluating the constitutionality of mandatory minimum sentences: the scope and reach of the offence, the effects of the penalty on the offender, and the penalty. The first inquiry will often centre on the scope of the offence and whether it captures a broad set of disparate conduct. An inquiry into the effects of the punishment on the individual or reasonably foreseeable offender lies at the heart of the gross disproportionality analysis. Courts should inquire into the actual effects the punishment may have on the offender: both the time

exagérément disproportionnée si elle représente un écart intolérable par rapport à la peine proportionnée. Il s’agit de situations dans lesquelles même la plus légère différence entre la peine proportionnée et la peine minimale obligatoire porterait atteinte aux normes de décence et choquerait la conscience des Canadiens et des Canadiennes.

[146] Le chiffre que le Parlement fixe comme minimum obligatoire a également de l’importance. Pour certaines peines, seule la durée permet de conclure qu’elles sont exagérément disproportionnées. Par exemple, dans l’affaire *Smith*, le juge Lamer a fait observer qu’une « peine de vingt années pour une première infraction contre la propriété serait exagérément disproportionnée ». Lorsque la peine est nettement plus lourde que ce que serait autrement la fourchette de peines sans la peine minimale obligatoire, la disposition risque d’imposer une peine sévère pour une gamme de comportements qui ne méritent peut-être pas une telle peine. De plus, si la peine minimale obligatoire se situe à l’extrémité supérieure de la fourchette de peines pour cette infraction, il y a un risque accru qu’une peine disproportionnée soit imposée à ceux qui commettent les formes les moins graves de cette infraction.

(6) Conclusion

[147] La jurisprudence offre des indications utiles sur les facteurs qui ont éclairé les tribunaux dans l’évaluation de la disproportion exagérée. Les tribunaux n’ont toutefois pas à s’en tenir à un test rigide ou à une série immuable de facteurs afin de déterminer si un châtiment sanctionné par l’État est exagérément disproportionné. Les juges doivent plutôt se concentrer sur trois éléments essentiels lorsqu’ils évaluent la constitutionnalité de peines minimales obligatoires : la portée et l’étendue de l’infraction, les effets de la sanction sur la personne délinquante et la sanction. Le premier volet de l’analyse est souvent axé sur la portée de l’infraction et sur la question de savoir si elle englobe un vaste ensemble de comportements disparates. L’examen des effets de la sanction sur la personne délinquante en cause ou sur une personne contrevenante raisonnablement prévisible est au

period and the material conditions under which the sentence will be served. The interplay between each of the three components should drive courts' gross disproportionality analysis.

[148] An inquiry into the sentence will often focus on whether the penalty at issue is excessive in relation to Parliament's legitimate sentencing objectives. This will often require an analysis of the primary sentencing principles animating the mandatory penalty to ensure no individual sentencing objectives are being applied to the exclusion of all others. Judges should remain aware of potentially adequate alternatives to the impugned punishment. Having set out the framework for gross disproportionality, I turn now to Mr. Hills' challenge to the mandatory minimum in s. 244.2(3)(b). It is also important to determine the circumstances of the offence in issue.

E. *Section 244.2(3)(b) Is Grossly Disproportionate*

[149] Mr. Hills fired several rounds from a hunting rifle into a residential home, knowing that or being reckless as to whether it was occupied. Mr. Hills concedes the four-year mandatory minimum sentence under s. 244.2(3)(b) is not grossly disproportionate in his circumstances.

[150] Instead, he says the minimum would be grossly disproportionate in a hypothetical scenario where a young person intentionally discharges an air-powered pistol or rifle at a residence that is incapable of perforating the residence's walls (see Court of Queen's Bench decision, at para. 14). As I explain below, the scenario raised by Mr. Hills is reasonably foreseeable. Moreover, I agree with the sentencing judge that four years of imprisonment would be

cœur de l'analyse de la disproportion exagérée. Les tribunaux devraient examiner les effets concrets que la peine peut avoir sur la personne délinquante, tant du point de vue de la durée de son incarcération que les conditions physiques dans lesquelles elle purgera sa peine. L'interaction entre chacun de ces trois éléments devrait orienter l'analyse que font les tribunaux de la disproportion exagérée.

[148] L'analyse de la peine vise souvent à déterminer si la pénalité en cause est excessive par rapport aux objectifs légitimes du Parlement en matière de détermination de la peine. Pour ce faire, les tribunaux doivent dans bien des cas examiner les principes premiers de détermination de la peine qui sous-tendent la peine obligatoire pour s'assurer qu'aucun objectif individuel de détermination de la peine n'est appliqué à l'exclusion de tous les autres. Les juges doivent demeurer conscients des solutions de rechange potentiellement adéquates à la peine contestée. Après avoir exposé le cadre d'analyse de la disproportion exagérée, je passe maintenant à la contestation, par M. Hills, de la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 244.2(3)b). Il est également important de préciser le contexte dans lequel intervient l'infraction en cause.

E. *L'alinéa 244.2(3)b) est exagérément disproportionné*

[149] Monsieur Hills a tiré plusieurs coups de feu avec une carabine de chasse en direction d'une maison résidentielle, sachant qu'elle était occupée ou sans se soucier qu'elle le soit ou non. Monsieur Hills admet que la peine minimale obligatoire de quatre ans prévue à l'al. 244.2(3)b) n'est pas exagérément disproportionnée dans son cas.

[150] Il dit plutôt que cette peine minimale serait exagérément disproportionnée dans un scénario hypothétique où une jeune personne décharge intentionnellement, en direction d'une résidence, un pistolet ou une carabine à air comprimé qui est incapable de percer les murs de la résidence (voir la décision de la Cour du Banc de la Reine, par. 14). Comme je l'explique ci-dessous, le scénario évoqué par M. Hills est raisonnablement prévisible. De plus, je suis d'accord

grossly disproportionate in this scenario. In my view, Antonio J.A. erred in overstating the gravity of the offence and the culpability of the offender involved in this realistic scenario.

(1) Mr. Hills Raises a Reasonably Foreseeable Scenario

[151] The Crown rightly conceded and the sentencing judge properly accepted that Mr. Hills advanced a reasonably foreseeable scenario. To begin, the scenario proposed by Mr. Hills falls within the scope of the offence and does not stretch or strain its constituent elements. The *actus reus* of the offence requires an offender to discharge a “firearm” into or at a “place”, which means “any building or structure”. There is no question that a residence constitutes a place. The sole question is whether an air-powered rifle or pistol could constitute a “firearm” per s. 2 of the *Criminal Code*, despite being incapable of perforating a residential wall. The expert evidence called by Mr. Hills resolved any doubt on this issue and cured the “evidentiary gap” which previously led some courts to decline to consider a similar scenario (see *R. v. Oud*, 2016 BCCA 332, 339 C.C.C. (3d) 379, at para. 46).

[152] Specifically, the expert showed that eight air-powered rifles or pistols discharged a projectile with sufficient velocity to satisfy the “pig’s eye test” but most of them were incapable of penetrating a residential wall. Those eight devices were (1) an airsoft pistol, (2) a Daisy Red Ryder model BB gun, (3) a paintball marker, (4) a youth sized pellet rifle, (5) an adult sized .177 calibre pellet rifle, (6) a .22 calibre pellet pistol, (7) a .22 calibre pellet rifle, and (8) a Ruger 10/22 semi-automatic rifle. The expert concluded that there are “numerous air-powered rifles and pistols commonly available in Canada which meet the Criminal Code definition of a firearm, but are not capable of perforating a typical residential framed

avec le juge chargé de la détermination de la peine pour dire qu’une peine de quatre ans d’emprisonnement serait exagérément disproportionnée dans ce scénario. À mon avis, la juge Antonio a commis une erreur en surestimant la gravité de l’infraction et la culpabilité de la personne délinquante en cause dans ce scénario réaliste.

(1) Monsieur Hills évoque un scénario raisonnablement prévisible

[151] La Couronne a concédé à juste titre — et le juge chargé de la détermination de la peine a accepté à bon droit — que M. Hills a évoqué un scénario raisonnablement prévisible. Tout d’abord, le scénario proposé par M. Hills relève de la portée de l’infraction et ne force ni ne dénature ses éléments constitutifs. L’*actus reus* de l’infraction exige que la personne délinquante décharge une « arme à feu » en direction d’un « lieu », ce qui signifie « tout bâtiment ou construction ». Il ne fait aucun doute qu’une résidence constitue un lieu. La seule question à trancher est de savoir si une carabine ou un pistolet à air comprimé constitue une « arme à feu » au sens de l’art. 2 du *Code criminel*, même si ces armes ne peuvent pas percer un mur résidentiel. L’expert appelé à témoigner par M. Hills a dissipé tout doute à ce sujet et a corrigé la « lacune au chapitre de la preuve » qui avait auparavant amené certains tribunaux à refuser d’examiner un scénario semblable (voir *R. c. Oud*, 2016 BCCA 332, 339 C.C.C. (3d) 379, par. 46).

[152] Plus précisément, l’expert a démontré que huit fusils ou pistolets à air comprimé tiraient un projectile avec une vitesse suffisante pour satisfaire au « test de l’œil de cochon », mais que la plupart d’entre eux étaient incapables de perforer un mur résidentiel. Ces huit dispositifs étaient les suivants : (1) un pistolet de type « airsoft », (2) un fusil à balles BB de modèle Daisy Red Ryder, (3) un marqueur de paintball, (4) une carabine à plomb pour mineurs, (5) une carabine à plomb de calibre .177 pour adultes, (6) un pistolet à plomb de calibre .22, (7) une carabine à plomb de calibre .22, et (8) une carabine semi-automatique Ruger de calibre 10/22. L’expert a conclu qu’il existait [TRADUCTION] « un grand nombre de pistolets et

wall assembly” (A.R., at p. 393; see also Court of Queen’s Bench decision, at para. 16).

[153] The Crown accepted the expert’s conclusion that some air-powered devices are firearms under s. 2 of the *Criminal Code*, yet are incapable of perforating a typical residential wall. I have no concern regarding the expert’s conclusion either.

[154] It is also reasonably foreseeable to imagine a young person firing a BB gun or a paintball gun at a house. As the sentencing judge wrote, it is “easy to conceive of situations where a young person might do just as posed in the hypothetical case” (para. 17). The offender could do so as part of a game, to pass time, or for a bit of mischief. Thus, it is reasonably foreseeable that (1) a young person intentionally discharges a “firearm” into or at a residence, (2) knowing that or being reckless as to whether a person is present, and that (3) the “firearm” discharged is an air-powered pistol or rifle that is classified as a “firearm” under s. 2 of the *Criminal Code* but is incapable of perforating a typical residential wall.

(2) A Fit and Proportionate Sentence in a Foreseeable Scenario Would Not Involve Imprisonment

[155] I turn to the first stage of the s. 12 inquiry in *Nur* and the question of a fit sentence for the reasonably foreseeable offender in such a situation. The usual deferential appellate standard of review for sentencing applies to a sentence imposed on the actual offender (*Lacasse*, at paras. 11-12). For sentences imposed on hypothetical offenders, however, the same rationale for deference carries less weight as the fit sentence is determined by supposing facts,

de carabines à air comprimé couramment disponibles au Canada qui répondent à la définition d’arme à feu du Code criminel, mais qui ne sont pas capables de perforer un assemblage de mur à ossature résidentielle typique » (d.a., p. 393; voir aussi la décision de la Cour du Banc de la Reine, par. 16).

[153] La Couronne a accepté la conclusion de l’expert selon laquelle certains dispositifs à air comprimé sont des armes à feu au sens de l’art. 2 du *Code criminel*, mais sont incapables de perforer un mur résidentiel typique. Je n’ai pas de réserve non plus au sujet de la conclusion de l’expert.

[154] Il est aussi raisonnablement prévisible d’imaginer une jeune personne décharger un fusil à balles BB ou un fusil de paintball en direction d’une maison. Comme l’a écrit le juge chargé de la détermination de la peine, [TRADUCTION] « on peut facilement concevoir des situations dans lesquelles une jeune personne pourrait faire exactement ce qui est envisagé dans cette situation hypothétique » (par. 17). La personne délinquante pourrait le faire dans le cadre d’un jeu, pour passer le temps ou pour faire un mauvais coup. Par conséquent, il est raisonnablement prévisible : (1) qu’une jeune personne décharge intentionnellement une « arme à feu » en direction d’une résidence, (2) sachant qu’il s’y trouve une personne ou sans se soucier qu’il s’en trouve ou non, (3) que l’« arme à feu » déchargée soit un pistolet ou une carabine à air comprimé classé comme une « arme à feu » au sens de l’art. 2 du *Code criminel*, tout en étant incapable de percer un mur résidentiel typique.

(2) Une peine juste et proportionnée dans un scénario prévisible n’impliquerait pas l’emprisonnement

[155] Je passe à la première étape de l’analyse relative à l’art. 12 établie dans l’arrêt *Nur* et à la question de la peine juste pour la personne délinquante raisonnablement prévisible qui se trouve en pareille situation. La norme de contrôle empreinte de déférence qui s’applique habituellement en appel aux décisions en matière de peines s’applique à la peine infligée à la personne délinquante en cause (*Lacasse*, par. 11-12). Toutefois, pour les peines infligées à

and not through weighing actual evidence (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 18 and 74).

[156] However, there is no need to set out when a reviewing court may come to its own conclusion about a fit sentence for reasonably foreseeable offenders, since I agree with the sentencing judge that a fit sentence for this hypothetical youthful offender would involve probation and that “certainly no such offender would receive a four-year penitentiary term or a sentence approaching anywhere near that” (para. 19). Indeed, in light of the gravity of the act and the moral culpability of the offender in such an instance, the scenario is akin to a minor mischief offence where a suspended sentence or probation may be appropriate. The gravity of the offence and the culpability of the offender are low in this scenario, focusing on the offence’s consequences and the offender’s *mens rea*. Regarding the offence’s gravity, the consequences for public safety are relatively low in this scenario. The *actus reus* for this offence does not require any person to be present at the “place” where the firearm is discharged. Even if another person were present, the expert evidence establishes the minimal danger posed by the offender’s actions, given the firearm’s power is substantially reduced. In my view, Antonio J.A. erred in overstating the risks to the public in this scenario as a result.

[157] I do not accept that the sentencing judge overlooked the risk of a projectile flying through an open window or striking a person walking nearby. A conviction does not require anyone to be where the projectile is shot and the sentencing judge was clearly alive to these risks, observing “the gravamen of the offence is the danger of potential harm, which

des délinquants hypothétiques, les mêmes raisons invoquées pour justifier la déférence ont moins de poids, car la peine juste est déterminée en supposant des faits, et non en soupesant des éléments de preuve réels (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 18 et 74).

[156] Il n’est toutefois pas nécessaire d’indiquer dans quels cas une cour de révision peut tirer sa propre conclusion sur la peine qui serait juste dans le cas d’une personne délinquante raisonnablement prévisible, puisque je suis d’accord avec le juge chargé de la détermination de la peine pour dire que la peine juste pour cette jeune personne délinquante hypothétique comporterait une période de probation et qu’il est [TRADUCTION] « certain qu’une telle personne délinquante ne serait pas condamnée à une peine de quatre ans de pénitencier ou même à une peine qui s’en approcherait » (par. 19). D’ailleurs, compte tenu de la gravité de l’acte et de la culpabilité morale de la personne délinquante en pareil cas, ce scénario s’apparente à une infraction mineure de méfait pour lequel le sursis au prononcé de la peine ou une probation pourrait convenir. La gravité de l’infraction et la culpabilité de la personne délinquante sont faibles dans ce scénario, si l’on considère surtout les conséquences de l’infraction et la *mens rea* de cette personne. En ce qui concerne la gravité de l’infraction, les conséquences de celle-ci pour la sécurité publique sont relativement faibles dans ce scénario. L’*actus reus* de cette infraction n’exige pas la présence de *qui que ce soit* au « lieu » où l’arme à feu est déchargée. Même si une autre personne était présente, la preuve d’expert établit le danger minimal que posent les actes de la personne délinquante, étant donné que la puissance de l’arme à feu est considérablement réduite. À mon avis, la juge Antonio a commis une erreur en exagérant les risques encourus par le public dans ce scénario.

[157] Je n’accepte pas l’idée que le juge chargé de la détermination de la peine a négligé le risque qu’un projectile traverse une fenêtre ouverte ou frappe un passant. Une déclaration de culpabilité ne requiert pas que quiconque se trouve là où le projectile est tiré, et le juge chargé de la détermination de la peine était clairement conscient de ces risques lorsqu’il

can be caused by wildly shooting into or at a place. The danger should not depend on whether a person is shooting into a building, through a window or at a motor vehicle. The danger is always present” (para. 41 (emphasis deleted)). The sentencing judge was evidently aware of the very risks that Antonio J.A. suggests were overlooked.

[158] In my view, the sentencing judge concluded the firearms at issue posed a far lower risk relative to conventional firearms, even taking into account the risks raised by Antonio J.A. The sentencing judge found the expert “cured” the “evidentiary gap” in *Oud* (para. 26). Part of the “gap” in *Oud* was the lack of evidence to show whether a projectile fired from an air-powered rifle or pistol was “far less serious than discharging a regular gun” (*Oud*, at para. 47).

[159] Here, the expert evidence showed an air-powered device could be far less dangerous, with some incapable of causing damage beyond cracking the vinyl siding of a house. Moreover, some of the devices that the expert tested were, quite literally, designed to shoot projectiles at other people for *sport*. When these considerations are combined with the fact that no one needs to be near where the projectile is shot, I see no issue with the sentencing judge’s conclusion that the risk to life and safety is low in Mr. Hills’ hypothetical (para. 16). I fail to see any substantial harm, whether actual or potential, from an offender firing a paintball gun at a house when *nobody* is around, even though this conduct falls within the impugned section.

a fait observer que [TRADUCTION] « l’essence de l’infraction est le danger d’un préjudice potentiel, qui peut être causé par des coups de feu tirés au hasard en direction d’un lieu. Le danger ne devrait pas dépendre de la question de savoir si l’individu tire des coups de feu dans un bâtiment, à travers une fenêtre ou en direction d’un véhicule à moteur. Le danger est toujours présent » (par. 41 (italique omis)). Le juge chargé de la détermination de la peine était de toute évidence conscient des risques mêmes que la juge Antonio semble lui reprocher d’avoir négligés.

[158] À mon avis, le juge chargé de la détermination de la peine a conclu que les armes à feu en cause présentaient un risque beaucoup moins élevé que des armes à feu conventionnelles, même en tenant compte des risques évoqués par la juge Antonio. Le juge chargé de la détermination de la peine a estimé que l’expert avait [TRADUCTION] « corrigé » la « lacune au chapitre de la preuve » dans l’arrêt *Oud* (par. 26). La « lacune » dans *Oud* concernait notamment l’absence de preuve permettant de déterminer si le fait de tirer un projectile d’une carabine ou d’un pistolet à air comprimé était [TRADUCTION] « beaucoup moins grave que le fait de décharger un fusil ordinaire » (*Oud*, par. 47).

[159] En l’espèce, la preuve d’expert a démontré que les dispositifs à air comprimé pouvaient être beaucoup moins dangereux, et que certains d’entre eux étaient incapables de causer d’autres dommages que la fissuration du revêtement de vinyle d’une maison. De plus, certains des dispositifs que l’expert a testés étaient littéralement conçus pour tirer des projectiles sur d’autres personnes à des fins *sportives*. Lorsqu’on combine ces considérations avec le fait qu’il n’est pas nécessaire qu’il se trouve quelqu’un dans les parages lorsque le projectile est tiré, je ne vois aucun problème avec la conclusion du juge chargé de la détermination de la peine selon laquelle le risque pour la vie et la sécurité est faible dans la situation hypothétique évoquée par M. Hills (par. 16). Je ne vois pas de préjudice important, réel ou potentiel, découlant du fait pour une personne délinquante de décharger un fusil de paintball en direction d’une maison lorsque *personne* n’est dans les parages, et ce, même si ce comportement tombe sous le coup de l’article contesté.

[160] Turning to the offender's culpability, the Crown argues that the double *mens rea* tailors this offence to capture particularly blameworthy conduct. In my view, the double *mens rea* requirement does little to narrow the offence. To be convicted, an offender need only know of or be *reckless* as to the presence of others. No harm to others is required to ground the offence. Although recklessness requires the "knowledge of a danger or risk and persistence in a course of conduct which creates a risk that the prohibited result will occur" (*Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, at p. 584), the offender must only be thoughtless as to whether anyone is present at the place where the firearm — including a paintball gun, airsoft gun, or BB gun — is discharged. Recklessness as conceived in s. 244.2(1)(a) does not require an offender to explicitly turn their mind to the fact that they are placing others at risk. I agree with the sentencing judge that the scenario discloses immature behaviour and low moral blameworthiness (paras. 17 and 19).

[161] Youth is a mitigating factor on sentencing. The hypothetical scenario is an example of criminalized conduct that may reflect a lack of guidance or supervision more than criminal intent on the part of the offender. In the context of youthful offenders, the principles of general deterrence and denunciation should come secondary to that of rehabilitation (*R. v. Nassri*, 2015 ONCA 316, 125 O.R. (3d) 578, at para. 31). In this scenario, general deterrence should play a limited role in crafting a fit sentence (Ruby, at §1.36; *R. v. Mohenu*, 2019 ONCA 291, at paras. 12-13 (CanLII)). Instead, specific deterrence and rehabilitation should be the primary objectives when sentencing youthful first offenders (*Priest*, at pp. 543-44; *R. v. Tan*, 2008 ONCA 574, 268 O.A.C. 385, at para. 32; *R. v. T. (K.)*, 2008 ONCA 91, 89 O.R. (3d) 99, at paras. 41-42).

[160] En ce qui concerne la culpabilité de la personne délinquante, la Couronne affirme que la double *mens rea* permet d'adapter la présente infraction de manière à ce qu'elle englobe un comportement particulièrement répréhensible. À mon avis, l'exigence de la double *mens rea* ne contribue guère à restreindre la portée de l'infraction. Pour la reconnaître coupable, il suffit de conclure que la personne délinquante avait connaissance de la présence d'autrui ou *ne s'en est pas soucié*. Il n'est pas nécessaire qu'un préjudice ait été causé à autrui pour démontrer que l'infraction a été commise. Bien que l'insouciance requière « la connaissance d'un danger ou d'un risque et la persistance dans une conduite qui engendre le risque que le résultat prohibé se produise » (*Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, p. 584), il suffit que la personne délinquante se soit montrée insouciante quant à la présence d'autrui à l'endroit où l'arme à feu — y compris un fusil de paintball, une arme de type « airsoft » ou un fusil à balles BB — a été déchargée. L'insouciance envisagée par l'al. 244.2(1)a) n'oblige pas la personne délinquante à songer explicitement au fait qu'elle met d'autres personnes en danger. Je conviens avec le juge chargé de la détermination de la peine qu'un tel scénario révèle un comportement immature et une faible culpabilité morale (par. 17 et 19).

[161] La jeunesse constitue une circonstance atténuante lors de la détermination de la peine. Le scénario hypothétique est un exemple d'un comportement considéré comme criminel qui révèle peut-être davantage un manque d'encadrement ou de surveillance qu'une intention criminelle de la part de la personne délinquante. Dans le cas des jeunes délinquants, les principes de la dissuasion générale et de la dénonciation devraient passer après celui de la réinsertion sociale (*R. c. Nassri*, 2015 ONCA 316, 125 O.R. (3d) 578, par. 31). Dans ce scénario, la dissuasion générale ne devrait jouer qu'un rôle limité dans l'élaboration d'une peine juste (Ruby, §1.36; *R. c. Mohenu*, 2019 ONCA 291, par. 12-13 (CanLII)). La dissuasion spécifique et la réinsertion sociale devraient plutôt être les objectifs premiers lorsque vient le temps de déterminer les peines à infliger à de jeunes délinquants qui en sont à leur première infraction (*Priest*, p. 543-544; *R. c. Tan*, 2008 ONCA 574, 268 O.A.C. 385, par. 32; *R. c. T. (K.)*, 2008 ONCA 91, 89 O.R. (3d) 99, par. 41-42).

[162] As such, because the gravity of the offence and the culpability of the offender in this scenario are low, and the youthfulness of the offender acts as a mitigating factor, the fit and proportionate sentence is a suspended sentence of up to 12 months' probation.

(3) The Mandatory Minimum Is Grossly Disproportionate

[163] I turn now to stage two of the *Nur* analysis and consider whether the mandatory minimum at issue requires the court to impose a sentence that is grossly disproportionate to the fit sentence. Based on this reasonable hypothetical, I conclude that the four-year mandatory minimum term of imprisonment imposed by s. 244.2(3)(b) is grossly disproportionate. It would "shock the conscience" of Canadians to learn that an offender can receive four years of imprisonment for an activity that poses more or less the same risk to the public as throwing a stone through the window of a residential home.

[164] The first component is the offence. Like in *Nur* and *Lloyd*, the mandatory minimum sentence in this case applies to a wide spectrum of conduct. On one end of the spectrum, there is Mr. Hills' conduct, which poses a high risk of harm and demonstrates an elevated degree of culpability. On the other, there is the foreseeable scenario raised by Mr. Hills, which presents little danger to the public and little fault. The wide scope of the minimum is due mainly to the *actus reus* for s. 244.2(1)(a). As noted, the definition of "firearm" encompasses devices capable of inflicting lethal harm as well as those designed to shoot projectiles at other people in recreational *sport*. The definition of "place" includes everything from a garden shed to a car, occupied or not. No person need be in the area where the firearm is shot. While I agree that firing a hunting rifle at a house is very severe and blameworthy conduct (as in Mr. Hills' case), the same cannot be said for the hypothetical scenario presented here. In the result, s. 244.2(1)(a) is at greater risk of being constitutionally infirm because it captures a broad

[162] Ainsi, puisque la gravité de l'infraction et la culpabilité de la personne délinquante sont peu élevées dans ce scénario et que le jeune âge de cette personne constitue une circonstance atténuante, la peine juste et proportionnée est le sursis au prononcé d'une peine d'au plus 12 mois de probation.

(3) La peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée

[163] Je passe maintenant à la deuxième étape de l'analyse dans l'arrêt *Nur* et je me demande si la peine minimale obligatoire en cause oblige le tribunal à infliger une peine qui est exagérément disproportionnée par rapport à la peine juste. En me fondant sur cette situation hypothétique raisonnable, je conclus que la peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement que prévoit l'al. 244.2(3)b) est exagérément disproportionnée. Cela « choquerait la conscience » des Canadiens et des Canadiennes d'apprendre qu'une personne délinquante peut être condamnée à quatre ans d'emprisonnement pour un acte qui présente plus ou moins le même risque pour le public que le fait de lancer une pierre à travers la fenêtre d'une maison résidentielle.

[164] Le premier élément est l'infraction. Comme dans les affaires *Nur* et *Lloyd*, la peine minimale obligatoire qui nous intéresse en l'espèce s'applique à une vaste gamme de comportements. À une extrémité du spectre, il y a le comportement de M. Hills, qui présente un risque élevé de préjudice et démontre une grande culpabilité. À l'autre extrémité, il y a le scénario prévisible évoqué par M. Hills, qui ne présente guère de danger pour le public et comporte une faible faute. La large portée de la peine minimale est principalement attribuable à l'*actus reus* de l'infraction à l'al. 244.2(1)a). Comme je l'ai indiqué, la définition d'« arme à feu » englobe des dispositifs capables d'infliger des blessures mortelles ainsi que des dispositifs conçus pour tirer des projectiles sur d'autres personnes dans la pratique d'un *sport* récréatif. La définition du mot « lieu » englobe tout, d'une remise de jardin à une voiture, occupée ou non. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait quelqu'un dans le secteur où les coups de feu sont tirés. Bien que je convienne que le fait de décharger une carabine de chasse en direction d'une

range of disparate conduct that includes offences of varying gravity and degrees of offender culpability. The scope of the offence is wide.

[165] The second component is the effects of the punishment on the actual or reasonably foreseeable offender. A four-year term of imprisonment would have significant deleterious effects on youthful offenders, who are viewed by our criminal law as having high rehabilitative prospects. It follows that sentences for youthful offenders are often largely directed at rehabilitation. To prioritize rehabilitation, youthful offenders should benefit from the shortest possible sentence that is proportionate to the gravity of the offence (see *R. v. Brown*, 2015 ONCA 361, 126 O.R. (3d) 797, at para. 7; *R. v. Laine*, 2015 ONCA 519, 338 O.A.C. 264, at para. 85). This is because incarceration is often not a setting where the reformatory needs of young people are met (Ruby, at §5.191). Youthful offenders in federal penitentiaries are often bullied, recruited into adult gangs for protection and are vulnerable to placements in segregation (Office of the Correctional Investigator and Office of the Provincial Advocate for Children and Youth, *Missed Opportunities: The Experience of Young Adults Incarcerated in Federal Penitentiaries* (2017)). For the youthful offender at bar, the difference between a reformatory sentence served in community and a four-year period of incarceration would be profoundly detrimental.

[166] The mandatory minimum's effect is extremely severe in this case. Like the minimums at issue in *Nur* and *Lloyd*, its effect is to replace a probationary sentence with four years of imprisonment. Not only does the minimum mandate the punishment of "last resort", it imposes four years of incarceration. This

maison est un acte très grave et très répréhensible (comme dans le cas de *M. Hills*), on ne peut pas en dire autant du scénario hypothétique présenté en l'espèce. Par conséquent, l'al. 244.2(1)a) risque davantage d'être inconstitutionnel parce qu'il englobe un large éventail d'actes disparates qui comprennent des infractions dont la gravité, ainsi que le degré de culpabilité de la personne délinquante, varient. L'infraction a une vaste portée.

[165] Le deuxième élément concerne les effets de la peine sur la personne délinquante en cause ou sur une personne délinquante raisonnablement prévisible. Une peine d'emprisonnement de quatre ans aurait des effets préjudiciables importants sur les jeunes délinquants, qui sont considérés par notre droit pénal comme ayant de grandes chances de réinsertion sociale. Il s'ensuit que les peines auxquelles sont condamnés les jeunes délinquants sont souvent axées sur la réinsertion sociale. Pour donner la priorité à la réinsertion sociale, les tribunaux devraient faire bénéficier les jeunes délinquants de la peine la plus courte possible, proportionnelle à la gravité de l'infraction (voir *R. c. Brown*, 2015 ONCA 361, 126 O.R. (3d) 797, par. 7; *R. c. Laine*, 2015 ONCA 519, 338 O.A.C. 264, par. 85). Cela s'explique par le fait que le milieu carcéral n'est souvent pas un cadre qui permet de répondre aux besoins de réforme des jeunes (Ruby, §5.191). Les jeunes délinquants incarcérés dans des pénitenciers fédéraux sont souvent victimes d'intimidation, recrutés par des gangs d'adultes pour leur protection, et ils risquent d'être placés en isolement (Bureau de l'enquêteur correctionnel et Bureau de l'intervenant provincial en faveur des enfants et des jeunes, *Occasions manquées : L'expérience des jeunes adultes incarcérés dans les pénitenciers fédéraux* (2017)). Pour la jeune personne délinquante en cause, la différence entre une peine de réforme purgée dans la collectivité et une période d'incarcération de quatre ans serait profondément préjudiciable.

[166] L'effet de la peine minimale obligatoire est extrêmement dur en l'espèce. À l'instar des peines minimales en cause dans les affaires *Nur* et *Lloyd*, elle a pour effet de remplacer une mesure probatoire par quatre ans d'emprisonnement. Non seulement la peine minimale prescrit-elle la sanction pénale

weighs strongly against the minimum's constitutionality under s. 12.

[167] The third component is the penalty. A four-year custodial sentence is so excessive as to be significantly out of sync with sentencing norms and goes far beyond what is necessary for Parliament to achieve its sentencing goals for this offence. A four-year minimum term of imprisonment for a youthful offender shooting a BB gun at a residence is draconian. It is a sentence that far exceeds what is necessary to protect the public, condemn the offender's behaviour or discourage others from engaging in similar conduct. The need for denunciation is closely tied to the gravity of the offence (*Ipeelee*, at para. 37). Here, the offence's gravity is low and it is unreasonable to suggest an offender's conduct in this scenario greatly offends any basic moral values. General deterrence cannot support the minimum in this case either, since "a person cannot be made to suffer a grossly disproportionate punishment simply to send a message to discourage others from offending" (*Nur*, at para. 45). While this Court has generally noted the importance of denunciation and deterrence in firearms offences (*Morrissey*, at para. 46), this does not imply that these aims can be emphasized in cases involving firearms, particularly given the wide definition of firearms and where the offence poses little or no danger (as *Nur* itself illustrates, at paras. 82-84). Nor does the minimum show any respect for the principles of parity and proportionality. A four-year sentence for what is, at most, a minor form of mischief is totally out of sync with sentencing norms. Unlike the mandatory minimum sentences in *Hilbach* (see paras. 72-73 and 95), there is no justification for emphasizing denunciation and deterrence to a great extent in this scenario.

« de dernier recours », mais elle impose quatre ans d'emprisonnement. Cela milite fortement à l'encontre de constitutionnalité de la peine minimale au regard de l'art. 12.

[167] Le troisième élément est la sanction. Une peine de quatre ans d'emprisonnement est excessive au point d'être en décalage marqué par rapport aux normes de détermination de la peine et va bien au-delà de ce qui est nécessaire pour que le Parlement atteigne ses objectifs en matière de détermination de la peine pour cette infraction. Une peine minimale d'emprisonnement de quatre ans pour une jeune personne délinquante qui décharge un fusil à balles BB en direction d'une résidence est draconienne. Il s'agit d'une peine qui va bien au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger le public, condamner le comportement de la personne délinquante ou dissuader d'autres personnes de se livrer à des actes semblables. La nécessité de la dénonciation est étroitement liée à la gravité de l'infraction (*Ipeelee*, par. 37). Ici, la gravité de l'infraction est faible et on ne peut raisonnablement suggérer que la conduite adoptée par la personne délinquante dans ce scénario contrevient grandement à des valeurs morales fondamentales. La dissuasion générale ne peut pas non plus justifier la peine minimale en l'espèce, car « on ne peut infliger à une personne une peine totalement disproportionnée à la seule fin de dissuader ses concitoyens de désobéir à la loi » (*Nur*, par. 45). Bien que notre Cour ait généralement souligné l'importance de la dénonciation et de la dissuasion dans le cas des infractions relatives aux armes à feu (*Morrissey*, par. 46), cela ne permet pas pour autant de mettre l'accent sur ces objectifs dans toutes les affaires impliquant des armes à feu, notamment en raison de la définition large d'arme à feu et lorsque l'infraction ne pose guère ou pas de danger (comme l'affaire *Nur* elle-même l'illustre, par. 82-84). La peine minimale ne témoigne pas non plus d'un respect pour les principes de parité et de proportionnalité. Une peine de quatre ans pour ce qui est tout au plus une forme mineure de méfait est totalement en décalage par rapport aux normes de détermination de la peine. Contrairement aux peines minimales obligatoires dont il est question dans l'affaire *Hilbach* (voir par. 72-73 et 95), rien ne justifie d'insister dans une large mesure sur la dénonciation et la dissuasion dans ce scénario.

[168] A comparison between punishments imposed for other crimes of similar gravity and the mandatory minimum set in this case reveals great disproportion. Consider, for example, *R. v. Pretty*, 2005 BCCA 52, 208 B.C.A.C. 79, *R. v. Schnare*, [1988] N.S.J. No. 118 (QL), 1988 CarswellNS 568 (WL) (C.A.), and *R. v. Cheung, Gee and Gee* (1977), 5 A.R. 356 (S.C. (Trial Div.)), where in each case firing a pellet gun at a property was charged as a mischief offence and the offender received a sentence far below the mandatory minimum sentence mandated under s. 244.2(3)(b) (suspended sentence in *Pretty*; two months of incarceration, two years of probation and restitution in *Schnare*; and a suspended sentence and restitution in *Cheung*). The appellant in *Pretty* was a youthful offender who held animosity towards his neighbour and fired a BB gun at his neighbour's home. The sentencing judge suspended the passing of sentence and placed the offender on probation for 12 months. The British Columbia Court of Appeal dismissed the sentence appeal. In *Schnare*, the appellant was a young man who went on a shooting spree with a pellet gun and caused damage to several houses and moving vehicles. He was sentenced to two months of incarceration, two years of probation and several thousand dollars in restitution. The Nova Scotia Court of Appeal upheld his sentence. Finally, the three young defendants in *Cheung* were involved in the firing of a pellet gun at a business and nearby vehicles. Each received a 12-month suspended sentence and a restitution order. These comparable cases lead me to the same conclusion as the sentencing judge — a suspended sentence with up to 12 months' probation would be a fit sentence for the hypothetical offender (Court of Queen's Bench decision, at para. 19). A four-year mandatory minimum would be a grossly disproportionate punishment considering the nature of the offence committed by the reasonably foreseeable offender as compared to other crimes of similar gravity.

[168] Une comparaison entre les peines imposées pour d'autres crimes de même gravité et la peine minimale obligatoire prévue en l'espèce révèle une grande disproportion. Prenons, par exemple, les affaires *R. c. Pretty*, 2005 BCCA 52, 208 B.C.A.C. 79, *R. c. Schnare*, [1988] N.S.J. No. 118 (QL), 1988 CarswellNS 568 (WL) (C.A.), et *R. c. Cheung, Gee and Gee* (1977), 5 A.R. 356 (C.S. (Div. 1^{re} inst.)), dans lesquelles le fait d'avoir déchargé un fusil à plomb en direction d'un immeuble avait donné lieu à des accusations de méfait et où le délinquant avait été condamné à une peine bien inférieure à la peine minimale obligatoire prévue par l'al. 244.2(3)b) (en l'occurrence le sursis au prononcé de la peine dans *Pretty*; une peine de deux mois d'emprisonnement assortie de deux ans de probation et d'une restitution dans *Schnare*; et le sursis au prononcé de la peine ainsi qu'une restitution dans *Cheung*). Dans l'affaire *Pretty*, l'appelant était un jeune délinquant qui éprouvait de l'animosité envers son voisin et qui avait déchargé un fusil à balles BB en direction de la maison de ce dernier. Le juge chargé de la détermination de la peine a sursis au prononcé de la peine et placé le délinquant en probation pendant 12 mois. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel de la peine. Dans l'affaire *Schnare*, l'appelant était un jeune homme qui s'était mis à tirer avec un fusil à plomb et avait endommagé plusieurs maisons et des véhicules en mouvement. Il avait été condamné à un emprisonnement de deux mois, à une période de probation de deux ans et à la restitution de plusieurs milliers de dollars. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a confirmé sa peine. Enfin, dans l'affaire *Cheung*, les trois jeunes avaient été accusés d'avoir déchargé un fusil à plomb en direction d'un commerce et de véhicules situés à proximité. Ils s'étaient tous vu imposer un sursis au prononcé de la peine de 12 mois et une ordonnance de restitution. Ces affaires comparables m'amènent à la même conclusion que le juge chargé de la détermination de la peine : un sursis au prononcé de la peine assorti d'une probation d'au plus 12 mois constituerait une peine juste pour la personne délinquante hypothétique (décision de la Cour du Banc de la Reine, par. 19). Une peine minimale obligatoire de quatre ans serait exagérément disproportionnée eu égard à la nature de l'infraction commise par une personne délinquante se trouvant dans une situation raisonnablement

[169] For the above reasons, I find that s. 244.2(3)(b) is grossly disproportionate. It applies to an offence that captures a wide spectrum of conduct, ranging from acts that present little danger to the public to those that pose a grave risk. Its effect at the low end of the spectrum is as severe as the minimums in *Nur* and *Lloyd*. Denunciation and deterrence alone cannot support such a result. The punishment shows a complete disregard for sentencing norms and the mandatory prison term would have significant deleterious effects on a youthful offender. In light of these considerations, I agree with Mr. Hills that it would outrage Canadians to learn that an offender can receive four years of imprisonment for firing a paintball gun at a home.

[170] As the Crown does not advance any argument or evidence to demonstrate that this is one of the rare cases in which cruel and unusual punishment under s. 12 may be justified under s. 1 of the *Charter*, I need not address this issue.

F. *Did the Court of Appeal of Alberta Err in Failing to Consider Mr. Hills' Gladue Report and his Métis Status in Re-Sentencing Him?*

[171] Mr. Hills argues that the Court of Appeal failed to consider his *Gladue* report and his Métis status in re-sentencing him. He is asking this Court to reinstate the three-and-a-half-year sentence imposed by the sentencing judge.

[172] As I conclude that the sentencing judge did not err in finding that s. 244.2(3)(b) was unconstitutional, I see no basis to interfere with the sentence imposed on Mr. Hills by the sentencing judge. The parties do not argue the sentencing judge's sentence is

prévisible comparativement à d'autres crimes de gravité semblable.

[169] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que l'al. 244.2(3)b est exagérément disproportionné. Il s'applique à une infraction qui englobe une vaste gamme de comportements, allant d'actes qui ne présentent guère de danger pour le public à d'autres qui posent un risque élevé. Son effet, à l'extrémité inférieure de la fourchette, est aussi grave que les peines minimales dont il était question dans les affaires *Nur* et *Lloyd*. La dénonciation et la dissuasion ne peuvent à elles seules justifier un tel résultat. La sanction témoigne d'un mépris total des normes de détermination de la peine, et la peine d'emprisonnement obligatoire aurait des effets néfastes importants sur une jeune personne délinquante. À la lumière de ces considérations, je conviens avec M. Hills que les Canadiens et Canadiennes seraient indignés d'apprendre qu'une personne délinquante peut être condamnée à quatre ans d'emprisonnement pour avoir déchargé un fusil de paintball en direction d'une maison.

[170] Comme la Couronne n'a pas présenté d'argument ou de preuve pour démontrer qu'il s'agit d'un des rares cas où une peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, je n'ai pas à aborder cette question.

F. *La Cour d'appel de l'Alberta a-t-elle commis une erreur en ne tenant pas compte du rapport Gladue de M. Hills et de son statut de Métis au moment où elle lui a infligé une nouvelle peine?*

[171] Monsieur Hills soutient que la Cour d'appel n'a pas tenu compte de son rapport *Gladue* et de son statut de Métis au moment où elle lui a infligé une nouvelle peine. Il demande à notre Cour de rétablir la peine de trois ans et demi de prison infligée en première instance.

[172] Comme je conclus que le juge chargé de la détermination de la peine n'a pas commis d'erreur en concluant que l'al. 244.2(3)b était inconstitutionnel, je ne vois aucune raison de modifier la peine qu'il a infligée à M. Hills. Les parties ne prétendent pas que

demonstrably unfit, nor that he made any other error in principle which impacts the sentence. Moreover, sentencing decisions are entitled to a high level of deference on appeal (*Lacasse*, at paras. 11 and 67). As the Court of Appeal interfered with the sentencing judge's sentence after having found that s. 244.2(3)(b) was constitutional, it is therefore unnecessary to address this part of its reasons.

[173] In conclusion, the sentencing judge's sentence is reinstated and it is unnecessary to consider whether the Court of Appeal erred in failing to assess Mr. Hills' *Gladue* report and his Métis status.

G. Remedy

[174] Having concluded that s. 244.2(3)(b) infringes s. 12 and the infringement is not justified under s. 1 of the *Charter*, the mandatory minimum set out in this provision is immediately declared of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The parties made no submissions on alternative remedies under the *Charter* when a breach of s. 12 occurs, such as those considered in *Boudreault* (at para. 103) and *Bissonnette* (at paras. 135-36).

VI. Conclusion

[175] For these reasons, I would allow the appeal. The judgment of the Alberta Court of Appeal is set aside. The mandatory minimum set out in s. 244.2(3)(b) of the *Criminal Code* is grossly disproportionate. It infringes s. 12 of the *Charter* and is not saved by s. 1. It is immediately declared of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and the declaration applies retroactively. The three-and-a-half-year sentence imposed on Mr. Hills by the sentencing judge is reinstated.

la peine infligée par le juge chargé de la détermination de la peine est manifestement non indiquée ni qu'il a commis une autre erreur de principe qui a une incidence sur la peine. De plus, les décisions relatives à la peine ont droit à un degré élevé de déférence en appel (*Lacasse*, par. 11 et 67). Puisque la Cour d'appel a modifié la peine prononcée par le juge chargé de la détermination de la peine après avoir conclu que l'al. 244.2(3)b) était constitutionnel, il n'est pas nécessaire d'examiner cette partie de ses motifs.

[173] En conclusion, la peine infligée par le juge chargé de la détermination de la peine est rétablie et il n'est pas nécessaire de se demander si la Cour d'appel a commis une erreur en n'évaluant pas le rapport *Gladue* de M. Hills et son statut de Métis.

G. Réparation

[174] Ayant conclu que l'al. 244.2(3)b) viole l'art. 12 et que cette violation n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, la peine minimale obligatoire prévue à cet alinéa est déclarée inopérante, avec effet immédiat, conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les parties n'ont présenté aucune observation sur d'autres réparations pouvant être accordées en vertu de la *Charte* en cas de violation de l'art. 12, comme celles examinées dans les arrêts *Boudreault* (par. 103) et *Bissonnette* (par. 135-136).

VI. Conclusion

[175] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Le jugement de la Cour d'appel de l'Alberta est infirmé. La peine minimale obligatoire prévue à l'al. 244.2(3)b) du *Code criminel* est exagérément disproportionnée. Elle viole l'art. 12 de la *Charte* et n'est pas sauvegardée en vertu de l'article premier. Elle est déclarée inopérante, avec effet immédiat, conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et la déclaration s'applique rétroactivement. La peine de trois ans et demi à laquelle M. Hills a été condamné par le juge chargé de la détermination de la peine est rétablie.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

CÔTÉ J. (dissenting) —

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

I. Introduction

[176] I agree with my colleague Martin J.’s affirmation of the two-stage framework for determining whether a mandatory minimum sentence violates s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, I respectfully disagree with her attempt to clarify the established framework through a new three-part test for gross disproportionality. I further disagree with her interpretation of s. 244.2(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and her application of it to the hypothetical scenario posed by Mr. Hills at trial. In my view, the four-year mandatory minimum formerly imposed by s. 244.2(3)(b) of the *Criminal Code* does not violate s. 12.

II. Legal Framework

[177] The two-stage inquiry for determining whether a mandatory minimum sentence violates s. 12 of the *Charter* is well-established. It was affirmed eight months ago by a unanimous Court in *R. v. Bissonnette*, 2022 SCC 23, [2022] 1 S.C.R. 597. First, the court must determine “what constitutes a proportionate sentence for the offence having regard to the objectives and principles of sentencing in the *Criminal Code*” (*Bissonnette*, at para. 63, quoting *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 46). Second, the court must ask whether the mandatory minimum requires the judge to impose a sentence that is “grossly disproportionate” to the sentence that would be fit and proportionate, either for the actual offender or for another offender in a reasonable hypothetical case (*Bissonnette*, at para. 63; *Nur*, at para. 46; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at para. 23).

[178] In these companion appeals, my colleague endorses this two-stage “*Nur*” framework (Martin J.’s reasons, at paras. 3 and 40; *R. v. Hilbach*, 2023 SCC 3, [2023] 1 S.C.R. 116, at para. 34). But in seeking to provide “further guidance, direction and clarity”

I. Introduction

[176] Je suis d’accord avec l’affirmation de ma collègue la juge Martin du cadre d’analyse en deux étapes servant à déterminer si une peine minimale obligatoire viole l’art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cependant, je ne peux souscrire à sa tentative de clarifier le cadre établi au moyen d’un nouveau test à trois volets applicable à la disproportion exagérée. Je ne souscris pas non plus à l’interprétation qu’elle donne à l’al. 244.2(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et à l’application de celle-ci à la situation hypothétique présentée par M. Hills au procès. À mon avis, la peine minimale obligatoire de quatre ans anciennement prescrite par l’al. 244.2(3)b) du *Code criminel* ne viole pas l’art. 12.

II. Cadre juridique

[177] L’analyse en deux étapes servant à déterminer si une peine minimale obligatoire viole l’art. 12 de la *Charte* est bien établie. Elle a été confirmée il y a huit mois par la Cour, à l’unanimité, dans l’arrêt *R. c. Bissonnette*, 2022 CSC 23, [2022] 1 R.C.S. 597. 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* » (*Bissonnette*, par. 63, citant *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 46). Deuxièmement, il lui faut se demander si la peine minimale obligatoire contraint le juge à infliger une peine « totalement disproportionnée » (ou autrement dit, exagérément disproportionnée) par rapport à la peine qui serait juste et proportionnée soit pour le délinquant en cause, soit pour un autre délinquant placé dans une situation hypothétique raisonnable (*Bissonnette*, par. 63; *Nur*, par. 46; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 23).

[178] Dans les présents pourvois connexes, ma collègue adhère à ce cadre d’analyse en deux étapes exposé dans l’arrêt *Nur* (motifs de la juge Martin, par. 3 et 40; *R. c. Hilbach*, 2023 CSC 3, [2023] 1 R.C.S. 116, par. 34). Cependant, en cherchant à donner

(Martin J.’s reasons, at para. 3), she has, in my respectful view, introduced regrettable uncertainty and confusion. At stage two of the *Nur* framework, my colleague sets out three “components that must be assessed”: (1) the scope and reach of the offence; (2) the effects of the punishment on the offender; and (3) the “penalty” and its objectives (para. 122). Each of these considerations is relevant to determining a fit and proportionate sentence at stage *one* of the *Nur* framework. They do not tell us whether the statutorily-imposed minimum sentence is “grossly disproportionate”, beyond merely excessive, in comparison to the length of what would be a fit and proportionate sentence for the offence.

[179] First, if the “scope and reach of the offence” is broad, there will be a wider range of fit sentences. At issue, for constitutional purposes, is the lowest fit sentence for conduct which could reasonably be expected to fall under the impugned minimum. Indeed, in this case, the “wide spectrum of conduct” captured under my colleague’s interpretation of s. 244.2(1)(a) leads to her conclusion that a non-carceral sentence would be fit and proportionate for the hypothetical offender raised by Mr. Hills at trial (paras. 5, 164 and 169). But this is irrelevant to the subsequent determination, at stage two of the *Nur* framework, of whether four years is beyond merely excessive but “grossly disproportionate” *in relation to that specific sentence*. The “scope and reach of the offence” simply establishes the low end of the range of fit and proportionate sentences for a particular offence.

[180] Second, my colleague focuses on the effects of incarceration. Again, with respect, this is confusing for two reasons. The first is that these effects — and the objective of rehabilitation — are directly relevant to determining a fit and proportionate sentence at stage one of the *Nur* framework. Indeed, as my colleague states, “[c]ourts should consider the effect of a sentence on the *particular* offender . . . where the impact of imprisonment is greater on a particular

« des repères, des directives et des éclaircissements supplémentaires » (motifs de la juge Martin, par. 3), elle a, à mon humble avis, introduit une incertitude et une confusion regrettables. À la deuxième étape du cadre d’analyse de l’arrêt *Nur*, ma collègue énonce trois « éléments [. . .] qui doivent être analysés » : (1) la portée et l’étendue de l’infraction; (2) les effets de la peine sur le délinquant; et (3) la « sanction » et ses objectifs (par. 122). Chacune de ces considérations est pertinente lorsqu’il s’agit de déterminer une peine juste et proportionnée à la *première* étape du cadre d’analyse de l’arrêt *Nur*. Elles n’indiquent pas si la peine minimale prescrite par la loi est « exagérément disproportionnée », au-delà de simplement excessive, par comparaison avec la durée de ce qui constituerait une peine juste et proportionnée pour l’infraction.

[179] Premièrement, si la « portée et l’étendue de l’infraction » sont larges, la gamme de peines justes sera plus vaste. Ce qui est en cause, sur le plan constitutionnel, c’est la peine juste la plus légère pour un comportement dont on pourrait raisonnablement s’attendre à ce qu’il tombe sous le coup de la peine minimale contestée. D’ailleurs, dans la présente affaire, la « vaste gamme de comportements » visée par l’interprétation que donne ma collègue à l’al. 244.2(1)a) l’amène à conclure qu’une peine non carcérale serait juste et proportionnée pour le délinquant hypothétique présenté par M. Hills au procès (par. 5, 164 et 169). Cependant, cela n’est pas pertinent lorsqu’il s’agit de décider par la suite, à la deuxième étape du cadre d’analyse de l’arrêt *Nur*, si une peine de quatre ans d’emprisonnement est plus que simplement excessive, mais est « exagérément disproportionnée » *par rapport à cette peine en particulier*. La « portée et l’étendue de l’infraction » ne font qu’établir l’extrémité inférieure de la gamme de peines justes et proportionnées pour une infraction donnée.

[180] Deuxièmement, ma collègue met l’accent sur les effets de l’incarcération. Encore une fois, avec égards, cela prête à confusion pour deux raisons. La première est que ces effets — et l’objectif de réinsertion sociale — sont directement pertinents lorsqu’il s’agit de déterminer une peine juste et proportionnée à la *première* étape du cadre d’analyse de l’arrêt *Nur*. En fait, comme l’affirme ma collègue, « [l]es tribunaux doivent tenir compte de l’effet de la peine sur

offender, a reduction in sentence may be appropriate” (Martin J.’s reasons, at para. 135 (underlining added)). This is simply stage one of the established framework. The second reason is that the effects of incarceration are considered not in isolation but in relation to a particular offence (see *Bissonnette*, at para. 49). That a “four-year term of imprisonment would have significant deleterious effects on youthful offenders” (Martin J.’s reasons, at para. 165) is not disputed. But this may be equally true for those who commit murder or other more serious offences. We are willing to tolerate longer punitive sentences — despite what may be similarly devastating effects of imprisonment — for those who commit more severe crimes. As my colleague notes, “[t]o prioritize rehabilitation, youthful offenders should benefit from the shortest possible sentence that is proportionate to the gravity of the offence” (para. 165 (emphasis added)).

[181] Third, my colleague focuses on the “penalty” and its objectives. I agree that courts should always consider the interplay between deterrence and denunciation and other sentencing objectives. But this third “component” is the crux of the entire inquiry — to determine whether Parliament exceeded constitutional bounds in punishing certain offenders. In her analysis, my colleague largely returns to the same principles of sentencing that are directly relevant to determining the fit and proportionate sentence at stage one of the *Nur* framework, including the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender (see para. 167). At the second stage, her conclusion still turns on whether the difference in length between the four-year minimum and the lower “fit” sentence would “outrage Canadians” (para. 169).

[182] As such, and while I appreciate the difficulty in deciding whether a minimum sentence rises to the level of being grossly disproportionate, my

la personne délinquante *en cause* » et « lorsque l’emprisonnement a un effet plus grand sur une personne délinquante en particulier, il peut y avoir lieu de lui accorder une réduction de peine » (motifs de la juge Martin, par. 135 (je souligne)). Il s’agit simplement de la première étape du cadre d’analyse établi. La deuxième raison est que les effets de l’incarcération sont examinés non pas isolément, mais relativement à une infraction particulière (voir *Bissonnette*, par. 49). Le fait qu’une « peine d’emprisonnement de quatre ans aurait des effets préjudiciables importants sur les jeunes délinquants » (motifs de la juge Martin, par. 165) n’est pas contesté. Mais cela peut également être vrai pour ceux qui commettent un meurtre ou d’autres infractions plus graves. Nous sommes disposés à tolérer des peines à caractère punitif plus longues — malgré les effets dévastateurs de l’emprisonnement — pour les auteurs de crimes plus graves. Comme le fait remarquer ma collègue, « [p]our donner la priorité à la réinsertion sociale, les tribunaux devraient faire bénéficier les jeunes délinquants de la peine la plus courte possible, proportionnelle à la gravité de l’infraction » (par. 165 (je souligne)).

[181] Troisièmement, ma collègue met l’accent sur la « sanction » et ses objectifs. Je suis d’accord que les tribunaux devraient toujours tenir compte de l’interaction entre la dissuasion et la dénonciation et les autres objectifs de détermination de la peine. Or, ce troisième « élément » est au cœur de l’analyse — déterminer si le Parlement a outrepassé les limites constitutionnelles en punissant certains délinquants. Dans son analyse, ma collègue revient en grande partie aux mêmes principes de détermination de la peine qui sont directement pertinents lorsqu’il s’agit de déterminer la peine juste et proportionnée à la première étape du cadre d’analyse de l’arrêt *Nur*, notamment la gravité de l’infraction et le degré de responsabilité du délinquant (voir par. 167). À la deuxième étape, sa conclusion repose toujours sur la question de savoir si la différence dans la durée entre la peine minimale de quatre ans d’emprisonnement et la peine « juste » plus légère « indign[er]ait » les Canadiens et les Canadiennes (par. 169).

[182] Par conséquent, et bien que je sois consciente de la difficulté de déterminer si une peine minimale atteint le niveau requis pour être qualifiée de peine

colleague’s new three-part approach does not assist in this determination. It simply duplicates considerations relevant to determining the low end of the range of fit and proportionate sentences at stage one of the *Nur* framework. At the second stage, whether a minimum sentence is grossly disproportionate to the fit sentence — i.e., whether it is a sentence that is beyond merely excessive but “so excessive as to outrage standards of decency” (*R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1072, citing *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, at p. 688, per Laskin C.J.; *Lloyd*, at para. 24); would “shock the conscience” of Canadians (*Lloyd*, at para. 33); be “abhorrent or intolerable” to society (*R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599, at para. 126, citing *Lloyd*, at para. 24; *Smith*, at p. 1072; *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90, at para. 26); or be “incompatible with human dignity” (*Bissonnette*, at para. 60) — remains a normative judgment (Martin J.’s reasons, at para. 110).

[183] This is exemplified in the companion appeal. Notwithstanding her new three-part test, Martin J.’s ultimate conclusions in *Hilbach* turn on whether the five- and four-year minimums for robbery with a restricted or prohibited firearm or with an ordinary firearm, respectively, would “shoc[k] the conscience” or be “so excessive as to outrage standards of decency” in comparison to the fit sentence of two to three years (*Hilbach*, at paras. 81 and 108). In contrast, Justices Karakatsanis and Jamal view the same gap differently. They find that it is “hard to fathom how a sentence nearly double the amount of a proportionate sentence would not shock the conscience of Canadians” (*Hilbach*, at para. 145; see also paras. 118 and 161). On both sides, this is a matter of judgment as to when an additional period of imprisonment becomes *so* excessive that it constitutes cruel and unusual punishment.

exagérément disproportionnée, la nouvelle approche à trois volets préconisée par ma collègue n’aide pas à trancher cette question. Elle ne fait que reprendre les considérations pertinentes pour établir l’extrémité inférieure de la gamme de peines justes et proportionnées à la première étape du cadre d’analyse de l’arrêt *Nur*. À la deuxième étape, la question de savoir si une peine minimale est exagérément disproportionnée par rapport à la peine juste — c.-à-d. la question de savoir s’il s’agit d’une peine qui est plus que simplement excessive mais qui est « excessive au point de porter atteinte aux normes de la décence » (*R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1072, citant *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, p. 688, le juge en chef Laskin; *Lloyd*, par. 24); qui « choquer[ait] la conscience » des Canadiens (*Lloyd*, par. 33); qui serait « odieuse ou intolérable » pour la société (*R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599, par. 126, citant *Lloyd*, par. 24; *Smith*, p. 1072; *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90, par. 26); ou qui serait « incompatible avec la dignité humaine » (*Bissonnette*, par. 60) — demeure un jugement normatif (motifs de la juge Martin, par. 110).

[183] C’est ce qu’illustre le pourvoi connexe. Malgré le nouveau test à trois volets qu’énonce la juge Martin, les conclusions finales tirées par celle-ci dans l’arrêt *Hilbach* dépendent de la question de savoir si les peines minimales de cinq et quatre ans d’emprisonnement pour vol qualifié perpétré avec une arme à feu prohibée ou à utilisation restreinte ou avec une arme à feu ordinaire, respectivement, « choque[raient] la conscience » ou seraient « excessive[s] au point de porter atteinte aux normes de la décence » par comparaison avec la peine juste de deux à trois ans d’emprisonnement (*Hilbach*, par. 81 et 108). En revanche, les juges Karakatsanis et Jamal perçoivent le même écart différemment. Ils estiment qu’il est « difficile de concevoir comment une peine représentant près du double de la durée d’une peine proportionnée ne choquerait pas la conscience des Canadiens » (*Hilbach*, par. 145; voir aussi par. 118 et 161). Selon ces deux points de vue, la question de savoir à quel moment une période d’emprisonnement additionnelle devient excessive *au point* de constituer une peine cruelle et inusitée est une question de jugement.

[184] I do not dispute that a four-year sentence would be grossly disproportionate in relation to a non-carceral sentence. I simply disagree that probation would ever be a proportionate sentence in a reasonably foreseeable application of s. 244.2(1)(a). Properly interpreted, and for the reasons below, s. 244.2(1)(a) does not capture conduct which involves “little danger to the public” or “little moral fault” (Martin J.’s reasons, at paras. 5, 125, 164 and 169; *Nur*, at para. 83). Rather, intentionally shooting a life-threatening firearm into or at a building or other place, knowing of or being reckless as to occupants, is highly culpable and blameworthy conduct.

III. Analysis

[185] Mr. Hills does not challenge the constitutionality of s. 244.2(3)(b) in relation to his own circumstances. Rather, he does so on the basis of a hypothetical offender put forth at trial. As such, it is necessary to begin by interpreting the scope of the charging provision, s. 244.2(1)(a), to determine the scope of conduct reasonably captured by the offence.

A. *Interpretation of Section 244.2(1)(a)*

[186] As this Court held in *Nur*, determining the reasonable reach of an impugned law is essentially a question of statutory interpretation (para. 61). For the majority, McLachlin C.J. elaborated:

At bottom, the court is simply asking: What is the reach of the law? What kind of conduct may the law reasonably be expected to catch? What is the law’s reasonably foreseeable impact? Courts have always asked these questions in construing the scope of offences and in determining their constitutionality. [Emphasis added; para. 61.]

[187] To determine the reasonable reach of s. 244.2(1)(a), I must read the words of the provision in their entire context, in their grammatical

[184] Je ne conteste pas qu’une peine de quatre ans d’emprisonnement serait exagérément disproportionnée par rapport à une peine non carcérale. Je ne suis tout simplement pas d’accord pour dire que la probation pourrait constituer une peine proportionnée dans les applications raisonnablement prévisibles de l’al. 244.2(1)a). Interprété correctement, et pour les motifs qui suivent, l’al. 244.2(1)a) ne vise pas les comportements qui ne présentent « guère de danger pour le public » ou qui comportent une « faible faute morale » (motifs de la juge Martin, par. 5, 125, 164 et 169; *Nur*, par. 83). Intentionnellement décharger une arme à feu qui met la vie en danger en direction d’un bâtiment ou d’un autre lieu, sachant qu’il s’y trouve des occupants ou sans se soucier qu’il s’y trouve ou non des occupants, est plutôt un comportement hautement coupable et répréhensible.

III. Analyse

[185] Monsieur Hills ne conteste pas la constitutionnalité de l’al. 244.2(3)(b) relativement à sa propre situation. Il le fait plutôt sur la base d’un délinquant hypothétique présenté au procès. Il est donc nécessaire de commencer en interprétant la portée de la disposition créant l’infraction, l’al. 244.2(1)a), pour déterminer l’étendue des comportements raisonnablement visés par l’infraction.

A. *Interprétation de l’al. 244.2(1)a)*

[186] Comme notre Cour l’a décidé dans l’arrêt *Nur*, déterminer la portée raisonnable d’une loi contestée est essentiellement une question d’interprétation législative (par. 61). Au nom des juges majoritaires, la juge en chef McLachlin a précisé :

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. [Je souligne; par. 61.]

[187] Pour déterminer la portée raisonnable de l’al. 244.2(1)a), je dois lire les mots de la disposition dans leur contexte global en suivant leur sens ordinaire

and ordinary sense harmoniously with the scheme of the *Criminal Code*, its object, and the intention of Parliament (R. Sullivan, *The Construction of Statutes* (7th ed. 2022), at § 2.01(1)). This modern approach is supplemented by the presumption that Parliament intended to enact legislation in conformity with the *Charter*. If a provision can be read both in a way that is constitutional and in a way that is not, the former reading should be adopted (Sullivan, at § 16.01; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 33). The “real intention of the legislature must be sought, and the meaning compatible with its goals applied” (*R. v. Hasselwander*, [1993] 2 S.C.R. 398, at p. 413, citing P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991); see also Sullivan, at § 2.01(2)).

[188] Unlike s. 244.2(1)(b), the text of s. 244.2(1)(a) does not expressly require an offender to be “reckless as to the life or safety of another person”. However, for the reasons below, I conclude that *both* offences under s. 244.2(1) require, at minimum, a subjective appreciation of potential harm or danger to others. Contrary to the broad interpretation favoured by my colleague, the impugned provision is sufficiently narrow in scope to exclude grossly disproportionate sentences for the kind of conduct the law may reasonably be expected to catch.

(1) Legislative Intent

[189] Section 244.2 of the *Criminal Code* was enacted in 2009, as part of Parliament’s response to the intentional and reckless discharge of firearms. The Minister of Justice described the purpose of s. 244.2 as follows:

We also are proposing that a new offence be added to the Criminal Code which would target drive-by and other intentional shootings involving reckless disregard for the life or safety of others.

...

et grammatical qui s’harmonise avec l’économie du *Code criminel*, son objet et l’intention du Parlement (R. Sullivan, *The Construction of Statutes* (7^e éd. 2022), § 2.01(1)). Cette approche moderne est complétée par la présomption que le Parlement avait l’intention d’adopter des dispositions conformes à la *Charte*. Si une disposition peut être jugée à la fois inconstitutionnelle selon une interprétation et constitutionnelle selon une autre, cette seconde interprétation doit prévaloir (Sullivan, § 16.01; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 33). Il « faut rechercher la véritable intention du législateur et appliquer le sens qui correspond à ses objets » (*R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398, p. 413, citant P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990); voir aussi Sullivan, § 2.01(2)).

[188] À la différence de l’al. 244.2(1)(b), le libellé de l’al. 244.2(1)(a) n’exige pas expressément que le délinquant ait agi « sans se soucier de la vie ou la sécurité d’autrui ». Cependant, pour les motifs exposés ci-après, je conclus que *les deux* infractions prévues au par. 244.2(1) exigent, à tout le moins, une appréciation subjective du préjudice ou danger potentiel pour autrui. Contrairement à l’interprétation large que préconise ma collègue, la disposition contestée est d’une portée suffisamment restreinte pour prévenir l’imposition de peines exagérément disproportionnées à l’égard de conduites raisonnablement susceptibles de tomber sous le coup de la loi.

(1) Intention du législateur

[189] L’article 244.2 du *Code criminel* a été adopté en 2009, dans le cadre de la réponse du Parlement à la décharge intentionnelle et insouciance d’armes à feu. Le ministre de la Justice a décrit l’objectif de l’art. 244.2 en ces termes :

Nous proposons également d’inscrire une nouvelle infraction au Code criminel, qui ciblerait les fusillades au volant d’un véhicule à moteur et autres décharges intentionnelles d’armes à feu effectuées sans le moindre souci de la vie ou la sécurité d’autrui.

...

Currently offences available to prosecute these kinds of cases include careless use of a firearm or discharge of a firearm with intent to cause bodily harm. The negligence based offences do not appropriately capture the severity of a drive-by scenario which involves consciously reckless conduct.

Section 244 on the other hand requires proof that the firearm was discharged at a particular person with a specific intent to cause bodily harm, and this is not good enough. While more appropriate if the shooter does have a particular target, it can sometimes be difficult to prove a drive-by shooting scenario where the intent is to intimidate a rival gang, or in many cases the shooter may just be firing wildly without any particular target.

Our proposed offence [s. 244.2] will fill a gap in the Criminal Code and provide a tailored response to this behaviour. This new offence requires proof that the accused specifically turned his or her mind to the fact that discharging his or her firearm would jeopardize the life or safety of another person, and appreciating this fact, the accused still went ahead. Quite simply, these individuals just do not care. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. 144, No. 29, 2nd Sess., 40th Parl., March 12, 2009, at pp. 1687-88)

[190] As such, Parliament intended to target an offender who “specifically turned his or her mind to the fact that discharging his or her firearm would jeopardize the life or safety of another person”. This was confirmed throughout the legislative debates:

This offence is aimed at those who would intentionally discharge their firearm with a reckless attitude toward the life or safety of another person. In other words, it does not focus on any specifically intended consequences but rather targets the deliberate disregard for another person’s safety.

There is something particularly disturbing to me about a situation in which someone specifically turns their mind to the fact that the shooting of a firearm would put the lives of others at risk, but in spite of this fact goes ahead and shoots anyway. This activity cries out for a strong response, and Bill C-14 delivers it. [Emphasis added.]

À l’heure actuelle, les infractions permettant d’intenter des poursuites dans ce genre de causes incluent l’utilisation négligente d’une arme à feu ou la décharge d’une arme à feu dans l’intention de causer des lésions corporelles. Les infractions fondées sur la négligence ne traduisent pas convenablement la gravité d’une fusillade au volant d’un véhicule à moteur, qui suppose une conduite consciemment irresponsable.

Par contre, l’article 244 exige une preuve que l’arme à feu a été déchargée en direction d’une personne précise dans l’intention de la blesser, et cela est insuffisant. Bien que cela convienne dans le cas où le tireur vise une cible précise, il peut parfois être difficile d’établir cette preuve dans le cas d’une fusillade au volant d’un véhicule à moteur où l’intention est d’intimider une bande rivale, ou encore dans bien des cas où le tireur décharge sauvagement son arme sans viser une cible précise.

L’infraction que nous proposons [l’art. 244.2] comblera un vide dans le Code criminel et apportera une réponse adaptée à ce comportement. Cette nouvelle infraction exige la preuve que l’accusé s’est concentré sur le fait que la décharge de son arme à feu compromettrait la vie ou la sécurité d’autrui, et conscient de ce fait, est quand même allé de l’avant. Ce genre d’individus s’en moquent tout simplement. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 144, n° 29, 2^e sess., 40^e lég., 12 mars 2009, p. 1687-1688)

[190] Ainsi, le Parlement entendait viser un délinquant qui « s’est concentré sur le fait que la décharge de son arme à feu compromettrait la vie ou la sécurité d’autrui ». Cela a été confirmé tout au long des débats législatifs :

Cette infraction vise toute personne qui déchargerait intentionnellement son arme à feu en affichant une attitude irresponsable envers la vie ou la sécurité d’autrui. En d’autres termes, elle ne met pas l’accent sur les conséquences précisément recherchées, mais plutôt sur le mépris intentionnel envers la sécurité d’autrui.

Il y a quelque chose de particulièrement troublant pour moi dans une situation où une personne sait qu’utiliser une arme à feu met la vie d’autrui en danger, mais la décharge tout de même. Ce genre de comportement réclame une réaction plus sévère, et le projet de loi C-14 la prévoit. [Je souligne.]

(*House of Commons Debates*, March 12, 2009, at p. 1702 (Ms. Dona Cadman))

Bill C-14 proposes amendments in four broad areas.

...

Second, it creates a new offence to target reckless shootings involving the intentional disregard for the life or safety of another person. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. 144, No. 45, 2nd Sess., 40th Parl., April 24, 2009, at p. 2675 (Mr. Daniel Petit); see also similar comments made in *Debates of the Senate*, vol. 146, No. 31, 2nd Sess., 40th Parl., May 5, 2009, at pp. 732-33 (Hon. John D. Wallace).)

[191] As a preliminary matter, then, it is clear that Parliament did not intend s. 244.2 to capture the reckless discharge of firearms generally, or in situations which otherwise present “little danger to the public” (Martin J.’s reasons, at paras. 5, 164 and 169). Rather, in both s. 244.2(1)(a) and s. 244.2(1)(b), it targeted shootings involving the “intentional disregard” for the lives or safety of others, in situations that “put the lives of others at risk”.

(2) The Elements of Section 244.2(1)(a)

[192] Against this legislative backdrop, I turn to the elements of s. 244.2(1)(a). The *actus reus* of the offence is not disputed, requiring that an offender discharge a firearm into or at a “place”, broadly defined in s. 244.2(2) to include any building or structure. I agree with Martin J. that the *actus reus* does not require any person to be present at the “place” where the firearm is discharged (paras. 8 and 156-59). However, we part ways on the “wide” scope of the offence, which she says is “due mainly to the *actus reus*” (para. 164). In my view, the scope of the offence is narrowed significantly by the accompanying mental element, as I explain below.

(*Débats de la Chambre des communes*, 12 mars 2009, p. 1702 (M^{me} Dona Cadman))

Le projet de loi C-14 présente des modifications dans quatre domaines.

...

Deuxièmement, il érige en infraction le fait de décharger intentionnellement une arme à feu sans se soucier de la vie ou de la sécurité d’autrui. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 144, n° 45, 2^e sess., 40^e lég., 24 avril 2009, p. 2675 (M. Daniel Petit); voir aussi les commentaires semblables faits dans *Débats du Sénat*, vol. 146, n° 31, 2^e sess., 40^e lég., 5 mai 2009, p. 732-733 (hon. John D. Wallace).)

[191] Par conséquent, il convient d’abord de noter que le Parlement n’entendait manifestement pas que l’art. 244.2 vise la décharge insouciance d’armes à feu en général, ou dans des situations qui ne posent par ailleurs « guère de danger pour le public » (motifs de la juge Martin, par. 5, 164 et 169). Il visait plutôt, aux al. 244.2(1)a) et 244.2(1)b), le fait de tirer en méprisant intentionnellement la vie ou la sécurité d’autrui dans des situations qui « met[ent] la vie d’autrui en danger ».

(2) Les éléments de l’al. 244.2(1)a)

[192] C’est à la lumière de ce contexte législatif que j’examine les éléments de l’al. 244.2(1)a). L’*actus reus* de l’infraction n’est pas contesté et exige que le délinquant décharge une arme à feu en direction d’un « lieu », que le par. 244.2(2) définit largement afin d’y inclure tout bâtiment ou construction. Je conviens avec la juge Martin que l’*actus reus* ne requiert pas que quiconque soit présent au « lieu » où l’arme à feu est déchargée (par. 8 et 156-159). Cependant, nous divergeons d’opinion en ce qui concerne la « large » portée de l’infraction, qui, selon elle, est « principalement attribuable à l’*actus reus* » (par. 164). À mon avis, la portée de l’infraction est considérablement restreinte par l’élément moral qui l’accompagne, comme je l’explique ci-dessous.

(a) *Double Mens Rea*

[193] Section 244.2(1)(a) has a double *mens rea* requirement: (1) the *intentional* discharge of a firearm; and (2) *knowledge* of or *recklessness* as to the presence of occupants. Accordingly, an offender cannot know, or even think, that “nobody is around” or be “thoughtless as to whether anyone is present” (Martin J.’s reasons, at paras. 159-60 (emphasis in original deleted)) when he intentionally discharges a firearm into or at a building or other place. Rather, he must know it is occupied or be reckless, which requires “knowledge of a danger or risk and persistence in a course of conduct which creates a risk that the prohibited result will occur” (*Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, at p. 584). The culpability in recklessness is justified by consciousness of risk and proceeding in the face of it, a positive state of mind compared to negligence-based offences or “thoughtless[ness]” (Martin J.’s reasons, at para. 160). At minimum, then, an offender under s. 244.2(1)(a) must have knowledge of the risk of occupants and nonetheless proceed, in the face of that risk, to intentionally shoot into or at a building or other place.

[194] The double *mens rea* required under s. 244.2(1)(a) must also be interpreted in light of the object and purpose of the section. Through s. 244.2(1), Parliament intended to capture the discharge of firearms *in situations which jeopardized the lives or safety of others*. It did so by enacting two offences, in paras. (a) and (b): first, where an offender intentionally shoots into or at a building or other place, knowing of or being reckless as to the presence of occupants; and second, in other situations where an offender intentionally shoots while being reckless as to the lives or safety of others. In my view, s. 244.2(1)(a) is an enumerated example of a shooting — into or at a building or other place, with knowledge of or recklessness as to the presence of occupants — which jeopardizes the lives or safety of others.

a) *Double mens rea*

[193] L’alinéa 244.2(1)a requiert une double *mens rea* : (1) la décharge *intentionnelle* d’une arme à feu; et (2) la *connaissance* de la présence d’occupants ou le *fait de ne pas se soucier* de la présence ou non d’occupants. Par conséquent, le délinquant ne peut savoir, ni même penser, que « personne n’est dans les parages », ou encore se montrer « insouciant[t] quant à la présence d’autrui » (motifs de la juge Martin, par. 159-160 (italique omis)), lorsqu’il décharge intentionnellement une arme à feu en direction d’un bâtiment ou d’un autre lieu. Il doit plutôt savoir que le lieu est occupé ou faire preuve d’insouciance à cet égard, ce qui exige « la connaissance d’un danger ou d’un risque et la persistance dans une conduite qui engendre le risque que le résultat prohibé se produise » (*Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, p. 584). La culpabilité dans le cas d’insouciance se justifie par la prise de conscience du risque et par le fait d’agir malgré celui-ci, un état d’esprit positif comparativement à celui des infractions fondées sur la négligence ou l’« insouciance[ce] » (motifs de la juge Martin, par. 160). À tout le moins, donc, le délinquant visé par l’al. 244.2(1)a doit avoir connaissance du risque que courent les occupants et néanmoins tirer intentionnellement en direction d’un bâtiment ou d’un autre lieu, malgré ce risque.

[194] La double *mens rea* exigée en application de l’al. 244.2(1)a doit en outre être interprétée à la lumière de l’objet et du but de la disposition. En adoptant le par. 244.2(1), le Parlement souhaitait inclure la décharge d’armes à feu *dans des situations qui compromettaient la vie ou la sécurité d’autrui*. Il l’a fait en édictant deux infractions, prévues aux al. a) et b) : premièrement, lorsqu’un délinquant tire intentionnellement en direction d’un bâtiment ou d’un autre lieu, sachant qu’il s’y trouve des occupants ou sans se soucier qu’il s’y trouve ou non des occupants; et, deuxièmement, dans d’autres situations où un délinquant tire intentionnellement sans se soucier de la vie ou la sécurité d’autrui. À mon avis, l’al. 244.2(1)a est un exemple énuméré d’un cas de tir — en direction d’un bâtiment ou d’un autre lieu, où l’auteur sait qu’il s’y trouve des occupants ou ne se soucie pas qu’il s’y trouve ou non des occupants — qui compromet la vie ou la sécurité d’autrui.

[195] A subjective appreciation of potential harm or danger may be easier to establish in classic “drive-by” scenarios, or when an offender otherwise intentionally shoots into or at a building or other place under s. 244.2(1)(a), than in the case of reckless shootings generally under s. 244.2(1)(b). But it would be nonsensical, and contrary to Parliament’s expressly stated intent, to interpret s. 244.2(1)(a) to apply to shootings where an offender does not, at minimum, subjectively and recklessly disregard the possibility of risk to the lives or safety of others. In my view, knowledge of or recklessness as to the mere presence of occupants is insufficient to attract liability. Rather, both prongs of s. 244.2(1) were intended to target shootings in which the offender has turned his mind to the fact that he is placing others at risk.

(b) *Previous Interpretations of Section 244.2(1)(a)*

[196] My interpretation of the scope of s. 244.2(1)(a), narrower than that of my colleague, is consistent with that of appellate courts which have considered the provision. In *R. v. Oud*, 2016 BCCA 332, 339 C.C.C. (3d) 379, the Court of Appeal for British Columbia held that the offence targets “all intentional discharges of firearms in situations highly dangerous to others, with knowledge or recklessness” (para. 35 (emphasis added)). While it is true that the court did not have the benefit of expert firearms evidence to evaluate a hypothetical scenario similar to that posed by Mr. Hills in this case, it nonetheless *interpreted* the elements of the offence restrictively, finding that s. 244.2(1)(a) is “sufficiently specific in its application” and that it “does not cast an overly broad net” (para. 32). I could not agree more.

[197] My colleague Martin J. focuses on the import of the expert evidence introduced in this case, which, according to the sentencing judge, “cured” the “evidentiary gap” in *Oud*; namely, whether firing a projectile from a pellet or air-powered gun is far less serious than discharging a regular gun (Martin J.’s reasons, at paras. 151 and 158). However, the court in *Oud* concluded that “[t]he offence is narrowly cast and the

[195] L’appréciation subjective du préjudice ou du danger potentiel peut être plus facile dans les cas classiques de fusillades routières, ou lorsqu’un délinquant tire intentionnellement en direction d’un bâtiment ou d’un autre lieu aux termes de l’al. 244.2(1)a), que dans les cas de tirs insouciantes généralement visés par l’al. 244.2(1)b). Mais il serait absurde et contraire à l’intention expressément énoncée du Parlement de considérer que l’al. 244.2(1)a) s’applique à des cas de tirs où le délinquant ne méprise pas, à tout le moins, de façon subjective et insouciant la possibilité d’un risque pour la vie ou la sécurité d’autrui. À mon avis, la connaissance de la simple présence d’occupants ou une insouciance à cet égard est insuffisante pour engager la responsabilité. Les deux volets du par. 244.2(1) entendaient plutôt viser des cas de tirs où le délinquant était conscient du fait qu’il faisait courir un risque de danger à autrui.

b) *Interprétations antérieures de l’al. 244.2(1)a)*

[196] Mon interprétation de la portée de l’al. 244.2(1)a), plus restreinte que celle de ma collègue, est conforme à celle des cours d’appel qui ont examiné la disposition. Dans l’arrêt *R. c. Oud*, 2016 BCCA 332, 339 C.C.C. (3d) 379, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a statué que l’infraction vise [TRADUCTION] « toutes les décharges intentionnelles d’armes à feu dans des situations hautement dangereuses pour autrui, sciemment ou avec insouciance » (par. 35 (je souligne)). S’il est vrai que la cour ne bénéficiait pas d’une preuve d’expert en matière d’armes à feu pour évaluer une situation hypothétique semblable à celle présentée par M. Hills en l’espèce, elle a néanmoins *interprété* les éléments de l’infraction restrictivement, concluant que l’al. 244.2(1)a) est [TRADUCTION] « d’application suffisamment précise » et qu’il « ne ratisse pas trop large » (par. 32). Je suis tout à fait d’accord.

[197] Ma collègue la juge Martin met l’accent sur l’importance de la preuve d’expert produite en l’espèce, qui, selon le juge chargé de la détermination de la peine, [TRADUCTION] « a corrigé » la « lacune au chapitre de la preuve » dans l’arrêt *Oud*, notamment, sur la question de savoir si le fait de tirer un projectile d’un fusil à plomb ou à air comprimé était beaucoup moins grave que le déchargement d’un fusil ordinaire

gravity of the offence puts this mandatory minimum sentence within the range of proportionate sentences for every reasonably foreseeable hypothetical” (para. 51 (emphasis added)).

[198] Similarly, in *R. v. Itturiligaq*, 2020 NUCA 6, the Nunavut Court of Appeal held that a four-year sentence was not grossly disproportionate for a man who intentionally fired a hunting rifle at the roofline of a house he knew to be occupied. The single bullet exited the roof and caused no injuries. As in *Oud*, the court found the offence to be targeted at the “deliberate and dangerous conduct of firing a gun into an open space or place . . . knowing, or being reckless as to whether, others may be present” (para. 48 (CanLII)). Parliament’s purpose was to “create an offence that prohibited the intentional discharge of a firearm in circumstances where the shooter turned their mind to the fact that firing the gun could put the life or safety of other persons at risk” (para. 47 (emphasis added)).

(3) Conclusion on the Ambit of Section 244.2(1)(a)

[199] In my view, s. 244.2(1) should not be interpreted to capture a person “firing a paintball gun at a house when *nobody* is around” (Martin J.’s reasons, at para. 159 (emphasis in original)). With respect, this broad interpretation of the scope of the conduct falling within s. 244.2(1) is divorced from the legislative context and the object and purpose of the provision. Interpreted correctly, the double *mens rea* requirement of s. 244.2(1)(a) captures only offenders who intentionally discharge a firearm into or at a building or other place with knowledge of or recklessness as to the presence of occupants — and thus, who have turned their mind to the fact that shooting the firearm could put the lives or safety of others at risk. This interpretation gives effect to the presumption of constitutional compliance and the real intention of Parliament, which explicitly targeted offenders with

(motifs de la juge Martin, par. 151 et 158). Cependant, dans l’arrêt *Oud*, la cour a conclu que [TRADUCTION] « [l]’infraction est de portée restreinte et la gravité de l’infraction place cette peine minimale obligatoire dans la gamme de peines proportionnées pour toute situation hypothétique raisonnablement prévisible » (par. 51 (je souligne)).

[198] De même, dans l’arrêt *R. c. Itturiligaq*, 2020 NUCA 6, la Cour d’appel du Nunavut a statué qu’une peine de quatre ans d’emprisonnement n’était pas exagérément disproportionnée dans le cas d’un homme qui avait intentionnellement tiré avec une carabine de chasse en direction du profil du toit d’une maison qu’il savait occupée. L’unique balle est ressortie du toit et n’a causé aucune blessure. Comme ce fut le cas dans l’arrêt *Oud*, la cour a conclu que l’infraction visait [TRADUCTION] « l’acte délibéré et dangereux de tirer avec un fusil en direction d’un espace ou d’un lieu ouvert [. . .] sachant que d’autres personnes peuvent s’y trouver ou sans se soucier qu’il puisse s’y trouver ou non d’autres personnes » (par. 48 (CanLII)). Le Parlement avait pour objectif de [TRADUCTION] « créer une infraction qui interdisait la décharge intentionnelle d’une arme à feu dans une situation où le tireur était conscient du fait que tirer avec le fusil était susceptible de mettre la vie ou la sécurité d’autrui en danger » (par. 47 (je souligne)).

(3) Conclusion sur la portée de l’al. 244.2(1)a)

[199] À mon avis, il n’y a pas lieu d’interpréter le par. 244.2(1) de façon à englober le « fait pour une personne [. . .] de décharger un fusil de paintball en direction d’une maison lorsque *personne* n’est dans les parages » (motifs de la juge Martin, par. 159 (en italique dans l’original)). Avec égards, cette interprétation large de la conduite visée par le par. 244.2(1) est dissociée du contexte législatif ainsi que de l’objet et du but de la disposition. Interprétée correctement, l’exigence de double *mens rea* de l’al. 244.2(1)a) vise uniquement les délinquants qui déchargent intentionnellement une arme à feu en direction d’un bâtiment ou d’un autre lieu, sachant qu’il s’y trouve des occupants ou sans se soucier qu’il s’y trouve ou non des occupants — et qui ont donc songé au fait que tirer était susceptible de mettre la vie ou la sécurité d’autrui en danger. Cette interprétation respecte

a subjective appreciation of the fact that discharging their firearm would jeopardize lives or safety.

(4) Effect of the Crown's Concession

[200] Before applying my interpretation of s. 244.2(1)(a) to the hypothetical posed by Mr. Hills at trial, I wish to briefly address the nature of the concession made by the Crown during the *voir dire* submissions:

... I think it's fair to say, without -- as my friend puts it -- without outright conceding that the hypothetical itself could give rise -- I think it's fairly clear that the hypothetical proposed a young person with a pellet gun shooting at a structure where homeless people are known to sometimes be, it would be a grossly disproportionate sentence in the circumstances in light of the expert evidence which was presented by my friend.

(A.R., vol. I, at p. 252)

[201] The Crown further noted that the defence, through its firearms expert, had “perfected the loose hypothetical as was before the Court in *British Columbia in the Oud case*”, which it summarized as “not supported in the evidence in terms of whether or not that would constitute a firearm at law, what the likelihood of harm from that weapon would be” (p. 252).

[202] In my view, the Crown clearly conceded the validity of the hypothetical: that “there are classes of firearms [as defined in the *Criminal Code*] which are incapable of penetrating a very simple structure” (p. 252), based on the accepted evidence of the defence expert. As an *evidentiary* matter, it stated that there was “no further evidence that needs to be presented in order to further establish the hypothetical” (p. 253). However, the Crown did not, in my view, concede that the elements of the offence would be established in the defence's hypothetical. The Crown subsequently

la présomption de constitutionnalité et l'intention véritable du Parlement, qui visait explicitement les délinquants ayant une appréciation subjective du fait que la décharge de leur arme à feu compromettrait la vie ou la sécurité d'autrui.

(4) Effet de la concession de la Couronne

[200] Avant d'appliquer mon interprétation de l'al. 244.2(1)a) à la situation hypothétique qu'a présentée M. Hills au procès, je souhaite examiner brièvement la nature de la concession faite par la Couronne lors du voir-dire :

[TRADUCTION] ... je pense qu'il est juste de dire, sans -- comme l'explique mon collègue -- sans concéder carrément que la situation hypothétique elle-même pourrait donner lieu -- je pense qu'il est assez clair que la situation hypothétique portait sur une jeune personne avec un fusil à plomb tirant sur une structure où l'on sait que des sans-abri s'y trouvent parfois, ce serait une peine exagérément disproportionnée dans les circonstances à la lumière de la preuve d'expert qui a été présentée par mon collègue.

(d.a., vol. I, p. 252)

[201] La Couronne a ajouté que la défense, par l'entremise de son expert en armes à feu, avait [TRADUCTION] « perfectionné la situation hypothétique vague ayant été présentée à la cour en Colombie-Britannique dans l'affaire *Oud* », qu'elle a résumée comme étant « non étayée par la preuve quant à savoir si cela constituerait ou non une arme à feu en droit, et quelle serait la probabilité de préjudice causé par cette arme » (p. 252).

[202] À mon avis, la Couronne a clairement concédé la validité de la situation hypothétique, à savoir [TRADUCTION] « [qu']il existe des catégories d'armes à feu [selon la définition qu'en donne le *Code criminel*] qui ne sont pas susceptibles de pénétrer une structure très simple » (p. 252), sur le fondement de la preuve acceptée de l'expert de la défense. Du point de vue de la *preuve*, elle a affirmé [TRADUCTION] « [qu']aucune preuve additionnelle n'a à être présentée pour établir davantage la situation hypothétique » (p. 253). Cependant, la Couronne n'a pas, à mon avis, concédé

clarified that the “Crown’s submission, obviously, is that it can be dealt with by reading down” (p. 254).

[203] As such, whether the Crown conceded that shooting at a barn “where homeless people are known to sometimes be” may result in a grossly disproportionate four-year sentence is largely irrelevant, and not disputed. The primary effect of the concession was the Crown’s acceptance of the fact that certain firearms could not penetrate a residential wall. However, I do not view the Crown’s position to be that the *mens rea* of the offence would be established in the barn scenario, without more, or that such a scenario would be a reasonably foreseeable *application* of s. 244.2(1)(a). Regardless, on a proper interpretation of s. 244.2(1)(a), shooting at a barn would be excluded absent knowledge of or recklessness as to the presence of occupants, and thus a subjective appreciation of a risk to the lives or safety of others.

B. *Application of the Two-Stage Nur Framework*

(1) What Is a Fit and Proportionate Sentence for the Section 244.2(1)(a) Offence?

[204] For the reasons below, I would reject Martin J.’s view that a “suspended sentence of up to 12 months’ probation” (para. 162) would ever be a fit and proportionate sentence under s. 244.2(1)(a). The question becomes whether, on a proper interpretation of the elements of the offence, s. 244.2(1)(a) nonetheless captures reasonably foreseeable cases for which a four-year sentence would be grossly disproportionate (*Oud*, at para. 50). I conclude that it does not. While potentially excessive, the impugned minimum is not so excessive as to outrage standards of decency or be abhorrent or intolerable to Canadian society.

que les éléments de l’infraction seraient établis dans la situation hypothétique présentée par la défense. Elle a précisé par la suite que [TRADUCTION] « bien évidemment, l’observation de la Couronne est qu’il est possible de traiter de cette situation en recourant à une interprétation atténuée » (p. 254).

[203] Par conséquent, la question de savoir si la Couronne a concédé que le fait de tirer sur une grange « où l’on sait que des sans-abri s’y trouvent parfois » peut donner lieu à une peine d’emprisonnement de quatre ans exagérément disproportionnée est en grande partie non pertinente et non contestée. Le principal effet de la concession a été l’acceptation par la Couronne du fait que certaines armes à feu ne pouvaient pénétrer un mur résidentiel. Cependant, je ne considère pas que la position de la Couronne est que la *mens rea* de l’infraction serait établie dans l’exemple de la grange, sans plus, ou qu’une telle situation constituerait une *application* raisonnablement prévisible de l’al. 244.2(1)a). Quoi qu’il en soit, suivant une interprétation correcte de l’al. 244.2(1)a), le fait de tirer sur une grange serait exclu en l’absence de connaissance ou d’insouciance quant à la présence d’occupants, et donc sans une appréciation subjective d’un risque pour la vie ou la sécurité d’autrui.

B. *Application du cadre d’analyse en deux étapes de l’arrêt Nur*

(1) Qu’est-ce qu’une peine juste et proportionnée pour l’infraction prévue à l’al. 244.2(1)a)?

[204] Pour les motifs qui suivent, je ne partage pas l’opinion de la juge Martin selon laquelle le « sursis au prononcé d’une peine d’au plus 12 mois de probation » (par. 162) pourrait constituer une peine juste et proportionnée en application de l’al. 244.2(1)a). Il faut alors se demander si, suivant une interprétation correcte des éléments de l’infraction, l’al. 244.2(1)a) englobe néanmoins des cas raisonnablement prévisibles pour lesquels une peine de quatre ans d’emprisonnement serait exagérément disproportionnée (*Oud*, par. 50). Je conclus que non. Bien que potentiellement excessive, la peine minimale contestée n’est pas excessive au point de porter atteinte aux normes de la décence ou d’être odieuse ou intolérable pour la société canadienne.

(a) *Mere Probation Is Not a Proportionate Sentence*

[205] Martin J.’s disposition of this appeal turns on the hypothetical case put forth by Mr. Hills at trial described as a “young person intentionally discharg[ing] an air-powered pistol or rifle . . . at a residence” (2018 ABQB 945, 79 Alta. L.R. (6th) 161, at para. 14). She would find this to be a reasonably foreseeable scenario within the scope of s. 244.2(1)(a), for which a sentence of probation would be appropriate. I disagree. This scenario, without more, does not involve the kind of conduct that the law may reasonably be expected to catch (*Nur*, at para. 61). I say this for three reasons.

[206] First, the young offender put forth by Mr. Hills is crafted primarily on the offence’s *actus reus*. There is no sufficient basis on which to conclude that the requisite *mens rea* would be satisfied. Missing from the hypothetical is whether the offender turned his mind to the presence of occupants, and the corresponding risk to lives or safety, when choosing to intentionally shoot at a building. I do not dispute that the *actus reus*, on its own, would extend to a wide range of conduct, including the air-powered pistol or rifle hypothetical framed by defence counsel. But it is s. 244.2(1)(a)’s double *mens rea* requirement that serves to limit the scope of conduct properly caught within its ambit. This double *mens rea* renders offenders highly culpable and blameworthy.

[207] Second, the majority’s position is premised on the notion that the “foreseeable” scenario raised by Mr. Hills presents “little danger to the public”. I disagree. On a proper interpretation of s. 244.2(1)(a), an offender must have turned his mind to the fact that discharging the firearm would jeopardize the lives or safety of others. Moreover, a firearm, *by definition*, must be “capable of causing serious bodily injury or death to a person” (*Criminal Code*, s. 2). Regardless of whether firearms include certain air-powered devices, s. 244.2(1)(a) targets only the use of those air-powered rifles or pistols which are capable of

a) *La simple probation n’est pas une peine proportionnée*

[205] La décision de la juge Martin en l’espèce porte sur le cas hypothétique présenté par M. Hills au procès d’une [TRADUCTION] « jeune personne décharg[eant] intentionnellement, en direction d’une résidence, un pistolet ou une carabine à air comprimé » (2018 ABQB 945, 79 Alta. L.R. (6th) 161, par. 14). Elle conclurait qu’il s’agit d’une situation raisonnablement prévisible relevant du champ d’application de l’al. 244.2(1)a), à l’égard de laquelle une peine de probation serait appropriée. Je ne suis pas de cet avis. Cette situation, sans plus, ne comporte pas d’actes qui pourraient raisonnablement tomber sous le coup de la loi (*Nur*, par. 61), et ce, pour trois raisons.

[206] Premièrement, le cas du jeune délinquant présenté par M. Hills est conçu principalement en fonction de l’*actus reus* de l’infraction. Rien ne permet de conclure que la *mens rea* requise serait établie. La situation hypothétique est silencieuse quant à la question de savoir si le délinquant a songé à la présence d’occupants, et au risque correspondant pour leur vie ou leur sécurité, lorsqu’il a choisi de tirer intentionnellement sur le bâtiment. Je ne conteste pas que l’*actus reus*, à lui seul, engloberait un vaste éventail de conduites, y compris le cas hypothétique du pistolet ou de la carabine à air comprimé présenté par l’avocat de la défense. Cependant, l’exigence de double *mens rea* de l’al. 244.2(1)a) sert à limiter l’étendue des comportements qui relèvent à juste titre du champ d’application de cette disposition. Cette exigence de double *mens rea* rend les délinquants hautement coupables et blâmables.

[207] Deuxièmement, l’opinion des juges majoritaires repose sur l’idée selon laquelle la situation « prévisible » présentée par M. Hills ne présente « guère de danger pour le public ». Je suis en désaccord. Suivant une interprétation correcte de l’al. 244.2(1)a), le délinquant doit avoir songé au fait que la décharge de l’arme à feu compromettrait la vie ou la sécurité d’autrui. De plus, une arme à feu, *par définition*, doit être « susceptible [. . .] d’infliger des lésions corporelles graves ou la mort à une personne » (*Code criminel*, art. 2). Indépendamment du fait que les armes à feu comprennent ou non certains dispositifs à

inflicting serious or deadly consequences. As discussed, it does not capture a person “firing a paintball gun at a house when *nobody* is around” (Martin J.’s reasons, at para. 159), which an accused does not know when he pulls the trigger. The seriousness of the offence, aimed at deliberately *reckless* conduct, would be entirely different if an accused knew at the time of commission of the offence that he was shooting at an empty building.

[208] My colleague’s position depends, in effect, on the presence of a residential wall to protect occupants. With respect, this ignores or minimizes other risks inherent when a person chooses to intentionally discharge a life-threatening firearm at a building. At the Court of Appeal, Antonio J.A. discussed these risks, including the possibility that bullets could go through a window or door, psychological effects on occupants or neighbours, the risk of a violent reaction from a target or bystander, and more broadly, the impact on the feeling of safety in communities (2020 ABCA 263, 9 Alta. L.R. (7th) 226, at paras. 80-82). In the companion case of *Hilbach*, my colleague cites similar risks, including the “risk of life-altering physical injury when air-powered firearms are used in the course of a robbery”, and states that the “risk of psychological trauma arising from the use of an air-powered rifle remains similar to that of a conventional firearm” (para. 98). She further notes the possibility of escalating violence and the difficulty in distinguishing between air-powered and conventional weapons. In my view, these same considerations apply in cases of intentional *shootings* under s. 244.2(1)(a).

[209] My colleague concedes that “firing a hunting rifle at a house is very severe and blameworthy conduct”, as in Mr. Hills’ case (para. 164). In my view, this is true irrespective of whether a bullet from that rifle could, in fact, go through the wall of a given home. The relevance of the residential wall distinction is

air comprimé, l’al. 244.2(1)a) ne vise que l’utilisation des carabines ou pistolets à air comprimé qui sont susceptibles d’infliger des conséquences graves ou mortelles. Comme nous l’avons vu, cette disposition ne vise pas une personne qui « décharg[e] un fusil de paintball en direction d’une maison lorsque *personne* n’est dans les parages » (motifs de la juge Martin, par. 159), ce que l’accusé ne sait pas lorsqu’il appuie sur la détente. La gravité de l’infraction, qui vise un comportement délibérément *insouciant*, serait tout à fait différente si l’accusé savait au moment de la commission de l’infraction qu’il tirait sur un bâtiment vide.

[208] La position de ma collègue dépend, en effet, de la présence d’un mur résidentiel pour protéger les occupants. Avec égards, cela fait abstraction ou minimise d’autres risques inhérents lorsqu’une personne choisit de décharger intentionnellement une arme à feu qui met la vie en danger en direction d’un bâtiment. À la Cour d’appel, la juge Antonio a analysé ces risques, y compris la possibilité que des balles puissent pénétrer une fenêtre ou une porte, les effets psychologiques sur les occupants ou les voisins, le risque d’une réaction violente d’une cible ou d’un témoin et, plus généralement, l’incidence sur le sentiment de sécurité dans les communautés (2020 ABCA 263, 9 Alta. L.R. (7th) 226, par. 80-82). Dans le pourvoi connexe *Hilbach*, ma collègue mentionne des risques semblables, y compris le « risque de blessure physique grave [. . .] lorsque des armes à air comprimé sont utilisées au cours d’un vol qualifié », et affirme que le « risque de traumatisme psychologique que peut susciter l’utilisation d’une carabine à air comprimé demeure semblable à celui que peut susciter une arme à feu conventionnelle » (par. 98). Elle signale aussi la possibilité d’une escalade de violence et la difficulté de distinguer entre les armes à air comprimé et les armes conventionnelles. À mon avis, ces mêmes considérations s’appliquent aux cas de *tirs* intentionnels en application de l’al. 244.2(1)a).

[209] Ma collègue concède que « le fait de décharger une carabine de chasse en direction d’une maison est un acte très grave et très répréhensible », comme dans le cas de M. Hills (par. 164). À mon avis, il en est ainsi indépendamment de la question de savoir si une balle de cette carabine pourrait, de fait, transpercer

undercut by the fact that even conventional weapons, including commonly used hunting rifles, may not be able to penetrate typical brick-based walls. In this case, the defence expert’s report dealt “exclusively with wood-framed wall assemblies”, but appended was a prior study which concluded that “typical walls constructed with brick or a brick veneer are highly resistant to bullet perforation from all conventional firearms, including handguns and common hunting rifles” (A.R., vol. I, at p. 393 (emphasis added)). These brick-based walls “could only be perforated with the very largest of conventional firearms”, such as a .50 calibre Browning machine gun (p. 393). While air-powered rifles are undoubtedly less dangerous than conventional firearms, they remain capable of inflicting serious injury or death. Whether certain firearms can in fact penetrate a particular residential wall should not be the dispositive factor in assessing the constitutionality of s. 244.2(1)(a).

le mur d’une résidence donnée. La pertinence de la distinction fondée sur le mur résidentiel est affaiblie par le fait que même des armes conventionnelles, y compris les carabines de chasse couramment utilisées, peuvent ne pas perforer des murs de brique typiques. En l’espèce, le rapport de l’expert de la défense portait [TRADUCTION] « exclusivement sur les assemblages de mur à ossature de bois », mais y était jointe une étude antérieure qui concluait que « les murs typiques construits de brique ou à parement de brique sont très résistants à la perforation par balle de toutes les armes à feu conventionnelles, y compris les armes de poing et les fusils de chasse communs » (d.a., vol. I, p. 393 (je souligne)). Ces murs de brique [TRADUCTION] « ne pourraient être perforés que par les plus grosses armes à feu conventionnelles », par exemple les mitrailleuses Browning de calibre .50 (p. 393). Bien que les carabines à air comprimé soient assurément moins dangereuses que les armes à feu conventionnelles, elles demeurent susceptibles d’infliger des blessures graves ou la mort. La question de savoir si certaines armes à feu peuvent dans les faits perforer un mur résidentiel en particulier ne devrait pas être le facteur déterminant dans l’appréciation de la constitutionnalité de l’al. 244.2(1)a).

[210] Third, despite my colleague’s focus on the “youthful” nature of the hypothetical offender (at paras. 161 and 165), the mandatory minimum punishments in the *Criminal Code* do not apply to youth offenders under the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, that is, offenders under the age of 18. While age may be a mitigating factor in determining a fit and proportionate sentence, and while rehabilitation remains an important principle in sentencing, my colleague’s focus on “youthful offenders” must be placed in context.

[210] Troisièmement, malgré l’accent que met ma collègue sur le fait que le délinquant hypothétique soit « jeune » (par. 161 et 165), les peines minimales obligatoires prévues dans le *Code criminel* ne s’appliquent pas aux jeunes délinquants visés par la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1, c’est-à-dire ceux qui sont âgés de moins de 18 ans. Bien que l’âge puisse constituer un facteur atténuant dans la détermination d’une peine juste et proportionnée, et que la réinsertion sociale demeure un principe important dans la détermination de la peine, l’accent que met ma collègue sur les « jeunes délinquants » doit être mis en contexte.

[211] At bottom, intentionally shooting any firearm — which, by definition, must be capable of causing serious injury or death — into or at a building or other place, with knowledge of or recklessness as to the presence of occupants, is highly dangerous and culpable conduct. In such cases, the absence of serious injury or death will just be a matter of luck (*Oud*, at para. 61). I reject the notion that an offence

[211] Au fond, le fait de tirer intentionnellement avec n’importe quelle arme à feu — qui, par définition, doit être susceptible d’infliger des blessures graves ou la mort — en direction d’un bâtiment ou d’un autre lieu, sachant qu’il s’y trouve des occupants ou sans se soucier qu’il s’y trouve ou non des occupants, est une conduite hautement dangereuse et coupable. Dans de tels cas, l’absence de blessures

committed under s. 244.2(1)(a), properly interpreted, could be “at most, a minor form of mischief” or that the offence otherwise poses “little or no danger” (Martin J.’s reasons, at para. 167), given the requisite *mens rea* and the gravity of the conduct.

[212] For these reasons, I conclude that mere probation is not a fit and proportionate sentence in a reasonably foreseeable application of s. 244.2(1)(a).

(b) *A Fit and Proportionate Sentence Requires, at Minimum, a Period of Incarceration*

[213] In the case of hypothetical offenders, courts need not, and cannot possibly, fix a sentence or range at a specific point. Rather, courts should “consider, even implicitly, the rough scale of the appropriate sentence” (*Lloyd*, at para. 23). The inquiry into cases that s. 244.2(1)(a) may reasonably be expected to capture must be grounded in judicial experience and common sense (*Nur*, at para. 62). This excludes the use of far-fetched or remote examples and the use of personal characteristics to construct the most innocent and sympathetic case imaginable (para. 75).

[214] On a proper interpretation of the impugned provision, I have difficulty conceiving of a reasonably foreseeable case in which less than a multi-year sentence would be fit and proportionate based on “the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender” under s. 718.1 of the *Criminal Code*. The fundamental principle of sentencing, proportionality, requires a sentence that is severe enough to denounce the offence but that does not exceed what is just and appropriate, given the moral blameworthiness of the offender and the gravity of the offence (*Bissonnette*, at para. 50). Regardless of the ultimate consequences, s. 244.2(1)(a) targets deliberately reckless and dangerous *shootings*, with firearms that are by definition capable of causing

graves ou de mort ne sera qu’une question de chance (*Oud*, par. 61). Je rejette l’idée que la commission d’une infraction prévue à l’al. 244.2(1)a, interprété correctement, puisse être « tout au plus une forme mineure de méfait » ou que l’infraction ne pose par ailleurs « guère ou pas de danger » (motifs de la juge Martin, par. 167), vu la *mens rea* requise et la gravité de la conduite.

[212] Pour ces motifs, je conclus que la simple probation n’est pas une peine juste et proportionnée dans une application raisonnablement prévisible de l’al. 244.2(1)a.

b) *Une peine juste et proportionnée requiert, à tout le moins, une période d’incarcération*

[213] Dans le cas de délinquants hypothétiques, il n’est pas nécessaire, ni possible, pour les tribunaux d’attribuer à la peine ou à la fourchette de peines des valeurs précises. Ceux-ci doivent plutôt « considérer, ne serait-ce qu’implicitement, l’échelle générale des peines qui sont appropriées » (*Lloyd*, par. 23). L’examen des situations qui sont raisonnablement susceptibles de tomber sous le coup de l’al. 244.2(1)a doit prendre appui sur l’expérience judiciaire et le bon sens (*Nur*, par. 62). Cela exclut l’utilisation d’exemples invraisemblables ou n’ayant qu’un faible rapport avec l’espèce de même que l’utilisation de caractéristiques personnelles pour constituer un dossier qui inspirerait la plus grande sympathie possible (par. 75).

[214] Suivant une interprétation correcte de la disposition contestée, je conçois difficilement un cas raisonnablement prévisible où une peine inférieure à une peine de plusieurs années d’emprisonnement serait juste et proportionnée eu égard « à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant » en application de l’art. 718.1 du *Code criminel*. Le principe fondamental de la détermination de la peine, la proportionnalité, exige une peine qui est suffisamment sévère pour dénoncer l’infraction, mais qui n’excède pas ce qui est juste et approprié compte tenu de la culpabilité morale du délinquant et de la gravité de l’infraction (*Bissonnette*, par. 50). Sans égard aux conséquences ultimes, l’al. 244.2(1)a vise les *tirs* délibérément insoucians et dangereux avec

life-threatening injury. It is the recklessness of the behaviour — the *potential* for harm, whether or not that risk materializes — which is severe and highly blameworthy, and which makes a period of incarceration a proportionate sentence.

[215] My colleague’s comparison to the sentences imposed in *R. v. Pretty*, 2005 BCCA 52, 208 B.C.A.C. 79, *R. v. Schnare*, [1988] N.S.J. No. 118 (QL), 1988 CarswellNS 568 (WL) (C.A.), and *R. v. Cheung, Gee and Gee* (1977), 5 A.R. 356 (S.C. (Trial Div.)), helps illustrate the difference between s. 244.2(1)(a) and “mischief” offences which date back decades. It is more than unclear whether the pellet guns used in those cases would ever be classified as firearms and, more importantly, whether the offenders would satisfy the double *mens rea* required by s. 244.2(1)(a). Properly interpreted, s. 244.2(1)(a) captures only an accused who “specifically turned his or her mind to the fact that discharging his or her firearm would jeopardize the life or safety of another person, and appreciating this fact . . . still went ahead” (*House of Commons Debates*, March 12, 2009, at pp. 1687-88). I cannot agree that this constitutes a “minor form of mischief” (Martin J.’s reasons, at para. 167). There is no indication that offenders similar to those in *Pretty*, *Schnare*, or *Cheung* have ever been charged under s. 244.2(1)(a), nor would they be, on a proper interpretation of the elements of the offence.

[216] By way of more recent reference, the 19-year-old accused in *Nur* was sentenced to 40 months’ imprisonment for mere *possession* of a loaded prohibited firearm (*R. v. Nur*, 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401, aff’d 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773). This is, understandably, lower than the s. 244.2(1)(a) sentences upheld in recent years by appellate courts for the intentional *shooting* of firearms in *Itturiligaq* (four years), *R. v. McMillan*, 2016 MBCA 12, 326 Man. R. (2d) 56 (four years), *Oud* (five years) and *R. v. Lyta*, 2013 NUCA 10, 561 A.R. 146 (five years). Those offences were all committed with conventional firearms. However, substituting air-powered firearms would not reduce

des armes à feu qui sont, par définition, susceptibles d’infliger des blessures mettant la vie en danger. C’est le caractère insouciant du comportement — l’existence d’un préjudice *potentiel*, que celui-ci se matérialise ou non — qui est grave et hautement répréhensible, et qui fait en sorte qu’une période d’incarcération est une peine proportionnée.

[215] La comparaison que fait ma collègue avec les peines infligées dans les affaires *R. c. Pretty*, 2005 BCCA 52, 208 B.C.A.C. 79, *R. c. Schnare*, [1988] N.S.J. No. 118 (QL), 1988 CarswellNS 568 (WL) (C.A.), et *R. c. Cheung, Gee and Gee* (1977), 5 A.R. 356 (C.S. (Div. 1^{re} inst.)), aide à illustrer la différence entre l’al. 244.2(1)a) et les infractions de « méfait » qui remontent à des décennies. Il est loin d’être clair que les fusils à plomb utilisés dans ces affaires pourraient être classés comme des armes à feu et, plus important encore, que les délinquants satisferaient à la double *mens rea* requise par l’al. 244.2(1)a). Interprété correctement, l’al. 244.2(1)a) ne vise que l’accusé qui « s’est concentré sur le fait que la décharge de son arme à feu compromettrait la vie ou la sécurité d’autrui, et conscient de ce fait, est quand même allé de l’avant » (*Débats de la Chambre des communes*, 12 mars 2009, p. 1687-1688). Je ne suis pas d’accord pour dire que cela constitue une « forme mineure de méfait » (motifs de la juge Martin, par. 167). Rien n’indique que des délinquants semblables à ceux des affaires *Pretty*, *Schnare* ou *Cheung* aient déjà été accusés en vertu de l’al. 244.2(1)a), ni qu’ils puissent l’être, suivant une interprétation correcte des éléments de l’infraction.

[216] Pour prendre un exemple plus récent, l’accusé de 19 ans dans l’affaire *Nur* a été condamné à 40 mois d’emprisonnement pour la simple *possession* d’une arme à feu prohibée chargée (*R. c. Nur*, 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401, conf. par 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773). Cette peine est, bien entendu, moindre que celles infligées en application de l’al. 244.2(1)a) qu’ont confirmées ces dernières années les cours d’appel pour la *décharge* intentionnelle d’armes à feu dans les arrêts *Itturiligaq* (quatre ans), *R. c. McMillan*, 2016 MBCA 12, 326 Man. R. (2d) 56 (quatre ans), *Oud* (cinq ans) et *R. c. Lyta*, 2013 NUCA 10, 561 A.R. 146 (cinq ans). Ces infractions ont toutes été commises avec des armes à feu

the gravity of the offences and the culpability of the offenders sufficiently to justify a sentence less than half the length of that deemed to be fit and proportionate in *Itturiligaq*, *McMillan*, *Oud* and *Lyta*. By definition, all firearms must be capable of causing serious bodily injury or death.

[217] In my view, a sentence of two years should properly be considered the low end of the range of fit and proportionate sentences in reasonably foreseeable applications of s. 244.2(1)(a).

(2) Is a Four-Year Sentence Grossly Disproportionate to the Fit and Proportionate Sentence?

[218] The minimum four-year sentence imposed by s. 244.2(3)(b) would, at the floor of the range of fit and proportionate sentences, double the period of incarceration in reasonably foreseeable cases. The effects of this should not be minimized and may be devastating. However, I cannot conclude, as a *constitutional* matter, that this additional period of imprisonment would meet the high threshold established by this Court for cruel and unusual punishment.

[219] A sentence oversteps constitutional limits when it is grossly disproportionate, not merely excessive (*Bissonnette*, at para. 61). The sentence must be “so excessive as to outrage standards of decency” (*Smith*, at p. 1072, citing *Miller*, at p. 688, per Laskin C.J.; *Lloyd*, at para. 24), and “abhorrent or intolerable” to society (*Boudreault*, at para. 126, citing *Lloyd*, at para. 24; *Smith*, at p. 1072; *Morrisey*, at para. 26). As Chief Justice Wagner, writing for a unanimous Court, held more recently in *Bissonnette*, it must be “so excessive as to be incompatible with human dignity” (para. 60).

[220] As a result, it is only on rare and unique occasions that a court will find, and has found, a sentence to be so grossly disproportionate that it violates s. 12 of

conventionnelles. Cependant, y substituer des armes à feu à air comprimé ne réduirait pas suffisamment la gravité des infractions et la culpabilité des délinquants pour justifier une peine inférieure à la moitié de la durée de celle jugée juste et proportionnée dans les arrêts *Itturiligaq*, *McMillan*, *Oud* et *Lyta*. Par définition, toutes les armes à feu doivent être susceptibles d’infliger des lésions corporelles graves ou la mort.

[217] À mon avis, une peine de deux ans devrait à juste titre être considérée comme correspondant à l’extrémité inférieure de la gamme de peines justes et proportionnées dans les applications raisonnablement prévisibles de l’al. 244.2(1)a).

(2) Une peine de quatre ans est-elle exagérément disproportionnée par rapport à la peine juste et proportionnée?

[218] La peine minimale de quatre ans prévue à l’al. 244.2(3)b) aurait pour effet, à l’extrémité inférieure de la gamme de peines justes et proportionnées, de doubler la période d’incarcération dans les cas raisonnablement prévisibles. Il ne faudrait pas en minimiser les conséquences, lesquelles peuvent être dévastatrices. Cependant, je ne peux conclure, sur le plan *constitutionnel*, que cette période d’emprisonnement additionnelle atteindrait le seuil élevé établi par notre Cour en ce qui concerne les peines cruelles et inusitées.

[219] Une peine outrepassé les limites constitutionnelles lorsqu’elle est exagérément disproportionnée et non simplement excessive (*Bissonnette*, par. 61). La peine doit être « excessive au point de porter atteinte aux normes de la décence » (*Smith*, p. 1072, citant *Miller*, p. 688, le juge en chef Laskin; *Lloyd*, par. 24), et « odieuse ou intolérable » pour la société (*Boudreault*, par. 126, citant *Lloyd*, par. 24; *Smith*, p. 1072; *Morrisey*, par. 26). Comme le juge en chef Wagner, au nom d’une Cour unanime, l’a affirmé plus récemment dans l’arrêt *Bissonnette*, elle doit être « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » (par. 60).

[220] Par conséquent, ce n’est que très rarement qu’un tribunal conclura, et a conclu, qu’une peine est si exagérément disproportionnée qu’elle viole

the *Charter* (see *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385, at p. 1417, per Cory J.; *Boudreault*, at paras. 127-128, per Côté J., dissenting, but not on this point; *Bissonnette*, at para. 70). Courts must properly show deference to Parliament's policy decisions with respect to sentencing (*Bissonnette*, at para. 70; *Lloyd*, at para. 45). In an oft-cited passage, Borins Dist. Ct. J. discussed such deference:

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

(*R. v. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226 (Ont. Dist. Ct.), at p. 238)

[221] In my view, a four-year sentence cannot be said to be “so excessive” as to “be incompatible with human dignity” or otherwise “outrage standards of decency”. The s. 12 threshold is necessarily high in cases where the issue is the length of the punishment, in contrast to punishments which are cruel and unusual by nature, such as torture or castration. I agree with Martin J., writing in the companion appeal in *Hilbach*, that Parliament is within its rights to emphasize the objectives of deterrence and denunciation in the context of firearms offences (para. 73). A firearm presents the “ultimate threat of death to those in its presence” (*R. v. Felawka*, [1993] 4 S.C.R. 199, at p. 211). This Court has repeatedly affirmed the denunciatory role of minimum sentences for conduct which offends our society’s “basic code of values” (*Morrissey*, at para. 47; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 81). The intentional shooting of such a life-threatening firearm

l’art. 12 de la *Charte* (voir *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385, p. 1417, le juge Cory; *Boudreault*, par. 127-128, la juge Côté, dissidente, mais non sur ce point; *Bissonnette*, par. 70). Les tribunaux doivent à juste titre faire preuve de déférence envers les décisions de politique générale du Parlement en matière de peines (*Bissonnette*, par. 70; *Lloyd*, par. 45). Dans un passage maintes fois cité, le juge Borins a dit ce qui suit à propos de cette déférence :

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

(*R. c. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226 (C. dist. Ont.), p. 238)

[221] À mon avis, une peine de quatre ans ne saurait être considérée comme « excessive » au point d’être « incompatible avec la dignité humaine » ou de par ailleurs « porter atteinte aux normes de la décence ». Le seuil de l’art. 12 est nécessairement élevé dans les cas où la question en litige est la durée de la peine, par opposition aux peines qui sont cruelles et inusitées par nature, comme la torture ou la castration. Je souscris à l’opinion exprimée par la juge Martin dans le pourvoi connexe *Hilbach* selon laquelle il est loisible au Parlement de mettre l’accent sur les objectifs de dissuasion et de dénonciation dans le contexte d’infractions liées aux armes à feu (par. 73). Une arme à feu incarne la « menace suprême de mort aux yeux de ceux qui y font face » (*R. c. Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 199, p. 211). Notre Cour a maintes fois confirmé la fonction de dénonciation des peines minimales pour des comportements qui portent

into or at a building or other place, with knowledge of or recklessness as to the presence of occupants, is a clear example of conduct which offends Canadian society's basic code of values.

[222] I agree with the conclusions of the Nunavut Court of Appeal and the Court of Appeal for British Columbia, respectively, that s. 244.2(1)(a) “does not go beyond that which is necessary to achieve a valid penal purpose” (*Itturiligaq*, at para. 95) and “only captures conduct that in all circumstances will be highly blameworthy and antithetical to the peace of the community” (*Oud*, at para. 44). In emphasizing the high threshold under s. 12, La Forest J. explained that the word “grossly” reflects “this Court’s concern not to hold Parliament to a standard so exacting . . . as to require punishments to be perfectly suited to accommodate the moral nuances of every crime and every offender” (*R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at pp. 344-45). I agree. In this case, I am “wary of second-guessing the [policy] choices of our elected representatives” (*Nur*, at para. 144, per Moldaver J., dissenting) based on a hypothetical scenario that is, in my view, unmoored from judicial experience and common sense.

[223] To my knowledge, the hypothetical scenario posed by the appellant has not resulted in a conviction under s. 244.2(1)(a) — nor would it, on my interpretation of the offence, unless the accused had turned his mind to the fact that discharging the firearm would jeopardize the lives or safety of others. The hypothetical is “more imaginary than real” and is not a sound basis on which to nullify Parliament’s considered response to a serious and complex issue (see *Nur*, at para. 133, per Moldaver J., dissenting).

atteinte au « code des valeurs fondamentales » de notre société (*Morrisey*, par. 47; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 81). Tirer *intentionnellement* avec une arme à feu qui menace la vie en direction d’un bâtiment ou d’un autre lieu, sachant qu’il s’y trouve des occupants ou sans se soucier qu’il s’y trouve ou non des occupants, est un exemple clair de comportement qui porte atteinte au code des valeurs fondamentales de la société canadienne.

[222] Je souscris aux conclusions respectives de la Cour d’appel du Nunavut et de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, à savoir que l’al. 244.2(1)a) [TRADUCTION] « n’excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif pénal valide » (*Itturiligaq*, par. 95) et qu’il [TRADUCTION] « ne vise que les comportements qui, en toutes circonstances, seront hautement répréhensibles et contraires à la paix de la communauté » (*Oud*, par. 44). En insistant sur le seuil élevé au regard de l’art. 12, le juge La Forest a expliqué que le mot « exagérément » traduit « le souci qu’avait cette Cour de ne pas astreindre le législateur à une norme à ce point sévère [. . .] qu’elle exigerait des peines parfaitement adaptées aux nuances morales qui caractérisent chaque crime et chaque délinquant » (*R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 344-345). Je suis d’accord. En l’espèce, je me garde « de remettre en question les choix [de politique générale] des élus » (*Nur*, par. 144, le juge Moldaver, dissident) sur le fondement d’une situation hypothétique qui, à mon avis, n’a rien à voir avec l’expérience judiciaire et le bon sens.

[223] À ma connaissance, la situation hypothétique présentée par l’appellant n’a pas donné lieu à une déclaration de culpabilité en vertu de l’al. 244.2(1)a) — et ne pourrait non plus y donner lieu, suivant mon interprétation de l’infraction, à moins que l’accusé n’ait songé au fait que la décharge de l’arme à feu compromettrait la vie ou la sécurité d’autrui. L’hypothèse « relève davantage de la fiction que de la réalité » et ne constitue pas une assise valable pour réduire à néant la solution réfléchie du Parlement à un problème à la fois grave et complexe (voir *Nur*, par. 133, le juge Moldaver, dissident).

IV. Legislative Amendments

[224] Before concluding, I wish to briefly comment on *An Act to amend the Criminal Code and the Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 2022, c. 15. The legislation, which received royal assent on November 17, 2022, amended the text of s. 244.2(3)(b) and repealed s. 344(1)(a.1) of the *Criminal Code* (at issue in *Hilbach*), thereby removing the four-year minimum at issue in this appeal for s. 244.2(1) offences committed with non-restricted or non-prohibited firearms.

[225] This legislation reflects a policy choice by the government which is not relevant in determining whether the former law infringed s. 12 of the *Charter* (*Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, at para. 104). While the Minister of Justice acknowledged generally, in the context of introducing the legislation, that certain mandatory minimums have the potential to lead to sentences that may be viewed as grossly disproportionate, I agree with the Director of Public Prosecutions that this cannot be seen as an acknowledgment that any specific provision or minimum is or was not *Charter*-compliant. As with the original enactment of s. 244.2 in 2009, it is within Parliament's mandate to regulate firearms-related offences as it sees fit. This includes balancing objectives of deterrence and denunciation with those of rehabilitation, proportionality, and judicial discretion in sentencing.

V. Conclusion

[226] Properly interpreted, s. 244.2(1)(a) captures offenders who intentionally shoot a firearm into or at a building or other place, knowing of or being reckless as to the presence of occupants, and who have thus turned their mind to the fact that discharging their firearm could jeopardize the lives or safety of others. In my view, a four-year minimum sentence for such conduct is not “so excessive as to outrage standards of decency” or “incompatible with human dignity”

IV. Modifications législatives

[224] Avant de conclure, je souhaite brièvement commenter la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 2022, c. 15. Ayant reçu la sanction royale le 17 novembre 2022, la mesure législative a modifié le libellé de l'al. 244.2(3)b) et a abrogé l'al. 344(1)a.1) du *Code criminel* (en cause dans *Hilbach*), supprimant ainsi la peine minimale de quatre ans en cause en l'espèce prévue pour les infractions visées au par. 244.2(1) commises avec des armes à feu sans restriction ou non prohibées.

[225] Cette loi traduit un choix de politique générale, par le gouvernement, qui n'est pas pertinent pour déterminer si l'ancienne loi violait l'art. 12 de la *Charte* (*Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 104). Bien que le ministre de la Justice ait reconnu généralement, dans le contexte de la présentation de la mesure législative, que certaines peines minimales obligatoires sont susceptibles de mener à des peines qui peuvent être considérées comme exagérément disproportionnées, je conviens avec la directrice des poursuites pénales que cela ne saurait être vu comme une reconnaissance qu'une disposition ou une peine minimale en particulier n'est pas ou n'était pas conforme à la *Charte*. Comme pour le texte original de l'art. 244.2 adopté en 2009, il relève du Parlement de réglementer les infractions liées aux armes à feu comme il l'entend. Cela comprend la mise en balance des objectifs de la dissuasion et de la dénonciation avec ceux de la réinsertion sociale, de la proportionnalité et de la discrétion judiciaire dans la détermination de la peine.

V. Conclusion

[226] Correctement interprété, l'al. 244.2(1)a) vise les délinquants qui tirent intentionnellement avec une arme à feu en direction d'un bâtiment ou d'un autre lieu, sachant qu'il s'y trouve des occupants ou sans se soucier qu'il s'y trouve ou non des occupants, et qui ont donc songé au fait que la décharge de leur arme à feu était susceptible de compromettre la vie ou la sécurité d'autrui. À mon avis, une peine minimale de quatre ans pour un tel comportement

to rise to the level of cruel and unusual punishment under s. 12. I would dismiss Mr. Hills’ appeal.

Appeal allowed, CÔTÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant: McKay Ferg, Calgary; TingleMerrett, Calgary.

Solicitor for the respondent: Alberta Crown Prosecution Service — Appeals and Specialized Prosecutions Office, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions: Public Prosecution Service of Canada, Winnipeg.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Public Prosecution Service (NS) — Appeals and Special Prosecutions, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Ministry of Justice and the Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers’ Association (Ontario): Goddard & Shanmuganathan, Toronto; Addario Law Group, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Stockwoods, Toronto.

n’est ni « excessive au point de porter atteinte aux normes de la décence » ni « incompatible avec la dignité humaine » au point de constituer une peine cruelle et inusitée au sens de l’art. 12. Je rejetterais le pourvoi de M. Hills.

Pourvoi accueilli, la juge CÔTÉ est dissidente.

Procureurs de l’appelant : McKay Ferg, Calgary; TingleMerrett, Calgary.

Procureur de l’intimé : Alberta Crown Prosecution Service — Appeals and Specialized Prosecutions Office, Edmonton.

Procureur de l’intervenante la directrice des poursuites pénales : Service des poursuites pénales du Canada, Winnipeg.

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

Procureur de l’intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Public Prosecution Service (NS) — Appeals and Special Prosecutions, Halifax.

Procureur de l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Ministry of Justice and the Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Osler, Hoskin & Harcourt, Vancouver.

Procureurs de l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario) : Goddard & Shanmuganathan, Toronto; Addario Law Group, Toronto.

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

Procureurs de l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles : Stockwoods, Toronto.

His Majesty The King *Appellant*

v.

**Ocean William Storm Hilbach and Curtis
Zwozdesky** *Respondents*

and

**Director of Public Prosecutions,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Saskatchewan,
Canadian Civil Liberties Association,
Canadian Bar Association and
British Columbia Civil Liberties
Association** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. HILBACH

2023 SCC 3

File No.: 39438.

2022: March 22; 2023: January 27.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté,
Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF
ALBERTA**

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual treatment or punishment — Sentencing — Mandatory minimum sentence — Robbery — Accused convicted of robbery committed with restricted or prohibited firearm and of robbery committed with ordinary firearm — Accused challenging constitutionality of mandatory minimum sentence of five years' imprisonment prescribed for robbery committed with restricted or prohibited firearm and of mandatory minimum sentence of four years' imprisonment prescribed for robbery committed with ordinary firearm — Whether mandatory minimum sentences constitute cruel and unusual punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 344(1)(a)(i), (a.1).

Sa Majesté le Roi *Appelant*

c.

**Ocean William Storm Hilbach et Curtis
Zwozdesky** *Intimés*

et

**Directrice des poursuites
pénales, procureur général de
l'Ontario, procureur général de
la Saskatchewan, Association
canadienne des libertés civiles,
Association du Barreau canadien
et British Columbia Civil Liberties
Association** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. HILBACH

2023 CSC 3

N° du greffe : 39438.

2022 : 22 mars; 2023 : 27 janvier.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et
Jamal.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitements ou peines cruels et inusités — Détermination de la peine — Peine minimale obligatoire — Vol qualifié — Accusés déclarés coupables d'une infraction de vol qualifié commis avec une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte et d'une infraction de vol qualifié commis avec une arme à feu ordinaire — Accusés contestant la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire de cinq ans d'emprisonnement prescrite pour le vol qualifié commis avec une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte et de la peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement prescrite pour le vol qualifié commis avec une arme à feu ordinaire — Les peines minimales obligatoires constituent-elles des peines cruelles et inusitées? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 344(1)a)(i), a.1).

After robbing a convenience store, H, an Indigenous 19-year-old, pleaded guilty to robbery using a prohibited firearm contrary to s. 344(1)(a)(i) of the *Criminal Code*. Section 344(1)(a)(i) prescribes a mandatory minimum sentence of five years' imprisonment for a first offence conviction of robbery committed with a restricted or prohibited firearm. At sentencing, H brought a challenge under s. 12 of the *Charter* to the mandatory minimum sentence, arguing that it was a grossly disproportionate sentence in regards to his circumstances and constituted cruel and unusual punishment. The sentencing judge concluded that the mandatory minimum sentence was grossly disproportionate and contravened s. 12. He decided that a fit and proportionate sentence for H was two years less a day.

In an unrelated case, Z robbed a convenience store and pleaded guilty to robbery with a firearm, contrary to s. 344(1)(a.1) of the *Criminal Code*. At that time, s. 344(1)(a.1) imposed a mandatory minimum sentence of four years' imprisonment for a conviction of robbery where an ordinary firearm was used. At sentencing, Z brought a challenge under s. 12 of the *Charter* to the mandatory minimum sentence, relying on a set of hypothetical scenarios. The sentencing judge concluded that the mandatory minimum sentence was not grossly disproportionate for Z. However, she concluded that it was grossly disproportionate in reasonably foreseeable hypothetical scenarios, and declared s. 344(1)(a.1) of no force or effect. She sentenced Z to three years' imprisonment.

The Crown's appeals in the cases of H and Z were heard together. The Court of Appeal dismissed the appeals on the constitutionality of the mandatory minimum sentence provisions, but added a year to H's sentence, concluding that three years' imprisonment was a fit and proportionate sentence. It declined to interfere with Z's sentence. The Crown appeals the declarations of unconstitutionality of the mandatory minimum sentence provisions to the Court.

Held (Karakatsanis and Jamal JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Après avoir commis un vol qualifié dans un dépanneur, H, un Autochtone de 19 ans, a plaidé coupable à une accusation de vol qualifié avec usage d'une arme à feu prohibée en contravention du sous-al. 344(1)a(i) du *Code criminel*. Le sous-alinéa 344(1)a(i) prescrit une peine minimale obligatoire de cinq ans d'emprisonnement dans le cas d'une condamnation pour une première infraction de vol qualifié commis avec une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte. Lors de la détermination de la peine, H, s'appuyant sur l'art. 12 de la *Charte*, a contesté la peine minimale obligatoire, soutenant qu'il s'agissait d'une peine exagérément disproportionnée au regard de sa situation et qu'elle constituait une peine cruelle et inusitée. Le juge chargé de la détermination de la peine a conclu que la peine minimale obligatoire était exagérément disproportionnée et contrevenait à l'art. 12. Il a déterminé qu'une peine de deux ans moins un jour était juste et proportionnée dans le cas de H.

Dans une affaire distincte, Z a commis un vol qualifié dans un dépanneur et a reconnu sa culpabilité à une accusation de vol qualifié avec usage d'une arme à feu en contravention de l'al. 344(1)a.1 du *Code criminel*. À cette époque, l'al. 344(1)a.1 imposait une peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement en cas de déclaration de culpabilité pour vol qualifié lorsqu'une arme à feu ordinaire était utilisée. Lors de la détermination de la peine, Z a présenté, sur le fondement de l'art. 12 de la *Charte*, une contestation visant la peine minimale obligatoire, s'appuyant sur une série de situations hypothétiques. La juge chargée de la détermination de la peine a conclu que la peine minimale obligatoire n'était pas exagérément disproportionnée dans le cas de Z. Elle a conclu, toutefois, que la peine était exagérément disproportionnée dans des situations hypothétiques raisonnablement prévisibles, et a déclaré l'al. 344(1)a.1 inopérant. Elle a condamné Z à une peine d'emprisonnement de trois ans.

Les appels de la Couronne dans les dossiers de H et de Z ont été instruits conjointement. La Cour d'appel a rejeté les appels sur la constitutionnalité des dispositions établissant les peines minimales obligatoires, mais a ajouté un an à la peine de H, concluant qu'un emprisonnement de trois ans était une peine juste et proportionnée. Elle a refusé de modifier la peine de Z. La Couronne interjette appel à la Cour des déclarations d'inconstitutionnalité des dispositions prévoyant les peines minimales obligatoires.

Arrêt (les juges Karakatsanis et Jamal sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ.: The mandatory minimum sentences set out in s. 344(1)(a)(i) and the former s. 344(1)(a.1) are constitutional and do not constitute cruel and unusual punishment.

In the companion appeal of *R. v. Hills*, 2023 SCC 2, [2023] 1 S.C.R. 6, the Court affirmed and developed the framework applicable to challenges to the constitutionality of a mandatory minimum sentence under s. 12 of the *Charter*. In accordance with that framework, determining whether the mandatory minimum sentences for robbery are grossly disproportionate requires a two-stage inquiry. A court must first determine a fit and proportionate sentence for the offence having regard to the objectives and principles of sentencing in the *Criminal Code*. The court must then ask whether the impugned provision requires it to impose a sentence that is grossly disproportionate when compared to the fit and proportionate sentence. Whether a mandatory minimum is grossly disproportionate will depend upon the scope and reach of the offence, the effects of the penalty on the offender, and the penalty and its objectives. This two-part assessment may proceed on the basis of either (a) the actual offender before the court, or (b) another offender in a reasonably foreseeable case.

Indigeneity should factor into the s. 12 analysis of gross disproportionality. Section 718.2(e) of the *Criminal Code* provides mandatory direction to consider the unique situation of Indigenous offenders for all offences in sentencing. Sentencing judges must consider the unique systemic or background factors which may have played a part in bringing the particular Indigenous offender before the courts and the types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances for that offender. When engaged, s. 718.2(e) applies at three different parts of the s. 12 analysis. First, courts must consider *Gladue* when sentencing the individual offender; the failure to consider *Gladue* factors is an error that can lead to a finding that a sentence is unfit. Second, when crafting reasonably foreseeable hypotheticals, a court may consider scenarios involving Indigenous offenders. Lastly, Indigeneity is relevant at the second stage of the s. 12 inquiry. The assessment of whether a mandatory minimum sentence is grossly disproportionate depends, in part, on the penalty's effect on individual offenders, including Indigenous offenders, and its reflection of valid penal purposes and recognized

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Brown, Rowe, Martin et Kasirer : Les peines minimales obligatoires énoncées au sous-al. 344(1)a(i) et à l'ancien al. 344(1)a.1) sont constitutionnelles et ne constituent pas des peines cruelles et inusitées.

Dans le pourvoi connexe *R. c. Hills*, 2023 CSC 2, [2023] 1 R.C.S. 6, la Cour a confirmé et précisé le cadre d'analyse applicable aux contestations de la constitutionnalité d'une peine minimale obligatoire fondées sur l'art. 12 de la *Charte*. Conformément à ce cadre, déterminer si les peines minimales obligatoires pour vol qualifié sont exagérément disproportionnées commande une démarche en deux étapes. Le tribunal doit d'abord déterminer ce qui constitue une peine juste et proportionnée pour l'infraction eu égard aux objectifs et principes de détermination de la peine établis par le *Code criminel*. Le tribunal doit ensuite se demander si la disposition contestée l'oblige à infliger une peine qui est exagérément disproportionnée par rapport à la peine juste et proportionnée. La question de savoir si une peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée dépendra de la portée et de l'étendue de l'infraction, des effets de la peine sur la personne délinquante et de la peine elle-même et de ses objectifs. Cette évaluation en deux étapes peut se faire en fonction soit a) de la personne délinquante qui comparaît devant le tribunal, soit b) d'une autre personne délinquante dans un cas raisonnablement prévisible.

L'autochtonité devrait s'inscrire dans l'analyse de la disproportion exagérée fondée sur l'art. 12. L'alinéa 718.2e) du *Code criminel* exige l'examen de la situation particulière des personnes délinquantes autochtones relativement à toutes les infractions lors de la détermination de la peine. Les juges chargés de la détermination de la peine doivent tenir compte des facteurs systémiques ou contextuels distinctifs qui peuvent avoir joué un rôle dans le fait que la personne délinquante autochtone se retrouve devant les tribunaux, ainsi que des types de procédures de détermination de la peine et de sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées pour cette personne délinquante. Lorsqu'il entre en jeu, l'al. 718.2e) s'applique à trois différentes parties de l'analyse fondée sur l'art. 12. Premièrement, les tribunaux doivent tenir compte de l'arrêt *Gladue* lorsqu'ils déterminent la peine de la personne délinquante en cause; l'omission de prendre en considération les facteurs énoncés dans l'arrêt *Gladue* est une erreur susceptible de mener à la conclusion qu'une peine n'est pas indiquée. Deuxièmement, lorsque les tribunaux élaborent des situations hypothétiques raisonnablement prévisibles, ils peuvent examiner des

sentencing principles, which include *Gladue*'s framework for applying s. 718.2(e).

In H's case, the five-year mandatory minimum sentence prescribed by s. 344(1)(a)(i) does not infringe s. 12 of the *Charter*. With respect to the first stage of the inquiry, determining a fit and proportionate sentence for the offence, three years' imprisonment is a fit and proportionate sentence for H. It is the starting point adopted for an unsophisticated armed robbery of small commercial establishments and in the absence of physical harm. H's offence not only involved a prohibited firearm, but also resulted in physical harm to store clerks. Moreover, H pointed the rifle at two employees. He was on probation and was subject to a prohibition order at the time of the offence, and he involved a 13-year-old youth in a violent crime. The two-year sentence imposed by the sentencing judge, which was a full year below the starting point, was demonstrably unfit.

With respect to the second part of the two-stage inquiry, determining whether a sentence is grossly disproportionate, the mandatory minimum sentence, while harsh and close to the line, is not grossly disproportionate in H's case. First, considering the scope and reach of the offence, the minimum sentence is not so wide that it encompasses conduct that poses relatively little risk of harm. The gravity of the robbery offence and the culpability of offenders convicted of it is relatively high. Robbery is a serious offence based on the requisite *actus reus* of the use or threat of violence or force in stealing or attempting to steal property. Adding a firearm to the equation simply increases the gravity of the offence. The harmful consequences of using a restricted or prohibited firearm in a robbery are readily identified: there is the risk of death or life-altering physical injury for victims and bystanders, and, even if the weapon is not fired, exposure to this threat carries the risk of profound psychological harm. The use of an unloaded prohibited firearm does not substantially reduce the offence's gravity, as the presence of a firearm creates a highly volatile and dangerous situation. The mental elements required for

situations mettant en cause des personnes délinquantes autochtones. Enfin, l'autochtonité est pertinente à la deuxième étape de l'analyse fondée sur l'art. 12. L'appréciation de la question de savoir si une peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée dépend, en partie, de l'effet de la peine sur les personnes délinquantes, notamment les personnes délinquantes autochtones, et du fait qu'elle rend compte d'objectifs pénaux valables et de principes reconnus en matière de détermination de la peine, qui comprennent le cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *Gladue* pour l'application de l'al. 718.2e).

Dans le cas de H, la peine minimale obligatoire de cinq ans prescrite au sous-al. 344(1)a(i) ne contrevient pas à l'art. 12 de la *Charte*. Pour ce qui est de la première étape de l'analyse, soit déterminer ce qui constitue une peine juste et proportionnée pour l'infraction, un emprisonnement de trois ans est une peine juste et proportionnée pour H. Il s'agit du point de départ adopté pour le vol à main armée simple commis dans de petits établissements commerciaux en l'absence de préjudice physique réel. Outre le fait que l'infraction commise par H comportait l'utilisation d'une arme à feu prohibée, elle a aussi causé un préjudice physique aux deux commis du dépanneur. Qui plus est, H a pointé sa carabine sur deux employés. Il était en probation et faisait l'objet d'une ordonnance d'interdiction au moment de l'infraction, et il a impliqué un adolescent de 13 ans dans un crime violent. La peine de deux ans imposée par le juge chargé de la détermination de la peine, qui était inférieure d'une année entière au point de départ, était manifestement non indiquée.

Pour ce qui est de la deuxième partie de l'analyse en deux étapes, soit déterminer si une peine est exagérément disproportionnée, la peine minimale obligatoire, bien qu'elle soit sévère et qu'elle frôle la limite, n'est pas exagérément disproportionnée dans le cas de H. Premièrement, pour ce qui est de la portée et de l'étendue de l'infraction, la peine minimale en cause n'a pas une portée large au point d'englober des comportements qui présentent relativement peu de risque de préjudice. La gravité de l'infraction de vol qualifié et la culpabilité des personnes délinquantes qui en sont reconnues coupables sont relativement élevées. Le vol qualifié est une infraction grave en raison de l'*actus reus* requis, c'est-à-dire le recours ou la menace de recours à la violence ou à la force lors du vol ou de la tentative de vol de biens. L'ajout d'une arme à feu à l'équation ne fait qu'accroître la gravité de l'infraction. Les conséquences préjudiciables de l'utilisation d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte lors de la perpétration d'un vol qualifié sont faciles à déterminer : il y a le risque de décès ou de blessures corporelles graves pour les victimes et les passants, et même s'il n'y a pas de coups de feu, l'exposition à

the minimum sentence to apply suggest a relatively high degree of culpability. An offender who commits robbery with a restricted or prohibited firearm must intend to steal and intend to use violence or force (or the threat thereof). The offence does not involve an inadvertent decision to put public safety at risk but a conscious choice to put another person's safety at great risk. Though H's personal circumstances attenuate his culpability somewhat, his actions constitute a grave offence with high moral blameworthiness.

Second, considering the effects of the penalty on the offender, a five-year term of imprisonment would have detrimental implications for H's rehabilitation, given the sentencing judge's finding that a penitentiary term increased the likelihood that H would re-entrench in gang involvement. Many Indigenous offenders may serve harder time as Indigenous offenders are often more severely affected by incarceration and treated in discriminatory ways in custodial environments. Further, incarceration itself can be a culturally inappropriate consequence for wrongdoing for Indigenous offenders. These effects must carry significant weight.

With respect to the penalty and its objectives, courts must first consider which sentencing objectives Parliament prioritized in enacting the mandatory minimum penalty and, second, assess whether the minimum sentence goes beyond what is necessary for Parliament to achieve its objectives. In H's case, Parliament's decision to prioritize denunciation and deterrence is justifiable. The mandatory minimum sentence captures conduct that clearly warrants deterrence and the strong denunciation that a substantial prison sentence signals. Parliament is entitled to enact mandatory minimum sentences that signal that a disregard for the life and safety of others in handling firearms is simply not acceptable. There is also a need for general deterrence when a person endangers the safety of others in wielding a firearm. H's actions are precisely the conduct that Parliament sought to deter. Greater deference to Parliament's choice to enact a minimum sentence is therefore warranted. Further, the mandatory minimum sentence in H's case is not totally out of sync with sentencing norms for an offence of this nature. While a five-year mandatory minimum arguably

cette menace comporte le risque de préjudice psychologique profond. L'usage d'une arme à feu prohibée non chargée ne réduit pas considérablement la gravité de l'infraction, car la présence d'une arme à feu crée une situation extrêmement instable et dangereuse. Les éléments moraux requis pour que la peine minimale s'applique suggèrent un degré relativement élevé de culpabilité. La personne délinquante qui commet un vol qualifié avec une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte doit avoir l'intention de voler et avoir l'intention d'utiliser la violence ou la force (ou de menacer de le faire). L'infraction ne consiste pas en une décision prise par inadvertance de mettre la sécurité du public à risque, mais en un choix conscient de mettre à grand risque la sécurité d'une autre personne. Bien que la situation personnelle de H atténue quelque peu sa culpabilité, les actes qu'il a commis constituent une infraction grave comportant un degré élevé de culpabilité morale.

Deuxièmement, pour ce qui est des effets de la peine sur la personne délinquante, une peine d'emprisonnement de cinq ans aurait des répercussions néfastes sur la réinsertion sociale de H, au regard de la conclusion du juge chargé de la détermination de la peine selon laquelle une peine purgée dans un pénitencier accroissait la probabilité que H réintègre le milieu des gangs. Pour bon nombre de personnes délinquantes autochtones, la peine sera plus difficile car celles-ci sont plus durement touchées par l'incarcération et sont souvent traitées de façon discriminatoire dans les milieux carcéraux. De plus, l'incarcération elle-même est souvent une façon culturellement inappropriée de sanctionner les actes répréhensibles commis par des personnes délinquantes autochtones. Ces effets doivent avoir beaucoup de poids.

Pour ce qui est de la peine et de ses objectifs, les tribunaux doivent d'abord examiner quels objectifs de détermination de la peine le Parlement a priorisés en adoptant la peine minimale obligatoire et, ensuite, se demander si la peine minimale va au-delà de ce qui est nécessaire pour permettre au Parlement d'atteindre ses objectifs. Dans le cas de H, la décision du Parlement de prioriser la dénonciation et la dissuasion est justifiable. La peine minimale obligatoire vise une conduite qui justifie manifestement la dissuasion et la dénonciation vigoureuse qu'indique une lourde peine d'emprisonnement. Le Parlement peut édicter des peines minimales obligatoires qui indiquent que l'insouciance à l'égard de la vie et de la sécurité d'autrui dans la manipulation d'armes à feu n'est tout simplement pas acceptable. Il y a aussi un besoin de dissuasion générale lorsqu'une personne met en danger la sécurité d'autrui en brandissant une arme à feu. Les gestes de H correspondent précisément à la conduite que le Parlement voulait dissuader. Il y a donc lieu de faire preuve d'une plus grande retenue à l'égard du choix du Parlement de prévoir une peine minimale. De plus,

sits above what H would receive, it does not far exceed what is necessary for Parliament to achieve its sentencing objectives. The difference between the mandatory minimum sentence and H's individual circumstances does not outrage standards of decency.

In Z's case, five hypothetical scenarios have been advanced. However, these scenarios are insufficient to establish that s. 344(1)(a.1) is grossly disproportionate. The mandatory minimum does not shock the conscience or is not so excessive as to outrage standards of decency. While the punishment is severe, the high threshold for gross disproportionality is not met.

First, of the five scenarios, only two are reasonably foreseeable. Reasonably foreseeable scenarios are situations that may reasonably be expected to arise as a matter of common sense and judicial experience, as outlined in *Hills*. The first reasonably foreseeable scenario involves a 21-year-old Indigenous man who suffers from alcoholism and fetal alcohol spectrum disorder, is extremely intoxicated and face down in a snowbank when a good Samaritan stops to help him. He grabs the woman, reaches into his waistband, flashes a BB gun, and snatches her purse. The BB gun is operable and capable of taking an eyeball out, but it is unloaded. The second reasonably foreseeable scenario involves a 26-year-old Indigenous man who suffers from a drug addiction and schizophrenia and has a short criminal record. When meeting his drug dealer in a parking lot, he produces an airsoft pistol, points it at his dealer, and takes some methamphetamines.

In addition, two hypotheticals drawn from reported decisions are reasonably foreseeable. Both cases involved youthful offenders involved in convenience store robberies: an 18-year-old Indigenous woman, who pled guilty as a party to the robbery where the principal used an imitation firearm; and an 18-year-old youthful offender who used a BB gun in the commission of a robbery and pled guilty.

With respect to the first stage of the inquiry, two years' to two and a half years' imprisonment is a fit and proportionate sentence in these reasonably foreseeable scenarios.

la peine minimale obligatoire dans le cas de H ne déroge pas totalement aux normes de détermination de la peine pour une infraction de cette nature. Bien qu'une peine minimale obligatoire de cinq ans soit supérieure à la peine à laquelle H serait condamné, elle ne dépasse pas de beaucoup ce qui est nécessaire pour que le Parlement atteigne ses objectifs en matière de détermination de la peine. La différence entre la peine minimale obligatoire et la situation particulière de H ne portent pas atteinte aux normes de la décence.

Dans le cas de Z, cinq situations hypothétiques ont été présentées. Toutefois, ces situations sont insuffisantes pour établir que l'al. 344(1)a.1 est exagérément disproportionné. La peine minimale obligatoire ne choque pas la conscience ou n'est pas excessive au point de porter atteinte aux normes de la décence. Bien que la peine soit sévère, le seuil élevé de la disproportion exagérée n'est pas atteint.

Premièrement, parmi les cinq situations, seules deux sont raisonnablement prévisibles. Les situations raisonnablement prévisibles sont des situations dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elles se produisent, selon le bon sens et l'expérience judiciaire, comme il est indiqué dans l'arrêt *Hills*. La première situation hypothétique raisonnable porte sur un Autochtone âgé de 21 ans qui souffre d'alcoolisme et est atteint de l'ensemble des troubles causés par l'alcoolisation fœtale, et qui se trouve dans un état d'ébriété extrême et est couché face contre terre dans un banc de neige lorsqu'une bonne samaritaine s'arrête pour l'aider. Il empoigne la femme, met la main à sa propre ceinture pour lui faire voir un fusil à balles BB et saisit le sac à main de celle-ci. Le fusil à balles BB fonctionne et est susceptible de crever un œil, mais il n'est pas chargé. La deuxième situation hypothétique raisonnable porte sur un Autochtone âgé de 26 ans, qui souffre de toxicomanie et de schizophrénie et qui a un casier judiciaire peu chargé. Lors d'une rencontre avec son trafiquant de drogue dans un stationnement, il sort un pistolet à air comprimé, le pointe en direction de son trafiquant et prend quelques comprimés de méthamphétamine.

De plus, deux situations hypothétiques tirées de décisions publiées sont raisonnablement prévisibles. Les deux affaires portaient sur de jeunes personnes délinquantes impliquées dans des vols qualifiés commis dans des dépanneurs : une Autochtone âgée de 18 ans, qui avait plaidé coupable en tant que participante à un vol qualifié dans un dépanneur, où l'auteur principal de l'infraction avait utilisé une fausse arme à feu; et un jeune délinquant âgé de 18 ans qui avait utilisé un fusil à balles BB pour perpétrer un vol qualifié et qui a plaidé coupable.

Quant à la première étape de la démarche, une peine de deux ans à deux ans et demi d'emprisonnement est une peine juste et proportionnée dans ces situations raisonnablement

These scenarios involved street muggings, an offence with a sentencing range around 12 to 18 months, along with the use of a weapon and, in particular, a firearm, which is an aggravating factor. Furthermore, they involved the application of force to the victim, a degree of planning and a prior criminal record. There is also the serious public safety risk involved in using a firearm to settle a drug dispute, a consideration that supports a significant sentence. Nevertheless, the moral blameworthiness of offenders is attenuated when mental health and addiction issues underlay their actions, as well as any applicable *Gladue* considerations.

With respect to the second part of the two-stage inquiry, the mandatory minimum is not grossly disproportionate in these reasonably foreseeable scenarios. Regarding the scope and reach of the offence, the scenarios do not demonstrate the mandatory minimum sentence casts too broad of a net and captures offenders with low culpability. The offence's *mens rea* and *actus reus* apply to a relatively narrow set of violent behaviours, and conviction requires a deliberate and specific act with a defined harm. From the standpoint of public safety, there is not a dramatic difference between robbing a person with a conventional firearm and an air-powered firearm. Z's scenarios do not establish s. 344(1)(a.1) applies in circumstances involving little or no danger to the public or little or no fault. The distinctions between the lethality of the firearms involved, or the fact of party liability, do not establish dramatically different degrees of severity in the context of this offence. In all these scenarios, in order to steal, an offender makes a conscious choice to place another person at risk of life-altering injury and significant psychological trauma. However, the effects of the penalty on the offender are severe. The individual circumstances of the hypothetical offenders indicate the period of incarceration required under s. 344(1)(a.1) would likely result in severe detrimental effects. Finally, an inquiry into the penalty and its objectives reveals the analysis for s. 344(1)(a.1) and s. 344(1)(a)(i) is similar. Parliament chose to impose the strong moral condemnation that a substantial prison sentence signals, which is reasonable given the offenders' choice to put public safety at risk offends basic moral values. Greater deference to Parliament's decision to enact the mandatory minimum is therefore warranted.

prévisibles. Ces situations comportaient des vols impliquant de la violence dans la rue, une infraction dont la fourchette de peines est d'environ 12 à 18 mois, en plus de l'utilisation d'une arme, en particulier une arme à feu, ce qui est un facteur aggravant. De plus, elles comportaient l'emploi de la force envers la victime, un degré de planification et un casier judiciaire. L'utilisation d'une arme à feu pour régler une dispute liée à la drogue présente aussi un risque grave pour la sécurité publique, une considération qui justifie une lourde peine. Néanmoins, la culpabilité morale des personnes délinquantes est atténuée lorsque des problèmes de santé mentale et de dépendance sous-tendent leurs gestes, ainsi que tout facteur applicable énoncé dans l'arrêt *Gladue*.

Quant à la deuxième étape de la démarche, le minimum obligatoire n'est pas exagérément disproportionné dans ces situations raisonnablement prévisibles. Pour ce qui est de la portée et de l'étendue de l'infraction, les situations ne démontrent pas que la peine minimale obligatoire ratisse trop large et englobe des personnes délinquantes dont la culpabilité morale est peu élevée. La *mens rea* et l'*actus reus* de cette infraction s'appliquent à un ensemble relativement limité de comportements violents, et la personne délinquante doit avoir fait de manière délibérée un acte précis ayant entraîné un préjudice déterminé pour être déclarée coupable. Du point de vue de la sécurité publique, il n'y a pas de différence considérable entre la perpétration d'un vol qualifié avec une arme à feu conventionnelle et une arme à air comprimé. Les situations invoquées par Z n'établissent pas que l'al. 344(1)a.1) s'applique dans des circonstances ne comportant que peu ou pas de danger pour le public ou peu ou pas de faute. Les distinctions entre la létalité des armes à feu en cause, ou la responsabilité en tant que participant, n'établissent pas des degrés de gravité radicalement différents dans le contexte de cette infraction. Dans toutes ces situations, pour voler, une personne délinquante fait le choix conscient de mettre une autre personne à risque de blessures graves et d'un traumatisme psychologique considérable. Toutefois, les effets de la peine sur la personne délinquante sont graves. La situation personnelle de la personne délinquante hypothétique indique que la période d'incarcération exigée par l'al. 344(1)a.1) pourrait vraisemblablement entraîner de graves effets néfastes. Finalement, un examen de la peine et de ses objectifs révèle que l'analyse fondée sur l'al. 344(1)a.1) et celle fondée sur le sous-al. 344(1)a(i) sont semblables. Le Parlement a choisi d'imposer la condamnation morale forte qu'une lourde peine d'emprisonnement signale, ce qui est raisonnable vu que le choix des personnes délinquantes de mettre à risque la sécurité publique contrevient aux valeurs morales fondamentales. Il convient donc de faire preuve d'une plus grande déférence à l'égard de la décision du Parlement d'édicter un minimum obligatoire.

Per Côté J.: There is agreement with the majority's disposition of the appeal. However, for the reasons outlined in the dissent in *Hills*, there is disagreement with the majority's new three-part test for gross disproportionality at the second stage of the established framework. Applying this established legal framework, the mandatory minimum sentences prescribed by s. 344(1)(a)(i) and s. 344(1)(a.1) are not so excessive as to outrage standards of decency or shock the conscience of Canadians.

Per Karakatsanis and Jamal JJ. (dissenting): The appeal should be dismissed. Sections 344(1)(a)(i) and 344(1)(a.1) of the *Criminal Code* violate the constitutional guarantee against cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter*. They cannot be saved under s. 1, and should be declared of no force and effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

The five-year sentence set out in s. 344(1)(a)(i) is grossly disproportionate for H. The sentencing judge correctly considered the facts, case law, and relevant sentencing objectives to determine that two years less a day was a fit and proportionate sentence in H's circumstances. This determination is owed deference. In assessing a fit sentence, courts must not indiscriminately adhere to starting points, completely eliminate the prospect of rehabilitation, or distort the gravity of the offence by dismissing relevant facts (such as whether a firearm was loaded). The sentencing judge balanced the serious aggravating factors on H's sentence against his tragic personal circumstances, including abandonment by his parents, being raised by his paternal grandparents (both residential school survivors), and a childhood and adolescence marked by poverty, a fractured family unit, physical abuse, and substance dependency. These circumstances are precisely the kind of background or systemic factors that the Court has recognized as having a mitigating effect in sentencing, and it is imperative that sentencing judges appropriately consider the unique social issues facing Indigenous peoples in Canada. It shocks the conscience to send a youthful Indigenous offender to prison for five years when, as the sentencing judge determined, doing so would harm both the offender and society. Moreover, a sentence that is double or nearly double a fit sentence is grossly disproportionate in violation of s. 12 of the *Charter*. It is hard to fathom how such a sentence would not shock the conscience of Canadians. A five-year sentence does not accord with a purposive reading of s. 12, nor is it alive to the profound consequences of any incarceration on an offender's life and liberty, let alone the secondary impacts on the offender and the offender's family. Even if

La juge Côté : Il y a accord avec la majorité quant au dispositif de l'appel. Toutefois, pour les motifs exposés en dissidence dans l'arrêt *Hills*, il y a désaccord avec le nouveau test à trois étapes élaboré par la majorité relativement à la disproportion exagérée à la seconde étape du cadre d'analyse existant. Il découle de l'application de ce cadre juridique que la peine minimale obligatoire prévue au sous-al. 344(1)a(i) et celle prescrite à l'al. 344(1)a.1) ne sont pas excessives au point de porter atteinte aux normes de la décence ou de choquer la conscience des Canadiens.

Les juges Karakatsanis et Jamal (dissidents) : Le pourvoi devrait être rejeté. Le sous-alinéa 344(1)a(i) et l'al. 344(1)a.1) du *Code criminel* violent la garantie constitutionnelle contre les peines cruelles et inusitées établie à l'art. 12 de la *Charte*. Ces peines ne peuvent être sauvegardées par application de l'article premier, et elles devraient être déclarées inopérantes en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

La peine de cinq ans énoncée au sous-al. 344(1)a(i) est exagérément disproportionnée dans le cas de H. Le juge chargé de la détermination de la peine a correctement examiné les faits, la jurisprudence ainsi que les objectifs de détermination de la peine pertinents avant de conclure qu'une peine de deux ans moins un jour était juste et proportionnée eu égard à la situation de H. Cette conclusion commande la déférence. Dans la détermination d'une peine juste, les tribunaux ne doivent pas suivre systématiquement des points de départ, éliminer complètement toute perspective de réinsertion sociale ou encore déformer la gravité de l'infraction en écartant des faits pertinents (par exemple le fait que l'arme à feu était chargée ou non). Dans la détermination de la peine de H, le juge a mis en balance les facteurs aggravants importants ainsi que les circonstances personnelles tragiques de celui-ci, notamment le fait qu'il a été abandonné par ses parents, qu'il a été élevé par ses grands-parents paternels (tous deux des survivants des pensionnats autochtones) et qu'il a eu une enfance et une adolescence marquées par la pauvreté, une cellule familiale brisée, des abus physiques et une dépendance à des substances. Ces circonstances sont précisément le genre de contexte ou de facteurs systémiques que la Cour a reconnu comme étant atténuants lors de la détermination de la peine, et il est impérieux que les juges chargés de déterminer les peines considèrent de manière appropriée les conditions sociales particulières auxquelles sont exposés les peuples autochtones au Canada. Il choquerait la conscience d'envoyer un jeune délinquant autochtone en prison pendant cinq ans alors que, comme a déterminé le juge de la peine, une telle décision serait préjudiciable tant au délinquant qu'à la société. De plus, une sentence

a fit sentence for H were three years in jail, a sentence of five years would still be grossly disproportionate.

The four-year mandatory minimum sentence under s. 344(1)(a.1) is also grossly disproportionate. It is unconstitutionally broad and foreseeably applies to a wide range of situations, including those where the offender may be young, substance dependent, assisting the principal offender, or using a firearm like a BB gun. Applying that mandatory minimum in some of these situations would be so excessive as to outrage standards of decency. A four-year sentence reaches beyond the classic instance of robbery with a firearm and captures less egregious conduct. While the objective gravity of robbery with a firearm is always serious, the gravity of the particular offence committed depends on the circumstances surrounding the offence and varies considerably. A wide range of people commit armed robberies. Considering personal characteristics and circumstances sheds light on the reasonably foreseeable scope of the law and reflects the inherently individualized nature of sentencing and how proportionality involves an assessment of both the gravity of the offence and the blameworthiness of the offender. This ensures that s. 12 responds to the everyday composition of offenders in the criminal justice system. Given the breadth of the definition of a firearm (including BB guns, paintball guns, and nail guns), the range of conduct captured by the offence (including the degree and nature of involvement in the crime, the level of violence, and the level of sophistication), as well as the prevalence of important, often intersecting, personal circumstances (including Indigeneity, youth, substance dependency, and rehabilitation efforts), it is reasonably foreseeable that a four-year penitentiary sentence would be grossly disproportionate for some offenders.

qui représente le double ou presque d'une peine juste est exagérément disproportionnée et viole l'art. 12 de la *Charte*. Il est difficile de concevoir comment une telle peine ne choquerait pas la conscience des Canadiens. Une peine de cinq ans n'est pas compatible avec une interprétation téléologique de l'art. 12 et ne tient pas non plus compte des profondes conséquences que toute incarcération aurait sur la vie et la liberté d'un délinquant, sans compter les répercussions connexes qu'elle aurait pour ce dernier et sa famille. Même si une peine juste dans le cas de H était une peine de trois ans, une peine de cinq ans serait tout de même exagérément disproportionnée.

La peine minimale obligatoire de quatre ans prévue à l'al. 344(1)a.1) est elle aussi exagérément disproportionnée. Elle a une portée inconstitutionnellement large et s'applique de manière prévisible à un large éventail de situations, y compris des cas où le délinquant peut être jeune, être dépendant à des substances ou avoir aidé le délinquant principal ou fait usage d'une arme à feu tel un fusil à balles BB. Infliger cette peine minimale obligatoire dans certaines de ces situations serait excessif au point de porter atteinte aux normes de la décence. Une peine de quatre ans va au-delà de l'exemple classique d'un vol qualifié commis avec usage d'une arme à feu et vise aussi des conduites moins extrêmes. Bien que la gravité objective d'un vol qualifié perpétré avec une arme à feu soit toujours importante, la gravité de l'infraction commise dépend des circonstances entourant l'infraction et varie considérablement. Un large éventail de personnes commettent des vols à main armée. La prise en considération de telles circonstances et caractéristiques personnelles éclaire sur la portée raisonnablement prévisible du texte de loi et reflète la nature intrinsèquement individualisée de la détermination de la peine et la manière dont la proportionnalité implique une évaluation tant de la gravité de l'infraction que de la culpabilité morale du délinquant. Cela fait en sorte que l'art. 12 tient compte de la composition courante des délinquants du système de justice pénale. Vu la portée de la définition du terme arme à feu (qui inclut les fusils à balles BB, les fusils de paintball et les fusils à clous), la gamme de conduites visées par l'infraction (y compris le degré de participation au crime et la nature de cette participation, le niveau de violence et le niveau de sophistication), ainsi que la fréquence de certaines circonstances personnelles, circonstances qui s'entrecroisent souvent (notamment l'autochtonité, la jeunesse, les dépendances à diverses substances et les efforts de réinsertion sociale), il est raisonnablement prévisible qu'une peine de quatre ans dans un pénitencier constituerait une peine exagérément disproportionnée pour certains délinquants.

Cases Cited

By Martin J.

Applied: *R. v. Hills*, 2023 SCC 2, [2023] 1 S.C.R. 6; **referred to:** *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, aff'd 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. McDonald* (1998), 40 O.R. (3d) 641; *R. v. Lapierre* (1998), 123 C.C.C. (3d) 332; *R. v. McIvor*, 2018 MBCA 29, [2018] 5 W.W.R. 139; *R. v. Pelletier* (1992), 71 C.C.C. (3d) 438; *R. v. Strong* (1990), 111 A.R. 12; *R. v. Nadolnick*, 2003 ABCA 363, 339 A.R. 348; *R. v. Roberts*, 2016 NLTD(G) 18, 377 Nfld. & P.E.I.R. 174; *Lafrance v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 201; *R. v. Dorosh*, 2003 SKCA 134, [2004] 8 W.W.R. 613; *R. v. Watson*, 2008 ONCA 614, 240 O.A.C. 370; *R. v. D. (A.)*, 2003 BCCA 106, 173 C.C.C. (3d) 177; *R. v. Covin*, [1983] 1 S.C.R. 725; *McGuigan v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 284; *R. v. Steele*, 2007 SCC 36, [2007] 3 S.C.R. 3; *R. v. Purcell*, 2007 ONCA 101, 220 O.A.C. 207; *R. v. Johnas* (1982), 41 A.R. 183; *R. v. Hills*, 2020 ABCA 263, 9 Alta. L.R. (7th) 226; *R. v. Bissonnette*, 2022 SCC 23, [2022] 1 S.C.R. 597; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206; *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3; *R. v. Wiles*, 2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385; *R. v. Felawka*, [1993] 4 S.C.R. 199; *R. v. Al-Isawi*, 2017 BCCA 163, 348 C.C.C. (3d) 524; *R. v. Stewart*, 2010 BCCA 153, 253 C.C.C. (3d) 301; *R. v. Uniat*, 2015 ONCA 197; *R. v. Breese*, 2021 ONSC 1611; *R. v. John*, 2016 ONSC 396; *R. v. Stoddart*, [2005] O.J. No. 6076 (QL), 2005 CarswellOnt 6523 (WL), aff'd 2007 ONCA 139, 221 O.A.C. 108; *R. v. Asif*, 2020 ONSC 1403; *R. v. Charley*, 2019 ONSC 6490; *Quebec (Attorney General) v. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 SCC 32, [2020] 3 S.C.R. 426; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Parranto*, 2021 SCC 46, [2021] 3 S.C.R. 366; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *R. v. Jones*, 2012 ONCA 609; *R. v. Maytwayashing*, 2018 MBCA 36; *R. v. Agin*, 2018 BCCA 133, 361 C.C.C. (3d) 258; *R. v. D. (Q.)* (2005), 199 C.C.C. (3d) 490; *R. v. Marshall*, 2015 ONCA 692, 340 O.A.C. 201; *R. v. Bellissimo*, 2009 ONCA 49; *R. v. Brown*, 2010 ONCA 745, 277 O.A.C. 233; *R. v. Mark*, 2018 ONSC 447; *R. v. Thavakularatnam*, 2018 ONSC 2380; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Smart*, 2014 ABPC 175, 595 A.R. 266; *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411; *R. v. Link*, 2012 MBPC 25, 276 Man. R. (2d) 157; *R. v. Delchev*, 2014 ONCA 448, 323

Jurisprudence

Citée par la juge Martin

Arrêt appliqué : *R. c. Hills*, 2023 CSC 2, [2023] 1 R.C.S. 6; **arrêts mentionnés :** *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, conf. 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. McDonald* (1998), 40 O.R. (3d) 641; *Lapierre c. R.*, [1998] R.J.Q. 677; *R. c. McIvor*, 2018 MBCA 29, [2018] 5 W.W.R. 139; *R. c. Pelletier* (1992), 44 Q.A.C. 168; *R. c. Strong* (1990), 111 A.R. 12; *R. c. Nadolnick*, 2003 ABCA 363, 339 A.R. 348; *R. c. Roberts*, 2016 NLTD(G) 18, 377 Nfld. & P.E.I.R. 174; *Lafrance c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 201; *R. c. Dorosh*, 2003 SKCA 134, [2004] 8 W.W.R. 613; *R. c. Watson*, 2008 ONCA 614, 240 O.A.C. 370; *R. c. D. (A.)*, 2003 BCCA 106, 173 C.C.C. (3d) 177; *R. c. Covin*, [1983] 1 R.C.S. 725; *McGuigan c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 284; *R. c. Steele*, 2007 CSC 36, [2007] 3 R.C.S. 3; *R. c. Purcell*, 2007 ONCA 101, 220 O.A.C. 207; *R. c. Johnas* (1982), 41 A.R. 183; *R. c. Hills*, 2020 ABCA 263, 9 Alta. L.R. (7th) 226; *R. c. Bissonnette*, 2022 CSC 23, [2022] 1 R.C.S. 597; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206; *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3; *R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385; *R. c. Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 199; *R. c. Al-Isawi*, 2017 BCCA 163, 348 C.C.C. (3d) 524; *R. c. Stewart*, 2010 BCCA 153, 253 C.C.C. (3d) 301; *R. c. Uniat*, 2015 ONCA 197; *R. c. Breese*, 2021 ONSC 1611; *R. c. John*, 2016 ONSC 396; *R. c. Stoddart*, [2005] O.J. No. 6076 (QL), 2005 CarswellOnt 6523 (WL), conf. par 2007 ONCA 139, 221 O.A.C. 108; *R. c. Asif*, 2020 ONSC 1403; *R. c. Charley*, 2019 ONSC 6490; *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32, [2020] 3 R.C.S. 426; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Parranto*, 2021 CSC 46, [2021] 3 R.C.S. 366; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. Jones*, 2012 ONCA 609; *R. c. Maytwayashing*, 2018 MBCA 36; *R. c. Agin*, 2018 BCCA 133, 361 C.C.C. (3d) 258; *R. c. D. (Q.)* (2005), 199 C.C.C. (3d) 490; *R. c. Marshall*, 2015 ONCA 692, 340 O.A.C. 201; *R. c. Bellissimo*, 2009 ONCA 49; *R. c. Brown*, 2010 ONCA 745, 277 O.A.C. 233; *R. c. Mark*, 2018 ONSC 447; *R. c. Thavakularatnam*, 2018 ONSC 2380; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Smart*, 2014 ABPC 175, 595 A.R. 266; *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411; *R. c. Link*, 2012 MBPC 25, 276 Man. R. (2d) 157; *R. c. Delchev*, 2014

O.A.C. 19; *R. v. McIntyre*, 2019 ONCA 161, 429 C.R.R. (2d) 346; *R. v. Wust* (1998), 125 C.C.C. (3d) 43; *R. v. Bernarde*, 2018 NWTCA 7; *R. v. Overacker*, 2005 ABCA 150, 367 A.R. 250; *R. v. Hennessey*, 2010 ABCA 274, 490 A.R. 35; *R. v. Vu*, 2012 SCC 40, [2012] 2 S.C.R. 411; *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652; *R. v. Price* (2000), 144 C.C.C. (3d) 343; *R. v. Church* (1985), 7 Cr. App. R. (S.) 370; *R. v. Wallace* (1973), 11 C.C.C. (2d) 95; *R. v. Folino* (2005), 77 O.R. (3d) 641; *R. v. Dedekere*, 2017 ONCA 799, 15 M.V.R. (7th) 177; *R. v. Batisse*, 2009 ONCA 114, 93 O.R. (3d) 643; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. McMillan*, 2016 MBCA 12, 326 Man. R. (2d) 56; *R. v. Shi*, 2015 ONCA 646.

By Côté J.

Referred to: *R. v. Hills*, 2023 SCC 2, [2023] 1 S.C.R. 6; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Bissonnette*, 2022 SCC 23, [2022] 1 S.C.R. 597; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130.

By Karakatsanis and Jamal JJ. (dissenting)

R. v. Lloyd, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *R. v. Hills*, 2023 SCC 2, [2023] 1 S.C.R. 6; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *R. v. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Johnas* (1982), 41 A.R. 183; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Bissonnette*, 2022 SCC 23, [2022] 1 S.C.R. 597; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *R. v. Parranto*, 2021 SCC 46, [2021] 3 S.C.R. 366; *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424; *R. v. Steele*, 2007 SCC 36, [2007] 3 S.C.R. 3; *R. v. Covin*, [1983] 1 S.C.R. 725; *R. v. Dunn*, 2013 ONCA 539, 117 O.R. (3d) 171, aff'd 2014 SCC 69, [2014] 3 S.C.R. 490; *R. v. Matwiy* (1996), 178 A.R. 356; *R. v. Smart*, 2014 ABPC 175, 595 A.R. 266; *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411; *R. v. Link*, 2012 MBPC 25, 276 Man. R. (2d) 157.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code and the Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 2022, c. 15.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 “firearm”, “steal”, 21, 84(1), (3), 85, 117.01(1), 244.2(1)(a), (3)(b), Part IX, 343, 344, 718, 718.1, 718.2.
Firearms Act, S.C. 1995, c. 39, ss. 12, 139, 149.

ONCA 448, 323 O.A.C. 19; *R. c. McIntyre*, 2019 ONCA 161, 429 C.R.R. (2d) 346; *R. c. Wust* (1998), 125 C.C.C. (3d) 43; *R. c. Bernarde*, 2018 NWTCA 7; *R. c. Overacker*, 2005 ABCA 150, 367 A.R. 250; *R. c. Hennessey*, 2010 ABCA 274, 490 A.R. 35; *R. c. Vu*, 2012 CSC 40, [2012] 2 R.C.S. 411; *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652; *R. c. Price* (2000), 144 C.C.C. (3d) 343; *R. c. Church* (1985), 7 Cr. App. R. (S.) 370; *R. c. Wallace* (1973), 11 C.C.C. (2d) 95; *R. c. Folino* (2005), 77 O.R. (3d) 641; *R. c. Dedekere*, 2017 ONCA 799, 15 M.V.R. (7th) 177; *R. c. Batisse*, 2009 ONCA 114, 93 O.R. (3d) 643; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. McMillan*, 2016 MBCA 12, 326 Man. R. (2d) 56; *R. c. Shi*, 2015 ONCA 646.

Citée par la juge Côté

Arrêts mentionnés : *R. c. Hills*, 2023 CSC 2, [2023] 1 R.C.S. 6; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Bissonnette*, 2022 CSC 203, [2022] 1 R.C.S. 597; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130.

Citée par les juges Karakatsanis et Jamal (dissidents)

R. c. Lloyd, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *R. c. Hills*, 2023 CSC 2, [2023] 1 R.C.S. 6; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *R. c. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Johnas* (1982), 41 A.R. 183; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Bissonnette*, 2022 CSC 23, [2022] 1 R.C.S. 597; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. Parranto*, 2021 CSC 46, [2021] 3 R.C.S. 366; *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424; *R. c. Steele*, 2007 CSC 36, [2007] 3 R.C.S. 3; *R. c. Covin*, [1983] 1 R.C.S. 725; *R. c. Dunn*, 2013 ONCA 539, 117 O.R. (3d) 171, conf. par 2014 CSC 69, [2014] 3 R.C.S. 490; *R. c. Matwiy* (1996), 178 A.R. 356; *R. c. Smart*, 2014 ABPC 175, 595 A.R. 266; *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411; *R. c. Link*, 2012 MBPC 25, 276 Man. R. (2d) 157.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 2 « arme à feu », « voler », 21, 84(1), (3), 85, 117.01(1), 244.2(1)(a), (3)(b), partie IX, 343, 344, 718, 718.1, 718.2.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi modifiant le Code criminel et la Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 2022, c. 15.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 76.

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 92.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 76.

Authors Cited

Canada. Office of the Correctional Investigator. *Annual Report 2021-2022*. Ottawa, 2022.
 Mangat, Raji. *More Than We Can Afford: The Costs of Mandatory Minimum Sentencing*. Vancouver: British Columbia Civil Liberties Association, 2014.
 Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2015.
 Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 10th ed. Toronto: LexisNexis, 2020.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Wakeling, Strekaf and Feehan JJ.A.), 2020 ABCA 332, 14 Alta. L.R. (7th) 245, 394 C.C.C. (3d) 179, [2021] 1 W.W.R. 637, 473 C.R.R. (2d) 107, [2020] A.J. No. 987 (QL), 2020 CarswellAlta 1681 (WL), affirming a declaration of unconstitutionality of s. 344(1)(a)(i) of the *Criminal Code* and varying a sentence entered by Dunlop J., 2018 ABQB 526, 75 Alta. L.R. (6th) 359, 414 C.R.R. (2d) 327, [2018] A.J. No. 861 (QL), 2018 CarswellAlta 1350 (WL). Appeal allowed, Karakatsanis and Jamal JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Wakeling, Strekaf and Feehan JJ.A.), 2020 ABCA 332, 14 Alta. L.R. (7th) 245, 394 C.C.C. (3d) 179, [2021] 1 W.W.R. 637, 473 C.R.R. (2d) 107, [2020] A.J. No. 987 (QL), 2020 CarswellAlta 1681 (WL), affirming a declaration of unconstitutionality of s. 344(1)(a.1) of the *Criminal Code* and a sentence entered by Yungwirth J., 2019 ABQB 322, 95 Alta. L.R. (6th) 386, [2020] 5 W.W.R. 305, 434 C.R.R. (2d) 45, [2019] A.J. No. 553 (QL), 2019 CarswellAlta 829 (WL). Appeal allowed, Karakatsanis and Jamal JJ. dissenting.

Andrew Barg, for the appellant.

Paul Moreau, for the respondent Ocean William Storm Hilbach.

Loi sur les armes à feu, L.C. 1995, c. 39, art. 12, 139, 149.
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règle 92.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Bureau de l'enquêteur correctionnel. *Rapport annuel 2021-2022*, Ottawa, 2022.
 Mangat, Raji. *More Than We Can Afford : The Costs of Mandatory Minimum Sentencing*, Vancouver, British Columbia Civil Liberties Association, 2014.
 Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law*, 5th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2015.
 Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 10th ed., Toronto, LexisNexis, 2020.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Wakeling, Strekaf et Feehan), 2020 ABCA 332, 14 Alta. L.R. (7th) 245, 394 C.C.C. (3d) 179, [2021] 1 W.W.R. 637, 473 C.R.R. (2d) 107, [2020] A.J. No. 987 (QL), 2020 CarswellAlta 1681 (WL), qui a confirmé la déclaration d'inconstitutionnalité du sous-al. 344(1)a(i) du *Code criminel* et modifié la peine inscrite par le juge Dunlop, 2018 ABQB 526, 75 Alta. L.R. (6th) 359, 414 C.R.R. (2d) 327, [2018] A.J. No. 861 (QL), 2018 CarswellAlta 1350 (WL). Pourvoi accueilli, les juges Karakatsanis et Jamal sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Wakeling, Strekaf et Feehan), 2020 ABCA 332, 14 Alta. L.R. (7th) 245, 394 C.C.C. (3d) 179, [2021] 1 W.W.R. 637, 473 C.R.R. (2d) 107, [2020] A.J. No. 987 (QL), 2020 CarswellAlta 1681 (WL), qui a confirmé la déclaration d'inconstitutionnalité de l'al. 344(1)a.1) du *Code criminel* et la peine inscrite par la juge Yungwirth, 2019 ABQB 322, 95 Alta. L.R. (6th) 386, [2020] 5 W.W.R. 305, 434 C.R.R. (2d) 45, [2019] A.J. No. 553 (QL), 2019 CarswellAlta 829 (WL). Pourvoi accueilli, les juges Karakatsanis et Jamal sont dissidents.

Andrew Barg, pour l'appelant.

Paul Moreau, pour l'intimé Ocean William Storm Hilbach.

Dane F. Bullerwell and Katherine E. Clackson, as amici curiae.

Janna A. Hyman, for the intervener the Director of Public Prosecutions.

Michael Perlin and Erica Whitford, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Grace Hession David, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Nader R. Hasan and Ryann Atkins, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Eric V. Gottardi, K.C., and Chantelle van Wiltenburg, for the intervener the Canadian Bar Association.

Emily MacKinnon, Amanda G. Manasterski and Stephen Armstrong, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ. was delivered by

MARTIN J. —

I. Introduction

[1] This appeal questions whether the mandatory minimum sentences for robbery imposed in s. 344(1)(a)(i) and (a.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, constitute cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Specifically, Mr. Hilbach challenges the minimum of five years' imprisonment prescribed under s. 344(1)(a)(i) where a robbery is committed with a restricted or prohibited firearm, arguing that it is a grossly disproportionate sentence in regards to his circumstances. Mr. Zwozdesky relies on a set of hypothetical scenarios to challenge the minimum of four years' imprisonment previously imposed by s. 344(1)(a.1) where an ordinary firearm is used. The mandatory minimum sentence prescribed in s. 344(1)(a.1) was repealed after this appeal was heard. Despite this legislative change, these reasons

Dane F. Bullerwell et Katherine E. Clackson, en qualité d'amici curiae.

Janna A. Hyman, pour l'intervenante la directrice des poursuites pénales.

Michael Perlin et Erica Whitford, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Grace Hession David, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Nader R. Hasan et Ryann Atkins, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Eric V. Gottardi, c.r., et Chantelle van Wiltenburg, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Emily MacKinnon, Amanda G. Manasterski et Stephen Armstrong, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Brown, Rowe, Martin et Kasirer rendu par

LA JUGE MARTIN —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi soulève la question de savoir si les peines minimales obligatoires pour vol qualifié prévues au sous-al. 344(1)a)(i) et à l'al. 344(1)a.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, constituent des peines cruelles et inusitées au sens de l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Plus particulièrement, M. Hilbach conteste la peine minimale de cinq ans d'emprisonnement prescrite au sous-al. 344(1)a)(i) lorsqu'un vol qualifié est commis avec une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, soutenant qu'il s'agit d'une peine exagérément disproportionnée au regard de sa situation. Monsieur Zwozdesky s'appuie sur une série de situations hypothétiques pour contester la peine minimale de quatre ans d'emprisonnement auparavant prévue à l'al. 344(1)a.1) lorsqu'une arme à feu ordinaire est utilisée. La peine minimale obligatoire prescrite à

examine the impugned mandatory minimum as previously enacted.

[2] In the companion appeal *R. v. Hills*, 2023 SCC 2, [2023] 1 S.C.R. 6, this Court affirmed and developed the framework applicable to challenges to the constitutionality of a mandatory minimum sentence under s. 12 of the *Charter*. Whether a mandatory minimum is grossly disproportionate will depend upon the scope and reach of the offence, the effects of the penalty on the offender, and the penalty and its objectives. Under this rubric, classic features of offences that lie at either end of the spectrum can be discerned and may provide guidance. For example, some offences, while potentially very serious, can be committed in a wide range of circumstances by a wide range of offenders, including circumstances that are all but innocuous and offenders who are all but morally blameless. As such, they fall within a class of offences for which mandatory minimum sentences are particularly vulnerable to being struck down under s. 12 of the *Charter* as cruel and unusual punishment. This is so because the prescribed mandatory minimum punishment may, in some instances, be so severe and the effects so pronounced, that it results in a grossly disproportionate sentence to the appropriate sentence in a given case (see, e.g., *Hills*; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130).

[3] By contrast, some offences that may carry with them significant mandatory minimum sentences, such as four to five years of imprisonment, are framed in such a way that they cannot be committed in innocuous circumstances by offenders who are all but morally blameless. On the contrary, they are almost always serious and committed by offenders who bear a high degree of moral blameworthiness. Offences that come within this class are narrowly defined and limited in scope, subject and *mens rea*. They regularly involve

l'al. 344(1)a.1) a été abrogée après l'instruction du présent pourvoi. Malgré cette modification législative, les présents motifs abordent la peine minimale obligatoire telle qu'elle a été auparavant adoptée.

[2] Dans le pourvoi connexe *R. c. Hills*, 2023 CSC 2, [2023] 1 R.C.S. 6, notre Cour a confirmé et précisé le cadre d'analyse applicable aux contestations de la constitutionnalité d'une peine minimale obligatoire fondées sur l'art. 12 de la *Charte*. La question de savoir si une peine minimale est exagérément disproportionnée dépendra de la portée et de l'étendue de l'infraction, des effets de la peine sur la personne délinquante et de la peine elle-même et de ses objectifs. À ce chapitre, les caractéristiques classiques des infractions qui se trouvent à l'une ou l'autre des extrémités du spectre peuvent être dégagées et pourraient fournir des indications. Par exemple, certaines infractions, bien que potentiellement très graves, peuvent être commises dans une grande variété de circonstances par un vaste éventail de personnes délinquantes, incluant des circonstances qui sont pratiquement inoffensives et des personnes délinquantes qui sont presque moralement irréprochables. Par conséquent, elles relèvent d'une catégorie d'infractions pour lesquelles les peines minimales obligatoires sont particulièrement susceptibles d'être invalidées sous le régime de l'art. 12 de la *Charte* parce qu'elles constituent des peines cruelles et inusitées. Il en est ainsi parce que la peine minimale obligatoire prescrite peut, dans certains cas, être si sévère et ses effets si prononcés qu'elle donne lieu à une peine exagérément disproportionnée par rapport à la peine appropriée dans un cas donné (voir, p. ex., *Hills*; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130).

[3] En revanche, certaines infractions pouvant entraîner de lourdes peines minimales obligatoires, comme un emprisonnement de quatre à cinq ans, sont formulées de façon à ne pas pouvoir être commises dans des situations inoffensives par des personnes délinquantes qui sont presque moralement irréprochables. Au contraire, elles sont presque toujours graves et commises par des personnes délinquantes qui ont un degré élevé de culpabilité morale. Les infractions qui relèvent de cette catégorie sont définies

acts of violence, threats of violence, or conduct that is inherently dangerous, in circumstances that give rise to a real risk of death or serious bodily harm. Additionally, they require a high level of moral blameworthiness on the part of offenders, be they principals or parties, to sustain a conviction.

[4] For this class of offences, the mandatory minimum sentence could, applying normal sentencing principles, be considered to be too high and demonstrably unfit in some cases. For these offences there is, however, little risk of imposing a sentence that would meet the test for gross disproportionality so long as the mandatory minimum sentence is not grossly disproportionate to sentences that would be appropriate, applying normal sentencing principles, for conduct that could reasonably be expected to fall within its ambit (see, e.g., *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. McDonald* (1998), 40 O.R. (3d) 641 (C.A.); *R. v. Lapierre* (1998), 123 C.C.C. (3d) 332 (Que. C.A.); *R. v. McIvor*, 2018 MBCA 29, [2018] 5 W.W.R. 139).

[5] Of course, not all offences will fall neatly into one or the other of these two classes of offences, and they are not intended to establish any preconditions. Rather, these categories may serve as departure points when deciding whether a particular mandatory minimum sentence is or is not constitutional.

[6] This appeal, and its companion appeal, provide classic examples of these two classes of offences. In *Hills*, the impugned provision imposed a mandatory minimum of four years' imprisonment for an offence that can be committed in a wide range of circumstances by a wide range of offenders. By contrast, the present offence is narrowly defined and limited in scope, subject and *mens rea*. The impugned mandatory minimum sentences apply to conduct that poses a significant risk to the safety of victims and

restrictivement, et la portée, l'objet et la *mens rea* de celles-ci sont limités. Elles comportent régulièrement des actes de violence, des menaces de violence ou des comportements qui sont fondamentalement dangereux, dans des situations qui donnent lieu à un risque réel de décès ou de graves blessures corporelles. De plus, elles exigent un degré élevé de culpabilité morale de la part des personnes délinquantes, qu'elles soient participantes à l'infraction ou auteures principales de celle-ci, pour justifier une déclaration de culpabilité.

[4] Pour cette catégorie d'infractions, la peine minimale obligatoire peut, si l'on applique les principes ordinaires de détermination de la peine, être considérée comme trop lourde et manifestement non indiquée dans certains cas. Toutefois, pour ces infractions, il y a peu de risques qu'une peine satisfaisant au critère de la disproportion exagérée soit infligée, dans la mesure où la peine minimale obligatoire n'est pas exagérément disproportionnée par rapport aux peines qui seraient appropriées, si l'on applique les principes ordinaires de détermination de la peine, pour une conduite dont on pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'elle relève de sa portée (voir, p. ex., *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. McDonald* (1998), 40 O.R. (3d) 641 (C.A.); *Lapierre c. R.* [1998] R.J.Q. 677 (C.A.); *R. c. McIvor*, 2018 MBAC 29, [2018] 5 W.W.R. 139).

[5] Évidemment, ce ne sont pas toutes les infractions qui relèveront clairement de l'une ou l'autre de ces deux catégories d'infractions et celles-ci ne sont pas destinées à établir des conditions préalables. Ces catégories peuvent plutôt servir de point de départ pour décider si une peine minimale obligatoire donnée est constitutionnelle ou non.

[6] Le présent pourvoi, et le pourvoi connexe, fournissent des exemples classiques de ces deux catégories d'infractions. Dans l'affaire *Hills*, la disposition contestée imposait une peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement pour une infraction pouvant être commise dans une grande variété de circonstances par un vaste éventail de personnes délinquantes. En revanche, l'infraction dont il est question en l'espèce est définie restrictivement et la portée, l'objet et la *mens rea* de celle-ci sont limités.

the public. The risk of violence and psychological trauma from *any* robbery involving a firearm is acute. Unlike the offence that was subject to the mandatory minimum sentence at issue in *Hills*, the spectrum of conduct captured by robbery with a firearm is not so wide that the minimums apply in circumstances that involve little danger or moral fault.

[7] Applying the framework in *Hills*, I conclude that neither s. 344(1)(a)(i) nor the former s. 344(1)(a.1) are grossly disproportionate. In enacting the mandatory minimum sentences here, Parliament was free to prioritize deterrence and denunciation. Accordingly, I would allow the appeal in respect of each provision.

II. Legislative Background

[8] The respondents bring challenges under s. 12 of the *Charter* to the mandatory minimum sentences prescribed in s. 344(1)(a)(i) and (a.1) of the *Criminal Code*. The mandatory minimum sentences at issue arise from the commission of the offence of robbery contrary to s. 343 of the *Criminal Code*. Section 343 of the *Criminal Code* defines four ways that the offence of robbery can be committed:

343 Every one commits robbery who

- (a) steals, and for the purpose of extorting whatever is stolen or to prevent or overcome resistance to the stealing, uses violence or threats of violence to a person or property;
- (b) steals from any person and, at the time he steals or immediately before or immediately thereafter, wounds, beats, strikes or uses any personal violence to that person;
- (c) assaults any person with intent to steal from him; or
- (d) steals from any person while armed with an offensive weapon or imitation thereof.

Les peines minimales obligatoires contestées s'appliquent à un comportement qui présente un risque important pour la sécurité des victimes et du public. Le risque de violence et de traumatisme psychologique se rapportant à *tout* vol qualifié commis avec une arme à feu est élevé. À la différence de l'infraction donnant lieu à la peine minimale obligatoire en cause dans l'affaire *Hills*, l'éventail de comportements tombant sous le coup du vol qualifié commis avec une arme à feu n'est pas vaste au point où les peines minimales s'appliquent dans des situations qui présentent peu de danger ou qui comportent une faible faute morale.

[7] Appliquant le cadre d'analyse de l'arrêt *Hills*, je conclus que ni le sous-al. 344(1)a(i) ni l'ancien al. 344(1)a.1 ne sont exagérément disproportionnés. En édictant les peines minimales obligatoires en cause en l'espèce, le Parlement était libre de prioriser la dissuasion et la dénonciation. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi à l'égard de chacune des dispositions.

II. Contexte législatif

[8] S'appuyant sur l'art. 12 de la *Charte*, les intimés contestent les peines minimales obligatoires prescrites au sous-al. 344(1)a(i) et à l'al. 344(1)a.1 du *Code criminel*. Les peines minimales obligatoires en cause découlent de la perpétration de l'infraction de vol qualifié en contravention de l'art. 343 du *Code criminel*. L'article 343 du *Code criminel* définit quatre manières dont l'infraction de vol qualifié peut être commise :

343 Commet un vol qualifié quiconque, selon le cas :

- a) vole et, pour extorquer la chose volée ou empêcher ou maîtriser toute résistance au vol, emploie la violence ou des menaces de violence contre une personne ou des biens;
- b) vole quelqu'un et, au moment où il vole, ou immédiatement avant ou après, blesse, bat ou frappe cette personne ou se porte à des actes de violence contre elle;
- c) se livre à des voies de fait sur une personne avec l'intention de la voler;
- d) vole une personne alors qu'il est muni d'une arme offensive ou d'une imitation d'une telle arme.

[9] While there are four ways in which robbery may be committed, the *actus reus* and *mens rea* requirements make robbery rather distinct: as an offence, it combines an offence against property with one against the person, despite the fact it is included in Part IX of the *Criminal Code*, “Offences Against Rights of Property”. In terms of *actus reus*, the use of violence or force is a prerequisite to a conviction under s. 343(a) to (c), and s. 343(d) requires that the offender be “armed” with an “offensive weapon”. Moreover, three of the four ways in which robbery may be committed (s. 343(a), (b) and (d)) require actual stealing. Its elements thus tend to restrict the offence to a relatively narrow range of serious conduct, which is generally treated severely in sentencing (M. Manning and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (5th ed. 2015), at ¶22.59).

[10] As for its mental elements, robbery carries a double *mens rea* requirement. First, the offender must intend to use violence or force, and in the case of s. 343(d) intend to carry the offensive weapon in question (*R. v. Pelletier* (1992), 71 C.C.C. (3d) 438 (Que. C.A.), at pp. 441-42; *R. v. Strong* (1990), 111 A.R. 12 (C.A.), at para. 33; *R. v. Nadolnick*, 2003 ABCA 363, 339 A.R. 348, at para. 21; *R. v. Roberts*, 2016 NLTD(G) 18, 377 Nfld. & P.E.I.R. 174, at paras. 152-54). Second, whether the robbery involved actual stealing (s. 343(a), (b) and (d)) or simply an intent to steal (s. 343(c)), the offender must have had the requisite *mens rea* for theft given that s. 2 of the *Criminal Code* defines “steal” as “to commit theft”. The *mens rea* requirement for theft involves a fraudulent intent, an absence of any colour of right over the property, and the intent to deprive an owner of their property (*Lafrance v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 201; *R. v. Dorosh*, 2003 SKCA 134, [2004] 8 W.W.R. 613, at para. 14).

[11] Aside from s. 343(d), s. 343 does not create a distinct offence of “armed robbery”. However, where a firearm is used in a robbery under any of the modes

[9] Bien qu’il y ait quatre façons dont un vol qualifié peut être commis, les exigences de l’*actus reus* et de la *mens rea* confèrent au vol qualifié un caractère plutôt particulier : en tant qu’infraction, il combine une infraction contre les biens et une infraction contre la personne, malgré le fait qu’il figure dans la partie IX du *Code criminel*, intitulée « Infractions contre les droits de propriété ». En ce qui concerne l’*actus reus*, l’emploi de la violence ou de la force est une condition préalable à une déclaration de culpabilité au titre des al. 343a) à c), et l’al. 343d) exige que la personne délinquante soit « muni[e] d’une arme offensive ». En outre, trois des quatre façons dont un vol qualifié peut être commis (al. 343a), b) et d)) exigent qu’un vol ait effectivement lieu. Ses éléments tendent donc à restreindre l’infraction à un éventail relativement étroit de comportements graves, qui sont généralement traités sévèrement lors de la détermination de la peine (M. Manning et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law* (5^e éd. 2015), ¶22.59).

[10] En ce qui concerne ses éléments moraux, le vol qualifié comporte une double exigence de *mens rea*. Premièrement, la personne délinquante doit avoir l’intention d’employer la violence ou la force et, dans le cas de l’al. 343d), elle doit avoir l’intention de porter l’arme offensive en question (*R. c. Pelletier* (1992), 44 Q.A.C. 168, par. 6-14; *R. c. Strong* (1990), 111 A.R. 12 (C.A.), par. 33; *R. c. Nadolnick*, 2003 ABCA 363, 339 A.R. 348, par. 21; *R. c. Roberts*, 2016 NLTD(G) 18, 377 Nfld. & P.E.I.R. 174, par. 152-154). Deuxièmement, que le vol qualifié ait réellement comporté un vol (al. 343a), b) et d)) ou simplement une intention de voler (al. 343c)), la personne délinquante doit avoir eu la *mens rea* requise pour le vol, étant donné que l’art. 2 du *Code criminel* définit « voler » comme « [l]e fait de commettre un vol ». La *mens rea* exigée pour le vol comprend une intention frauduleuse, l’absence de droit ou d’apparence de droit sur le bien et l’intention de priver le propriétaire de son bien (*Lafrance c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 201; *R. c. Dorosh*, 2003 SKCA 134, [2004] 8 W.W.R. 613, par. 14).

[11] Hormis l’al. 343d), l’art. 343 ne crée pas d’infraction distincte de « vol à main armée ». Toutefois, lorsqu’une arme à feu est employée dans un vol

in s. 343, s. 344(1) is engaged. Specifically, where a restricted or prohibited firearm is used, an offender is subject to a mandatory five-year term of imprisonment in the case of a first offence (s. 344(1)(a)(i)). Before recent amendments to the *Criminal Code* were enacted in 2022, where the firearm was neither restricted nor prohibited, a mandatory four-year term of imprisonment applied (s. 344(1)(a.1)):

344 (1) Every person who commits robbery is guilty of an indictable offence and liable

(a) if a restricted firearm or prohibited firearm is used in the commission of the offence or if any firearm is used in the commission of the offence and the offence is committed for the benefit of, at the direction of, or in association with, a criminal organization, to imprisonment for life and to a minimum punishment of imprisonment for a term of

(i) in the case of a first offence, five years, and

(ii) in the case of a second or subsequent offence, seven years;

(a.1) in any other case where a firearm is used in the commission of the offence, to imprisonment for life and to a minimum punishment of imprisonment for a term of four years; and

(b) in any other case, to imprisonment for life.

[12] A question which affects the scope of the impugned section arises as to whether s. 344(1) is an offence-creating provision or whether it relates to sentencing alone (*R. v. Watson*, 2008 ONCA 614, 240 O.A.C. 370, at para. 24; *R. v. D. (A.)*, 2003 BCCA 106, 173 C.C.C. (3d) 177, at para. 30). While nothing turns on this issue here, based on its wording and origins, Parliament appears to have modeled s. 344(1) on s. 85(1) of the *Criminal Code*, which makes it an offence to commit an indictable offence using a firearm, and s. 85(3), which previously prescribed a mandatory minimum punishment of one year of imprisonment. The mandatory minimum sentences

qualifié commis selon l'une des manières prévues à l'art. 343, le par. 344(1) entre en jeu. Plus précisément, lorsqu'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte est utilisée, la personne délinquante est passible d'une peine d'emprisonnement obligatoire de cinq ans dans le cas d'une première infraction (sous-al. 344(1)a(i)). Avant l'adoption des modifications récentes au *Code criminel* en 2022, lorsque l'arme à feu n'était ni à autorisation restreinte ni prohibée, une peine obligatoire de quatre ans d'emprisonnement s'appliquait (al. 344(1)a.1)) :

344 (1) Quiconque commet un vol qualifié est coupable d'un acte criminel passible :

a) s'il y a usage d'une arme à feu à autorisation restreinte ou d'une arme à feu prohibée lors de la perpétration de l'infraction, ou s'il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction et que celle-ci est perpétrée au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle ou en association avec elle, de l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant :

(i) de cinq ans, dans le cas d'une première infraction,

(ii) de sept ans, en cas de récidive;

a.1) dans les autres cas où il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction, de l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant de quatre ans;

b) dans les autres cas, de l'emprisonnement à perpétuité.

[12] Une question ayant une incidence sur la portée de la disposition contestée se pose quant à savoir si le par. 344(1) est une disposition créant une infraction ou s'il se rapporte à la seule détermination de la peine (*R. c. Watson*, 2008 ONCA 614, 240 O.A.C. 370, par. 24; *R. c. D. (A.)*, 2003 BCCA 106, 173 C.C.C. (3d) 177, par. 30). Bien que cette question n'ait pas de conséquences en l'espèce, compte tenu du libellé et des origines de cette disposition, le Parlement semble avoir modelé le par. 344(1) en s'inspirant du par. 85(1) du *Code criminel*, qui érige en infraction le fait de commettre un acte criminel en utilisant une arme à feu, et du par. 85(3), qui prescrivait auparavant une peine

in s. 344(1) must be interpreted similarly to s. 85(1) as a result. Section 85(1) reads as follows:

Using firearm in commission of offence

85 (1) Every person commits an offence who uses a firearm, whether or not the person causes or means to cause bodily harm to any person as a result of using the firearm,

(a) while committing an indictable offence, other than an offence under [certain sections, including] 344 (robbery)

[13] Before s. 344's enactment, robbery with a firearm was typically prosecuted by charging an offender with a principal offence, for example armed robbery under the former s. 302, and s. 83 (the then equivalent of s. 85, using a firearm in the commission of the robbery offence; see, e.g., *Lapierre*; *R. v. Covin*, [1983] 1 S.C.R. 725). Section 85(1) was enacted to ensure stiff penalties for offences commonly committed with firearms, like robbery (s. 85(3) of the *Criminal Code*; *McGuigan v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 284, per Dickson J. (as he then was), at pp. 316-17 and 319, referring to the former s. 83).

[14] However, in 1995, after s. 344 was enacted, robbery was exempted from the list of indictable offences that could ground a conviction under s. 85(1) (*Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39, ss. 139 and 149). Evidently, Parliament concluded that a penalty even harsher than the one-year minimum term prescribed by s. 85(3) was warranted where a firearm was used to commit robbery. Section 85's text reinforces the conclusion that it served as the model for s. 344, considering the language of the two provisions is similar. Specifically, s. 85(1) refers to a "person . . . who uses a firearm . . . while committing an indictable offence", while s. 344(1) applies where firearms are "used in the commission of [robbery]".

minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement. Il s'ensuit que les peines minimales obligatoires prévues au par. 344(1) doivent être interprétées de manière similaire au par. 85(1). Celui-ci est ainsi formulé :

Usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'une infraction

85 (1) Commet une infraction quiconque, qu'il cause ou non des lésions corporelles en conséquence ou qu'il ait ou non l'intention d'en causer, utilise une arme à feu :

a) soit lors de la perpétration d'un acte criminel qui ne constitue pas une infraction prévue [à certains articles, y compris à l'article] 344 (vol qualifié) . . .

[13] Avant l'adoption de l'art. 344, les poursuites pour vol qualifié commis avec une arme à feu se faisaient généralement en inculquant la personne délinquante d'une infraction principale, par exemple de vol à main armée qui était prévu à l'ancien art. 302, et de l'infraction prévue à l'art. 83 (l'équivalent de l'actuel art. 85, usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'une infraction de vol qualifié; voir, p. ex., *Lapierre*; *R. c. Covin*, [1983] 1 R.C.S. 725). Le paragraphe 85(1) a été édicté afin d'imposer des peines sévères pour les infractions couramment commises avec des armes à feu, comme le vol qualifié (par. 85(3) du *Code criminel*; *McGuigan c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 284, le juge Dickson (plus tard juge en chef), p. 316-317 et 319, renvoyant à l'ancien art. 83).

[14] Toutefois, en 1995, après l'adoption de l'art. 344, le vol qualifié a été soustrait de la liste des actes criminels pouvant fonder une déclaration de culpabilité au titre du par. 85(1) (*Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, c. 39, art. 139 et 149). De toute évidence, le Parlement avait conclu qu'une peine encore plus rigoureuse que la peine minimale d'un an prescrite par le par. 85(3) était justifiée lorsqu'une arme à feu était employée pour commettre un vol qualifié. Le texte de l'art. 85 renforce la conclusion voulant que cette disposition ait servi de modèle à l'art. 344, étant donné la similarité du texte des deux dispositions. Plus précisément, il est question, au par. 85(1), de « quiconque [. . .] utilise une arme à feu [. . .] lors de la perpétration d'un acte criminel », tandis que le par. 344(1) s'applique à l'usage d'une arme à feu « lors de la perpétration [du vol qualifié] ».

[15] Given Parliament modelled s. 344 on s. 85, the “use” of a firearm ought to be defined consistently across ss. 344 and 85. In *R. v. Steele*, 2007 SCC 36, [2007] 3 S.C.R. 3, this Court observed that an offender “uses” a firearm within the meaning of s. 85(1) where the weapon is in the physical possession of the offender or readily at hand, and “to facilitate the commission of an offence or for purposes of escape, the offender reveals by words or conduct the *actual presence* or *immediate availability* of a firearm” (para. 32 (emphasis in original)).

[16] The requirement to “use” a firearm further narrows the scope of s. 344(1)(a)(i) and (a.1) and applies only where a firearm is used to threaten violence or force in a robbery. Mere possession of a firearm does not constitute “using” a firearm (*Steele*, at paras. 25-28). This precludes, for instance, the mandatory minimum sentences from applying where an offender merely possessed the firearm and was technically “armed” within the meaning of s. 343(d). Moreover, “use” implies a degree of subjective fault. The offender must intend to use the firearm while committing, or escaping after committing, the offence (*R. v. Purcell*, 2007 ONCA 101, 220 O.A.C. 207, at paras. 16-18).

[17] In addition, s. 344 incorporates the definition of a “firearm” in the *Criminal Code*, as well as the terms “prohibited firearm” and “restricted firearm”. A “firearm” is defined at s. 2 to mean “a barrelled weapon from which any shot, bullet or other projectile can be discharged and that is capable of causing serious bodily injury or death to a person”. “Prohibited firearms” and “restricted firearms” are two specific classes of firearms subject to strict regulation under both the *Firearms Act* and the *Criminal Code*. Prohibited firearms include short-barrelled handguns, sawed-off rifles and shotguns, and automatic firearms (*Criminal Code*, s. 84(1); *Nur*, at para. 7). The possession of a prohibited firearm is unlawful, unless the individual possessed the firearm before the prohibition coming into force (*Firearms Act*, s. 12; *Nur*, at para. 7). Restricted firearms are “inherently dangerous and are

[15] Puisque le Parlement a modelé l’art. 344 en s’inspirant de l’art. 85, l’« usage » d’une arme à feu devrait recevoir la même définition aux art. 344 et 85. Dans l’arrêt *R. c. Steele*, 2007 CSC 36, [2007] 3 R.C.S. 3, notre Cour a affirmé qu’une personne délinquante « utilise » une arme à feu au sens du par. 85(1) lorsque l’arme est en sa possession physique ou à portée de main, et lorsque « pour faciliter la perpétration d’un crime ou pour prendre la fuite, [elle] révèle par ses propos ou ses gestes la *présence réelle* d’une arme à feu ou sa *disponibilité immédiate* » (par. 32 (en italique dans l’original)).

[16] L’exigence qu’il y ait « usage » d’une arme à feu restreint davantage la portée du sous-al. 344(1)a)(i) et de l’al. 344(1)a.1) et ne s’applique que si une arme à feu est utilisée pour menacer de violence ou de force lors d’un vol qualifié. Le simple fait de posséder une arme à feu n’équivaut pas à « utiliser » une arme à feu (*Steele*, par. 25-28). Cela empêche, par exemple, l’application des peines minimales obligatoires lorsqu’une personne délinquante avait simplement en sa possession une arme à feu et qu’elle était, en théorie, « muni[e] d’une arme » au sens de l’al. 343d). Qui plus est, l’« usage » suppose un degré de faute subjective. La personne délinquante doit avoir l’intention d’utiliser l’arme à feu pendant qu’elle commet l’infraction ou qu’elle prend la fuite après l’avoir commise (*R. c. Purcell*, 2007 ONCA 101, 220 O.A.C. 207, par. 16-18).

[17] De plus, l’art. 344 incorpore la définition d’une « arme à feu » dans le *Code criminel*, ainsi que les expressions « arme à feu prohibée » et « arme à feu à autorisation restreinte ». Une « arme à feu » est définie à l’art. 2 comme étant « [t]oute arme susceptible, grâce à un canon qui permet de tirer du plomb, des balles ou tout autre projectile, d’infliger des lésions corporelles graves ou la mort à une personne ». Les « armes à feu prohibées » et les « armes à feu à autorisation restreinte » sont deux catégories particulières d’armes à feu soumises à une réglementation stricte sous le régime de la *Loi sur les armes à feu* et du *Code criminel*. Les armes à feu prohibées comprennent les armes de poing pourvues d’un canon court, les carabines et les fusils de chasse à canon tronqué et les armes à feu automatiques (*Code criminel*, par. 84(1); *Nur*, par. 7). La possession d’une arme à feu prohibée est

commonly used in criminal activity”. They include any handgun that is not a prohibited firearm, some semi-automatic firearms, and some firearms that are less than a specified length (*Nur*, at para. 7; *Criminal Code*, s. 84(1)).

[18] Firearms that are neither prohibited nor restricted fall into a residual category of firearms that can be possessed with fewer constraints. This residual category includes ordinary firearms, like hunting rifles, that are subject to the licensing regime in the *Firearms Act*. Others are exempted from the *Firearms Act* under s. 84(3) of the *Criminal Code*, owing to their reduced muzzle velocity. Some exempted firearms include air-powered devices like paintball guns and BB guns. These air-powered devices constitute “firearms” within the meaning of the *Criminal Code* since they can still cause serious bodily injury (*Hills*, at paras. 13-14). The distinctions within Canada’s regulatory scheme for firearms underlie the arguments advanced by the parties before this Court on the constitutionality of the mandatory minimums.

[19] Having set out the legislative background of the mandatory minimum sentences at issue, I turn to the facts and judicial history that led to this appeal.

III. Judicial and Legislative History

A. *R. v. Hilbach*, *Alberta Court of Queen’s Bench*, 2018 ABQB 526, 75 Alta. L.R. (6th) 359

[20] On June 9, 2017, Mr. Hilbach and a 13-year-old accomplice robbed a convenience store in Edmonton with an unloaded sawed-off rifle. With his face concealed, Mr. Hilbach pointed the rifle at two employees and demanded cash while his accomplice punched

illégal, à moins que la personne possédait l’arme à feu avant l’entrée en vigueur de l’interdiction (*Loi sur les armes à feu*, art. 12; *Nur*, par. 7). Les armes à feu à autorisation restreinte sont « [d]angereuses en soi » et « sont couramment utilisées lors de la perpétration d’actes criminels ». Elles s’entendent 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 (*Nur*, par. 7; *Code criminel*, par. 84(1)).

[18] Les armes à feu qui ne sont ni prohibées ni à autorisation restreinte relèvent d’une catégorie résiduelle d’armes à feu dont la possession fait l’objet de moins de contraintes. Cette catégorie résiduelle comprend les armes à feu ordinaires, comme les fusils de chasse, lesquelles sont assujetties au régime de délivrance de permis prévu dans la *Loi sur les armes à feu*. D’autres sont exclues de l’application de la *Loi sur les armes à feu* en application du par. 84(3) du *Code criminel*, en raison de leur vitesse initiale réduite. Parmi les armes à feu exclues, citons les dispositifs à air comprimé comme les fusils de paintball et les armes à balles BB. Ces dispositifs à air comprimé constituent des « armes à feu » au sens où il faut l’entendre pour l’application du *Code criminel*, puisqu’elles peuvent tout de même causer des lésions corporelles graves (*Hills*, par. 13-14). Les distinctions au sein du régime canadien de réglementation des armes à feu sont à la base des arguments avancés par les parties devant notre Cour sur la constitutionnalité des peines minimales obligatoires.

[19] Ayant exposé le contexte législatif des peines minimales obligatoires en cause, je me penche maintenant sur les faits et l’historique judiciaire à l’origine du présent pourvoi.

III. Historique judiciaire et législatif

A. *R. c. Hilbach*, *Cour du Banc de la Reine de l’Alberta*, 2018 ABQB 526, 75 Alta. L.R. (6th) 359

[20] Le 9 juin 2017, M. Hilbach et un complice âgé de 13 ans ont commis un vol qualifié avec une carabine à canon tronqué non chargée dans un dépanneur à Edmonton. Le visage dissimulé, M. Hilbach a pointé la carabine en direction des deux employés et a exigé

one employee and kicked the other. They left with \$290 in lottery tickets and were apprehended shortly after. At the time of the offence, Mr. Hilbach was 19 years old, on probation, and subject to a firearms prohibition order, having been convicted of and sentenced for several other offences 3 months earlier. In January 2018, Mr. Hilbach pleaded guilty to robbery using a prohibited firearm contrary to s. 344(1)(a)(i) of the *Criminal Code* and to violating s. 117.01(1) of the *Criminal Code*, which makes it an offence to possess a firearm while prohibited from doing so by a court order. At sentencing, Mr. Hilbach brought a challenge under s. 12 of the *Charter* to the five-year mandatory minimum sentence imposed pursuant to s. 344(1)(a)(i). Mr. Hilbach claimed the impugned provision was grossly disproportionate in his particular circumstances as an offender before the court.

[21] Mr. Hilbach is Indigenous. He is a member of the Ermineskin Cree Nation. Before the sentencing judge, Mr. Hilbach filed a pre-sentence report and *Gladue* report, which established that his family had a history of residential school attendance, struggled with addictions to alcohol or other substances, and suffered financial difficulties. He has a Grade 10 education, had worked in the construction industry, and was working with an organization for youth and young adults at risk of gang involvement and criminal activity. He has a daughter, who was 18 months old at the time of sentencing. He acknowledged an alcohol addiction and a criminal record for several offences, including uttering threats, assault, mischief, and breaches of recognizance. His personal history is marked by physical abuse, family violence, chronic unemployment, and gang involvement.

[22] The sentencing judge decided that a fit and proportionate sentence for Mr. Hilbach was two years less a day. In assessing gross disproportionality, the

qu'on lui remette la caisse, tandis que son complice a donné un coup de poing à un des employés et un coup de pied à l'autre. Ils sont partis avec 290 \$ en billets de loterie et ont été arrêtés peu de temps après. Au moment de l'infraction, M. Hilbach avait 19 ans, était en probation et faisait l'objet d'une interdiction de possession d'armes à feu, ayant été déclaré coupable et condamné pour plusieurs autres infractions 3 mois plus tôt. En janvier 2018, M. Hilbach a plaidé coupable d'avoir commis un vol qualifié en utilisant une arme à feu prohibée en contravention du sous-al. 344(1)a(i) du *Code criminel* et d'avoir violé le par. 117.01(1) du *Code criminel*, qui érige en infraction le fait pour quiconque de posséder une arme à feu pendant que cela lui est interdit par une ordonnance judiciaire. Lors de la détermination de la peine, M. Hilbach, s'appuyant sur l'art. 12 de la *Charte*, a contesté la peine minimale obligatoire de cinq ans prévue au sous-al. 344(1)a(i). Monsieur Hilbach a soutenu que la disposition contestée était exagérément disproportionnée dans sa situation particulière en tant que délinquant se trouvant devant le tribunal.

[21] Monsieur Hilbach est Autochtone. Il est membre de la Nation crie d'Ermineskin. Devant le juge chargé de la détermination de la peine, M. Hilbach a déposé un rapport présentenciel et un rapport *Gladue*, qui indiquait que sa famille avait fréquenté des pensionnats, qu'elle était aux prises avec des problèmes d'alcoolisme et de toxicomanie et qu'elle éprouvait des difficultés financières. Il a poursuivi ses études jusqu'en 10^e année, a travaillé dans l'industrie de la construction et travaillait auprès d'un organisme venant en aide aux adolescents et aux jeunes adultes à risque de faire partie de gangs et de se livrer à des activités criminelles. Il a une fille, qui était âgée de 18 mois au moment de la détermination de la peine. Il a reconnu avoir une dépendance à l'alcool et un casier judiciaire pour plusieurs infractions, notamment profération de menaces, voies de fait, méfait et manquements à un engagement. Son histoire personnelle est marquée par des sévices physiques, de la violence familiale, du chômage chronique et l'appartenance à des gangs.

[22] Le juge chargé de la détermination de la peine a déterminé qu'une peine de deux ans moins un jour était juste et proportionnée dans le cas de M. Hilbach.

sentencing judge concluded that while the gravity of the offence was high, and deterrence and denunciation were important, the effects of a five-year penitentiary sentence were “severe”, as a longer sentence increased the likelihood of “a life of criminal and other anti-social behaviour” (para. 14). Mr. Hilbach’s rehabilitation was best served with a short period of incarceration. Further, his youth was mitigating and *Gladue* factors contributed to the offence. The most basic was Mr. Hilbach’s poverty, which prompted his actions and related to systemic factors that led to lower incomes among Indigenous peoples. The sentencing judge was satisfied these considerations would justify a sentence less than the three-year starting point established by the Alberta Court of Appeal for unsophisticated armed robbery for commercial outlets in *R. v. Johnas* (1982), 41 A.R. 183. Since a five-year sentence was more than double a fit and proportionate sentence, and because a penitentiary sentence was “qualitatively” different, he concluded that the mandatory minimum sentence was grossly disproportionate (para. 43). The Crown made no argument under s. 1 of the *Charter*, so the sentencing judge declined to consider it (para. 5).

En se demandant s’il y avait disproportion exagérée, le juge chargé de la détermination de la peine a conclu que même si la gravité de l’infraction était élevée et que la dissuasion et la dénonciation étaient importantes, les effets d’une peine d’emprisonnement de cinq ans dans un pénitencier étaient [TRADUCTION] « graves », car une peine plus longue accroissait la probabilité « d’une vie de comportement criminel et autres comportements antisociaux » (par. 14). La réinsertion sociale de M. Hilbach était mieux servie par une courte période d’incarcération. En outre, sa jeunesse était un élément atténuant et les facteurs énoncés dans l’arrêt *Gladue* avaient contribué à l’infraction. Le plus fondamental de ces facteurs était la pauvreté de M. Hilbach, qui l’a poussé à agir comme il l’a fait et était liée à des facteurs systémiques donnant lieu à des revenus plus faibles chez les Autochtones. Le juge chargé de la détermination de la peine était convaincu que ces considérations justifiaient une peine inférieure au point de départ de trois ans établi par la Cour d’appel de l’Alberta pour les simples vols à main armée dans des établissements commerciaux dans l’arrêt *R. c. Johnas* (1982), 41 A.R. 183. Puisqu’une peine de cinq ans représentait plus du double d’une peine juste et proportionnée, et puisqu’une peine d’emprisonnement dans un pénitencier était [TRADUCTION] « qualitativement » différente, il a conclu que la peine minimale obligatoire était exagérément disproportionnée (par. 43). La Couronne n’a pas formulé d’arguments fondés sur l’article premier de la *Charte*, si bien que le juge chargé de la détermination de la peine ne s’est pas penché sur cette question (par. 5).

B. *R. v. Zwozdesky, Alberta Court of Queen’s Bench, 2019 ABQB 322, 95 Alta. L.R. (6th) 386*

B. *R. c. Zwozdesky, Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, 2019 ABQB 322, 95 Alta. L.R. (6th) 386*

[23] On September 13, 2016, Mr. Zwozdesky and two masked accomplices robbed a convenience store in Caslan, Alberta. One of the accomplices pushed an employee, pointed a sawed-off shotgun at her, and demanded cash. A shot was fired into a shelf. Mr. Zwozdesky was not the principal offender. He did not enter the store during the robbery, but drove the vehicle that brought his accomplices to and from the store. Mr. Zwozdesky pleaded guilty to robbery with a firearm contrary to s. 344(1)(a.1) of

[23] Le 13 septembre 2016, M. Zwozdesky et deux complices masqués ont commis un vol qualifié dans un dépanneur à Caslan, en Alberta. Un des complices a poussé une employée, a pointé un fusil de chasse à canon tronqué dans sa direction et a exigé qu’elle lui remette la caisse. Un coup de feu a été tiré dans une étagère. Monsieur Zwozdesky n’était pas l’auteur principal de l’infraction. Il n’est pas entré dans le dépanneur pendant le vol qualifié, mais il a conduit le véhicule dans lequel ses complices sont montés

the *Criminal Code*, as well as a charge of robbery contrary to s. 344(1)(b) of the *Criminal Code* arising from a second incident. At sentencing, Mr. Zwozdesky brought a challenge under s. 12 of the *Charter* to the four-year mandatory minimum sentence in s. 344(1)(a.1).

[24] Mr. Zwozdesky was almost 56 years old at sentencing. He had a Grade 9 education and no criminal record. He was injured in several motor vehicle accidents, the last significant one having occurred in 2000. As a result, he suffered severe post-traumatic cognitive dysfunction, fibromyalgia, nerve damage and chronic pain and was incapable of working. To manage his pain, he relied on prescription drugs, along with hard and soft illegal drugs. He had no memory of the robbery on September 13, 2016, as he was under the influence of drugs. The sentencing judge found he may have participated in the robberies to support his addictions that resulted from chronic pain.

[25] The sentencing judge concluded that the impugned mandatory minimum sentence was not grossly disproportionate for Mr. Zwozdesky, since a sentence of three to four years was fit and proportionate for his offence. She went on to conclude, however, that the mandatory minimum sentence was grossly disproportionate in reasonably foreseeable hypothetical scenarios. Armed robberies could be committed in a wide variety of circumstances and by a wide range of offenders. The minimum sentence could be grossly disproportionate where offenders were young, Indigenous and/or suffering from addiction issues. In support of this conclusion, the sentencing judge referenced *R. v. Hilbach*, 2018 ABQB 526. As the Crown made no submissions under s. 1 of the *Charter*, the sentencing judge declined to consider whether the infringement was justified in a democratic and free society and declared s. 344(1)(a.1) of no force and effect. Having struck down the mandatory minimum

pour se rendre au dépanneur et pour prendre la fuite. Monsieur Zwozdesky a reconnu sa culpabilité à l'accusation de vol qualifié commis avec une arme à feu en contravention de l'al. 344(1)a.1) du *Code criminel* et à l'accusation de vol qualifié en contravention de l'al. 344(1)b) du *Code criminel* découlant d'un deuxième incident. Lors de la détermination de la peine, M. Zwozdesky a présenté, sur le fondement de l'art. 12 de la *Charte*, une contestation visant la peine minimale obligatoire de quatre ans prévue à l'al. 344(1)a.1).

[24] Monsieur Zwozdesky était âgé de presque 56 ans au moment de la détermination de la peine. Il avait neuf années de scolarité et n'avait aucun casier judiciaire. Il a été blessé dans plusieurs accidents de la route, le dernier important s'étant produit en 2000. Par conséquent, il souffrait d'un grave dysfonctionnement cognitif post-traumatique, de fibromyalgie, d'atteinte nerveuse et de douleur chronique et il était incapable de travailler. Pour traiter sa douleur, il recourait à des médicaments sur ordonnance, ainsi qu'à des drogues illégales dures et douces. Il n'a gardé aucun souvenir du vol qualifié du 13 septembre 2016, car il était sous l'effet de la drogue. La juge chargée de la détermination de la peine a conclu qu'il est possible qu'il ait participé aux vols qualifiés pour satisfaire son besoin de consommation résultant de sa douleur chronique.

[25] La juge chargée de la détermination de la peine a conclu que la peine minimale obligatoire contestée n'était pas exagérément disproportionnée dans le cas de M. Zwozdesky, puisqu'une peine de trois à quatre ans était juste et proportionnée eu égard à son infraction. Elle a conclu, toutefois, que la peine minimale obligatoire était exagérément disproportionnée dans des situations hypothétiques raisonnablement prévisibles. Les vols à main armée peuvent être commis dans une grande variété de circonstances et par un large éventail de personnes délinquantes. La peine minimale serait exagérément disproportionnée dans les cas où les personnes délinquantes sont jeunes, autochtones et/ou aux prises avec des problèmes de dépendance. Au soutien de cette conclusion, la juge chargée de la détermination de la peine a fait référence au jugement *R. c. Hilbach*, 2018 ABQB 526. Comme la Couronne n'a pas fait d'observations fondées sur l'article premier de la *Charte*, la juge ne s'est pas

sentencing provision, she sentenced Mr. Zwozdesky to three years' imprisonment for robbery with a firearm.

C. *Alberta Court of Appeal, 2020 ABCA 332, 14 Alta. L.R. (7th) 245*

[26] The Alberta Court of Appeal heard the Crown's appeals in Mr. Hilbach's and Mr. Zwozdesky's cases together. The majority, Strekaf and Feehan JJ.A., dismissed the Crown's appeals on the constitutionality of the mandatory minimum sentence provisions, but added a year to Mr. Hilbach's sentence. Wakeling J.A. wrote in dissent, concluding that both mandatory minimum sentence provisions were constitutional and the sentences imposed on each offender were inadequate.

[27] The majority concluded that a sentence of two years less a day was demonstrably unfit for Mr. Hilbach and instead concluded three years' imprisonment was a fit and proportionate sentence. Three years was the starting point for convenience store robberies established in *Johnas*, and a sentence of this length suited the gravity of Mr. Hilbach's offence. In going below three years' imprisonment, the sentencing judge had overemphasized Mr. Hilbach's *Gladue* factors and placed insufficient weight on deterrence and denunciation, as well as the offence's aggravating factors. However, s. 344(1)(a)(i) was still grossly disproportionate in Mr. Hilbach's case, as it precluded considering mitigating factors and elevated "denunciation and deterrence to such an extent as to minimize objectives of rehabilitation, the imposition of a just sanction, and special considerations for Indigenous offenders" (para. 53).

penchée sur la question de savoir si l'atteinte était justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique et a déclaré l'al. 344(1)a.1) inopérant. Ayant invalidé la disposition établissant la peine minimale obligatoire, elle a condamné M. Zwozdesky à une peine d'emprisonnement de trois ans pour vol qualifié commis avec une arme à feu.

C. *Cour d'appel de l'Alberta, 2020 ABCA 332, 14 Alta. L.R. (7th) 245*

[26] La Cour d'appel de l'Alberta a instruit conjointement les appels de la Couronne dans les dossiers de M. Hilbach et de M. Zwozdesky. Les juges Strekaf et Feehan, majoritaires, ont rejeté les appels de la Couronne sur la constitutionnalité des dispositions établissant les peines minimales obligatoires, mais ont ajouté un an à la peine de M. Hilbach. Dans sa dissidence, le juge Wakeling a conclu que les deux dispositions prévoyant des peines minimales obligatoires étaient constitutionnelles et que les peines infligées à chacun des délinquants étaient inadéquates.

[27] Les juges majoritaires ont conclu qu'une peine de deux ans moins un jour était manifestement non indiquée dans le cas de M. Hilbach et ont plutôt conclu qu'un emprisonnement de trois ans était une peine juste et proportionnée. Une peine de trois ans était le point de départ pour les vols qualifiés commis dans des dépanneurs établi dans l'arrêt *Johnas*, et une peine de cette durée correspondait à la gravité de l'infraction commise par M. Hilbach. En infligeant une peine inférieure à trois ans d'emprisonnement, le juge chargé de la détermination de la peine a accordé trop d'importance aux facteurs énoncés dans l'arrêt *Gladue* applicables à M. Hilbach et n'a pas accordé suffisamment de poids à la dissuasion et à la dénonciation, ainsi qu'aux facteurs aggravants de l'infraction. Cependant, le sous-al. 344(1)a)(i) demeurait exagérément disproportionné dans le cas de M. Hilbach, puisqu'il empêchait la prise en compte de facteurs atténuants et élevait [TRANSCRIPTION] « la dénonciation et la dissuasion au point de minimiser les objectifs de réinsertion sociale, l'imposition d'une sanction juste et les considérations particulières qui s'appliquent aux personnes délinquantes autochtones » (par. 53).

[28] The majority agreed with the sentencing judge that three years' imprisonment was a fit and proportionate sentence for Mr. Zwozdesky and declined to interfere with his sentence as a result. The majority, however, also agreed s. 344(1)(a.1) was grossly disproportionate in five reasonably foreseeable scenarios, including where the offender was young, Indigenous, suffering from mental health issues and addiction, and committed the robbery with an air-powered pistol. In these scenarios, the mandatory minimum might be more than double a fit and proportionate sentence. The Crown did not advance an argument to save the legislation under s. 1 of the *Charter*.

[29] Wakeling J.A. in dissent would have set aside the declarations that ss. 344(1)(a)(i) and 344(1)(a.1) are grossly disproportionate. Wakeling J.A. reiterated his view, expressed in *R. v. Hills*, 2020 ABCA 263, 9 Alta. L.R. (7th) 226, that this Court's s. 12 jurisprudence is unsound and ought to be revisited. Even so, Wakeling J.A. noted that these are not "one of those extraordinary cases" (para. 89) that satisfies the test for gross disproportionality developed in *Smith*. Wakeling J.A. would have also increased Mr. Hilbach's and Mr. Zwozdesky's sentences beyond the mandatory minimums.

[30] In September 2021, Mr. Zwozdesky passed away after the Court granted leave to the Crown to appeal. After Mr. Zwozdesky's counsel applied to continue the appeal pursuant to s. 76 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, the Court granted standing to his counsel to appear as *amici curiae* under r. 92 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156.

D. Legislative Amendments

[31] After leave to appeal was granted, Parliament introduced and passed *An Act to amend the Criminal Code and the Controlled Drugs and Substances Act*,

[28] Les juges majoritaires ont souscrit à l'opinion de la juge chargée de la détermination de la peine selon laquelle un emprisonnement de trois ans était une peine juste et proportionnée dans le cas de M. Zwozdesky et ils ont refusé de modifier sa peine en conséquence. Toutefois, les juges majoritaires ont aussi convenu que l'al. 344(1)a.1) était exagérément disproportionné dans cinq situations raisonnablement prévisibles, y compris lorsque la personne délinquante est jeune, autochtone, qu'elle souffre de problèmes de santé mentale et de dépendance et qu'elle a commis le vol qualifié avec un pistolet à air comprimé. Dans ces situations, la peine minimale obligatoire est susceptible d'équivaloir à plus du double d'une peine juste et proportionnée. La Couronne n'a pas présenté d'argument pour que la mesure législative soit sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

[29] Le juge Wakeling, dissident, était d'avis d'annuler les jugements déclarant que le sous-al. 344(1)a(i) et l'al. 344(1)a.1) sont exagérément disproportionnés. Il a réitéré son opinion, exprimée dans l'arrêt *R. c. Hills*, 2020 ABCA 263, 9 Alta. L.R. (7th) 226, selon laquelle la jurisprudence de notre Cour sur l'art. 12 est non fondée et devrait être revue. Néanmoins, le juge Wakeling a fait remarquer qu'il ne s'agit pas [TRADUCTION] « d'un de ces cas extraordinaires » (par. 89) qui satisfont au critère de la disproportion exagérée élaboré dans l'arrêt *Smith*. Le juge Wakeling était en outre d'avis d'accroître la durée des peines de M. Hilbach et de M. Zwozdesky au-delà des peines minimales obligatoires.

[30] En septembre 2021, M. Zwozdesky est décédé après que la Cour a autorisé la Couronne à interjeter appel. Après que les avocats de M. Zwozdesky ont demandé de poursuivre la procédure en application de l'art. 76 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, la Cour leur a reconnu la qualité pour agir comme *amici curiae* en application de la règle 92 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156.

D. Modifications législatives

[31] Après que l'autorisation d'appel a été accordée, le Parlement a introduit et adopté la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi réglementant certaines*

S.C. 2022, c. 15. The legislation received royal assent on November 17, 2022, and repealed the mandatory minimum sentence prescribed in s. 344(1)(a.1). When an ordinary firearm is used to commit robbery, it no longer attracts a mandatory minimum. While I acknowledge this legislative change, these reasons examine the provision as previously enacted with the applicable mandatory minimum terms. The parties do not rely on Parliament's choice to repeal this measure in their arguments and as such, I will not address this issue further.

IV. Issue

[32] The issue on this appeal is whether the mandatory minimum terms of imprisonment prescribed in s. 344(1)(a)(i) and (a.1) of the *Criminal Code* infringe s. 12 of the *Charter*.

V. Analysis

[33] In the reasons for judgment in *Hills*, rendered simultaneously with this case, this Court reiterated the well-established s. 12 framework and provided further clarity as to how it applies in respect of a challenge to a mandatory minimum sentence provision. I begin with a brief restatement of those principles before applying those principles in this appeal.

A. *The Test for an Infringement of Section 12*

(1) The Framework

[34] Determining whether the mandatory minimum sentences for robbery are grossly disproportionate requires a two-stage inquiry. A court must first determine a fit and proportionate sentence for the offence having regard to the objectives and principles of sentencing in the *Criminal Code* (*Hills*, at para. 40; *R. v. Bissonnette*, 2022 SCC 23, [2022] 1 S.C.R. 597, at para. 63; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018]

drogues et autres substances, L.C. 2022, c. 15. La loi a reçu la sanction royale le 17 novembre 2022 et a abrogé la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 344(1)a.1). Lorsqu'une arme à feu ordinaire est utilisée pour commettre un vol qualifié, cette infraction n'entraîne plus de peine minimale obligatoire. Bien que je reconnaisse cette modification législative, les présents motifs abordent la disposition telle qu'elle a été promulguée précédemment, avec les peines minimales obligatoires applicables. Les parties n'invoquent pas dans leurs plaidoiries le choix du Parlement d'abroger cette mesure et, pour cette raison, je n'examinerai pas cette question plus attentivement.

IV. Question en litige

[32] La question à trancher dans le présent pourvoi est celle de savoir si les peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues au sous-al. 344(1)a(i) et à l'al. 344(1)a.1) du *Code criminel* contreviennent à l'art. 12 de la *Charte*.

V. Analyse

[33] Dans les motifs de l'arrêt *Hills*, rendu simultanément au présent arrêt, notre Cour a réitéré le cadre d'analyse bien établi de l'art. 12 et a donné des précisions quant à la manière dont il s'applique à la contestation d'une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire. Je commence par réaffirmer brièvement ces principes avant de les appliquer au présent pourvoi.

A. *Le critère permettant de déterminer s'il y a violation de l'art. 12*

(1) Le cadre d'analyse

[34] Déterminer si les peines minimales obligatoires pour vol qualifié sont exagérément disproportionnées commande une démarche en deux étapes. Le tribunal doit d'abord déterminer ce qui constitue une peine juste et proportionnée pour l'infraction eu égard aux objectifs et principes de détermination de la peine établis par le *Code criminel* (*Hills*, par. 40; *R. v. Bissonnette*, 2022 CSC 23, [2022] 1 R.C.S. 597,

3 S.C.R. 599, at para. 46; *Nur*, at para. 46). The court must then ask whether the impugned provision requires it to impose a sentence that is grossly disproportionate when compared to the fit and proportionate sentence (*Hills*, at para. 40; *Bissonnette*, at para. 63; *Nur*, at para. 46; *Smith*, at p. 1072). This two-part assessment may proceed on the basis of either (1) the actual offender before the court, as it will for Mr. Hilbach, or (2) another offender in a reasonably foreseeable case, as proposed by Mr. Zwozdesky (*Hills*, at para. 41; *Bissonnette*, at para. 63; *Nur*, at para. 46).

[35] At both stages of the analysis, courts are called upon to be scrupulous (*Hills*, at paras. 50-52). Analytical rigour at the first stage, and fixing as specific a sentence as possible, ensures that the comparative exercise at the second stage is not distorted. In some cases, the evaluation of gross disproportionality may be more apparent where the fit sentence fixed at the first stage is not carceral in nature — for example, where it would have involved probation rather than imprisonment as was the case in *Hills* (para. 156). But the same principled process of comparison applies when comparing terms of imprisonment to determine if and when the length of a carceral sentence becomes grossly disproportionate.

[36] The framework for the second stage of the s. 12 analysis is outlined in the companion case, *Hills*, beginning at para. 122, and involves consideration of the scope and reach of the offence, the effects on the offender, and the penalty. Either one component alone or the combination of multiple components may lead to a finding of gross disproportionality. Mandatory minimum penalties that capture a range of conduct of varying gravity and differing levels of offender culpability will be constitutionally suspect (*Hills*, at para. 125; *Lloyd*, at para. 24; *Boudreault*, at para. 45; *Smith*, at p. 1078). The broader the scope of the offence, the more likely the mandatory minimum may prescribe a grossly disproportionate term of imprisonment on conduct that involves low risk to public safety and low moral culpability (*Hills*, at

para. 63; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599, para. 46; *Nur*, para. 46). Le tribunal doit ensuite se demander si la disposition contestée l’oblige à infliger une peine qui est exagérément disproportionnée par rapport à la peine juste et proportionnée (*Hills*, para. 40; *Bissonnette*, para. 63; *Nur*, para. 46; *Smith*, p. 1072). Cette évaluation en deux étapes peut se faire en fonction soit (1) de la personne délinquante qui comparait devant le tribunal, comme ce sera le cas de M. Hilbach, soit (2) d’une autre personne délinquante dans un cas raisonnablement prévisible, comme l’a proposé M. Zwozdesky (*Hills*, para. 41; *Bissonnette*, para. 63; *Nur*, para. 46).

[35] Aux deux étapes de l’analyse, les tribunaux sont appelés à être scrupuleux (*Hills*, par. 50-52). Faire preuve de rigueur analytique à la première étape, et fixer une peine aussi précisément que possible, assurent que l’exercice comparatif à la deuxième étape ne soit pas faussé. Dans certains cas, l’évaluation de la disproportion exagérée peut être plus apparente lorsque la peine juste fixée à la première étape n’est pas de nature carcérale — par exemple, lorsqu’elle aurait comporté une probation, plutôt que l’emprisonnement, comme c’était le cas dans l’affaire *Hills* (par. 156). Cependant, le même processus de comparaison fondé sur des principes s’applique lorsque l’on compare des peines d’emprisonnement afin de déterminer si et quand la durée d’une peine carcérale devient exagérément disproportionnée.

[36] Le cadre de la deuxième étape de l’analyse fondée sur l’art. 12 est décrit dans le pourvoi connexe *Hills* à partir du par. 122 et comprend l’examen de la portée et de l’étendue de l’infraction, des effets de celle-ci sur la personne délinquante et de la peine elle-même. Un seul élément ou la combinaison de plusieurs d’entre eux peut mener à une conclusion qu’il y a disproportion exagérée. Les peines minimales obligatoires qui visent un éventail de comportements dont la gravité et le degré de culpabilité de la personne délinquante varient sont suspectes sur le plan constitutionnel (*Hills*, par. 125; *Lloyd*, par. 24; *Boudreault*, par. 45; *Smith*, p. 1078). Plus la portée de l’infraction est large, plus il est probable que la peine minimale obligatoire constitue une peine d’emprisonnement exagérément disproportionnée pour

para. 125; *Nur*, at para. 83). In these circumstances, the minimum penalty is more likely to capture conduct that is grossly disproportionate.

[37] At the second component, courts must also take into account the impacts that the mandatory minimum may have on the individual offender. This analysis requires an inquiry into how the punishment may affect the actual or reasonably foreseeable offender — both generally and based on their specific characteristics and qualities (*Hills*, at para. 133). Offender characteristics including Indigeneity, race, gender, age and mental health factors may be relevant to this component (*Hills*, at para. 135).

[38] The third component requires an analysis of the penalty imposed under the mandatory minimum (*Hills*, at para. 138). Courts must assess the severity of the sentence imposed and ask whether the prescribed penalty goes beyond what is necessary to achieve Parliament’s sentencing objectives “having regard to the legitimate purposes of punishment and the adequacy of possible alternatives” (*Smith*, at pp. 1099-1100). Parliament may mandate sentences according to its punishment objectives, including those of denunciation and deterrence, within constitutional limits. However, no individual sentencing objective can be applied to the exclusion of all others (*R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, at para. 43). Rehabilitation must form part of the calculus of all criminal punishment, as a punishment that completely disregards rehabilitation is incompatible with human dignity (*Bissonnette*, at para. 85; *Hills*, at para. 141). Courts should examine whether there are alternatives to the mandatory penalty that would also fulfill Parliament’s sentencing objectives. Where a mandatory minimum provides no discretion to impose a sentence other than imprisonment where imprisonment is not required, the penalty will be constitutionally suspect and require careful scrutiny (*Hills*, at para. 144). All punishment should be considered

des comportements qui ne comportent qu’un faible risque pour la sécurité publique et une culpabilité morale peu élevée (*Hills*, par. 125; *Nur*, par. 83). En pareil cas, la peine minimale risque davantage d’englober des comportements qui sont exagérément disproportionnés.

[37] Quant au deuxième élément, le tribunal doit également tenir compte des répercussions que la peine minimale obligatoire peut avoir sur la personne délinquante. Cette analyse requiert l’étude des impacts que peut avoir celle-ci sur la personne délinquante réelle ou raisonnablement prévisible — tant de manière générale qu’en fonction des caractéristiques et qualités qui lui sont propres (*Hills*, par. 133). Les caractéristiques de la personne délinquante, notamment l’autochtonité, la race, le sexe, l’âge et les facteurs de santé mentale peuvent être pertinentes aux fins de cette analyse (*Hills*, par. 135).

[38] Le troisième volet exige une analyse du châtiement infligé sous forme de peine minimale obligatoire (*Hills*, par. 138). Le tribunal doit évaluer la sévérité de la peine imposée et déterminer si la sanction prévue va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du Parlement en matière de détermination de la peine « compte tenu des objectifs pénaux légitimes et du caractère adéquat des solutions de rechange possibles » (*Smith*, p. 1099-1100). Le Parlement peut imposer des peines en fonction de ses objectifs pénaux, y compris ceux de la dénonciation et de la dissuasion, dans le respect des limites fixées par la Constitution. Toutefois, aucun objectif particulier de détermination de la peine ne peut être appliqué à l’exclusion de tous les autres (*R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206, par. 43). La réinsertion sociale doit faire partie du calcul de toutes les sanctions pénales, puisque la sanction qui fait totalement abstraction de la réinsertion est incompatible avec la dignité humaine (*Bissonnette*, par. 85; *Hills*, par. 141). Les tribunaux devraient examiner s’il existe des solutions de rechange à la peine obligatoire qui répondraient également aux objectifs du Parlement en matière de détermination de la peine. La peine minimale obligatoire qui ne confère pas au juge le pouvoir discrétionnaire d’infliger une peine

in light of the principles of parity and proportionality (*R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424, at paras. 32-33; *Hills*, at para. 145).

(2) Mandatory Minimum Sentences and Indigenous Offenders

[39] Section 718.2(e) of the *Criminal Code* provides mandatory direction to consider the unique situation of Indigenous offenders for all offences in sentencing (*R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 93; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at paras. 84-85). It directs that “all available sanctions, other than imprisonment, that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of Aboriginal offenders.” The principles relating to the consideration of *Gladue* reports are settled: these considerations must be applied in all cases where they are relevant, including where the offence charged is serious. Sentencing judges must consider the unique systemic or background factors which may have played a part in bringing the particular Indigenous offender before the courts and the types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances for that offender (*Ipeelee*, at paras. 59-60).

[40] Certain parties and interveners raised questions regarding the way Indigeneity should factor into the s. 12 analysis of gross disproportionality. The Attorney General of Ontario, for instance, submitted that it should be treated as a “generic” mitigating circumstance that is excluded from the scope of reasonable hypotheticals. These arguments were rejected in *Nur* when the Court found “the inquiry into reasonably foreseeable situations the law may capture may take into account personal characteristics relevant to people who may be caught by the mandatory minimum” (para. 76).

autre que l’emprisonnement lorsque cela n’est pas nécessaire sera suspecte sur le plan constitutionnel et nécessitera un examen minutieux (*Hills*, par. 144). Toutes les peines doivent être examinées à la lumière des principes de parité et de proportionnalité (*R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424, par. 32-33; *Hills*, par. 145).

(2) Les peines minimales obligatoires et les personnes délinquantes autochtones

[39] L’alinéa 718.2e) du *Code criminel* exige l’examen de la situation particulière des personnes délinquantes autochtones relativement à toutes les infractions lors de la détermination de la peine (*R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 93; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 84-85). Il prévoit « l’examen, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones, de toutes les sanctions substitutives qui sont raisonnables dans les circonstances ». Les principes relatifs à l’examen des rapports *Gladue* sont établis : ces considérations doivent être appliquées dans tous les cas où elles sont pertinentes, y compris lorsque l’infraction reprochée est grave. Les juges chargés de la détermination de la peine doivent tenir compte des facteurs systémiques ou contextuels distinctifs qui peuvent avoir joué un rôle dans le fait que la personne délinquante autochtone se retrouve devant les tribunaux, ainsi que des types de procédures de détermination de la peine et de sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées pour cette personne délinquante (*Ipeelee*, par. 59-60).

[40] Certaines parties et certains intervenants ont soulevé des questions portant sur la façon dont l’autochtonité devrait s’inscrire dans l’analyse de la disproportion exagérée fondée sur l’art. 12. Le procureur général de l’Ontario, par exemple, a fait valoir que cette caractéristique devrait être traitée comme une circonstance atténuante [TRADUCTION] « générique » qui est exclue du champ des situations hypothétiques raisonnables. Ces arguments ont été rejetés dans l’arrêt *Nur*, où la Cour a conclu que « 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 » (par. 76).

[41] When engaged, s. 718.2(e) applies at three different parts of the analysis.

[42] First, in conducting a s. 12 analysis, courts must consider *Gladue* when sentencing the individual offender. The failure to consider *Gladue* factors is an error that can lead to a finding that a sentence is unfit (*Ipeelee*, at paras. 86-87). Hence, where the offender is Indigenous, like Mr. Hilbach, a court will necessarily need to take into account *Gladue* principles in order to fix a sentence that is fit and proportionate at the first stage.

[43] Second, a court may consider scenarios involving Indigenous offenders in crafting reasonably foreseeable hypotheticals (*Hills*, at para. 86). Given the statistics concerning the imprisonment of Indigenous persons, it is reasonably foreseeable that a hypothetical offender could be Indigenous, and the consideration of a hypothetical offender's Indigeneity, in the context of a reasonable hypothetical scenario, aligns with the imperative statutory guidance provided by Parliament in s. 718.2(e). Indigenous people dealing with poverty, precarious housing, or disabilities and addictions appear with "staggering regularity in our provincial courts" and are therefore reasonably foreseeable (*Boudreault*, at para. 55).

[44] Lastly, Indigeneity is relevant at the second stage of the s. 12 inquiry. This Court has long affirmed that the assessment of whether a mandatory minimum sentence is grossly disproportionate depends, in part, on its reflection of valid penal purposes and recognized sentencing principles (*Boudreault*, at para. 48; *Smith*, at p. 1072; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, at p. 500; *R. v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3, at para. 86; *Morrissey*, at para. 28). *Gladue*'s framework for applying s. 718.2(e) has been a core part of Canada's sentencing principles since 1999. The methodology called for under s. 718.2(e), as well as the

[41] Lorsqu'il entre en jeu, l'al. 718.2e) s'applique à trois différentes parties de l'analyse.

[42] Premièrement, dans le cadre d'une analyse fondée sur l'art. 12, les tribunaux doivent tenir compte de l'arrêt *Gladue* lorsqu'ils déterminent la peine de la personne délinquante en cause. L'omission de prendre en considération les facteurs énoncés dans l'arrêt *Gladue* est une erreur susceptible de mener à la conclusion qu'une peine n'est pas indiquée (*Ipeelee*, par. 86-87). Ainsi, lorsque la personne délinquante est autochtone, comme M. Hilbach, le tribunal devra nécessairement tenir compte des principes énoncés dans l'arrêt *Gladue* afin de fixer une peine qui est juste et proportionnée à la première étape.

[43] Deuxièmement, les tribunaux peuvent examiner des situations mettant en cause des personnes délinquantes autochtones en élaborant des situations hypothétiques raisonnablement prévisibles (*Hills*, par. 86). Étant donné les statistiques sur l'emprisonnement des personnes autochtones, il est raisonnablement prévisible qu'un délinquant hypothétique soit autochtone, et la prise en compte de l'autochtonité d'une personne délinquante hypothétique, dans le contexte d'une situation hypothétique raisonnable, cadre avec les directives législatives impératives données par le Parlement à l'al. 718.2e). Les Autochtones aux prises avec la pauvreté, une situation précaire en matière de logement ou des déficiences et des dépendances comparaissent avec « une régularité effrayante devant nos tribunaux provinciaux » et il est donc raisonnablement prévisible qu'ils commettent une infraction (*Boudreault*, par. 55).

[44] Enfin, l'autochtonité est pertinente à la deuxième étape de l'analyse fondée sur l'art. 12. Notre Cour affirme depuis longtemps que l'appréciation de la question de savoir si une peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée dépend, en partie, du fait qu'elle rend compte d'objectifs pénaux valables et de principes reconnus en matière de détermination de la peine (*Boudreault*, par. 48; *Smith*, p. 1072; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, p. 500; *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3, par. 86; *Morrissey*, par. 28). Le cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *Gladue* pour l'application de l'al. 718.2e) est au cœur des principes

norms it embodies, are well-established components of our sentencing jurisprudence, as much as parity and proportionality. Section 718.2(e) is necessarily relevant in a s. 12 framework that requires courts to assess the effects of mandatory minimum sentences in light of sentencing norms and objectives. Moreover, as *Boudreault* illustrates, the impact of a punishment on Parliament's objectives in s. 718.2(e) can support striking down a sentencing measure under s. 12. Accordingly, there is no reason to exclude consideration of s. 718.2(e) of the *Criminal Code* from either stage of the gross disproportionality framework.

[45] The types of considerations that may be raised under s. 718.2(e) in a s. 12 challenge to a mandatory minimum sentence include, for instance, whether a probationary sentence would have otherwise been a valid alternative to incarceration as a result of *Gladue* principles. Or, as in *Boudreault*, the effects of a sentencing measure may be particularly severe when circumstances affecting Indigenous offenders are considered (para. 94). This Court has identified, for instance, that Indigenous offenders may be more adversely affected by incarceration than non-Indigenous offenders (*Gladue*, at para. 68). Courts may identify these concerns as grounds that support the conclusion that a minimum sentence is grossly disproportionate, keeping in mind that a breach of s. 12 remains a high threshold to meet and a punishment is not grossly disproportionate due to the presence or absence of a single sentencing principle.

[46] I turn now to Mr. Hilbach's and Mr. Zwozdesky's s. 12 challenges.

de détermination de la peine au Canada depuis 1999. La méthodologie prescrite à l'al. 718.2e), ainsi que les normes qu'elle incarne, sont des éléments bien établis de notre jurisprudence en matière de détermination de la peine, tout autant que la parité et la proportionnalité. L'alinéa 718.2e) est nécessairement pertinent dans un cadre d'analyse fondé sur l'art. 12 qui exige que les tribunaux évaluent les effets des peines minimales obligatoires à la lumière des normes et objectifs de détermination de la peine. Qui plus est, comme l'illustre l'arrêt *Boudreault*, l'incidence d'une peine sur les objectifs du Parlement prévus à l'al. 718.2e) peut justifier l'invalidation d'une peine en application de l'art. 12. Par conséquent, rien ne justifie d'exclure la prise en compte de l'al. 718.2e) du *Code criminel* à l'une ou l'autre des étapes du cadre d'analyse de la disproportion exagérée.

[45] Les types de considérations susceptibles d'être soulevées en application de l'al. 718.2e) dans le cadre de la contestation d'une peine minimale obligatoire fondée sur l'art. 12 comprennent, par exemple, la question de savoir si une mesure probatoire aurait autrement été une solution de rechange valable à l'incarcération en application des principes de l'arrêt *Gladue* ou, comme dans l'arrêt *Boudreault*, la question de savoir si les effets d'une peine peuvent être particulièrement sévères lorsque les circonstances touchant les personnes délinquantes autochtones sont prises en compte (par. 94). Notre Cour a reconnu, par exemple, que les personnes délinquantes autochtones sont susceptibles d'être plus fortement affectées par l'incarcération que les personnes délinquantes non autochtones (*Gladue*, par. 68). Les tribunaux peuvent retenir ces préoccupations comme motifs qui étayent la conclusion qu'une peine minimale est exagérément disproportionnée, gardant à l'esprit qu'une violation de l'art. 12 demeure un critère exigeant et qu'une peine n'est pas exagérément disproportionnée en raison de la présence ou de l'absence d'un seul principe de détermination de la peine.

[46] Je me penche maintenant sur les contestations fondées sur l'art. 12 présentées par M. Hilbach et M. Zwozdesky.

B. Application

[47] I first address Mr. Hilbach's appeal, in which he argues that s. 344(1)(a)(i) is grossly disproportionate as it concerns his own actual circumstances. I will then turn to Mr. Zwozdesky, who concedes the proportionality of the mandatory minimum sentence imposed by s. 344(1)(a.1) as it applies to his case, but relies on a set of hypotheticals to challenge the mandatory minimum sentence provision.

(1) Application to Mr. Hilbach's Case

[48] The Crown submits that the Court of Appeal majority erred in concluding s. 344(1)(a)(i) was grossly disproportionate in Mr. Hilbach's case, as they overlooked the gravity of Mr. Hilbach's offence and failed to recognize deterrence and denunciation were valid penal goals as a result. I agree. The mandatory minimum sentence as applied to Mr. Hilbach is a harsh punishment. However, upon consideration of (1) the scope and reach of the offence; (2) the effects of the punishment on the offender; and (3) the penalty, I am not satisfied the mandatory minimum reaches the high threshold of gross disproportionality.

(a) *Three Years' Imprisonment Is a Fit and Proportionate Sentence for Mr. Hilbach*

[49] The Court of Appeal majority overturned the sentencing judge's sentence of two years less a day and instead concluded that a fit sentence for Mr. Hilbach was three years' imprisonment. Neither party challenges the Court of Appeal's finding that a three-year sentence is a fit and proportionate sentence for Mr. Hilbach. No reasonable hypothetical was proffered at first instance, and we need not create one here. The s. 12 analysis will proceed based solely on the facts of Mr. Hilbach's case.

[50] By imposing a sentence that was a full year below the starting point for offences of this nature

B. Application

[47] J'examine d'abord l'appel de M. Hilbach, où il soutient que le sous-al. 344(1)a(i) est exagérément disproportionné en ce qui concerne sa propre situation. Je me pencherai ensuite sur le cas de M. Zwozdesky, qui reconnaît la proportionnalité de la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 344(1)a.1) à l'égard de sa situation, mais qui invoque une série de situations hypothétiques pour contester la disposition prévoyant la peine minimale obligatoire.

(1) Application au cas de M. Hilbach

[48] La Couronne soutient que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu tort de conclure que le sous-al. 344(1)a(i) était exagérément disproportionné dans le cas de M. Hilbach, car ils ont fait abstraction de la gravité de l'infraction commise par celui-ci et ont omis de reconnaître que la dissuasion et la dénonciation étaient des objectifs pénaux valables en conséquence. Je suis aussi de cet avis. La peine minimale obligatoire à laquelle a été condamné M. Hilbach est une sanction sévère. Toutefois, compte tenu (1) de la portée et de l'étendue de l'infraction; (2) des effets de la peine sur la personne délinquante; et (3) de la peine elle-même, je ne suis pas convaincue que la peine minimale obligatoire satisfait au critère exigeant de la disproportion exagérée.

a) *Un emprisonnement de trois ans est une peine juste et proportionnée pour M. Hilbach*

[49] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont infirmé la peine de deux ans moins un jour infligée par le juge chargé de la détermination de la peine et ont plutôt conclu qu'un emprisonnement de trois ans était une peine juste pour M. Hilbach. Aucune des parties ne conteste la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle une peine de trois ans est une peine juste et proportionnée pour M. Hilbach. Aucune situation hypothétique raisonnable n'a été présentée en première instance, et nous n'avons pas à en créer une ici. L'analyse fondée sur l'art. 12 se fera uniquement en fonction des faits du cas de M. Hilbach.

[50] En imposant une peine qui était inférieure d'une année entière au point de départ pour les

in Alberta, the sentencing judge failed to adequately weigh the gravity of the offence and the significant aggravating factors in this case. As the majority stated (at paras. 11 and 46), three years' imprisonment was the starting point adopted for an unsophisticated armed robbery of small commercial establishments "with modest or no success" and "in the absence of actual physical harm" recognized in *Johnas*, at para. 19 (emphasis added). Mr. Hilbach's offence not only involved a prohibited firearm, but also resulted in physical harm as his accomplice was physically violent with both store clerks in the course of the robbery. Moreover, Mr. Hilbach pointed the rifle at two employees. He was on probation and was subject to a prohibition order at the time of the offence. He also involved a 13-year-old youth in a violent crime. These are aggravating factors that could support a sentence above the starting point in *Johnas*. While I accept the mitigating factors identified by the sentencing judge, I agree with the Court of Appeal majority that a sentence that is a full year below the starting point in *Johnas* would be demonstrably unfit.

(b) *The Mandatory Minimum Is Not Grossly Disproportionate in Mr. Hilbach's Case*

[51] This Court has repeatedly affirmed that the threshold for establishing a grossly disproportionate sentence under s. 12 is high (*Lloyd*, at para. 24). The mandatory minimum sentence must be more than merely excessive, unfit or disproportionate. It must be "so excessive as to outrage standards of decency" (*Hills*, at para. 109, citing *Boudreault*, at para. 45; *Lloyd*, at para. 24, citing *Morrissey*, at para. 26; *R. v. Wiles*, 2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895, at para. 4, citing *Smith*, at p. 1072). It is only on "rare and unique occasions" that a sentence will infringe s. 12, as the test is "very properly stringent and demanding" (*Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385, at p. 1417). As I explain below, a mandatory minimum of five years, while harsh and close to the

infractions de cette nature en Alberta, le juge chargé de la détermination de la peine a omis de soupeser adéquatement la gravité de l'infraction et les facteurs aggravants considérables en l'espèce. Comme l'ont affirmé les juges majoritaires (aux par. 11 et 46), l'emprisonnement de trois ans était le point de départ adopté pour le vol à main armée simple commis dans de petits établissements commerciaux [TRADUCTION] « qui s'est soldé par un succès modeste, voire nul » et « en l'absence de préjudice physique réel » reconnu dans l'arrêt *Johnas*, par. 19 (je souligne). Outre le fait que l'infraction commise par M. Hilbach comportait l'utilisation d'une arme à feu prohibée, elle a aussi causé un préjudice physique, puisque son complice a été physiquement violent avec les deux commis du dépanneur au cours du vol qualifié. Qui plus est, M. Hilbach a pointé sa carabine sur deux employés. Il était en probation et faisait l'objet d'une ordonnance d'interdiction au moment de l'infraction. Il a en outre impliqué un adolescent de 13 ans dans un crime violent. Il s'agit là de facteurs aggravants qui pourraient justifier une peine supérieure au point de départ établi dans l'arrêt *Johnas*. Bien que j'accepte les facteurs atténuants relevés par le juge chargé de la détermination de la peine, je suis d'accord avec les juges majoritaires de la Cour d'appel pour dire qu'une peine inférieure d'une année entière au point de départ établi dans l'arrêt *Johnas* serait manifestement non indiquée.

b) *Le minimum obligatoire n'est pas exagérément disproportionné dans le cas de M. Hilbach*

[51] Notre Cour a affirmé à maintes reprises que le seuil pour établir qu'une peine est exagérément disproportionnée au titre de l'art. 12 est élevé (*Lloyd*, par. 24). La peine minimale obligatoire ne peut être simplement excessive, non indiquée ou disproportionnée. Elle doit être « excessive au point de porter atteinte aux normes de la décence » (*Hills*, par. 109, citant *Boudreault*, par. 45; *Lloyd*, par. 24, citant *Morrissey*, par. 26; *R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895, par. 4, citant *Smith*, p. 1072). Ce n'est que « très rarement » qu'une peine contreviendra à l'art. 12, car le critère auquel il faut satisfaire est « à bon droit strict et exigeant » (*Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385, p. 1417). Tel que je l'explique plus loin, une peine minimale obligatoire

line, is not grossly disproportionate in Mr. Hilbach's case. The minimum sentence at issue is not so wide that it encompasses conduct that poses relatively little risk of harm. Though Mr. Hilbach's personal circumstances attenuate his culpability somewhat, his actions constitute a grave offence with high moral blameworthiness. While the effects of imprisonment on Mr. Hilbach, an Indigenous offender, will be severe, five years' imprisonment in his case is not totally out of sync with sentencing norms. As a result, proportionality and parity are not compromised to the extent seen in *Nur*, *Lloyd* and *Hills*. Parliament's sentencing objectives and decision to prioritize denunciation and deterrence is justified for this offence. Greater deference to Parliament's choice to enact a minimum sentence is therefore warranted.

(i) The Scope and Reach of the Offence

[52] As this Court has repeatedly affirmed, mandatory minimum sentences are more vulnerable constitutionally where they apply to a wide range of circumstances (*Nur*, at paras. 81-82; *Lloyd*, at paras. 3, 24, 27 and 35-36). The wider the scope of the offence subject to the minimum sentence, the more likely there is a circumstance where the minimum will impose a lengthy term of imprisonment on conduct that involves little risk to the public and little moral fault (*Hills*, at para. 125; *Nur*, at para. 83). Thus, a court should consider the variation in the offence's gravity and the culpability involved and consider whether the sentence captures conduct that does not merit the mandatory minimum.

[53] Here, the robbery offence does not cast too broad a net as to capture conduct that carries low moral fault or little risk to public safety. The gravity of the offence and the culpability of offenders convicted of it is relatively high. To start, even when committed without a firearm, robbery is a serious offence based on the requisite *actus reus* of the use

de cinq ans, bien qu'elle soit sévère et qu'elle frôle la limite, n'est pas exagérément disproportionnée dans le cas de M. Hilbach. La peine minimale en cause n'a pas une portée large au point d'englober des comportements qui présentent relativement peu de risque de préjudice. Bien que la situation personnelle de M. Hilbach atténue quelque peu sa culpabilité, les actes qu'il a commis constituent une infraction grave comportant un degré élevé de culpabilité morale. Même si les effets de l'emprisonnement sur M. Hilbach, un délinquant autochtone, seront sérieux, une peine d'emprisonnement de cinq ans dans son cas n'est pas totalement en décalage par rapport aux normes de détermination de la peine. Par conséquent, la proportionnalité et la parité ne sont pas compromises comme elles l'étaient dans les affaires *Nur*, *Lloyd* et *Hills*. Les objectifs du Parlement en matière de détermination de la peine et sa décision de prioriser la dénonciation et la dissuasion sont justifiés dans le cas de cette infraction. Il y a donc lieu de faire preuve d'une plus grande retenue à l'égard du choix du Parlement de prévoir une peine minimale.

(i) La portée et l'étendue de l'infraction

[52] Comme notre Cour l'a affirmé à maintes reprises, les peines minimales obligatoires sont plus vulnérables sur le plan constitutionnel lorsqu'elles s'appliquent à une vaste gamme de circonstances (*Nur*, par. 81-82; *Lloyd*, par. 3, 24, 27 et 35-36). Plus vaste est la portée de l'infraction faisant l'objet de la peine minimale, plus il est probable que la peine minimale imposera une longue peine d'emprisonnement pour un comportement qui présente peu de risques pour le public et comporte une faible faute morale (*Hills*, par. 125; *Nur*, par. 83). Par conséquent, le tribunal doit tenir compte du degré variable de la gravité de l'infraction et de la culpabilité en cause et se demander si la peine vise un comportement qui ne justifie pas l'imposition de la peine minimale obligatoire.

[53] En l'espèce, l'infraction de vol qualifié ne ratisse pas trop large de façon à englober des comportements qui comportent une faible faute morale ou qui présentent peu de risques pour la sécurité publique. La gravité de l'infraction et la culpabilité des personnes délinquantes qui en sont reconnues coupables sont relativement élevées. D'abord, même

or threat of violence or force in stealing or attempting to steal property. Adding a firearm to the equation simply increases the gravity of the offence. Further, mere possession of the firearm is not sufficient for conviction. The offender must *use* the firearm in the commission of the offence. As this Court wrote in *R. v. Felawka*, [1993] 4 S.C.R. 199, when a firearm is used to threaten or intimidate, it “presents the ultimate threat of death to those in its presence” (p. 211). Prohibited firearms are among the most potent tools in the commission of crime. For example, sawed-off rifles are capable of deadly force, while being easier to conceal, transport, and maneuver in close quarters, like convenience stores.

[54] The harmful consequences of using a restricted or prohibited firearm in a robbery are readily identified. There is the risk of death or life-altering physical injury for victims and bystanders if the weapon is discharged. Even if the weapon is not fired, exposure to this threat carries the risk of profound psychological harm. It can be expected that store clerks who are victims of offences like the one perpetrated by Mr. Hilbach will suffer psychological harm. In *R. v. Al-Isawi*, 2017 BCCA 163, 348 C.C.C. (3d) 524, the accused used an imitation firearm to rob 10 small pharmacies and was convicted of 10 counts of robbery pursuant to s. 85(2) of the *Criminal Code*. Five of the victims reported feelings of hypervigilance, trauma and fear for their personal safety (para. 29). Beyond the immediate threats to victims, there are wider risks to the community. Wielding a firearm in a store can reasonably provoke force in response, either by police responding to the robbery in progress or bystanders who attempt to intervene. The risk of escalating violence is, as a result, acute.

lorsqu’il est commis sans arme à feu, le vol qualifié est une infraction grave en raison de l’*actus reus* requis, c’est-à-dire le recours ou la menace de recours à la violence ou à la force lors du vol ou de la tentative de vol de biens. L’ajout d’une arme à feu à l’équation ne fait qu’accroître la gravité de l’infraction. De plus, la simple possession d’une arme à feu ne suffit pas pour conclure à la culpabilité du délinquant. Celui-ci doit *utiliser* l’arme à feu lors de la perpétration de l’infraction. Comme l’a écrit notre Cour dans l’arrêt *R. c. Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 199, lorsqu’une arme à feu est utilisée pour menacer ou intimider, elle « incarne en soi la menace suprême de mort aux yeux de ceux qui y font face » (p. 211). Les armes à feu prohibées comptent parmi les outils les plus puissants dans la perpétration d’un crime. Par exemple, les carabines à canon tronqué peuvent avoir une force meurtrière, tout en étant plus faciles à dissimuler, à transporter et à manipuler dans des espaces restreints, comme les dépanneurs.

[54] Les conséquences préjudiciables de l’utilisation d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte lors de la perpétration d’un vol qualifié sont faciles à déterminer. Il y a le risque de décès ou de blessures corporelles graves pour les victimes et les passants si l’arme est déchargée. Même s’il n’y a pas de coups de feu, l’exposition à cette menace comporte le risque de préjudice psychologique profond. On peut s’attendre à ce que les commis de magasin qui sont victimes d’infractions comme celle perpétrée par M. Hilbach souffrent d’un préjudice psychologique. Dans l’affaire *R. c. Al-Isawi*, 2017 BCCA 163, 348 C.C.C. (3d) 524, l’accusé s’était servi d’une fausse arme à feu pour commettre des vols qualifiés dans 10 petites pharmacies et avait été déclaré coupable de 10 chefs de vol qualifié en contravention du par. 85(2) du *Code criminel*. Cinq des victimes avaient fait état de sentiments d’hypervigilance, de traumatisme et de crainte pour leur sécurité personnelle (par. 29). Outre les menaces immédiates aux victimes, il existe des risques plus larges pour la collectivité. Brandir une arme à feu dans un magasin peut raisonnablement provoquer une réaction de recours à la force, soit par les policiers qui interviennent lors du vol qualifié en cours, soit par des passants qui tentent d’intervenir. Par conséquent, le risque d’escalade de la violence est aigu.

[55] The use of an unloaded prohibited firearm does not substantially reduce the offence's gravity. The presence of a firearm, even an unloaded one, "*in and of itself* creates a highly volatile and dangerous situation" (*Al-Isawi*, at para. 57 (emphasis in original)). A loaded firearm can easily be mistaken for an unloaded firearm, not least by the offenders themselves. A sentencing discount for wielding unloaded firearms also overlooks the very real risk of an offender accidentally discharging a firearm the offender believed was unloaded. It also, for practical reasons, overlooks the difficulty of proving whether or not a firearm was loaded, even if the firearm in use was recovered. Moreover, an unloaded firearm is used for the same reason as a loaded firearm: to instill "the ultimate threat of death to those in its presence" (*Felawka*, at p. 211). Victims of robbery offences do not know whether the firearm is loaded or unloaded. The same is true for bystanders or police responding to robberies (*R. v. Stewart*, 2010 BCCA 153, 253 C.C.C. (3d) 301, at para. 37; *R. v. Uniat*, 2015 ONCA 197, at para. 5 (CanLII)). Regardless of whether the firearm is capable of deadly force at the time of the offence, "[t]he use of a firearm in the commission of a crime exacerbates its terrorizing effects, whether the firearm is real or a mere imitation. Indeed, they share that very purpose" (*Steele*, at para. 23). The psychological trauma involved in a robbery with an unloaded firearm is therefore comparable to a robbery with a loaded one (*R. v. Breese*, 2021 ONSC 1611, at para. 34 (CanLII); *R. v. John*, 2016 ONSC 396, at para. 27 (CanLII); *R. v. Stoddart*, [2005] O.J. No. 6076 (QL), 2005 CarswellOnt 6523 (WL) (S.C.J.), at para. 6, aff'd 2007 ONCA 139, 221 O.A.C. 108; *R. v. Asif*, 2020 ONSC 1403, at para. 40 (CanLII); *R. v. Charley*, 2019 ONSC 6490, at para. 45 (CanLII)). So too is the risk of escalating violence.

[56] The mental elements required for the minimum to apply suggest a relatively high degree of culpability. An offender who commits robbery with a restricted or prohibited firearm must intend to steal *and* intend to "use" violence or force (or the threat thereof). A

[55] L'usage d'une arme à feu prohibée non chargée ne réduit pas considérablement la gravité de l'infraction. La présence d'une arme à feu, même non chargée, [TRADUCTION] « crée *en elle-même* une situation extrêmement instable et dangereuse » (*Al-Isawi*, par. 57 (en italique dans l'original)). Une arme à feu chargée peut facilement être confondue avec une arme à feu non chargée, notamment par les personnes délinquantes elles-mêmes. En outre, le fait d'accorder une peine à rabais pour avoir brandi une arme à feu non chargée ne tient pas compte du risque bien réel qu'une personne délinquante décharge accidentellement une arme à feu qu'elle croyait non chargée. Il fait également abstraction, pour des raisons pratiques, de la difficulté à prouver si l'arme à feu était chargée ou non, même si l'arme à feu utilisée a été récupérée. Qui plus est, une arme à feu non chargée est utilisée pour la même raison qu'une arme à feu chargée : pour laisser planer « la menace suprême de mort aux yeux de ceux qui y font face » (*Felawka*, p. 211). Les victimes de vol qualifié ne savent pas si l'arme à feu est chargée ou non. Il en va de même des passants et des policiers qui interviennent lors de vols qualifiés (*R. c. Stewart*, 2010 BCCA 153, 253 C.C.C. (3d) 301, par. 37; *R. c. Uniat*, 2015 ONCA 197, par. 5 (CanLII)). Que l'arme à feu ait une force meurtrière au moment de l'infraction ou non, « [l']utilisation d'une arme à feu lors de la perpétration d'un crime en exacerbe l'effet terrorisant, que l'arme soit vraie ou fausse. Ce but précis demeure dans l'un et l'autre cas » (*Steele*, par. 23). Par conséquent, le traumatisme psychologique associé à un vol qualifié commis avec une arme à feu non chargée est comparable à celui associé à un vol qualifié commis avec une arme à feu chargée (*R. c. Breese*, 2021 ONSC 1611, par. 34 (CanLII); *R. c. John*, 2016 ONSC 396, par. 27 (CanLII); *R. c. Stoddart*, [2005] O.J. No. 6076 (QL), 2005 CarswellOnt 6523 (WL) (C.S.J.), par. 6, conf. par 2007 ONCA 139, 221 O.A.C. 108; *R. c. Asif*, 2020 ONSC 1403, par. 40 (CanLII); *R. c. Charley*, 2019 ONSC 6490, par. 45 (CanLII)). Il en va de même du risque d'escalade de la violence.

[56] Les éléments moraux requis pour que le minimum s'applique suggèrent un degré relativement élevé de culpabilité. La personne délinquante qui commet un vol qualifié avec une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte doit avoir l'intention de voler *et*

conscious *choice* must be made to employ violence or force. For the mandatory minimum sentence to apply, that choice extends to the decision to use a particular firearm to commit the offence — the offender must *intend* to employ the weapon. The offence does not involve an inadvertent decision to put public safety at risk but a conscious choice to put another person's safety at great risk.

[57] There is some breadth to the offence. At the high end of the spectrum, s. 344(1)(a) captures, for example, offenders who organize elaborate, coordinated robberies on large institutions using automatic weaponry and cause serious injuries or death. On the low end of the spectrum, the section captures individuals like Mr. Hilbach, conducting unsophisticated hits on gas stations using unloaded prohibited firearms. This range in gravity and levels of culpability are appropriately reflected in differing sentencing outcomes above the minimum. However, the thread that connects each case is the intent to both steal and to benefit from the deep terror that comes with the threat of a firearm at a proximate range. In each case, the offender uses a firearm to induce fear for their victim in service of their own benefit. While the individual circumstances of the accused and the motivations for their conduct vary, these two elements remain constant. It is this specificity of conduct that Justice Proulx referred to in *Lapierre*, which aggravates the offence and subjects offenders to this minimum (p. 344).

[58] Unlike the hypotheticals considered in *Nur*, individuals who offend s. 344(1)(a) commit “true crime[s]” (*R. v. Nur*, 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401, at paras. 205-6, aff'd 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773). It is not the case that the offence involves little or no moral fault and little or no danger to the public (*Nur*, at paras. 82-83). Individuals found guilty under this section are not akin to the hypothetical proffered in *Smith*, of a young person caught with their first “joint of grass” on their way

avoir l'intention d'« utiliser » la violence ou la force (ou de menacer de le faire). Elle doit faire le *choix* conscient d'avoir recours à la violence ou à la force. Pour que la peine minimale obligatoire s'applique, ce choix s'étend à la décision d'utiliser une arme à feu en particulier pour commettre l'infraction — la personne délinquante doit avoir l'*intention* d'employer l'arme. L'infraction ne consiste pas en une décision prise par inadvertance de mettre la sécurité du public à risque, mais en un choix conscient de mettre à grand risque la sécurité d'une autre personne.

[57] L'infraction a une certaine étendue. À l'extrémité supérieure de l'éventail, l'al. 344(1)a englobe, par exemple, les personnes délinquantes qui organisent des vols qualifiés complexes et coordonnés dans de grandes institutions en utilisant des armes automatiques et qui causent des blessures graves ou la mort. À l'extrémité inférieure de l'éventail, l'article vise des individus qui, comme M. Hilbach, commettent des vols simples dans des stations-service en utilisant des armes à feu prohibées non chargées. Les différentes peines plus lourdes que la peine minimale reflètent bien cette échelle de gravité et ces divers degrés de culpabilité. Toutefois, le fil conducteur qui relie chacun de ces cas est l'intention de voler et de profiter de la terreur profonde qu'inspire la menace d'une arme à feu brandie à courte distance. Dans chaque cas, la personne délinquante utilise une arme à feu pour susciter la peur chez sa victime afin d'en tirer un avantage. Bien que la situation personnelle de la personne accusée et les motivations de son comportement varient, ces deux éléments demeurent constants. C'est ce caractère particulier du comportement dont parlait le juge Proulx dans l'affaire *Lapierre*, qui aggrave l'infraction et expose son auteur à cette peine minimale (p. 684).

[58] À la différence des situations hypothétiques examinées dans l'arrêt *Nur*, les personnes qui contreviennent à l'al. 344(1)a commettent de [TRADUCTION] « vrai[s] crime[s] » (*R. c. Nur*, 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401, par. 205-206, conf. par 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773). Il ne s'agit pas d'un cas où l'infraction comporte une culpabilité morale minime, voire nulle, et qui n'expose le public qu'à peu voire pas de danger (*Nur*, par. 82-83). Les personnes déclarées coupables en vertu de cet article ne

home to Canada (p. 1053). Unlike the hypothetical scenario relied upon to invalidate the provision at issue in *Hills* — namely, a situation involving a young person using a paintball gun that *could not perforate* the wall of a typical residence — there is no removing the immediacy of personal threat that is inherent to the offence. The nature and scope of the offence requires the presence of victims. Indeed, there are two real victims of Mr. Hilbach’s offence. For this reason, it has not been demonstrated that this mandatory minimum is so wide that it extends to circumstances that pose relatively little risk of harm (as in *Smith*, *Nur*, *Lloyd* or *Hills*).

(ii) The Effects of the Penalty on the Offender

[59] The second component requires courts to consider the effects of the mandatory penalty on the particular offender. If it inflicts mental pain and suffering on an offender through degrading and dehumanizing treatment or punishment, the punishment is constitutionally vulnerable to the extent that the offender’s dignity is undermined (*Hills*, at para. 133; *Quebec (Attorney General) v. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 SCC 32, [2020] 3 S.C.R. 426, at para. 51).

[60] In assessing the effects — and therefore the impact — that flow from the prescribed sentence on the actual or hypothetical offender, a court should consider the additional years of imprisonment imposed by the mandatory minimum sentence. Section 12, however, involves a contextual analysis and there is no hard number above or below which a sentence becomes grossly disproportionate. A court may consider the conditions experienced by the offender in serving the mandatory sentence, including whether the mandatory minimum sentence substitutes imprisonment for a probationary sentence, as well as any characteristics or circumstances that enhance

ressemblent pas à l’individu dont il est question dans l’hypothèse proposée dans l’affaire *Smith*, à savoir un jeune surpris en possession de son premier « joint de mari » alors qu’il rentre au Canada (p. 1053). À la différence de la situation hypothétique invoquée pour invalider la disposition en cause dans l’affaire *Hills* — à savoir, une situation mettant en cause une jeune personne ayant utilisé un fusil de paintball qui *ne pouvait pas perforer* le mur d’une résidence ordinaire — il est impossible d’éliminer le caractère immédiat de la menace personnelle qui est inhérent à l’infraction. La nature et la portée de l’infraction exigent la présence de victimes. Dans les faits, il y a deux victimes réelles de l’infraction commise par M. Hilbach. Pour cette raison, il n’a pas été démontré que cette peine minimale obligatoire est si large qu’elle s’étend à des situations qui posent un risque relativement faible de préjudice (comme dans les affaires *Smith*, *Nur*, *Lloyd* ou *Hills*).

(ii) Les effets de la peine sur la personne délinquante

[59] Le deuxième élément exige que les tribunaux examinent les effets de la peine obligatoire sur la personne délinquante en cause. Si elle a pour effet d’infliger à la personne délinquante des douleurs et des souffrances psychologiques au moyen d’une peine ou d’un traitement dégradant et déshumanisant, la peine est vulnérable sur le plan constitutionnel dans la mesure où elle porte atteinte à la dignité de la personne délinquante (*Hills*, par. 133; *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 51).

[60] Pour évaluer les effets — et donc les répercussions — qui découlent de la peine prescrite sur la personne délinquante réelle ou hypothétique, le tribunal doit tenir compte des années supplémentaires d’emprisonnement imposées par la peine minimale obligatoire. Toutefois, l’art. 12 suppose une analyse contextuelle et il n’y a aucun nombre précis au-delà ou en deçà duquel une peine devient exagérément disproportionnée. Le tribunal peut tenir compte des conditions de détention de la personne délinquante dans lesquelles elle purgera la peine obligatoire, y compris la question de savoir si la peine minimale obligatoire substitue l’emprisonnement à une mesure

the severity of the punishment in the offender's case (*Hills*, at para. 133). It bears repeating that the focus is on the sentence, not the possible availability of parole into the assessment of a minimum's effects (*Hills*, at para. 104, citing *Bissonnette*, at paras. 37 and 41, and *Nur*, at para. 98).

[61] The sentencing judge identified two significant effects. At five years, the mandatory minimum sentence was more than double a fit and proportionate sentence. The sentence was also qualitatively worse, given it was to be served in a penitentiary.

[62] I accept the sentencing judge's conclusion that the effects of the five-year mandatory minimum sentence are "severe" in Mr. Hilbach's case. A five-year term of imprisonment would have detrimental implications for Mr. Hilbach's rehabilitation, given the sentencing judge's finding that a penitentiary term increased the likelihood that Mr. Hilbach would re-entrench in gang involvement. It is reasonable in this case to conclude that a five-year mandatory minimum sentence is relatively more severe and, like many Indigenous offenders, Mr. Hilbach would serve harder time as a result (*Gladue*, at para. 68). Indigenous offenders are more severely affected by incarceration and are often treated in discriminatory ways in custodial environments. Indigenous people are more likely to experience use-of-force incidents in federal penitentiaries and are provided limited access to culturally appropriate programming (Office of the Correctional Investigator, *Annual Report 2021-2022* (2022)). Further, incarceration itself is often a culturally inappropriate consequence for wrongdoing for Indigenous offenders (*Gladue*, at para. 68).

[63] These considerations ultimately support the conclusion that a *fit and proportionate* sentence would fall below the mandatory minimum sentence, notwithstanding the serious violence involved in

probatoire, ainsi que toute caractéristique ou circonstance qui accroît la sévérité de la peine dans le cas de la personne délinquante (*Hills*, par. 133). Il convient de répéter que l'accent est mis sur la peine, et non sur la possibilité d'une libération conditionnelle dans l'appréciation des effets de la peine minimale (*Hills*, par. 104, citant *Bissonnette*, par. 37 et 41, et *Nur*, par. 98).

[61] Le juge chargé de la détermination de la peine a relevé deux effets importants. À cinq ans, la peine minimale obligatoire équivalait à plus du double d'une peine juste et proportionnée. De plus, la peine était pire sur le plan qualitatif, dans la mesure où elle devait être purgée dans un pénitencier.

[62] J'accepte la conclusion du juge chargé de la détermination de la peine selon laquelle les effets de la peine minimale obligatoire de cinq ans sont [TRADUCTION] « sévères » dans le cas de M. Hilbach. Une peine d'emprisonnement de cinq ans aurait des répercussions néfastes sur la réinsertion sociale de M. Hilbach, au regard de la conclusion du juge chargé de la détermination de la peine selon laquelle une peine purgée dans un pénitencier accroissait la probabilité que M. Hilbach réintègre le milieu des gangs. En l'espèce, il est raisonnable de conclure qu'une peine minimale obligatoire de cinq ans est relativement plus sévère et, comme pour bon nombre de personnes délinquantes autochtones, la peine sera plus difficile pour M. Hilbach en conséquence (*Gladue*, par. 68). Les personnes délinquantes autochtones sont plus durement touchées par l'incarcération et sont souvent traitées de façon discriminatoire dans les milieux carcéraux. Les Autochtones sont plus susceptibles de subir des incidents de recours à la force dans des pénitenciers fédéraux et ont un accès limité à des programmes adaptés à leur culture (Bureau de l'enquêteur correctionnel, *Rapport annuel 2021-2022* (2022)). De plus, l'incarcération elle-même est souvent une façon culturellement inappropriée de sanctionner les actes répréhensibles commis par des personnes délinquantes autochtones (*Gladue*, par. 68).

[63] En définitive, ces considérations soutiennent la conclusion selon laquelle une peine *juste et proportionnée* se situerait en deçà de la peine minimale obligatoire, malgré la violence grave que comporte

his offence. Assessed from a purely quantitative standpoint, additional imprisonment beyond a fit and proportionate sentence is not negligible. Indeed, this Court in *Lloyd* struck down a mandatory minimum sentence of one year's imprisonment (para. 6). No one would reasonably volunteer for an extra year or two years in jail beyond what a judge considers just as such additional periods of incarceration will result in significant hardship for an offender and their loved ones. These effects must therefore carry significant weight.

(iii) The Penalty and Its Objectives

[64] In this component, courts must first consider which sentencing objectives Parliament prioritized in enacting the mandatory minimum penalty and, second, assess whether the minimum sentence goes beyond what is necessary for Parliament to achieve its objectives (*Hills*, at para. 138). Denunciation and deterrence are established sentencing principles that Parliament may use to demonstrate the state's disapproval of serious offences (*Hills*, at para. 139). While forms of punishment that completely disregard rehabilitation are incompatible with human dignity and violate s. 12 (*Bissonnette*, at para. 85), no single sentencing objective can be applied to the exclusion of all others (*Nasogaluak*, at para. 43).

[65] So long as Parliament does not completely exclude rehabilitation from its calculus, the legislature may justifiably prioritize some objectives, like denunciation and deterrence, over others in enacting a minimum sentence. Denunciatory sentences express a "collective statement that the offender's conduct should be punished for encroaching on our society's basic code of values" (*R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 81). Where the consequences of the offences clearly offend Canadians' "basic code of values" and call for strong condemnation, this Court has afforded Parliament greater deference in enacting a mandatory minimum sentence that prioritizes denunciation (*Hills*, at para. 139, citing *Morrissey*, at para. 47). The need for denunciation is closely tied

l'infraction qu'il a commise. Appréciee d'un point de vue purement quantitatif, la période d'emprisonnement qui dépasse une peine juste et proportionnée n'est pas négligeable. De fait, dans l'arrêt *Lloyd*, notre Cour a invalidé une peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement (par. 6). Personne ne se porterait raisonnablement volontaire pour une ou deux années de plus en prison que ce qu'un juge considère comme juste, puisque de telles périodes additionnelles d'incarcération donneraient lieu à de grandes difficultés pour la personne délinquante et ses proches. Ces effets doivent donc avoir beaucoup de poids.

(iii) La peine et ses objectifs

[64] Dans ce volet, les tribunaux doivent d'abord examiner quels objectifs de détermination de la peine le Parlement a priorisés en adoptant la peine minimale obligatoire et, ensuite, se demander si la peine minimale va au-delà de ce qui est nécessaire pour permettre au Parlement d'atteindre ses objectifs (*Hills*, par. 138). La dénonciation et la dissuasion sont des principes reconnus de détermination de la peine que le Parlement peut utiliser pour exprimer la désapprobation de l'État à l'égard des infractions graves (*Hills*, par. 139). Bien que les formes de punitions qui font totalement abstraction de la réinsertion sociale soient incompatibles avec la dignité humaine et violent l'art. 12 (*Bissonnette*, par. 85), aucun objectif de détermination de la peine ne peut être appliqué à l'exclusion de tous les autres (*Nasogaluak*, par. 43).

[65] Dès lors qu'il n'exclut pas complètement la réinsertion sociale de son calcul, le Parlement peut prioriser à juste titre certains objectifs, comme la dénonciation et la dissuasion, plutôt que d'autres lorsqu'il établit une peine minimale. Les peines exemplaires représentent « une déclaration collective [...] que la conduite du contrevenant doit être punie parce qu'elle a porté atteinte au code des valeurs fondamentales de notre société » (*R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 81). Lorsque les conséquences des infractions contreviennent manifestement au « code des valeurs fondamentales » de la population canadienne et commandent une forte condamnation, notre Cour fait preuve d'une plus grande déférence envers le Parlement lorsqu'il édicte une peine minimale

to the gravity of the offence (*Hills*, at para. 139, citing *Ipeelee*, at para. 37). Likewise, while deterrence cannot prevent a mandatory minimum sentence from being cruel and unusual on its own, it can “support a sentence which is more severe while still within the range of punishments that are not cruel and unusual” (*Morrissey*, at para. 45).

[66] That said, deterrence and denunciation cannot be prioritized at all costs. Such an approach would justify sentences of unlimited length (*Hills*, at para. 140). Consequently, in assessing the mandatory minimum sentence’s valid penal purpose and its respect for sentencing objectives, a court should consider the extent to which the impugned sentence adheres to principles of proportionality and parity (*Hills*, at para. 145).

[67] Parity requires that a sentence “be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances” (s. 718.2(b)). Sentencing ranges and starting points are useful tools in assessing proportionality and parity as they reflect judicial consensus on an offence’s gravity and help reduce substantial disparities in sentencing (*R. v. Parranto*, 2021 SCC 46, [2021] 3 S.C.R. 366, at para. 20, citing *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at para. 2). Mandatory minimum sentences, as well as the range of sentences set out by Parliament, for similar offences may also assist in this inquiry.

[68] In this case, the sentencing judge recognized that while deterrence and denunciation were important considerations, the mandatory minimum sentence put far too great an emphasis on these goals over rehabilitation and *Gladue* considerations. The Court of Appeal majority agreed, drawing an analogy to mandatory victim surcharges in *Boudreault*.

obligatoire qui priorise la dénonciation (*Hills*, par. 139, citant *Morrissey*, par. 47). Le besoin de dénonciation est étroitement lié à la gravité de l’infraction (*Hills*, par. 139, citant *Ipeelee*, par. 37). De même, bien que la dissuasion à elle seule ne puisse empêcher une peine minimale obligatoire d’être cruelle et inusitée, elle 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 » (*Morrissey*, par. 45).

[66] Cela dit, la dissuasion et la dénonciation ne sauraient être priorisées à tout prix. Une telle approche justifierait des peines d’une durée illimitée (*Hills*, par. 140). Par conséquent, lorsqu’ils évaluent l’objectif pénal valable de la peine minimale obligatoire et son respect des objectifs de détermination de la peine, les tribunaux devraient prendre en considération la mesure dans laquelle la peine contestée adhère aux principes de proportionnalité et de parité (*Hills*, par. 145).

[67] La parité exige « l’infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables » (al. 718.2b)). Les fourchettes de peines et les points de départ sont des outils utiles dans l’évaluation de la proportionnalité et de la parité, car ils reflètent un consensus judiciaire sur la gravité d’une infraction et aident à réduire les écarts substantiels entre les peines infligées (*R. c. Parranto*, 2021 CSC 46, [2021] 3 R.C.S. 366, par. 20, citant *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 2). Les peines minimales obligatoires, de même que la fourchette de peines énoncée par le Parlement pour des infractions semblables, peuvent elles aussi être utiles dans cette analyse.

[68] En l’espèce, le juge chargé de la détermination de la peine a reconnu que même si la dissuasion et la dénonciation sont des considérations importantes, la peine minimale obligatoire accorde beaucoup trop d’importance à ces objectifs par rapport à la réinsertion sociale et aux facteurs énoncés dans l’arrêt *Gladue*. Les juges majoritaires de la Cour d’appel étaient du même avis, faisant une analogie avec les suramendes compensatoires dont il était question dans l’arrêt *Boudreault*.

[69] Both the sentencing judge and the Court of Appeal majority erred in concluding there was no valid penal purpose in this case. Mandatory minimum sentences, by their nature, emphasize deterrence, denunciation, and retribution over rehabilitation and other sentencing purposes (*Nur*, at para. 44). The question, therefore, is not simply whether the minimum sentence prioritizes these purposes. Instead, a court should consider whether the extent to which Parliament chose to prioritize denunciation and deterrence in setting the penalty is justified. In Mr. Hilbach’s case, Parliament’s decision to prioritize denunciation and deterrence is justifiable.

[70] As noted, the need for denunciation is closely tied to the gravity of the offence and the need to communicate our society’s condemnation of acts that infringe our basic moral values (*M. (C.A.)*, at para. 81; *Ipeelee*, at para. 37). Parliament is afforded deference in enacting denunciatory mandatory minimums where conduct, like robbing an individual at gunpoint, clearly offends our most basic values.

[71] In this case, the mandatory minimum sentence captures conduct that clearly warrants deterrence and the strong denunciation that a substantial prison sentence signals. As the sentencing judge acknowledged, denunciation and deterrence were “important” considerations in Mr. Hilbach’s case, given the gravity of the offence (para. 20). The use of a restricted or prohibited firearm in a robbery poses grave risk to public safety. As this Court wrote in *Morrissey*, Parliament is entitled to enact mandatory minimum sentences that signal that a disregard for the life and safety of others in handling firearms is “simply not acceptable” (para. 47 (emphasis in original)). The mandatory minimum sentence therefore applies to a category of conduct that calls for strong condemnation.

[69] Le juge chargé de la détermination de la peine et les juges majoritaires de la Cour d’appel ont eu tort de conclure qu’il n’y avait aucun objectif pénal valable en l’espèce. La peine minimale obligatoire est en soi davantage axée sur la dissuasion, la dénonciation et le châtement que sur la réinsertion sociale et d’autres objectifs de détermination de la peine (*Nur*, par. 44). Par conséquent, la question ne se limite pas à savoir si la peine minimale priorise ces objectifs. Les tribunaux devraient plutôt se demander si la mesure dans laquelle le Parlement a choisi de prioriser la dénonciation et la dissuasion lorsqu’il a établi la peine est justifiée. Dans le cas de M. Hilbach, la décision du Parlement de prioriser la dénonciation et la dissuasion est justifiable.

[70] Comme je l’ai souligné, le besoin de dénonciation est étroitement lié à la gravité de l’infraction et à la nécessité de communiquer le fait que notre société condamne les actes qui portent atteinte à nos valeurs morales fondamentales (*M. (C.A.)*, par. 81; *Ipeelee*, par. 37). Il convient de faire preuve de déférence à l’égard du Parlement lorsqu’il édicte des peines minimales obligatoires exemplaires dans les cas où la conduite, comme le vol à main armée, porte manifestement atteinte à nos valeurs les plus fondamentales.

[71] Dans le présent cas, la peine minimale obligatoire vise une conduite qui justifie manifestement la dissuasion et la dénonciation vigoureuse qu’indique une lourde peine d’emprisonnement. Comme l’a reconnu le juge chargé de la détermination de la peine, la dénonciation et la dissuasion étaient des considérations [TRADUCTION] « importantes » dans le cas de M. Hilbach, compte tenu de la gravité de l’infraction (par. 20). L’usage d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte lors de la perpétration d’un vol qualifié présente un risque grave pour la sécurité publique. Comme l’a indiqué notre Cour dans l’arrêt *Morrissey*, le Parlement peut édicter des peines minimales obligatoires qui indiquent que l’insouciance à l’égard de la vie et de la sécurité d’autrui dans la manipulation d’armes à feu n’est « tout simplement pas acceptable » (par. 47 (souligné dans l’original)). Par conséquent, la peine minimale obligatoire s’applique à une catégorie de comportements qui commandent une forte condamnation.

[72] General deterrence also has a role here. As this Court recognized in *Morrisey*, “[i]t cannot be disputed that there is a need for general deterrence” when a person endangers the safety of others in wielding a firearm (para. 46). Like the mandatory minimum sentence in that case, this minimum sentence “dictates that those who pick up a gun must exercise care when handling it” (*Morrisey*, at para. 46). While *Smith* notes there may be little need to punish the “small” offender in order to deter the serious offender (at p. 1080), there are no “small” offenders in the way this Court conceived in *Nur*, *Smith*, and *Lloyd*. Mr. Hilbach’s actions, for example, are precisely the conduct that Parliament sought to deter. Consequently, short of cruel and unusual punishment, general deterrence can support a sentence which is more severe while still within the range of punishments that are not cruel and unusual (*Morrisey*, at para. 45; *Nur*, at para. 45).

[73] My conclusion that Parliament was entitled to prioritize deterrence and denunciation here is consistent with the sentencing jurisprudence on robbery, which bears out the importance of these purposes in sentencing for this offence (C. C. Ruby, *Sentencing* (10th ed. 2020), at §23.494). It is also compatible with the greater emphasis on these purposes by courts in sentencing where a firearm is used to commit acts of interpersonal violence (see, e.g., *R. v. Jones*, 2012 ONCA 609, at para. 12 (CanLII); *R. v. Maytwayashing*, 2018 MBCA 36, at para. 40 (CanLII); *R. v. Agin*, 2018 BCCA 133, 361 C.C.C. (3d) 258, at para. 67; *R. v. D. (Q.)* (2005), 199 C.C.C. (3d) 490 (Ont. C.A.), at para. 78; *R. v. Marshall*, 2015 ONCA 692, 340 O.A.C. 201, at para. 49; *R. v. Bellissimo*, 2009 ONCA 49, at para. 5 (CanLII); *R. v. Brown*, 2010 ONCA 745, 277 O.A.C. 233, at paras. 13-14). In this context, courts have emphasized the need for denunciation and deterrence both to convey our society’s abhorrence of gun violence and to communicate to potential offenders that a significant sentence accompanies the use of a gun to commit violence (*D. (Q.)*, at paras. 77-78; *Jones*, at para. 12; *R. v. Mark*, 2018 ONSC 447, at para. 24

[72] La dissuasion générale a également un rôle à jouer en l’espèce. Comme l’a reconnu notre Cour dans l’arrêt *Morrisey*, « [l]e besoin de dissuasion générale ne saurait être contesté » lorsqu’une personne met en danger la sécurité d’autrui en brandissant une arme à feu (par. 46). À l’instar de la peine obligatoire minimale dans cette affaire, la peine minimale en l’espèce « exige que les personnes qui ont une arme à feu dans les mains fassent preuve de prudence en la manipulant » (*Morrisey*, par. 46). Bien que l’arrêt *Smith* indique qu’il n’est pas vraiment nécessaire de punir le « petit » délinquant pour dissuader l’auteur d’infractions graves (à la p. 1080), il n’y a pas de « petits » délinquants dans la façon dont l’entendait notre Cour dans les arrêts *Nur*, *Smith* et *Lloyd*. Les gestes de M. Hilbach, par exemple, correspondent précisément à la conduite que le Parlement voulait dissuader. Par conséquent, la dissuasion générale peut justifier une peine qui est plus sévère mais qui se situe tout de même dans l’éventail des peines qui ne sont pas cruelles et inusitées (*Morrisey*, par. 45; *Nur*, par. 45).

[73] Ma conclusion selon laquelle le Parlement pouvait prioriser la dissuasion et la dénonciation en l’espèce est conforme à la jurisprudence en matière de détermination de la peine portant sur le vol qualifié, qui confirme l’importance de ces objectifs dans la détermination de la peine pour cette infraction (C. C. Ruby, *Sentencing* (10^e éd. 2020), §23.494). Elle est également compatible avec l’importance accrue qu’accordent les tribunaux à ces objectifs dans la détermination de la peine lorsqu’une arme à feu est utilisée pour commettre des actes de violence interpersonnelle (voir, p. ex., *R. c. Jones*, 2012 ONCA 609, par. 12 (CanLII); *R. c. Maytwayashing*, 2018 MBCA 36, par. 40 (CanLII); *R. c. Agin*, 2018 BCCA 133, 361 C.C.C. (3d) 258, par. 67; *R. c. D. (Q.)* (2005), 199 C.C.C. (3d) 490 (C.A. Ont.), par. 78; *R. c. Marshall*, 2015 ONCA 692, 340 O.A.C. 201, par. 49; *R. c. Bellissimo*, 2009 ONCA 49, par. 5 (CanLII); *R. c. Brown*, 2010 ONCA 745, 277 O.A.C. 233, par. 13-14). Dans ce contexte, les tribunaux ont insisté sur le besoin de dénonciation et de dissuasion, à la fois pour signifier l’aversion de notre société à l’égard de la violence liée aux armes à feu et pour communiquer aux délinquants éventuels qu’une peine

(CanLII); *R. v. Thavakularatnam*, 2018 ONSC 2380, at para. 21 (CanLII)).

[74] In the case of offenders like Mr. Hilbach, with reduced moral culpability due to, for example, developmental delays or a substance use disorder, the five-year mandatory minimum may exceed what is necessary to achieve Parliament's sentencing objectives (*Hills*, at para. 138). In Mr. Hilbach's case, a five-year minimum term in custody is a harsh punishment considering his personal circumstances.

[75] Nevertheless, the sentencing judge overlooked that this case is distinguishable from *Nur*, *Smith* and *Lloyd* insofar as a substantial carceral sentence is a proportionate sentence in Mr. Hilbach's case. Indeed, as noted, the defence does not challenge that three years' imprisonment is a fit sentence. Thus, unlike *Nur*, *Smith* and *Lloyd*, the mandatory minimum sentence here does not impose a lengthy term of imprisonment, the punishment of "last resort", when such a sentence would not otherwise be possible, or even common. Mandatory minimum sentences are necessarily more vulnerable when they replace a probationary sentence with lengthy prison terms. While it nevertheless remains important to compare two sentences involving long terms of imprisonment, it can be more difficult to establish gross disproportionality in this scenario than those at issue in *Nur* and *Lloyd*.

[76] The mandatory minimum sentence for robbery with a restricted or prohibited firearm in Mr. Hilbach's case is not totally out of sync with sentencing norms for an offence of this nature. To begin, sentences below two years' imprisonment are relatively rare for robbery, which has no mandatory minimum sentence where it is committed with no weapon or a weapon other than a gun (Ruby, at §23.498). Where a weapon (other than a gun) is used in robberies of commercial

importante accompagne l'usage d'une arme à feu pour commettre des actes de violence (*D. (Q.)*, par. 77-78; *Jones*, par. 12; *R. c. Mark*, 2018 ONSC 447, par. 24 (CanLII); *R. c. Thavakularatnam*, 2018 ONSC 2380, par. 21 (CanLII)).

[74] Dans le cas de délinquants comme M. Hilbach, dont la culpabilité morale est réduite en raison, par exemple, de retards de développement ou d'un trouble lié à la consommation d'une substance, la peine minimale obligatoire de cinq ans peut excéder ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du Parlement en matière de détermination de la peine (*Hills*, par. 138). Dans le cas de M. Hilbach, une peine de détention minimale de cinq ans est une sanction sévère compte tenu de sa situation personnelle.

[75] Néanmoins, le juge chargé de la détermination de la peine n'a pas tenu compte du fait que la présente affaire se distingue des affaires *Nur*, *Smith* et *Lloyd* dans la mesure où une lourde peine d'emprisonnement est une peine proportionnée dans le cas de M. Hilbach. En effet, comme je l'ai fait remarquer, la défense ne conteste pas le fait que l'emprisonnement de trois ans est une peine juste. Par conséquent, contrairement aux affaires *Nur*, *Smith* et *Lloyd*, la peine minimale obligatoire en l'espèce n'impose pas une longue peine d'emprisonnement, la sanction « de dernier recours », lorsqu'une telle peine ne serait pas par ailleurs possible, ou même courante. Les peines minimales obligatoires sont nécessairement plus vulnérables lorsqu'elles remplacent une peine de probation par de longues périodes d'emprisonnement. Bien qu'il demeure néanmoins important de comparer deux peines comportant de longues périodes d'emprisonnement, il peut être plus difficile d'établir qu'il y a une disproportion exagérée dans la présente situation que dans celles en cause dans les affaires *Nur* et *Lloyd*.

[76] La peine minimale obligatoire pour vol qualifié commis avec une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte dans le cas de M. Hilbach ne déroge pas totalement aux normes de détermination de la peine pour une infraction de cette nature. Tout d'abord, les peines inférieures à deux ans d'emprisonnement sont relativement rares en cas de vol qualifié, qui n'emporte pas de peine minimale obligatoire lorsqu'il est commis sans arme ou avec une arme autre qu'une arme à feu

establishments, as is the case here, the low end falls in the one-to-two-year range, with a mid-range between three and five years, and a high end of around eight years (Ruby, at §§23.521, 23.528 and 23.532). Even without a mandatory minimum sentence, the sentencing range for robbery with a restricted or prohibited firearm would skew higher, since the use of such a dangerous weapon is an aggravating factor. Thus, while a five-year mandatory minimum arguably sits above what Mr. Hilbach would receive and the low end that would likely otherwise develop, the minimum does not far exceed what is necessary for Parliament to achieve its sentencing objectives.

[77] Thus, Mr. Hilbach’s case does not show the mandatory minimum sentence departs from the principle of parity to the same extent as the minimums in *Smith, Nur, Lloyd* and *Hills*. As noted, substantial, multi-year carceral sentences are the norm for this offence. This distinguishes this case from *Nur*, where the mandatory minimum sentence at issue imposed three-year prison terms for what were essentially licensing infractions, a result that was “totally out of sync” with sentencing practices for licensing offences (para. 83). It cannot be said that, as in *Nur*, there is a “cavernous disconnect” between the mandatory minimum and Mr. Hilbach’s conduct (para. 83). Given the relationship between parity and proportionality, this supports a finding that the minimum sentence in this case is not grossly disproportionate.

[78] Moreover, the mandatory minimum sentence here is not wholly analogous to the mandatory victim surcharges considered in *Boudreault*. In that case, the penal purpose of mandatory victim surcharges was to raise funds for victim services and increase the accountability of offenders to individual victims and the community generally (para. 62). Neither penal

(Ruby, §23.498). Lorsqu’une arme (autre qu’une arme à feu) est utilisée pour la perpétration d’un vol qualifié dans un établissement commercial, comme c’est le cas en l’espèce, la limite inférieure se situe dans la fourchette d’un an ou deux, l’échelon du milieu se situant entre trois et cinq ans et la limite supérieure étant d’environ huit ans (Ruby, §§23.521, 23.528 et 23.532). Même sans peine minimale obligatoire, la fourchette de peines pour vol qualifié commis avec une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte serait plus élevée, car l’usage d’une arme aussi dangereuse représente un facteur aggravant. Par conséquent, bien que l’on puisse soutenir qu’une peine minimale obligatoire de cinq ans est supérieure à la peine à laquelle M. Hilbach serait condamné et à la limite inférieure qui serait probablement établie par ailleurs, la peine minimale ne dépasse pas de beaucoup ce qui est nécessaire pour que le Parlement atteigne ses objectifs en matière de détermination de la peine.

[77] Par conséquent, le cas de M. Hilbach ne démontre pas que la peine minimale obligatoire déroge au principe de parité dans la même mesure que les peines minimales dans les affaires *Smith, Nur, Lloyd* et *Hills*. Comme je l’ai mentionné, de lourdes peines d’emprisonnement de plusieurs années sont la norme pour cette infraction. Cela permet de distinguer la présente affaire de l’arrêt *Nur*, où la peine minimale obligatoire en cause imposait des peines d’emprisonnement de trois ans pour ce qui était essentiellement des infractions réglementaires, un résultat qui « déroge[ait] totalement » aux pratiques de détermination de la peine pour de telles infractions (par. 83). On ne peut affirmer que, comme dans l’arrêt *Nur*, il y a une [TRADUCTION] « discordance totale » entre le minimum obligatoire et le comportement de M. Hilbach (par. 83). Compte tenu du lien entre la parité et la proportionnalité, ce qui précède appuie la conclusion selon laquelle la peine minimale en l’espèce n’est pas exagérément disproportionnée.

[78] En outre, la peine minimale obligatoire en l’espèce n’est pas entièrement analogue aux suramendes compensatoires obligatoires examinées dans l’arrêt *Boudreault*. Dans cette affaire, les suramendes compensatoires obligatoires avaient pour objectifs pénaux de recueillir des fonds pour les services aux victimes et d’accroître la responsabilisation des personnes

purpose was likely to be realized for impecunious or impoverished offenders, who had no funds to spare (para. 63). Here, the penal purposes associated with the mandatory minimum are not unlikely to be realized, given Mr. Hilbach's conduct is precisely what Parliament intended to denounce and deter. Moreover, proportionality and parity were compromised to a greater extent in *Boudreault*, since the surcharges effectively imposed indeterminate sentences on impecunious offenders, although such punishment is reserved only for Canada's worst offenders (para. 79). The minimum here is more in line with sentencing norms for an offence of this nature.

[79] That said, as in *Boudreault*, the minimum does not advance Parliament's intention to ameliorate the serious problem of overrepresentation of Indigenous peoples in prison, embodied in s. 718.2(e). Nor does it promote the objective of rehabilitation. A sentence that undermines Mr. Hilbach's ability to avoid gang life, and increases the likelihood of his recidivism as a result, does not foster rehabilitation. Though the minimum sentence may not aid Mr. Hilbach's rehabilitation, I do not find that the minimum completely disregards rehabilitation as a sentencing principle (*Hills*, at para. 34). Parliament has not selected a minimum punishment that prioritizes denunciation and deterrence to the exclusion of rehabilitation in Mr. Hilbach's case.

[80] Despite its effect viewed through the lens of s. 718.2(e), I am unable to conclude that the minimum sentence goes beyond what is necessary to achieve Parliament's purpose such that it fails to reflect rehabilitation entirely and undermines human dignity. As noted, Parliament was justified in prioritizing denunciation and deterrence over rehabilitation, given the nature of this offence. And while the minimum sentence departs from principles of parity and proportionality in Mr. Hilbach's case, it does not result

délinquantes envers les victimes et la collectivité en général (par. 62). Ni l'un ni l'autre de ces objectifs pénaux n'étaient susceptibles d'être atteints dans le cas de personnes délinquantes impécunieuses ou démunies, qui étaient sans le sou (par. 63). En l'espèce, il n'est pas improbable que les objectifs pénaux associés au minimum obligatoire soient atteints, dans la mesure où le comportement de M. Hilbach correspond précisément à ce que le Parlement entendait dénoncer et dissuader. Qui plus est, la proportionnalité et la parité étaient compromises dans une plus grande mesure dans l'affaire *Boudreault*, car les suramendes imposaient en réalité des peines d'une durée indéterminée à des personnes délinquantes impécunieuses, bien que de telles sanctions soient réservées aux pires personnes délinquantes du Canada (par. 79). Le minimum en l'espèce s'harmonise davantage avec les normes de détermination de la peine pour une infraction de cette nature.

[79] Cela dit, comme dans l'affaire *Boudreault*, la peine minimale ne contribue pas à la réalisation de l'intention du Parlement de résoudre le grave problème de la surreprésentation des Autochtones en prison, consacrée à l'al. 718.2e). Elle ne favorise pas non plus l'objectif de réinsertion sociale. Une peine qui nuit à la capacité de M. Hilbach d'éviter la vie de gang, et qui accroît la probabilité qu'il récidive en conséquence, ne favorise pas la réinsertion sociale. Bien que la peine minimale ne contribue peut-être pas à la réinsertion sociale de M. Hilbach, je ne crois pas que la peine minimale fait complètement abstraction de la réinsertion sociale en tant que principe de détermination de la peine (*Hills*, par. 34). Le Parlement n'a pas choisi une peine minimale qui priorise la dénonciation et la dissuasion à l'exclusion de la réinsertion sociale dans le cas de M. Hilbach.

[80] Même en examinant ses effets sous l'angle de l'al. 718.2e), je suis incapable de conclure que la peine minimale va au-delà de ce qui est nécessaire pour que le Parlement atteigne ses objectifs au point où elle fait totalement abstraction de la réinsertion sociale et porte atteinte à la dignité humaine. Comme je l'ai fait remarquer, le Parlement était justifié de prioriser la dénonciation et la dissuasion plutôt que la réinsertion sociale, vu la nature de cette infraction. Qui plus est, bien que la peine minimale s'écarte des

in a sentence that is grossly disproportionate to the sentencing norms for this offence.

[81] I reiterate that gross disproportionality is measured at a high threshold: the sentence must be “so excessive as to outrage standards of decency” (*Hills*, at para. 109, citing *Boudreault*, at para. 45; *Lloyd*, at para. 24, citing *Morrissey*, at para. 26; *Wiles*, at para. 4, citing *Smith*, at p. 1072). Only on “rare and unique occasions” does such a label attach to a sentence as the standard is “very properly stringent and demanding” and intended to reflect a measure of deference to Parliament in crafting sentencing provisions (*Hills*, at para. 115, citing *Steele v. Mountain Institution*, at p. 1417). The standard of gross disproportionality under s. 12 does not require the punishment to be “perfectly suited to accommodate the moral nuances of every crime and every offender” (*R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at pp. 344-45). The difference between the mandatory minimum sentence and Mr. Hilbach’s individual circumstances does not “outrage standards of decency”. Concluding that the five-year mandatory minimum sentence is grossly disproportionate in the circumstances of Mr. Hilbach would erode away the high standard at the core of this Court’s s. 12 jurisprudence.

[82] For these reasons, the five-year mandatory minimum sentence prescribed by s. 344(1)(a)(i) does not infringe s. 12 of the *Charter*. Since Mr. Hilbach does not propose any reasonably foreseeable hypothetical scenarios where s. 344(1)(a)(i) is allegedly grossly disproportionate, I turn next to Mr. Zwozdesky’s challenge to s. 344(1)(a.1).

(2) Application in Mr. Zwozdesky’s Case

[83] The *amici curiae* for Mr. Zwozdesky concede that the impugned mandatory minimum sentence was not grossly disproportionate in his case. Instead, they advance five scenarios where they maintain the mandatory minimum sentence in s. 344(1)(a.1) is grossly disproportionate. The Crown maintains that several of these scenarios are not reasonably

principes de parité et de proportionnalité dans le cas de M. Hilbach, il n’en résulte pas une peine qui est exagérément disproportionnée par rapport aux normes de détermination de la peine pour cette infraction.

[81] Je réitère que la disproportion exagérée est évaluée selon un seuil élevé : la peine doit être « excessive au point de porter atteinte aux normes de la décence » (*Hills*, par. 109, citant *Boudreault*, par. 45; *Lloyd*, par. 24, citant *Morrissey*, par. 26; *Wiles*, par. 4, citant *Smith*, p. 1072). Ce n’est que « très rarement » que l’on peut qualifier ainsi une peine, puisque la norme est « à bon droit strict[e] et exigeant[e] » et censée exprimer une certaine déférence à l’égard du Parlement lorsqu’il élabore des dispositions en matière de détermination de la peine (*Hills*, par. 115, citant *Steele c. Établissement Mountain*, p. 1417). La norme de la disproportion exagérée au titre de l’art. 12 n’exige pas que les peines soient « parfaitement adaptées aux nuances morales qui caractérisent chaque crime et chaque délinquant » (*R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 344-345). La différence entre la peine minimale obligatoire et la situation particulière de M. Hilbach ne « port[e pas] atteinte aux normes de la décence ». Conclure que la peine minimale obligatoire de cinq ans est exagérément disproportionnée dans la situation de M. Hilbach saperait la norme élevée au cœur de la jurisprudence de notre Cour portant sur l’art. 12.

[82] Pour ces motifs, la peine minimale obligatoire de cinq ans prescrite au sous-al. 344(1)a(i) ne contrevient pas à l’art. 12 de la *Charte*. Puisque M. Hilbach ne propose pas de situations hypothétiques raisonnablement prévisibles où le sous-al. 344(1)a(i) serait exagérément disproportionné, je passe maintenant à la contestation de l’al. 344(1)a.1) présentée par M. Zwozdesky.

(2) Application au cas de M. Zwozdesky

[83] Les *amici curiae* pour M. Zwozdesky concèdent que la peine minimale obligatoire contestée n’était pas exagérément disproportionnée dans son cas. Ils présentent plutôt cinq situations où, soutiennent-ils, la peine minimale obligatoire prévue à l’al. 344(1)a.1) est exagérément disproportionnée. La Couronne fait valoir que plusieurs de ces situations ne sont pas

foreseeable and, in any event, they do not illustrate the minimum is grossly disproportionate. In support of its claims, the Crown relies on the same concerns it raises in Mr. Hilbach's case, pointing out the gravity of the offence and the related need for denunciation and deterrence.

[84] The scenarios advanced by the *amici* raise circumstances not addressed in Mr. Hilbach's case, including party liability, unplanned or impulsive robberies, and the use of air-powered firearms. While these circumstances introduce a degree of reduced gravity and culpability compared to Mr. Hilbach's case, they are insufficient to establish that s. 344(1)(a.1) is grossly disproportionate. Parliament could justifiably prioritize deterrence and denunciation in these circumstances as well and, as in Mr. Hilbach's case, they do not show four years' imprisonment for robbery with a firearm is totally out of sync with sentencing norms. I begin with the scenarios advanced by Mr. Zwozdesky's *amici*.

(a) *What Reasonably Foreseeable Scenarios Involve the Impugned Mandatory Minimum Sentence Provision?*

[85] The *amici* raise five detailed scenarios where the mandatory minimum is allegedly grossly disproportionate. In each scenario, the offender pleaded guilty to robbery with a firearm. The scenarios are as follows:

- (1) Eric, a "knuckleheaded" 18-year-old hunter, confronts two other hunters skinning a deer on his land, whom he suspects of poaching based on "town gossip" about one of the hunters. The trespassers have tags for the deer. Eric raises his rifle at the hunters but does not directly point it at the two. The two hunters opt to leave the deer, and Eric finishes skinning the deer and takes it home.
- (2) Danielle, a 19-year-old street youth with a drug addiction, is trafficked in sex work by her

raisonnablement prévisibles et que, de toute façon, elles ne démontrent pas que le minimum est exagérément disproportionné. Au soutien de ses prétentions, la Couronne s'appuie sur les mêmes préoccupations que celles qu'elle soulève dans le cas de M. Hilbach, invoquant la gravité de l'infraction et le besoin connexe de dénonciation et de dissuasion.

[84] Les situations présentées par les *amici* font état de circonstances qui ne sont pas abordées dans le cas de M. Hilbach, y compris la responsabilité des parties, les vols qualifiés non planifiés ou impulsifs et l'usage d'armes à air comprimé. Bien que ces circonstances comportent un degré de gravité et de culpabilité moindres par rapport au cas de M. Hilbach, elles sont insuffisantes pour établir que l'al. 344(1)a.1) est exagérément disproportionné. Le Parlement peut à juste titre prioriser la dissuasion et la dénonciation dans ces circonstances également et, comme dans le cas de M. Hilbach, celles-ci ne démontrent pas qu'une peine d'emprisonnement de quatre ans pour vol qualifié commis avec une arme à feu déroge totalement aux normes de détermination de la peine. Je me penche d'abord sur les situations présentées par les *amici* de M. Zwozdesky.

a) *Quelles situations raisonnablement prévisibles font intervenir la disposition prévoyant la peine minimale obligatoire contestée?*

[85] Les *amici* présentent cinq situations détaillées où le minimum obligatoire serait exagérément disproportionné. Dans chaque situation, la personne délinquante a plaidé coupable à une infraction de vol qualifié commis avec une arme à feu. Les situations sont les suivantes :

- (1) Éric, un chasseur « crétin » âgé de 18 ans, affronte deux autres chasseurs en train de dépecer un cerf sur son terrain, qu'il soupçonne de braconnage sur la foi de « potins de la ville » à propos d'un des chasseurs. Les intrus ont des vignettes pour le cerf. Éric lève sa carabine en direction des chasseurs, sans toutefois les viser directement. Les deux chasseurs choisissent de laisser le cerf et Éric finit de le dépecer et l'apporte chez lui.
- (2) Danielle, une jeune toxicomane de la rue âgée de 19 ans, est victime de traite en vue du commerce

boyfriend. Her boyfriend carries a gun, which she knows as he has recently used it to threaten her. They decide to shoplift cheese and razors from a grocery store. When stopped by a security guard, Danielle shouts, “Out of our way — he’s got a gun!” The gun is not produced, but police find the weapon in her boyfriend’s waistband when the pair are later arrested.

- (3) Chahid, a 19-year-old youth and refugee from a war-torn country, has learning difficulties and post-traumatic stress disorder. On a walk, his friend approaches two people at a bus stop, flashes a handgun in his waistband and demands their cellphone, which they turn over. Chahid was unaware his friend had a gun before this moment and unaware that his friend planned a robbery. Nevertheless, he keeps a “nervous lookout”. As it happens, the police are nearby and move to intercede. Chahid tells his friend to run, but the two are arrested. At sentencing, Chahid has completed high school, entered a post-secondary trade program, and supports himself with manual labour. A sentence above six months would place him at risk of deportation. He pleads guilty as a party to the offence.

- (4) Brian, a 21-year-old Indigenous man, suffers from alcoholism and fetal alcohol spectrum disorder, is extremely intoxicated and face down in a snowbank when a good Samaritan stops to help him. He grabs the woman, reaches into his waistband, flashes a BB gun, and snatches her purse. The BB gun is operable and capable of taking an eyeball out, but it is unloaded.

- (5) Adam, a 26-year-old Indigenous man, suffers from a drug addiction and schizophrenia, and had a short criminal record. When meeting his drug dealer in a parking lot, he produces an airsoft pistol, points it at his dealer, and takes

du sexe par son petit ami. Celui-ci porte une arme à feu — elle le sait, car il l’a récemment utilisée pour la menacer. Ils décident de voler à l’étalage du fromage et des rasoirs dans une épicerie. Lorsqu’ils sont interceptés par un gardien de sécurité, Danielle crie : « Dégagez de notre chemin — il a un fusil! ». Le fusil n’est pas montré, mais les policiers le trouvent à la ceinture du petit ami lorsque le couple est arrêté par la suite.

- (3) Chahid, un jeune de 19 ans réfugié d’un pays en guerre, a des difficultés d’apprentissage et souffre d’un syndrome de stress post-traumatique. Lors d’une promenade à pied, son ami s’approche de deux personnes à un arrêt d’autobus, il leur fait voir qu’il a une arme de poing à la ceinture et les somme de lui remettre leur téléphone cellulaire, ce qu’ils font. Chahid ignorait jusqu’à ce moment que son ami avait une arme à feu et il ignorait aussi que celui-ci avait planifié un vol qualifié. Néanmoins, il [TRADUCTION] « fait nerveusement le guet ». Il se trouve que des policiers sont à proximité et s’apprêtent à intervenir. Chahid dit à son ami de s’enfuir, mais les deux sont arrêtés. Lors de la détermination de la peine, Chahid a terminé ses études secondaires, il est inscrit dans un programme postsecondaire de formation professionnelle et il subvient à ses besoins en effectuant des travaux manuels. Une peine de plus de six mois le mettrait à risque d’expulsion. Il plaide coupable à titre de participant à l’infraction.

- (4) Brian, un Autochtone âgé de 21 ans qui souffre d’alcoolisme et est atteint de l’ensemble des troubles causés par l’alcoolisation fœtale, se trouve dans un état d’ébriété extrême et est couché face contre terre dans un banc de neige lorsqu’une bonne samaritaine s’arrête pour l’aider. Il empoigne la femme, met la main à sa propre ceinture pour lui faire voir une arme à balles BB et saisit le sac à main de celle-ci. L’arme à balles BB fonctionne et est susceptible de crever un œil, mais elle n’est pas chargée.

- (5) Adam, un Autochtone âgé de 26 ans, souffre de toxicomanie et de schizophrénie et a un casier judiciaire peu chargé. Lors d’une rencontre avec son trafiquant de drogue dans un stationnement, il sort un pistolet à air comprimé, le pointe en

some methamphetamines. Before sentencing, he receives treatment for schizophrenia and his drug addiction.

direction de son trafiquant et prend quelques comprimés de méthamphétamine. Avant la détermination de la peine, il reçoit un traitement pour la schizophrénie et sa toxicomanie.

[86] Of the five, the Court of Appeal majority concluded that Adam and Brian were reasonably foreseeable hypothetical scenarios for the purposes of a s. 12 analysis and the others were not. I agree. Brian is based on a “real” offender, the facts of which are reported in *R. v. Smart*, 2014 ABPC 175, 595 A.R. 266. As for Adam, the robbery of a drug dealer is a reasonably foreseeable scenario. That this offence would be committed by someone suffering mental health and addiction challenges is clearly foreseeable. While an air-powered pistol may be a relatively uncommon firearm to use for this offence, they are undoubtedly used in robberies (see, for instance, *R. v. Lodoen*, heard together with the appeal in *Johnas*).

[86] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que parmi les cinq situations, les cas d’Adam et de Brian étaient des situations hypothétiques raisonnablement prévisibles pour l’application d’une analyse fondée sur l’art. 12 et que les autres ne l’étaient pas. Je suis aussi de cet avis. Le cas de Brian s’inspire d’un délinquant « véritable », dont les faits sont relatés dans le jugement *R. c. Smart*, 2014 ABPC 175, 595 A.R. 266. Pour ce qui est d’Adam, le vol qualifié commis à l’égard d’un trafiquant de drogue est une situation raisonnablement prévisible. Que cette infraction soit commise par une personne souffrant de problèmes de santé mentale et de toxicomanie est manifestement prévisible. Bien qu’il puisse être relativement peu courant d’utiliser un pistolet à air comprimé pour commettre cette infraction, ces armes sont sans aucun doute utilisées dans les vols qualifiés (voir, par exemple, *R. c. Lodoen*, instruit en même temps que l’appel dans l’affaire *Johnas*).

[87] The scenarios involving Eric, Danielle and Chahid do not qualify as reasonable hypotheticals. As their name suggests, reasonably foreseeable scenarios are situations that may reasonably be expected to arise as a matter of common sense and judicial experience (*Nur*, at para. 74). The following are characteristics of a reasonable hypothetical as outlined in *Hills*, at para. 77:

[87] Les situations mettant en cause Éric, Danielle et Chahid ne sauraient être considérées comme des hypothèses raisonnables. Comme leur nom l’indique, les situations raisonnablement prévisibles sont des situations dont on peut raisonnablement s’attendre à ce qu’elles se produisent, selon le bon sens et l’expérience judiciaire (*Nur*, par. 74). Voici les caractéristiques d’une hypothèse raisonnable énoncées dans l’arrêt *Hills*, par. 77 :

- (i) The hypothetical must be reasonably foreseeable;
- (ii) Reported cases may be considered in the analysis;
- (iii) The hypothetical must be reasonable in view of the range of conduct in the offence in question;
- (iv) Personal characteristics may be considered as long as they are not tailored to create remote or far-fetched examples; and

- (i) L’hypothèse doit être raisonnablement prévisible;
- (ii) Les cas répertoriés peuvent être pris en considération dans l’analyse;
- (iii) La situation hypothétique doit être raisonnable eu égard à l’étendue des actes visés par l’infraction en question;
- (iv) Les caractéristiques personnelles peuvent être prises en compte pourvu qu’elles ne soient pas adaptées pour créer des exemples invraisemblables ou n’ayant qu’un faible rapport avec l’espèce;

- (v) Reasonable hypotheticals are best tested through the adversarial process.

[88] As this Court reiterated in *Hills*, reasonable hypothetical scenarios ought not to be “far-fetched or marginally imaginable cases”, nor should they be “remote or extreme examples” (*Hills*, at para. 78, citing *Morrissey*, at para. 30, citing *Goltz*, at pp. 506 and 515). Personal characteristics such as age, Indigeneity, mental health issues, and addiction are potentially relevant as they are common to offenders in Canadian courtrooms. However, such characteristics ought not to be used to construct the most sympathetic offender imaginable (*Hills*, at para. 91; *Nur*, at para. 75). Common sense and judicial experience counsels that offenders with *only* mitigating personal characteristics are rare, and it is even more improbable to see such offenders in the most unlikely scenarios falling within the scope of an offence. Stacking mitigating factors and stretching every constituent element of an offence produces a hypothetical scenario that is fanciful and not reasonably foreseeable (*Hills*, at para. 91). A court is not obliged to address *every* hypothetical presented by counsel if it finds that some do not qualify as “reasonably foreseeable” scenarios.

[89] While technically within the scope of s. 344(1)(a.1), Eric’s scenario is far-fetched and marginal. Chahid barely satisfies the criteria of an aider or abettor under s. 21(1) of the *Criminal Code* and stretches the constituent elements of the offence (*R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411, at para. 18). The scenario involves conduct that would likely fall outside the ambit of the provision. This Court in *Hills* found that while the scope of the offence may be tested to explore the breadth of the offence, straining every constituent element of the offence is not helpful (para. 83). The scenarios involving Danielle and Chahid stack multiple mitigating personal characteristics alongside the most marginal iterations of the offence to construct the “most sympathetic offender” imaginable. These hypotheticals

- (v) Le processus accusatoire est la meilleure façon de mettre à l’épreuve les hypothèses raisonnables.

[88] Comme l’a réitéré notre Cour dans l’arrêt *Hills*, il ne faut pas que les situations hypothétiques raisonnables soient « invraisemblables ou difficilement imaginables », ni des « exemples extrêmes ou n’ayant qu’un faible rapport avec l’espèce » (*Hills*, par. 78, citant *Morrissey*, par. 30, citant *Goltz*, p. 506 et 515). Les caractéristiques personnelles comme l’âge, l’autochtonité, les problèmes de santé mentale et la dépendance sont susceptibles d’être pertinentes, car elles sont communes aux personnes délinquantes qui se retrouvent devant les tribunaux canadiens. Toutefois, il faut se garder d’utiliser ces caractéristiques pour constituer une personne délinquante le plus sympathique possible (*Hills*, par. 91; *Nur*, par. 75). Selon le bon sens et l’expérience judiciaire, les personnes délinquantes qui n’ont *que* des caractéristiques personnelles atténuantes sont rares et il est encore plus improbable de voir de telles personnes délinquantes dans les situations les plus improbables relevant de la portée d’une infraction. Superposer les facteurs atténuants et forcer le sens de chaque élément constitutif d’une infraction produisent une situation hypothétique qui est fantaisiste et non raisonnablement prévisible (*Hills*, par. 91). Les tribunaux ne sont pas tenus de se pencher sur *chacune* des hypothèses présentées par les avocats s’ils estiment que certaines ne sauraient être considérées comme des situations « raisonnablement prévisibles ».

[89] Bien que relevant en théorie de la portée de l’al. 344(1)a.1), la situation d’Éric est invraisemblable et constitue un cas limite. Quant à Chahid, sa situation satisfait tout juste au critère d’une personne qui a aidé à la perpétration d’une infraction ou qui l’a encouragée en application du par. 21(1) du *Code criminel* et force le sens des éléments constitutifs de l’infraction (*R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411, par. 18). Cette situation implique un comportement qui ne tomberait probablement pas sous le coup de la disposition. Dans l’affaire *Hills*, la Cour a conclu que, bien qu’on puisse étudier la portée de l’infraction pour en déterminer l’étendue, il n’est pas utile de mettre à l’épreuve chaque élément constitutif de l’infraction (par. 83). Les situations mettant en cause Danielle et Chahid superposent de

may serve to demonstrate “more about the imagination of counsel” than the true scope of the provision (*Hills*, at para. 83). There is little use in evaluating the impugned provision based on outlandish scenarios on the theory that the imagined scenarios may happen one day. Therefore, the scenarios involving Eric, Danielle and Chahid are not reasonably foreseeable.

multiples caractéristiques personnelles atténuantes et les cas d’application les plus inusités de l’infraction afin de créer la « personne délinquante la plus sympathique ». Ces situations hypothétiques servent davantage à démontrer « l’imagination des avocats » qu’à cerner la véritable portée de la disposition (*Hills*, par. 83). Il n’est guère utile d’évaluer la disposition contestée en fonction de situations farfelues reposant sur l’idée selon laquelle les situations imaginées pourraient se produire un jour. Par conséquent, les situations impliquant Éric, Danielle et Chahid ne sont pas raisonnablement prévisibles.

[90] The majority also concluded two hypotheticals drawn from reported decisions, *R. v. Link*, 2012 MBPC 25, 276 Man. R. (2d) 157, and *Lodoen*, were reasonably foreseeable. Both cases dealt with youthful offenders involved in convenience store robberies. *Link* concerned an 18-year-old Indigenous woman, who pled guilty as a party to a convenience store robbery where the principal used an imitation firearm (paras. 1 and 7-22). The offender in *Lodoen* was an 18-year-old youthful offender who used a BB gun in the commission of a robbery and pled guilty (*Johnas*, at para. 68). Neither *Link* nor *Lodoen* involved the minimum sentence at issue here. I accept they are foreseeable, provided they are modified to fit within the scope of the minimum sentences.

[90] Les juges majoritaires ont également conclu que deux situations hypothétiques tirées de décisions publiées, *R. c. Link*, 2012 MBPC 25, 276 Man. R. (2d) 157, et *Lodoen*, étaient raisonnablement prévisibles. Les deux affaires portaient sur de jeunes délinquants impliqués dans des vols qualifiés commis dans des dépanneurs. L’affaire *Link* concernait une Autochtone âgée de 18 ans, qui avait plaidé coupable en tant que participante à un vol qualifié dans un dépanneur, où l’auteur principal de l’infraction avait utilisé une fausse arme à feu (par. 1 et 7-22). Le délinquant dans l’affaire *Lodoen* était un jeune âgé de 18 ans qui avait utilisé un fusil à balles BB pour perpétrer un vol qualifié et qui a plaidé coupable (*Johnas*, par. 68). Ni l’affaire *Link* ni l’affaire *Lodoen* ne mettaient en cause la peine minimale dont il est question en l’espèce. Je reconnais qu’elles sont prévisibles, pourvu qu’elles soient modifiées pour relever de la portée des peines minimales.

(b) *Two Years’ to Two and a Half Years’ Imprisonment Is a Fit and Proportionate Sentence in Reasonably Foreseeable Scenarios*

b) *Une peine de deux ans à deux ans et demi d’emprisonnement est une peine juste et proportionnée dans les situations raisonnablement prévisibles*

[91] This leads me to the fit and proportionate sentences for Adam, Brian and the offenders in the scenarios based on *Link* and *Lodoen*. The Court of Appeal majority concluded that a fit and proportionate sentence for the reasonably foreseeable scenarios identified above would be around two years’ imprisonment (para. 70). Neither the Crown nor the defence challenge the majority’s conclusion on this point. I, too, see no basis to interfere.

[91] Cela m’amène aux peines justes et proportionnées pour Adam, Brian et les personnes délinquantes dans les situations qui s’inspirent des affaires *Link* et *Lodoen*. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu qu’une peine juste et proportionnée dans les situations raisonnablement prévisibles indiquées plus tôt serait un emprisonnement d’environ deux ans (par. 70). Ni la Couronne ni la défense ne contestent la conclusion des juges majoritaires sur ce point. Pour ma part, je ne vois pas non plus de raison d’intervenir.

[92] Adam's and Brian's offences involved street muggings, an offence with a sentencing range around 12 to 18 months. Evidently, the use of a weapon and, in particular, a firearm is an aggravating factor in each case. Brian's offence also involved the application of force to the victim, while Adam's involved a greater degree of planning and a prior criminal record. In Adam's case, as well, there is the serious public safety risk involved in using a firearm to settle a drug dispute, a consideration that supports a significant sentence (*R. v. Delchev*, 2014 ONCA 448, 323 O.A.C. 19, at para. 20). This could support sentences significantly above this range. Nevertheless, the moral blameworthiness of both offenders is attenuated given the mental health and addiction issues that underlay their actions, as well as any applicable *Gladue* considerations. I therefore agree a sentence around two years would be fit and proportionate in these cases.

[93] Scenarios based on *Link* and *Lodoen* would similarly support sentences around 18 months' to 2 years' imprisonment. They are each convenience store robberies involving young, first-time offenders, so the three-year starting point from *Johnas* applies. While the offender in *Link* received a conditional sentence of 18 months, the offence involved an imitation firearm (para. 120). Further, the sentencing judge concluded she had no fault in using the firearm, as she was "shocked and surprised when a gun was produced" (para. 117). A carceral sentence would therefore be warranted had Ms. Link gone into the robbery knowing a real firearm would be used. *Lodoen* resulted in a sentence of 18 months (para. 70). Assuming the gun meets the definition of a firearm, a sentence above 18 months may be warranted, given it is an aggravating factor. Thus, a sentence in around 18 months to 2 years would be appropriate.

[92] Les infractions commises par Adam et Brian comportaient des vols impliquant de la violence dans la rue, une infraction dont la fourchette de peines est d'environ 12 à 18 mois. Bien entendu, l'utilisation d'une arme, en particulier une arme à feu, est un facteur aggravant dans chaque cas. L'infraction commise par Brian comportait aussi l'emploi de la force envers la victime, tandis que dans le cas d'Adam, l'infraction comportait un degré plus important de planification. Il avait aussi un casier judiciaire. Qui plus est, dans le cas d'Adam, l'utilisation d'une arme à feu pour régler une dispute liée à la drogue présente un risque grave pour la sécurité publique, une considération qui justifie une lourde peine (*R. c. Delchev*, 2014 ONCA 448, 323 O.A.C. 19, par. 20). Cela pourrait justifier des peines qui dépassent considérablement cette fourchette. Néanmoins, la culpabilité morale des deux délinquants est atténuée en raison des problèmes de santé mentale et de dépendance qui sous-tendaient leurs gestes, ainsi que de tout facteur applicable énoncé dans l'arrêt *Gladue*. Par conséquent, je conviens qu'une peine d'environ deux ans serait juste et proportionnée dans ces cas.

[93] Les situations qui s'inspirent des affaires *Link* et *Lodoen* justifieraient de façon similaire des peines d'environ 18 mois à 2 ans d'emprisonnement. Il s'agit dans les deux cas de vols qualifiés commis dans des dépanneurs impliquant de jeunes délinquants qui en étaient à leur première infraction, de sorte que le point de départ de trois ans établi dans l'arrêt *Johnas* s'applique. Alors que la délinquante dans l'affaire *Link* s'était vu infliger une peine avec sursis de 18 mois, l'infraction comportait l'utilisation d'une fausse arme à feu (par. 120). Qui plus est, la juge chargée de la détermination de la peine a conclu qu'aucune faute ne pouvait être imputée à l'accusée dans l'utilisation de l'arme à feu, car cette dernière était [TRADUCTION] « bouleversée et surprise quand une arme a été montrée » (par. 117). Une peine d'emprisonnement aurait donc été justifiée si M^{me} Link avait pris part au vol qualifié sachant qu'une véritable arme à feu serait utilisée. L'affaire *Lodoen* s'est soldée par une peine de 18 mois (par. 70). Dans l'hypothèse où l'arme correspond à la définition d'une arme à feu, une peine supérieure à 18 mois peut être justifiée, puisqu'il s'agit d'un facteur aggravant. Ainsi, une peine d'environ 18 mois à 2 ans serait appropriée.

(c) *The Mandatory Minimum Is Not Grossly Disproportionate in Reasonably Foreseeable Scenarios*

[94] The Court of Appeal majority concluded s. 344(1)(a.1) was grossly disproportionate in Adam’s and Brian’s cases, as well as in scenarios similar to *Link* and *Lodoen*, noting the minimum sentence resulted in roughly more than double a fit and proportionate sentence. In my view, the majority is in error. As with s. 344(1)(a)(i), having regard to (1) the scope and reach of the offence, (2) the effects of the penalty on the offender and (3) the penalty and its objectives, the four-year mandatory minimum for robbery does not “outrage standards of decency”.

[95] Regarding the scope and reach of the offence, as in Mr. Hilbach’s case, the scenarios raised here do not demonstrate the mandatory minimum sentence casts too broad of a net and captures offenders with low culpability. Mr. Zwodzesky advances three main factors that render these scenarios relatively less severe compared to Mr. Hilbach’s case: they involve air-powered pistols, they are unplanned (as in Brian’s case), and they involve a party to the offence (as in Ms. Link’s case). None of these considerations, in my opinion, establishes the minimum is so wide it applies in circumstances involving little fault and little danger.

[96] Provincial appellate courts have repeatedly upheld the constitutionality of the mandatory minimum sentences for robbery, even in the face of sympathetic accused, because the offence’s *mens rea* and *actus reus* apply to a relatively narrow set of violent behaviours, and conviction requires a deliberate and specific act with a defined harm (*Hills*, at para. 131; *R. v. McIntyre*, 2019 ONCA 161, 429 C.R.R. (2d) 346; *McIvor*; *Lapierre*; *R. v. Wust* (1998), 125 C.C.C. (3d) 43 (B.C.C.A.); *McDonald*; *R. v. Bernarde*, 2018 NWTCA 7). Further, in *McDonald*, Justice Rosenberg found a four-year sentence would likely be a manifestly unfit sentence for the accused on an appellate

c) *Le minimum obligatoire n’est pas exagérément disproportionné dans les situations raisonnablement prévisibles*

[94] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que l’al. 344(1)a.1) était exagérément disproportionné dans les cas d’Adam et de Brian, ainsi que dans les situations similaires aux affaires *Link* et *Lodoen*, soulignant que la peine minimale représentait plus du double d’une peine juste et proportionnée. À mon avis, les juges majoritaires sont dans l’erreur. Comme dans le cas du sous-al. 344(1)a(i), compte tenu (1) de la portée et de l’étendue de l’infraction, (2) des effets de la peine sur la personne délinquante; et (3) de la peine et de ses objectifs, la peine minimale obligatoire de quatre ans pour vol qualifié ne « porte pas atteinte aux normes de la décence ».

[95] Pour ce qui est de la portée et de l’étendue de l’infraction, comme dans le cas de M. Hilbach, les situations présentées ici ne démontrent pas que la peine minimale obligatoire ratisse trop large et englobe des personnes délinquantes dont la culpabilité morale est peu élevée. Monsieur Zwodzesky soulève trois principaux facteurs qui rendent ces situations relativement moins graves en comparaison au cas de M. Hilbach : elles concernent des pistolets à air comprimé, elles sont non planifiées (comme dans le cas de Brian) et elles mettent en cause des personnes participant à l’infraction (comme dans le cas de M^{me} Link). À mon avis, aucune de ces considérations n’établit que le minimum est si vaste qu’il s’applique dans des circonstances qui comportent peu de faute et peu de danger.

[96] Les cours d’appel provinciales ont confirmé à plusieurs reprises la constitutionnalité des peines minimales obligatoires pour le vol qualifié, même dans le cas de personnes accusées inspirant la sympathie, parce que la *mens rea* et l’*actus reus* de cette infraction s’appliquent à un ensemble relativement limité de comportements violents et que la personne délinquante doit avoir fait de manière délibérée un acte précis ayant entraîné un préjudice déterminé pour être déclarée coupable (*Hills*, par. 131; *R. c. McIntyre*, 2019 ONCA 161, 429 C.R.R. (2d) 346; *McIvor*; *Lapierre*; *R. c. Wust* (1998), 125 C.C.C. (3d) 43 (C.A. C.-B.); *McDonald*; *R. c. Bernarde*,

review standard. However, the sentence did not reach the high threshold of being grossly disproportionate as it was open to Parliament to legislate harsh punishments for firearm offences. Considering the objective gravity of the offence, Justice Rosenberg found a four-year prison sentence did not shock the conscience or outrage standards of decency (pp. 666 and 669).

[97] Robbery constitutes a grave offence even when committed without a weapon, given the offence involves the use or threat of violence in stealing property. Moreover, each of the scenarios involves the use of a firearm. As discussed above, “firearm” in this context encompasses ordinary hunting rifles and shotguns subject to the *Firearms Act*’s licensing regime to barrelled devices that can be purchased without a licence, such as air-powered weapons like BB guns and airsoft pistols. Nevertheless, to qualify as a firearm, at bottom, these devices must be capable of inflicting serious bodily injury, such as rupturing a person’s eye. As I noted in Mr. Hilbach’s case, the use of a firearm “presents the ultimate threat of death to those in its presence” (*Felawka*, at p. 211). That is equally true where an ordinary firearm is used, such as a hunting rifle and shotgun. While an air-powered rifle may be incapable of inflicting a fatal injury, an offender who uses such a device to intimidate exploits the fear that conventional firearms provoke and, at the very least, threatens to inflict life-altering injury. I am not satisfied that since the minimum sentence applies where an offender *merely* uses a firearm, as opposed to a restricted or prohibited one, there is little risk to public safety.

2018 NWTCA 7). De plus, dans l’arrêt *McDonald*, le juge Rosenberg a conclu qu’une peine de quatre ans constituerait probablement une peine manifestement non indiquée dans le cas de l’accusé en cause selon la norme de contrôle judiciaire en appel. Toutefois, la peine n’atteignait pas le seuil élevé permettant de conclure qu’elle était exagérément disproportionnée, car le Parlement pouvait réprimer par des peines sévères les infractions liées aux armes à feu. Le juge Rosenberg a conclu que, compte tenu de la gravité objective de l’infraction, une peine d’emprisonnement de quatre ans ne choquait pas la conscience et ne portait pas atteinte aux normes de la décence (p. 666 et 669).

[97] Le vol qualifié constitue une infraction grave, même s’il est commis sans arme, étant donné que l’infraction comporte le recours ou la menace de recours à la violence dans le vol de biens. Qui plus est, chacune des situations comporte l’utilisation d’une arme à feu. Comme nous l’avons vu, une « arme à feu » dans ce contexte comprend les carabines et les fusils de chasse ordinaires visés par le régime de délivrance de permis instauré par la *Loi sur les armes à feu*, de même que les dispositifs munis d’un canon qui peuvent être achetés sans permis, par exemple les armes à air comprimé comme les fusils à balles BB et les pistolets à air comprimé. Néanmoins, pour constituer une arme à feu, au fond, ces dispositifs doivent pouvoir infliger des lésions corporelles graves, comme crever l’œil d’une personne. Comme je l’ai souligné dans le cas de M. Hilbach, l’utilisation d’une arme à feu « incarne en soi la menace suprême de mort aux yeux de ceux qui y font face » (*Felawka*, p. 211). Cela est également vrai lorsqu’une arme à feu ordinaire est utilisée, par exemple une carabine ou un fusil de chasse. Bien qu’une carabine à air comprimé ne soit peut-être pas susceptible de causer une blessure mortelle, la personne délinquante qui utilise une telle arme pour intimider autrui exploite la peur que provoquent les armes à feu conventionnelles et, à tout le moins, menace d’infliger des blessures graves. Je ne suis pas convaincue que puisque la peine minimale s’applique lorsque la personne délinquante *ne fait qu’utiliser* une arme à feu, par opposition à une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, il y a peu de risque pour la sécurité publique.

[98] It is important to consider the offence from the standpoint of the victims in the scenarios raised by Mr. Zwozdesky. Here, there is always a person placed at serious risk of injury, regardless of whether a conventional or air-powered firearm is used. For victims, there remains the risk of life-altering physical injury when air-powered firearms are used in the course of a robbery, a risk that is not present with imitation firearms. Further, the risk of psychological trauma arising from the use of an air-powered rifle remains similar to that of a conventional firearm. As the British Columbia Court of Appeal found in *Al-Isawi*, “whether an offender uses a real or imitation firearm does not impact the harm to the victim who would not know the difference” (para. 39). I am not persuaded that victims of a robbery, like the ones in Adam’s and Brian’s cases, will ordinarily have the presence of mind to distinguish between an air-powered rifle and a conventional one, any more than they can differentiate between a loaded or unloaded shotgun. There is, as a result, the risk of escalating violence, as such an apparent deadly threat risks a dangerous response from bystanders and police responding to an incident. From the standpoint of public safety, as a result, there is not a dramatic difference between robbing a person with a conventional firearm and an air-powered firearm.

[99] The ever-present threat to victims and public safety distinguishes this offence from the one at issue in *Hills*. An essential element of robbery with or without the use of a firearm is the use of actual violence or the threat of violence *to a person* in the commission of the offence. There is an immediacy to the threat that distinguishes the offence from the hypothetical scenario raised in *Hills*. The offender must intend to strike fear in the heart of his victim. The offender chose to use a firearm, knowing that he may gain a material benefit due to the universal fear that firearms invoke for the public. In assessing

[98] Il est important d’examiner l’infraction du point de vue des victimes dans les situations présentées par M. Zwozdesky. En l’espèce, il y a toujours une personne exposée à un risque sérieux de blessure, peu importe qu’une arme à feu conventionnelle ou à air comprimé soit utilisée. Pour les victimes, le risque de blessure physique grave subsiste lorsque des armes à air comprimé sont utilisées au cours d’un vol qualifié, un risque qui n’est pas présent dans le cas des fausses armes à feu. Qui plus est, le risque de traumatisme psychologique que peut susciter l’utilisation d’une carabine à air comprimé demeure semblable à celui que peut susciter une arme à feu conventionnelle. Comme l’a conclu la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *Al-Isawi*, [TRADUCTION] « le fait qu’une personne délinquante se serve d’une vraie ou d’une fausse arme à feu ne change rien au préjudice causé à la victime, qui ne verra pas la différence » (par. 39). Je ne suis pas convaincue que les victimes d’un vol qualifié, comme dans les cas d’Adam et de Brian, auront normalement la présence d’esprit de distinguer une carabine à air comprimé d’une carabine conventionnelle, pas plus qu’elles pourront faire la distinction entre un fusil de chasse chargé ou non. Il y a, en conséquence, le risque d’escalade de la violence, car une telle menace mortelle apparente risque d’engendrer une réaction dangereuse chez les passants et les policiers qui interviennent dans un incident. Par conséquent, du point de vue de la sécurité publique, il n’y a pas de différence considérable entre la perpétration d’un vol qualifié avec une arme à feu conventionnelle et une arme à air comprimé.

[99] La menace constante pour les victimes et la sécurité publique distingue cette infraction de celle en cause dans l’arrêt *Hills*. Un élément essentiel du vol qualifié commis avec ou sans arme à feu est le recours à la violence réelle ou à la menace de violence *contre une personne* lors de la perpétration de l’infraction. Le fait que la menace est immédiate distingue l’infraction de la situation hypothétique évoquée dans l’affaire *Hills*. La personne délinquante doit avoir l’intention de faire naître la peur dans le cœur de sa victime. La personne délinquante a choisi d’utiliser une arme à feu, sachant qu’elle peut en

the gravity of the offence, the threat to victims and the public in these scenarios cannot be downplayed or overlooked.

[100] Moreover, the culpability central to this offence does not profoundly differ from that of s. 344(1)(a)(i) and is consistent for all individuals charged under the offence. In order for s. 344(1)(a.1) to apply, an offender must intend to steal *and* intend to use violence or force (or the threat thereof). The offender must also *intend* to use the firearm. As a result, a conscious *choice* must be made to threaten a person's safety using a firearm. That is true whether or not the offence is perpetrated using a conventional or air-powered firearm. Like Mr. Hilbach's case, while there are undoubtedly mitigating personal circumstances that reduce an offender's culpability in Mr. Zwozdesky's scenarios, there remains an essential degree of fault arising from the *choice* to threaten the safety of others.

[101] Mr. Zwozdesky nevertheless raises the possibility that parties to the offence may have reduced culpability, citing the example of *Link*. However, I am not persuaded that *Link* illustrates the notion that parties to the offence have little moral fault relative to principal offenders. The question of whether an offender's role as an aider or abettor plays a mitigating factor in sentencing is highly contextual (*R. v. Overacker*, 2005 ABCA 150, 367 A.R. 250, at paras. 23-26; *R. v. Hennessey*, 2010 ABCA 274, 490 A.R. 35, at para. 47). A sentencing discount *purely* because a party was an aider or abettor would go against the purpose of the party liability provisions in s. 21, which ensure an "individual will bear the same responsibility for the offence regardless of which particular role he or she played" (*R. v. Vu*, 2012 SCC 40, [2012] 2 S.C.R. 411, at para. 58 (emphasis added), citing *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652, at pp. 689-90). Where there is a disparity between

tirer un avantage appréciable en raison de la peur universelle que suscitent les armes à feu chez les gens. Lorsqu'on évalue la gravité de l'infraction, on ne saurait minimiser ou négliger la menace pour les victimes et le public dans ces situations.

[100] En outre, la culpabilité au cœur de cette infraction ne diffère pas profondément de celle qu'implique l'infraction visée au sous-al. 344(1)a(i) et est la même pour toutes les personnes accusées de cette infraction. Pour que l'al. 344(1)a.1 s'applique, la personne délinquante doit avoir l'intention de voler *et* avoir l'intention de recourir à la violence ou à la force (ou de menacer d'y avoir recours). La personne délinquante doit également *avoir l'intention* d'utiliser l'arme à feu. Par conséquent, un *choix* conscient de menacer la sécurité d'une personne à l'aide d'une arme à feu doit être fait. Cela est vrai que l'infraction soit perpétrée ou non à l'aide d'une arme à feu conventionnelle ou à air comprimé. À l'instar du cas de M. Hilbach, bien qu'il y ait sans aucun doute des circonstances personnelles atténuantes qui réduisent la culpabilité de la personne délinquante dans les situations présentées par M. Zwozdesky, il subsiste un degré essentiel de faute découlant du *choix* de menacer la sécurité d'autrui.

[101] Monsieur Zwozdesky soulève néanmoins la possibilité que la culpabilité des participants à l'infraction soit moindre, citant en exemple l'affaire *Link*. Cependant, je ne suis pas convaincue que l'affaire *Link* illustre l'idée que la faute morale des participants à l'infraction est moindre que celle des auteurs principaux. La question de savoir si le rôle de la personne délinquante à titre de personne qui a aidé à la perpétration de l'infraction ou qui l'a encouragée représente un facteur atténuant dans la détermination de la peine dépend fortement du contexte (*R. c. Overacker*, 2005 ABCA 150, 367 A.R. 250, par. 23-26; *R. c. Hennessey*, 2010 ABCA 274, 490 A.R. 35, par. 47). Une peine à rabais accordée *uniquement* parce qu'une personne a aidé à la perpétration d'une infraction ou l'a encouragée irait à l'encontre de l'objet des dispositions concernant la responsabilité des participants à l'art. 21, lequel fait en sorte que « [q]uel que soit le rôle joué, la responsabilité

the criminal records of the principal and the aider or abettor, or where there are aggravating circumstances, like assaultive behaviour, that apply to the principal but not the aider or abettor, then the latter offender's sentence may be lower than that of the principal (*McIvor*, at para. 29; *R. v. Price* (2000), 144 C.C.C. (3d) 343 (Ont. C.A.), at paras. 54-56). However, both are jointly responsible for the commission of the index offence. As a matter of principle and policy, finding otherwise would encourage offenders to act as aiders or abettors. Thus, the minimum sentence's mere application to aiders and abettors fails to establish its constitutional infirmity.

[102] For s. 344(1)(a.1) to apply, an aider or abettor under s. 21(1) must have knowledge or its equivalent in relation to the firearm's use. As noted, s. 344 is modelled on s. 85 of the *Criminal Code*. Nothing in the wording of s. 344 implies an intention on the part of Parliament to extend its application to offenders whose culpability was less than required for a conviction under s. 85. The "usual rules of complicity" for parties under s. 21 apply to s. 85 (*Steele*, at para. 33; see also *McGuigan*, at pp. 307-8). Thus, in a scenario like *Link*, the aider must intend to assist the principal knowing (or at least wilfully blind) that the principal intended to *use* the firearm in committing the robbery (*Briscoe*, at paras. 15-18). That is to say, one must consciously *choose* to provide assistance to the principal with knowledge or its equivalent that a firearm is used. For this reason, the oblivious offender in *Link* was not subject to the minimum. When this element is made out, I am not persuaded the offender has little culpability. As a party to the offence, the aider benefits from the threat of violence that emanates from the firearm. It offers each party protection and ensures the cooperation of victims, a

criminelle est la même » (*R. c. Vu*, 2012 CSC 40, [2012] 2 R.C.S. 411, par. 58 (je souligne), citant *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652, p. 689-690). Lorsque l'auteur principal de l'infraction et la personne qui l'a aidé à la commettre ou l'a encouragé à le faire ont des antécédents judiciaires différents, ou lorsqu'il y a des circonstances aggravantes, comme un comportement agressif, qui s'appliquent à l'auteur principal de l'infraction mais pas à la personne qui l'a aidé à la commettre ou l'a encouragé à le faire, la peine de cette dernière peut être moins sévère que celle infligée à l'auteur principal (*McIvor*, par. 29; *R. c. Price* (2000), 144 C.C.C. (3d) 343 (C.A. Ont.), par. 54-56). Toutefois, ils sont tenus conjointement responsables de la perpétration de l'infraction initiale. En principe et en règle générale, conclure autrement encouragerait les personnes délinquantes à aider à la perpétration d'infractions ou à l'encourager. Par conséquent, restreindre l'application de la peine minimale aux personnes qui aident à la perpétration d'infractions ou qui l'encouragent n'est pas suffisant pour en établir l'inconstitutionnalité.

[102] Pour que l'al. 344(1)a.1) s'applique, la personne qui aide à la perpétration de l'infraction ou qui l'encourage comme le prévoit le par. 21(1) doit avoir connaissance ou son équivalent de l'utilisation de l'arme à feu. Comme je l'ai fait remarquer, l'art. 344 s'inspire de l'art. 85 du *Code criminel*. Rien dans le libellé de l'art. 344 n'indique que le Parlement avait l'intention d'étendre son application aux personnes délinquantes dont la culpabilité est moindre que celle requise pour une déclaration de culpabilité en application de l'art. 85. Les « règles habituelles de la complicité » des parties sous le régime de l'art. 21 s'appliquent à l'art. 85 (*Steele*, par. 33; voir aussi *McGuigan*, p. 307-308). Par conséquent, dans une situation comme celle de l'affaire *Link*, la personne qui aide à la perpétration de l'infraction doit avoir l'intention d'aider l'auteur principal en sachant (ou, du moins, en ignorant volontairement) que ce dernier avait l'intention d'*utiliser* l'arme à feu pour commettre le vol qualifié (*Briscoe*, par. 15-18). Autrement dit, une personne doit consciemment *choisir* de fournir de l'aide à l'auteur principal tout en ayant la connaissance ou son équivalent qu'une arme à feu est utilisée. Pour

result that benefits the aider and abettor as much as the principal.

[103] Moreover, without the contribution of each party, the robbery could not be pulled off at all, a result that supports treating principals and aiders alike. As the English Court of Appeal observed,

there is no distinction in a crime of this kind to be drawn [in sentencing] between those who actually use the violence and those who stand outside and though not using violence are ready to drive away, to kidnap, or perform whatever other task may be appropriate. If this Court or a trial judge is dealing with a case of armed robbery of a bank at gunpoint or with iron bars, or of a security van carrying large quantities of notes to a branch of a bank, it does not normally stop to consider whether a particular prisoner actually held up the cashier or held up the guard, had a gun or had an iron bar or was the driver standing outside ready to drive away. All are equally guilty because without each playing his full part the crime could not be perpetrated.

(*R. v. Church* (1985), 7 Cr. App. R. (S.) 370, at p. 372)

[104] Mr. Zwozdesky also relies on the possibility of unplanned robberies. In Brian's case, for instance, the intention to commit the offence was not formed until the good Samaritan attempted to offer assistance. The degree of planning behind an offence can act as an aggravating factor in sentencing. In Brian's case, however, the lack of planning cannot be equated with a lack of culpability. The scenario involves the intentional use of force, snatching a purse, and threatening violence while brandishing a BB gun, which

cette raison, la délinquante inconsciente dans l'affaire *Link* n'était pas passible de la peine minimale. Lorsque cet élément est établi, je ne suis pas convaincue que la culpabilité de la personne délinquante soit moindre. À titre de participant à l'infraction, la personne qui aide à sa perpétration bénéficie de la menace de violence engendrée par l'arme à feu. Celle-ci offre à chaque partie une protection et assure la collaboration des victimes, un résultat qui profite à la personne qui aide à la perpétration de l'infraction et qui l'encourage tout autant qu'à son auteur principal.

[103] De plus, sans l'apport de chaque participant, le vol qualifié n'aurait pas pu avoir lieu, un résultat qui justifie de traiter de la même façon les auteurs principaux de l'infraction et les personnes qui aident à sa perpétration. Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel anglaise,

[TRADUCTION] dans le cas d'un crime de ce genre, il n'y a pas de distinction à faire [dans la détermination de la peine] entre ceux qui ont effectivement recours à la violence et ceux qui se tiennent à l'écart et qui, même s'ils n'ont pas recours à la violence, sont prêts à s'enfuir en voiture, à kidnapper ou à accomplir toute autre tâche pouvant être de mise. Si la Cour ou un juge de première instance se penche sur un cas de vol à main armée dans une banque commis avec une arme à feu ou des barres de fer, ou d'un fourgon de sécurité transportant de grandes quantités de billets vers une succursale d'une banque, il ne s'arrête normalement pas pour se demander si un prévenu en particulier a effectivement braqué le caissier ou le garde, s'il avait une arme à feu ou une barre de fer ou s'il était le conducteur se tenant à l'extérieur prêt à s'enfuir en voiture. Tous sont également coupables, car si chacun n'avait pas joué son rôle, le crime n'aurait pas pu être perpétré.

(*R. c. Church* (1985), 7 Cr. App. R. (S.) 370, p. 372)

[104] Monsieur Zwozdesky se fonde également sur la possibilité que des vols qualifiés soient non planifiés. Dans le cas de Brian, par exemple, l'intention de commettre l'infraction n'a été formée que lorsque la bonne samaritaine a tenté de lui offrir de l'aide. Le degré de planification de l'infraction peut être un facteur aggravant dans la détermination de la peine. Dans le cas de Brian, toutefois, l'absence de planification ne saurait être assimilée à une absence de culpabilité. La situation comporte le recours

the offender opted to carry with him in public. What Brian shares with all other offenders charged under this section is that he saw the opportunity to benefit financially from another person's fear of firearms and capitalized on it. As a result, the essential element of culpability that I noted above equally applies to Brian. This scenario is, again, an instance where an offender *chose* to threaten the safety of others using a firearm.

intentionnel à la force, le vol d'un sac à main et la menace de violence par le délinquant en brandissant un fusil à balles BB, qu'il avait choisi de porter sur lui en public. Ce que Brian a en commun avec toutes les autres personnes délinquantes accusées en vertu de cet article, c'est qu'il a vu l'occasion de bénéficier financièrement de la peur qu'une autre personne avait des armes à feu et qu'il en a profité. En conséquence, l'élément essentiel de la culpabilité que j'ai mentionné plus tôt s'applique également à Brian. Cette situation est, encore une fois, un cas où la personne délinquante *choisit* de menacer la sécurité d'autrui en utilisant une arme à feu.

[105] For these reasons, Mr. Zwozdesky's scenarios do not establish s. 344(1)(a.1) applies in circumstances involving little or no danger to the public or little or no fault. I am not persuaded the distinctions between the lethality of the firearms involved, or the fact of party liability, establish dramatically different degrees of severity in the context of this offence. At bottom, in all these scenarios, in order to steal, an offender makes a conscious *choice* to place another person at risk of life-altering injury and significant psychological trauma. Like Mr. Hilbach's offence, they are "true crime[s]".

[105] Pour ces motifs, les situations invoquées par M. Zwozdesky n'établissent pas que l'al. 344(1)a.1) s'applique dans des circonstances ne comportant que peu ou pas de danger pour le public ou peu ou pas de faute. Je ne suis pas convaincue que les distinctions entre la létalité des armes à feu en cause, ou la responsabilité en tant que participant, établissent des degrés de gravité radicalement différents dans le contexte de cette infraction. Au fond, dans toutes ces situations, pour voler, une personne délinquante fait le *choix* conscient de mettre une autre personne à risque de blessures graves et d'un traumatisme psychologique considérable. Comme l'infraction commise par M. Hilbach, il s'agit de « vrai[s] crime[s] ».

[106] The effects of the penalty on the offender are severe. For Indigenous offenders, the effects have the potential to be as severe as the mandatory minimum sentence in Mr. Hilbach's case. These effects, as in Mr. Hilbach's case, are significant and can be neither ignored nor minimized. As was noted in *Hills*, youthful offenders are subject to bullying, are susceptible to gang recruitment and are more vulnerable to segregation placements (para. 165). A term of imprisonment can result in a more severe penalty for an accused with a mental illness than it may for others. Courts have noted that individuals may not have access to appropriate treatment while incarcerated and, for some mentally ill offenders, any period of incarceration may be extremely harmful to their mental state (*R. v. Wallace* (1973), 11 C.C.C. (2d) 95 (Ont. C.A.), at p. 100; *R. v. Folino* (2005), 77 O.R. (3d) 641 (C.A.), at paras. 29-32). The individual circumstances of the hypothetical offenders indicate the period of

[106] Les effets de la peine sur la personne délinquante sont graves. Dans le cas des personnes délinquantes autochtones, les effets sont susceptibles d'être aussi graves que la peine minimale obligatoire en question dans le cas de M. Hilbach. Ces effets, comme dans le cas de M. Hilbach, sont importants et on ne saurait en faire abstraction ou les minimiser. Comme le souligne la Cour dans l'arrêt *Hills*, les jeunes personnes délinquantes sont souvent victimes d'intimidation, sont susceptibles d'être recrutées par des gangs et risquent davantage de se retrouver placées en isolement (par. 165). Une peine d'emprisonnement peut représenter un châtiment plus sévère pour la personne accusée atteinte d'une maladie mentale que pour les autres. Les tribunaux ont indiqué que les personnes incarcérées n'ont pas nécessairement accès à des soins appropriés pendant leur incarcération et que, pour certaines personnes délinquantes atteintes de troubles mentaux, toute période d'incarcération

incarceration required under s. 344(1)(a.1) would likely result in severe detrimental effects.

[107] An inquiry into the penalty and its objectives reveals the analysis for s. 344(1)(a.1) and s. 344(1)(a)(i) is similar. Parliament chose to impose the strong moral condemnation that a substantial prison sentence signals, which is reasonable given the offenders' choice to put public safety at risk offends basic moral values. Greater deference to Parliament's decision to enact the mandatory minimum is therefore warranted. As in Mr. Hilbach's case, general deterrence has a role, as "[i]t cannot be disputed that there is a need for general deterrence" when a person endangers the safety of others in wielding a firearm (*Morrissey*, at para. 46). At the same time, it is true that Parliament's prioritization of general deterrence departs more seriously from sentencing norms in the case of offenders like Adam, who suffer from mental disorders, because these types of offenders are inappropriate mediums by which to discourage others (Ruby, at §5.316; *R. v. Dedekere*, 2017 ONCA 799, 15 M.V.R. (7th) 177, at para. 14; *R. v. Batisse*, 2009 ONCA 114, 93 O.R. (3d) 643, at para. 38). Even so, ultimately the minimum is not "totally out of sync" with sentencing norms for this offence, given the sentencing ranges discussed for robbery above. However, as the dissent noted, the mandatory minimum is effectively double what a fit and proportionate sentence would likely be for the hypothetical offenders had the mandatory penalty not applied.

[108] Nevertheless, as with s. 344(1)(a)(i), the disconnect between the mandatory minimum sentence and the individual circumstances of the offenders here does not render the sentence grossly disproportionate. I echo my comments that the gross disproportionality

peut être extrêmement nuisible à leur état mental (*R. c. Wallace* (1973), 11 C.C.C. (2d) 95 (C.A. Ont.), p. 100; *R. c. Folino* (2005), 77 O.R. (3d) 641 (C.A.), par. 29-32). La situation personnelle de la personne délinquante hypothétique indique que la période d'incarcération exigée par l'al. 344(1)a.1) pourrait vraisemblablement entraîner de graves effets néfastes.

[107] Un examen de la peine et de ses objectifs révèle que l'analyse fondée sur l'al. 344(1)a.1) et celle fondée sur le sous-al. 344(1)a)(i) sont semblables. Le Parlement a choisi d'imposer la condamnation morale forte qu'une lourde peine d'emprisonnement signale, ce qui est raisonnable vu que le choix des personnes délinquantes de mettre à risque la sécurité publique contrevient aux valeurs morales fondamentales. Il convient donc de faire preuve d'une plus grande déférence à l'égard de la décision du Parlement d'édicter un minimum obligatoire. Comme dans le cas de M. Hilbach, la dissuasion générale a un rôle, car « [l]e besoin de dissuasion générale ne saurait être contesté » lorsqu'une personne met en danger la sécurité d'autrui en brandissant une arme à feu (*Morrissey*, par. 46). Cependant, il est vrai que la priorité qu'accorde le Parlement à la dissuasion générale déroge plus sérieusement aux normes de détermination de la peine dans le cas de délinquants qui, comme Adam, souffrent de troubles mentaux, parce que ces types de délinquants ne sont pas de bons candidats lorsque l'on cherche à dissuader d'autres personnes (Ruby, §5.316; *R. c. Dedekere*, 2017 ONCA 799, 15 M.V.R. (7th) 177, par. 14; *R. c. Batisse*, 2009 ONCA 114, 93 O.R. (3d) 643, par. 38). De toute manière, en définitive, la peine minimale ne « déroge [pas] totalement » aux normes de détermination de la peine pour cette infraction, compte tenu des fourchettes de peines examinées plus tôt en ce qui concerne le vol qualifié. Toutefois, comme il est indiqué dans les motifs dissidents, la peine minimale obligatoire correspond en fait au double de ce qui serait une peine juste et proportionnée pour les personnes délinquantes hypothétiques si la peine obligatoire n'était pas appliquée.

[108] Néanmoins, comme pour le sous-al. 344(1)a)(i), l'absence de lien entre la peine minimale obligatoire et la situation personnelle des délinquants en l'espèce ne rend pas la peine exagérément disproportionnée. Je le répète, la norme de la disproportion exagérée

standard is a high bar that applies in rare instances. If the punishment at bar was being evaluated on the appellate standard, I would find the four-year minimum demonstrably unfit for the reasonable hypotheticals proffered by Mr. Zwozdesky. However, I am not persuaded that the mandatory minimum in this case “shock[s] the conscience” (*Lloyd*, at para. 33) or is “so excessive as to outrage standards of decency” (*Hills*, at para. 109, citing *Boudreault*, at para. 45; *Lloyd*, at para. 24, citing *Morrissey*, at para. 26; *Wiles*, at para. 4, citing *Smith*, at p. 1072). While the punishment is severe, the high threshold for gross disproportionality is not met here. For these reasons, I am satisfied that the four-year mandatory minimum term of imprisonment does not infringe s. 12 of the *Charter*.

[109] Having concluded neither mandatory minimum infringes s. 12 of the *Charter*, it is unnecessary to address whether the infringement may be saved under s. 1.

C. Conclusion

[110] The Crown’s appeal is allowed. The mandatory minimum sentences set out in s. 344(1)(a)(i) and the former s. 344(1)(a.1) are constitutional and do not constitute cruel and unusual punishment. The Court of Appeal’s judgments on this ground are set aside. No order is necessary in respect of Mr. Zwozdesky’s sentence, owing to his passing.

[111] In respect of Mr. Hilbach’s sentence, I am of the view that it is appropriate in this case to stay the execution of the post-appeal portion of the sentence. This was the approach taken by the Court of Appeal majority. In rare cases where appellate courts have imposed custodial sentences to comply with mandatory provisions of the *Criminal Code*, including mandatory minimum sentences, they have stayed the execution of the post-appeal portion of the sentence. A stay for a post-appeal sentence may be available where there is extenuating delay in the legal process, particularly at the appellate stage, through no fault of the offender (*R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2

est un critère rigoureux qui ne s’applique que dans de rares cas. Si la peine en question était évaluée selon la norme applicable en appel, je serais d’avis que la peine minimale de quatre ans est manifestement non indiquée dans le cas des hypothèses raisonnables proposées par M. Zwozdesky. Toutefois, je ne suis pas convaincue que la peine minimale obligatoire en l’espèce « choqu[e] la conscience » (*Lloyd*, par. 33) ou est « excessive au point de porter atteinte aux normes de la décence » (*Hills*, par. 109, citant *Boudreault*, par. 45; *Lloyd*, par. 24, citant *Morrissey*, par. 26; *Wiles*, par. 4, citant *Smith*, p. 1072). Bien que la peine soit sévère, le seuil élevé de la disproportion exagérée n’est pas atteint en l’espèce. Pour ces motifs, je suis convaincue que la peine minimale obligatoire de quatre ans d’emprisonnement ne contrevient pas à l’art. 12 de la *Charte*.

[109] Ayant conclu que ni l’une ni l’autre des peines minimales obligatoires ne contrevient à l’art. 12 de la *Charte*, il n’est pas nécessaire de trancher la question de savoir si la violation peut se justifier au regard de l’article premier.

C. Conclusion

[110] Le pourvoi de la Couronne est accueilli. Les peines minimales obligatoires énoncées au sous-al. 344(1)a(i) et à l’ancien al. 344(1)a.1) sont constitutionnelles et ne constituent pas des peines cruelles et inusitées. Les jugements de la Cour d’appel sur ce moyen sont annulés. Il n’est pas nécessaire de rendre une ordonnance à l’égard de la peine de M. Zwozdesky, vu le décès de celui-ci.

[111] Pour ce qui est de la peine de M. Hilbach, je suis d’avis qu’il convient en l’espèce de surseoir à l’exécution de la portion de la peine postérieure à l’appel. C’est ce que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont décidé de faire. Dans les rares cas où les juridictions d’appel ont imposé des peines d’emprisonnement conformément aux dispositions obligatoires du *Code criminel*, y compris des peines minimales obligatoires, elles ont sursis à l’exécution de la portion de la peine postérieure à l’appel. Un sursis de la peine postérieure à l’appel peut être prononcé lorsqu’il y a un retard atténuant dans le processus judiciaire, particulièrement au stade de

S.C.R. 167; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. McMillan*, 2016 MBCA 12, 326 Man. R. (2d) 56; *R. v. Shi*, 2015 ONCA 646). Given over four years have lapsed since Mr. Hilbach was sentenced, I am satisfied this is such a case.

The following are the reasons delivered by

[112] CÔTÉ J. — I agree with my colleague Martin J.'s disposition of the Crown's appeal. However, for the reasons outlined in my dissent in the companion appeal *R. v. Hills*, 2023 SCC 2, [2023] 1 S.C.R. 6, I respectfully disagree with her new three-part test for gross disproportionality at the second stage of the established framework set out in *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, and recently affirmed in *R. v. Bissonnette*, 2022 SCC 23, [2022] 1 S.C.R. 597, at para. 63.

[113] Applying this established legal framework, I agree that the mandatory minimum sentences prescribed by s. 344(1)(a)(i) and the former s. 344(1)(a.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, do not meet the high threshold for cruel and unusual punishment. While they have the potential to be excessive in reasonably foreseeable cases, they are not so excessive as to “outrage standards of decency” (*R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1072) or “shock the conscience of Canadians” (*R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at para. 33). I would allow the appeal.

The following are the reasons delivered by

[114] KARAKATSANIS AND JAMAL JJ. (dissenting) — Mandatory minimum sentences reflect Parliament's determination that a crime is so serious that it must be met with a minimum punishment, regardless of the particular circumstances of the offence or the offender. When in place, there is no judicial discretion to impose a lesser sentence.

l'appel, en l'absence de toute faute de la personne délinquante (*R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. McMillan*, 2016 MBCA 12, 326 Man. R. (2d) 56; *R. c. Shi*, 2015 ONCA 646). Étant donné que plus de quatre ans se sont écoulés depuis que M. Hilbach s'est vu infliger sa peine, je suis convaincue que tel est le cas en l'espèce.

Version française des motifs rendus par

[112] LA JUGE CÔTÉ — Je souscris au dispositif de ma collègue la juge Martin en ce qui concerne l'appel interjeté par la Couronne. Cependant, pour les motifs que j'expose en dissidence dans l'affaire connexe *R. c. Hills*, 2023 CSC 2, [2023] 1 R.C.S. 6, je dois, avec égards, exprimer mon désaccord quant au nouveau test à trois étapes qu'elle élabore relativement à la disproportion exagérée à la seconde étape du cadre d'analyse établi dans l'arrêt *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, et confirmé récemment dans *R. c. Bissonnette*, 2022 CSC 23, [2022] 1 R.C.S. 597, par. 63.

[113] Appliquant ce cadre juridique déjà établi, je suis d'accord pour dire que la peine minimale obligatoire prévue au sous-al. 344(1)a(i) et celle prescrite à l'ancien al. 344(1)a.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, n'atteignent pas le seuil élevé requis pour les qualifier de peines cruelles et inusitées. Bien qu'elles puissent potentiellement être excessives dans certaines situations raisonnablement prévisibles, ces peines ne sont pas excessives au point de « porter atteinte aux normes de la décence » (*R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1072) ou de « choquer la conscience des Canadiens » (*R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 33). J'accueillerai l'appel.

Version française des motifs rendus par

[114] LES JUGES KARAKATSANIS ET JAMAL (dissidents) — Les peines minimales obligatoires reflètent la décision du Parlement que certains crimes sont si graves qu'une sanction minimum doit être infligée, indépendamment des circonstances particulières de l'infraction ou de son auteur. Lorsqu'une telle peine existe, les tribunaux n'ont pas le pouvoir discrétionnaire d'imposer une peine moindre.

[115] Mandatory minimum sentences are, however, subject to scrutiny under s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which guarantees everyone “the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment”. They are more constitutionally vulnerable when they apply to an offence that can be committed in various ways, under a broad array of circumstances, and by a wide range of people (*R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at para. 3). Such provisions will be unconstitutional where they are, or could be on a reasonably foreseeable basis, grossly disproportionate to what would otherwise be a fit sentence in the circumstances.

[116] Between this appeal and its companion case, *R. v. Hills*, 2023 SCC 2, [2023] 1 S.C.R. 6, three mandatory minimum sentences are at issue. We agree with the reasons of our colleague Justice Martin in *Hills*. Section 244.2(3)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which imposes a four-year mandatory minimum sentence on anyone convicted of intentionally discharging a firearm into or at a place, contrary to s. 244.2(1)(a), violates s. 12 of the *Charter* and has not been justified under s. 1.

[117] We part company, however, with our colleague’s conclusion on the constitutionality of the provisions at issue in this appeal: s. 344(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, which imposes a five-year mandatory minimum sentence for a first offence of robbery with a restricted or prohibited firearm; and s. 344(1)(a.1) of the *Criminal Code*, which imposes a four-year mandatory minimum sentence for the offence of robbery with a firearm. We note that Parliament recently repealed s. 344(1)(a.1) (*An Act to amend the Criminal Code and the Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 2022, c. 15).

[118] Armed robbery is a grave offence that typically warrants a penitentiary sentence. But in our view, the

[115] Toutefois, les peines minimales obligatoires font l’objet d’un examen rigoureux au regard de l’art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, disposition qui garantit à chacun le « droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités ». Elles sont davantage vulnérables sur le plan constitutionnel lorsqu’elles s’appliquent à une infraction qui peut être perpétrée de diverses façons, suivant une vaste gamme de circonstances et par un large éventail de personnes (*R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 3). De telles dispositions seront inconstitutionnelles lorsqu’elles sont, ou pourraient être dans des situations raisonnablement prévisibles, exagérément disproportionnées à ce qui serait par ailleurs une peine juste dans les circonstances.

[116] Dans le présent pourvoi et dans le pourvoi connexe *R. c. Hills*, 2023 CSC 2, [2023] 1 R.C.S. 6, un total de trois peines minimales obligatoires sont en litige. Nous souscrivons aux motifs de notre collègue la juge Martin dans l’affaire *Hills*. L’alinéa 244.2(3)(b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, qui impose l’infliction d’une peine minimale obligatoire de quatre ans à quiconque est déclaré coupable d’avoir déchargé intentionnellement une arme à feu en direction d’un lieu, en contravention de l’al. 244.2(1)a), viole l’art. 12 de la *Charte* et n’a pas été justifié suivant l’article premier de celle-ci.

[117] Cependant, nous ne sommes pas d’accord avec la conclusion de notre collègue sur la constitutionnalité des dispositions en cause dans le présent pourvoi : le sous-al. 344(1)a)(i) du *Code criminel*, qui prévoit une peine minimale obligatoire de cinq ans dans le cas d’une première infraction de vol qualifié, s’il y a usage d’une arme à feu à autorisation restreinte ou d’une arme à feu prohibée; et l’al. 344(1)a.1) du *Code criminel*, qui prescrit une peine minimale obligatoire de quatre ans applicable en cas de vol qualifié s’il y a usage d’une arme à feu. Nous soulignons que le Parlement a récemment abrogé l’al. 344(1)a.1) (*Loi modifiant le Code criminel et la Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 2022, c. 15).

[118] Le vol à main armée est une infraction grave, qui commande en général une peine à purger dans un

mandatory minimum sentences under both provisions cast an unconstitutionally wide net, capturing reasonably foreseeable cases for which the mandatory minimum sentence would be grossly disproportionate. For these cases, the mandatory minimum sentences are “so excessive as to outrage standards of decency” (*Lloyd*, at paras. 24 and 87, citing *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, at p. 688, per Laskin C.J.), violating the constitutional guarantee against cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter*. They cannot be saved under s. 1, and therefore should be declared of no force and effect.

[119] We would, accordingly, dismiss the Crown’s appeal.

I. Background

A. *Ocean William Storm Hilbach*

[120] Mr. Hilbach is an Indigenous man from the Ermineskin Cree Nation. Nineteen years old and without the money to travel from the city to his reserve, he and his 13-year-old accomplice robbed a convenience store with an unloaded sawed-off rifle. Mr. Hilbach covered his face with his shirt and pointed the gun at two store clerks, demanding cash. His accomplice punched one of the store clerks, and kicked the other. They fled with \$290 in lottery tickets and were apprehended soon afterwards.

[121] Mr. Hilbach pleaded guilty to robbery while using a prohibited or restricted weapon (s. 344(1)(a)) and possession of a firearm while prohibited (s. 117.01(1)). The sentencing judge held that a fit and proper sentence for Mr. Hilbach was two years less a day. He concluded that the five-year mandatory minimum sentence under s. 344(1)(a)(i) was grossly disproportionate to Mr. Hilbach’s circumstances, contrary to s. 12 of the *Charter*, because it was more than double the length of a fit sentence and it would be served in a federal rather than provincial institution.

pénitencier. À notre avis, toutefois, les peines minimales obligatoires prévues par ces deux dispositions déploient un large filet inconstitutionnel, qui capture dans ses mailles des situations raisonnablement prévisibles à l’égard desquelles ces peines minimales obligatoires seraient exagérément disproportionnées. Dans ces situations, les peines minimales obligatoires sont « excessive[s] au point de porter atteinte aux normes de la décence » (*Lloyd*, par. 24 et 87, citant *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, p. 688, le juge en chef Laskin), et violent ainsi la garantie constitutionnelle contre les peines cruelles et inusitées établie à l’art. 12 de la *Charte*. Ces peines ne sauraient être sauvegardées par application de l’article premier, et elles devraient par conséquent être déclarées inopérantes.

[119] En conséquence, nous rejeterions le pourvoi formé par la Couronne.

I. Contexte

A. *Ocean William Storm Hilbach*

[120] Monsieur Hilbach est un Autochtone de la Nation crie d’Ermineskin. Alors qu’il avait 19 ans et n’avait pas d’argent pour voyager de la ville à sa réserve, lui et son complice âgé de 13 ans ont commis un vol qualifié dans un dépanneur en faisant usage d’une carabine à canon sciée non chargée. Monsieur Hilbach s’est couvert le visage avec sa chemise et a pointé l’arme à feu en direction de deux commis du magasin, leur demandant de l’argent. Son complice a donné un coup de poing à l’un des commis et un coup de pied à l’autre. Ils se sont enfuis avec 290 \$ en billets de loterie et ont été appréhendés peu après.

[121] Monsieur Hilbach a plaidé coupable à des accusations de vol qualifié avec usage d’une arme à feu prohibée ou d’une arme à feu à utilisation restreinte (al. 344(1)a)), et de possession d’une arme à feu pendant que cela lui était interdit (par. 117.01(1)). Le juge chargé de la détermination de la peine a estimé que, dans le cas de M. Hilbach, une peine juste et appropriée était un emprisonnement de deux ans moins un jour. Il a conclu que la peine minimale obligatoire de cinq ans prévue au sous-al. 344(1)a)(i) était exagérément disproportionnée eu égard aux

Accordingly, he declared the provision of no force and effect (2018 ABQB 526, 75 Alta. L.R. (6th) 359).

[122] The Court of Appeal allowed the Crown's appeal in part. It held that the sentence imposed on Mr. Hilbach was unfit and substituted a sentence of three years for the robbery charge. But the court still concluded that the five-year mandatory minimum sentence would be grossly disproportionate for Mr. Hilbach, breaching s. 12. It could not be saved under s. 1 and was thus declared of no force and effect (2020 ABCA 332, 14 Alta. L.R. (7th) 245).

B. *Curtis Zwozdesky*

[123] At the time of the offence, Mr. Zwozdesky was 53 years old, unemployed, and struggling with drug addiction. He was the "getaway driver" for two robberies of rural convenience stores in Alberta. During the first robbery, he went inside the convenience store before returning to his car. Shortly after, his accomplices went inside with a modified shotgun. An accomplice pointed the gun at the clerk, demanded she fill a bag with money, and fired the shotgun into a shelf. No one was injured. The next robbery occurred a week later. Mr. Zwozdesky waited in the car as the two principal offenders went inside the store, brandished a shotgun, and sprayed a clerk with pepper spray before leaving, cash and cigarettes in hand.

[124] Mr. Zwozdesky confessed to the police and entered a guilty plea to one count of robbery with a firearm (s. 344(1)(a.1)), and one count of robbery *simpliciter* (s. 344(1)(b)).

[125] The sentencing judge concluded that the four-year sentence mandated by s. 344(1)(a.1) would

circstances de M. Hilbach et contrevenait à l'art. 12 de la *Charte*, parce qu'elle était plus de deux fois plus longue qu'une peine juste et qu'elle serait purgée dans un établissement fédéral plutôt que provincial. Par conséquent, il a déclaré la disposition inopérante (2018 ABQB 526, 75 Alta. L.R. (6th) 359).

[122] La Cour d'appel a accueilli en partie l'appel interjeté par la Couronne. Elle a jugé que la peine infligée à M. Hilbach n'était pas juste et elle y a substitué une peine de trois ans relativement à l'accusation de vol qualifié. La Cour d'appel a néanmoins conclu que la peine minimale obligatoire de cinq ans serait exagérément disproportionnée dans le cas de M. Hilbach et violait l'art. 12. Elle ne pouvait être sauvegardée par application de l'article premier, et elle a en conséquence été déclarée inopérante (2020 ABCA 332, 14 Alta. L.R. (7th) 245).

B. *Curtis Zwozdesky*

[123] Au moment de l'infraction, M. Zwozdesky était âgé de 53 ans, sans emploi et aux prises avec des dépendances aux drogues. Il était le « conducteur de la voiture des fuyards » lors de deux vols qualifiés commis dans des dépanneurs ruraux en Alberta. Durant le premier vol qualifié, il est entré dans le dépanneur puis est retourné à sa voiture. Peu de temps après, ses complices sont entrés dans le dépanneur, munis d'un fusil de chasse modifié. L'un des complices a pointé l'arme en direction de la commis, lui a demandé de déposer de l'argent dans un sac et il a tiré sur une étagère avec le fusil. Personne n'a été blessé. L'autre vol qualifié a eu lieu une semaine plus tard. Monsieur Zwozdesky a attendu dans la voiture pendant que les deux délinquants principaux sont entrés dans le magasin, ont brandi un fusil de chasse et ont aspergé un commis de gaz poivré avant de s'enfuir avec en mains de l'argent comptant et des cigarettes.

[124] Monsieur Zwozdesky a confessé aux policiers et plaidé coupable à un chef de vol qualifié avec usage d'une arme à feu (al. 344(1)a.1)), et à un chef de vol qualifié simple (al. 344(1)b)).

[125] La juge chargée de la détermination de la peine a conclu que la peine obligatoire de quatre ans

not be grossly disproportionate for Mr. Zwozdesky. However, in considering other reasonably foreseeable applications of the law, she observed that armed robbery can occur in a wide variety of circumstances, including by youthful offenders acting impulsively, offenders with mental health issues, and offenders who played a more peripheral role in the offence. Reasoning that the mandatory minimum sentence could constitute cruel and unusual punishment for reasonably foreseeable offenders, and that it could not be saved under s. 1, she declared s. 344(1)(a.1) of no force and effect (2019 ABQB 322, 95 Alta. L.R. (6th) 386).

[126] The majority of the Court of Appeal agreed that s. 344(1)(a.1) could result in grossly disproportionate punishments and dismissed the Crown's appeal.

II. Analysis

[127] Mr. Hilbach challenged the mandatory five-year sentence for robbery with a prohibited or restricted firearm (s. 344(1)(a)(i)), while Mr. Zwozdesky challenged the mandatory four-year sentence for robbery with a non-restricted firearm (s. 344(1)(a.1)). In our view, both provisions violate s. 12 of the *Charter*. In evaluating whether a mandatory minimum sentence infringes s. 12 of the *Charter*, a court engages in a two-step inquiry (*Hills*, at para. 40).

[128] First, the court must determine what constitutes a proportionate sentence for the offence having regard to the objectives and principles of sentencing in the *Criminal Code*, including the fundamental principle of sentencing under s. 718.1: "A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender." In assessing an offence's gravity, courts may consider

prescribed by l'al. 344(1)a.1) ne serait pas exagérément disproportionnée dans le cas de M. Zwozdesky. Toutefois, en considérant d'autres cas d'application raisonnablement prévisibles du texte de loi, elle a fait observer qu'un vol qualifié à main armée peut être commis suivant une grande variété de circonstances, notamment par de jeunes délinquants agissant de manière impulsive, par des délinquants ayant des problèmes de santé mentale et par des délinquants jouant un rôle périphérique dans la perpétration de l'infraction. Raisonnant que la peine minimale obligatoire pourrait constituer une peine cruelle et inusitée à l'égard de délinquants dans des situations raisonnablement prévisibles, et qu'elle ne pouvait être sauvegardée par application de l'article premier, la juge a déclaré l'al. 344(1)a.1) inopérant (2019 ABQB 322, 95 Alta. L.R. (6th) 386).

[126] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont été d'accord pour dire que l'al. 344(1)a.1) pourrait entraîner l'infliction de peines exagérément disproportionnées et ont rejeté l'appel de la Couronne.

II. Analyse

[127] Monsieur Hilbach a contesté la peine minimale obligatoire de cinq ans applicable en cas de vol qualifié commis avec usage d'une arme à feu à autorisation restreinte ou d'une arme à feu prohibée (sous-al. 344(1)a)(i)), tandis que M. Zwozdesky a contesté la peine minimale obligatoire de quatre ans applicable en cas de vol qualifié commis avec usage d'une arme à feu sans restrictions (al. 344(1)a.1)). À notre avis, les deux dispositions violent l'art. 12 de la *Charte*. Pour décider si une peine minimale obligatoire viole ou non l'art. 12 de la *Charte*, les tribunaux procèdent à une analyse en deux étapes (*Hills*, par. 40).

[128] Premièrement, le tribunal doit déterminer ce qui constitue une peine proportionnée à l'égard de l'infraction, en tenant compte des objectifs et des principes de détermination de la peine prévus par le *Code criminel*, y compris le principe fondamental de détermination de la peine énoncée à l'art. 718.1 : « La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant ».

the consequences of the offender's actions on victims and public safety, the harm caused by the offence, and, in some cases, the offender's motivations (*Hills*, at para. 58). In assessing the degree of responsibility of the offender, a court should gauge "the essential substantive elements of the offence including the offence's *mens rea*, the offender's conduct in the commission of the offence, the offender's motive for committing the offence, and aspects of the offender's background that increase or decrease the offender's individual responsibility for the crime, including the offender's personal circumstances and mental capacity" (*Hills*, at para. 58, citing *R. v. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1 (C.A.), at para. 91; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599, at para. 68; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 73).

[129] Second, the court must ask whether the mandatory minimum requires the judge to impose a sentence that is grossly disproportionate to the otherwise fit sentence. In considering whether the mandatory minimum sentence is grossly disproportionate, a court must assess "three crucial components": (1) the scope and reach of the offence; (2) the effects on the offender, "both generally and based on their specific characteristics and qualities"; and (3) the penalty and the balance struck by its objectives (*Hills*, at paras. 122-38).

[130] If the court concludes that a sentence is not grossly disproportionate for the offender in question, the court must then consider whether it would be grossly disproportionate in other reasonably foreseeable cases (*R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 65).

[131] In applying this framework, neither s. 344(1)(a)(i) nor s. 344(1)(a.1) pass constitutional scrutiny. The sentencing judge correctly considered the facts, case law, and relevant sentencing objectives to determine that two years less a day was a fit and proportionate sentence in Mr. Hilbach's circumstances. This determination is owed deference. In assessing a fit sentence, courts must not indiscriminately adhere to starting points, completely eliminate the prospect

Dans l'appréciation de la gravité d'une infraction, le tribunal peut prendre en compte les conséquences des agissements du délinquant sur les victimes et la sécurité publique, le préjudice causé par l'infraction et, dans certains cas, les motivations du contrevenant (*Hills*, par. 58). Le tribunal doit mesurer le degré de responsabilité du délinquant en évaluant « les éléments constitutifs essentiels de l'infraction, notamment sa *mens rea*, la conduite de la personne délinquante dans la perpétration de l'infraction, le mobile qui a poussé la personne délinquante à commettre l'infraction et les aspects du vécu de cette personne qui renforcent ou diminuent sa responsabilité individuelle à l'égard du crime, y compris sa situation personnelle et sa capacité mentale » (*Hills*, par. 58, citant *R. c. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1 (C.A.), par. 91; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599, par. 68; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 73).

[129] Deuxièmement, le tribunal doit se demander si la peine minimale prescrite l'oblige à infliger une peine qui est exagérément disproportionnée à la peine qui serait par ailleurs juste. Pour décider si la peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée, le tribunal doit examiner « trois éléments cruciaux » : (1) la portée de l'infraction; (2) les effets de la peine sur le délinquant, « tant de façon générale qu'en fonction des caractéristiques et qualités qui [lui] sont propres »; (3) la sanction, y compris l'équilibre atteint par ses objectifs (*Hills*, par. 122-138).

[130] Si le tribunal conclut que la peine n'est pas exagérément disproportionnée à l'égard du délinquant en cause, il doit ensuite se demander si elle serait disproportionnée dans d'autres situations raisonnablement prévisibles (*R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 65).

[131] Considérés en application de ce cadre d'analyse, ni le sous-al. 344(1)a)(i) ni l'al. 344(1)a.1 ne résistent au contrôle de leur constitutionnalité. Le juge de la peine a correctement examiné les faits, la jurisprudence ainsi que les objectifs de détermination de la peine pertinents avant de conclure qu'une peine de deux ans moins un jour était juste et proportionnée eu égard à la situation de M. Hilbach. Cette conclusion commande la déférence. Dans la détermination

of rehabilitation, or distort the gravity of the offence by dismissing relevant facts (such as whether a firearm was loaded). Moreover, whether a fit sentence is two years or — as our colleague concludes — three years, a sentence that is double or nearly double a fit sentence is grossly disproportionate in violation of s. 12 of the *Charter*.

[132] The mandatory minimum sentence under s. 344(1)(a.1) is also grossly disproportionate. It is unconstitutionally broad and foreseeably applies to a wide range of situations, including those where the offender may be young, substance dependent, assisting the principal offender, or using a firearm like a BB gun. Applying the mandatory minimum sentence in some of these situations would be so excessive as to outrage standards of decency and thus would be unconstitutional (see *Lloyd*, at paras. 24 and 87).

[133] Neither provision can be saved under s. 1.

[134] We address each provision in turn.

A. Section 344(1)(a)(i) of the Criminal Code

[135] Section 344(1)(a)(i) applies when the offender commits robbery using a restricted or prohibited firearm. This appeal raises the question of whether the five-year sentence is grossly disproportionate for Mr. Hilbach or another reasonably foreseeable offender. We agree with both courts below and conclude that it would be for Mr. Hilbach. It is therefore unnecessary to consider other reasonably foreseeable applications of the law.

d’une peine juste, les tribunaux ne doivent pas suivre systématiquement des points de départ, éliminer complètement toute perspective de réinsertion sociale ou encore déformer la gravité de l’infraction en écartant des faits pertinents (p. ex. le fait que l’arme à feu était chargée ou non). Qui plus est, que la peine juste soit deux ans ou — comme le conclut notre collègue — trois ans, une sentence qui représente le double ou presque de cette peine est exagérément disproportionnée et viole l’art. 12 de la *Charte*.

[132] La peine minimale obligatoire prévue à l’al. 344(1)a.1) est elle aussi exagérément disproportionnée. Elle a une portée inconstitutionnellement large et s’applique de manière prévisible à un large éventail de situations, y compris des cas où le délinquant peut être jeune, être dépendant à des substances ou avoir aidé le délinquant principal ou fait usage d’une arme à feu tel un fusil à balles BB. Infliger la peine minimale obligatoire dans certaines de ces situations serait excessif au point de porter atteinte aux normes de la décence et, en conséquence, serait inconstitutionnel (voir *Lloyd*, par. 24 et 87).

[133] Ni l’une ni l’autre des dispositions ne peuvent être sauvegardées par application de l’article premier.

[134] Nous allons examiner tour à tour chacune des dispositions.

A. Sous-alinéa 344(1)a)(i) du Code criminel

[135] Le sous-alinéa 344(1)a)(i) s’applique lorsque le délinquant commet un vol qualifié en faisant usage d’une arme à feu à utilisation restreinte ou d’une arme à feu prohibée. Le présent pourvoi soulève la question de savoir si une peine de cinq ans est exagérément disproportionnée à l’égard de M. Hilbach ou d’un autre délinquant se trouvant dans une situation raisonnablement prévisible. Nous souscrivons aux décisions des deux juridictions inférieures et concluons qu’elle le serait dans le cas de M. Hilbach. Il n’est par conséquent pas nécessaire d’examiner d’autres cas d’application raisonnablement prévisibles du texte de loi.

[136] We turn, then, to address a fit sentence for Mr. Hilbach. Although both courts below agreed that a mandatory five-year sentence was grossly disproportionate in light of the fit sentence for Mr. Hilbach, they disagreed on what would be a fit sentence. The sentencing judge concluded two years less a day was fit, with reference to the three-year starting point for convenience store robberies in *R. v. Johnas* (1982), 41 A.R. 183 (C.A.), at para. 19; while the Court of Appeal concluded that three years was fit, placing more emphasis on denunciation and deterrence. As we will explain, we see no reason to disturb the sentencing judge’s assessment.

[137] The seriousness of the crime is evident from the circumstances, a fact not lost on the sentencing judge. He noted that Mr. Hilbach committed a “serious violent offence” with “the potential for great harm”, which would have a lasting impact on the victims and the community more broadly (para. 9). He also recognized that Mr. Hilbach’s prior criminal record and the breaches of his probation and firearm prohibition were serious aggravating factors on his sentence (paras. 10 and 12-13). These features made denunciation and deterrence “important considerations” (para. 20).

[138] The sentencing judge balanced these considerations against Mr. Hilbach’s tragic personal circumstances. Abandoned by his parents as an infant, Mr. Hilbach was raised by his paternal grandparents, both residential school survivors. His childhood and adolescence were marked by poverty, a fractured family unit, physical abuse, and substance dependency. These circumstances shaped Mr. Hilbach’s course in life, and this crime was no different. For instance, Mr. Hilbach’s conduct was driven by poverty — he needed money to get home to his reserve but had

[136] Nous allons maintenant nous pencher sur ce que serait la peine juste dans le cas de M. Hilbach. Bien que les deux juridictions inférieures aient été d’accord pour dire qu’une peine minimale obligatoire de cinq ans était exagérément disproportionnée au regard de ce qui constituait la peine juste pour M. Hilbach, elles ont divergé d’opinions quant à ce que serait une peine juste. Le juge de la peine a conclu qu’un emprisonnement de deux ans moins un jour était une peine juste, par référence au point de départ de trois ans en ce qui concerne les vols qualifiés commis dans des dépanneurs mentionné dans *R. c. Johnas* (1982), 41 A.R. 183 (C.A.), par. 19; tandis que la Cour d’appel a pour sa part statué qu’une peine de trois ans était une peine juste, mettant davantage l’accent sur la dénonciation et la dissuasion. Comme nous l’expliquerons, nous ne voyons aucune raison de modifier l’appréciation qu’a faite le juge de la peine.

[137] La gravité du crime est évidente à la lumière des circonstances, un fait que n’a pas manqué de constater le juge de la peine. Il a souligné que M. Hilbach avait commis une [TRADUCTION] « infraction violente grave » qui avait « le potentiel de causer des torts considérables » et qui aurait un impact durable sur les victimes et la communauté en général (par. 9). Il a également reconnu que le casier judiciaire de M. Hilbach et les violations par ce dernier de ses conditions de probation et de l’ordonnance lui interdisant d’avoir des armes à feu en sa possession étaient d’importants facteurs aggravants dans la détermination de la peine (par. 10 et 12-13). Ces éléments faisaient de la dénonciation et de la dissuasion des [TRADUCTION] « considérations importantes » (par. 20).

[138] Le juge de la peine a mis en balance ces considérations et les circonstances personnelles tragiques de M. Hilbach. Abandonné en très bas âge par ses parents, M. Hilbach a été élevé par ses grands-parents paternels, tous deux des survivants des pensionnats autochtones. Son enfance et son adolescence ont été marquées par la pauvreté, une cellule familiale brisée, des abus physiques et une dépendance à des substances. Ces circonstances ont façonné le cours de la vie de M. Hilbach, et il en est de même pour ce qui est du crime qu’il a commis.

none (para. 35). As the sentencing judge observed, “his personal, family and community history played a role in his actions that day” (para. 35).

[139] These circumstances are *precisely* the kind of background or systemic factors that this Court has recognized as having a mitigating effect in sentencing (*Ipeelee*, at para. 73; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688). Endemic poverty on reserves, intimately tied to the legacy of colonialism, is a common cause of crime for Indigenous peoples (*Gladue*, at para. 65). As the number of Indigenous offenders behind bars in Canada continues to soar, it is imperative that sentencing judges appropriately consider the unique social issues facing Indigenous peoples in Canada (see R. Mangat, *More Than We Can Afford: The Costs of Mandatory Minimum Sentencing* (2014), at pp. 30-34; I.F., Canadian Bar Association, at para. 24). The sentencing judge did not err in doing so.

[140] The sentencing judge also correctly considered the effect of the sentence on the offender and concluded that “any period of incarceration will have a profound impact on Mr. Hilbach” due to his youth and history of gang affiliation (para. 14). A five-year penitentiary sentence, in other words, would *undermine* Mr. Hilbach’s rehabilitation, with counterproductive implications for public safety down the line. Although rehabilitation is not a principle of fundamental justice, removing it altogether from consideration can result in gross disproportionality. As this Court unanimously held in *R. v. Bissonnette*, 2022 SCC 23, [2022] 1 S.C.R. 597, “[t]o ensure respect for human dignity” — and therefore compliance with s. 12 of the *Charter* — “Parliament must leave a door open for rehabilitation, even in cases where this objective is of minimal importance” (para. 85). When a mandatory minimum compromises, rather than advances, the prospect of rehabilitation — as

À titre d’exemple, la conduite de M. Hilbach a été causée par la pauvreté — il avait besoin d’argent pour rentrer chez lui dans la réserve, mais il n’en avait pas (par. 35). Comme l’a fait observer le juge de la peine, [TRADUCTION] « ses antécédents personnels, familiaux et communautaires ont joué un rôle dans les actions qu’il a accomplies ce jour-là » (par. 35).

[139] Ces circonstances sont *précisément* le genre de contexte ou de facteurs systémiques que notre Cour a reconnu comme étant atténuants lors de la détermination de la peine (*Ipeelee*, par. 73; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688). La pauvreté endémique régnant dans les réserves, pauvreté qui est intimement liée à un historique de colonialisme, est une cause fréquente de la criminalité autochtone (*Gladue*, par. 65). À mesure que continue de monter en flèche le nombre de délinquants autochtones détenus au Canada, il est impérieux que les juges chargés de déterminer les peines considèrent de manière appropriée les conditions sociales particulières auxquelles sont exposés les peuples autochtones au Canada (voir R. Mangat, *More Than We Can Afford: The Costs of Mandatory Minimum Sentencing* (2014), p. 30-34; m. interv., Association du Barreau canadien, par. 24). Le juge de la peine n’a pas commis d’erreur en le faisant.

[140] Le juge de la peine a également considéré à juste titre les effets qu’aurait la peine sur le délinquant et conclu que [TRADUCTION] « toute période d’incarcération aura un impact profond sur M. Hilbach », en raison de sa jeunesse et de ses antécédents d’affiliation à des gangs (par. 14). En d’autres termes, une peine de cinq ans dans un pénitencier *nuirait* à la réinsertion sociale de M. Hilbach, en plus d’avoir des conséquences contre-productives pour la sécurité publique en définitive. Bien que la réinsertion sociale ne soit pas un principe de justice fondamentale, l’écarter entièrement de l’analyse peut entraîner une disproportion exagérée. Comme a jugé à l’unanimité notre Cour dans *R. c. Bissonnette*, 2022 CSC 23, [2022] 1 R.C.S. 597, « [p]our respecter la dignité humaine » — et de ce fait l’art. 12 de la *Charte* —, « le Parlement doit laisser la porte entrouverte à la réhabilitation, même dans les cas où cet objectif revêt une importance minime » (par. 85). Lorsqu’une peine

the sentencing judge found here — the result is a penalty unmoored from a basic tenet of our criminal justice system: respect for the inherent dignity of every individual (*Bissonnette*, at paras. 87-88). And quite simply, it shocks the conscience to send a youthful Indigenous offender to prison for five years when, according to the sentencing judge, doing so would harm both the offender and society (paras. 14 and 21).

[141] The Court of Appeal, however, concluded that the sentencing judge had erred in principle in failing to give sufficient weight to denunciation and deterrence and by overemphasizing *Gladue* factors (para. 49). The court concluded that an appropriate sentence was three years when appropriate weight was ascribed to those factors (para. 50).

[142] However, “an appellate court may not intervene simply because it would have weighed the relevant factors differently” (*R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at para. 49; see also *Lloyd*, at paras. 52-53). We agree that denunciation and deterrence are important considerations, but there is no reason to interfere with the sentencing judge’s conclusion that a two-year prison sentence for a first-time offender would serve those objectives. Indeed, as this Court observed in *Bissonnette*, “the objectives of denunciation and deterrence are not better served by the imposition of excessive sentences” (para. 94). Moreover, this Court recognized in *Boudreault* that denunciation and deterrence should not be elevated over the principle of proportionality, the objective of rehabilitation, and Parliament’s intent to ameliorate the overrepresentation of Indigenous peoples in prison under s. 718.2(e) of the *Criminal Code* (paras. 81-83). We would defer to the discretion of the sentencing judge as to which sentencing objectives in s. 718 (such as denunciation, deterrence, and rehabilitation) to prioritize — and how much weight to afford to the secondary sentencing principles in s. 718.2 (such as parity and restraint) (*Lacasse*, at paras. 54-55). We

minimale obligatoire compromet les perspectives de réinsertion sociale au lieu de les favoriser — comme a conclu le juge de la peine en l’espèce —, le résultat est une sanction qui déroge à un précepte de base de notre système de justice criminelle : le respect de la dignité humaine inhérente à chaque individu (*Bissonnette*, par. 87-88). Et il choquerait tout simplement la conscience d’envoyer un jeune délinquant autochtone en prison pendant cinq ans alors que, selon le juge de la peine, une telle décision serait préjudiciable tant au délinquant qu’à la société (par. 14 et 21).

[141] La Cour d’appel a toutefois conclu que le juge de la peine a commis une erreur de principe en omettant d’accorder suffisamment de poids à la dénonciation et à la dissuasion, et en insistant trop sur les facteurs énoncés dans l’arrêt *Gladue* (par. 49). La cour a conclu qu’une peine juste était un emprisonnement de trois ans, lorsque le poids approprié était attribué à ces facteurs (par. 50).

[142] Cependant, « une cour d’appel ne peut intervenir simplement parce qu’elle aurait attribué un poids différent aux facteurs pertinents » (*R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 49; voir aussi *Lloyd*, par. 52-53). Nous sommes d’accord pour dire que la dénonciation et la dissuasion sont des considérations importantes, mais il n’y a pas de raison de modifier la conclusion du juge de la peine selon laquelle l’infliction d’une peine d’emprisonnement de deux ans à un délinquant ayant commis une première infraction servirait ces objectifs. De fait, comme l’a souligné notre Cour dans *Bissonnette*, « les objectifs de dénonciation et de dissuasion ne sont pas mieux servis par l’infliction de peines excessives » (par. 94). De plus, dans l’arrêt *Boudreault*, la Cour a reconnu que la dénonciation et la dissuasion ne devraient pas être élevées au-dessus du principe de proportionnalité, des objectifs de réinsertion sociale, ainsi que de l’intention du législateur, énoncée à l’al. 718.2e) du *Code criminel*, de remédier à la surreprésentation des peuples autochtones dans la population carcérale (par. 81-83). Nous nous en remettons à la discrétion du juge de la peine en ce qui concerne les objectifs de détermination de la peine énoncés à l’art. 718 à

are not persuaded that he erred in exercising that discretion.

[143] Our colleague disagrees. She accepts that three years, or higher, would be fit and concludes that the sentencing judge erred by imposing a sentence that was a full year below the starting point for offences of this nature (paras. 50-51). But starting points do not answer the key question at this first stage, which is, in our colleague’s words: “... what specifically is the fit sentence for this individual offender?” (*Hills*, at para. 64). And starting points are tools, not straitjackets (*R. v. Parranto*, 2021 SCC 46, [2021] 3 S.C.R. 366, at para. 37; *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424, at paras. 36-37; *Lacasse*, at para. 57). Deviation from a starting point — “no matter the degree of deviation” — does not in itself justify appellate intervention (*Parranto*, at para. 29). By defaulting to the starting point in *Johnas*, our colleague’s approach departs from the recent jurisprudence of this Court in *Parranto*, *Friesen*, and *Lacasse*.

[144] Our colleague also notes that the “use of an unloaded prohibited firearm does not substantially reduce the offence’s gravity” (para. 55). While the use of an unloaded firearm may not *substantially* reduce an offence’s gravity — because either weapon inspires fear and is used for coercion — the two situations are not equivalent in terms of gravity or moral culpability. The use of an unloaded firearm necessarily poses a much lower risk to public safety. It is far more blameworthy to enter public spaces with a loaded gun, as this suggests an intention to resort to lethal force if necessary. The two situations, for the purpose of sentencing, cannot be equated.

prioriser (p. ex. la dénonciation, la dissuasion et la réinsertion sociale) — ainsi que le poids à attribuer aux principes secondaires de détermination de la peine mentionnés à l’art. 718.2 (p. ex. l’harmonisation et la modération) (*Lacasse*, par. 54-55). Nous ne sommes pas persuadés qu’il a commis une erreur dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

[143] Notre collègue n’est pas d’accord. Elle accepte qu’une peine de trois ans, ou d’une durée plus longue, serait une peine juste et conclut que le juge de la peine a fait erreur en imposant une peine qui était inférieure d’une année entière au point de départ pour les infractions de cette nature (par. 50-51). Cependant, les points de départ ne répondent pas à la question clé à cette première étape, question qui est la suivante, pour reprendre les termes utilisés par notre collègue : « ... quelle est précisément la peine juste pour cette personne délinquante en particulier? » (*Hills*, par. 64). De plus, les points de départ sont des outils, non des carcans (*R. c. Parranto*, 2021 CSC 46, [2021] 3 R.C.S. 366, par. 37; *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424, par. 36-37; *Lacasse*, par. 57). L’existence d’un écart par rapport à un point de départ — « peu importe l’ampleur de l’écart » — ne justifie pas en soi l’intervention d’une cour d’appel (*Parranto*, par. 29). En appliquant par défaut le point de départ établi dans *Johnas*, l’approche de notre collègue s’écarte de la jurisprudence récente de la Cour, c’est-à-dire des arrêts *Parranto*, *Friesen* et *Lacasse*.

[144] Notre collègue souligne également que « [l]’usage d’une arme à feu prohibée non chargée ne réduit pas considérablement la gravité de l’infraction » (par. 55). Bien que l’utilisation d’une arme à feu non chargée ne permette pas de réduire *considérablement* la gravité d’une infraction — puisque dans les deux cas l’arme inspire la peur et est utilisée comme outil de contrainte —, les deux situations ne sont pas équivalentes sur le plan de gravité ou de la culpabilité morale. L’utilisation d’une arme à feu non chargée présente nécessairement un risque beaucoup moins grave pour la sécurité publique. Il est de loin plus répréhensible d’entrer dans un espace public avec une arme à feu chargée, étant donné que cela suggère une intention de recourir au besoin à une force létale. Les deux situations ne sauraient être assimilées aux fins de détermination de la peine.

[145] Even if our colleague and the Court of Appeal were correct and a fit sentence for Mr. Hilbach were three years in jail, we would still conclude, as did the Court of Appeal, that a sentence of five years was grossly disproportionate (para. 54). Our colleague's conclusion otherwise is, with respect, untenable. It is hard to fathom how a sentence nearly double the amount of a proportionate sentence would not shock the conscience of Canadians. This does not accord with a purposive reading of s. 12, nor is it alive to the profound consequences of any incarceration on an offender's life and liberty, let alone the secondary impacts on the offender and the offender's family.

[146] Ultimately, we would not disturb the determination that a five-year penitentiary sentence would be grossly disproportionate in the circumstances. Since the mandatory minimum would be unconstitutional for Mr. Hilbach, it is unnecessary to consider reasonably foreseeable applications of the law.

B. *Section 344(1)(a.1) of the Criminal Code*

[147] The four-year mandatory minimum under s. 344(1)(a.1) applies if an offender commits robbery using a non-restricted or non-prohibited firearm. Before the Court of Appeal and this Court, Mr. Zwozdesky concedes that a four-year sentence was fit in his case. The question, then, is whether a four-year sentence is grossly disproportionate in other reasonably foreseeable cases. We conclude that it is.

[148] A four-year sentence reaches beyond the classic instance of robbery with a firearm and captures less egregious conduct. Section 344(1)(a.1) requires the offender to "use" the firearm during the offence. In *R. v. Steele*, 2007 SCC 36, [2007] 3 S.C.R. 3, this Court observed that the term "use", in the context of other firearm offences, has been interpreted to include a wide range of behaviour including discharging the

[145] Même si notre collègue et la Cour d'appel ont raison et qu'une peine juste dans le cas de M. Hilbach est une peine de trois ans, nous sommes malgré tout d'avis, à l'instar de la Cour d'appel, qu'une peine de cinq ans était exagérément disproportionnée (par. 54). La conclusion contraire de notre collègue est, soit dit en tout respect, intenable. Il est difficile de concevoir comment une peine représentant près du double de la durée d'une peine proportionnée ne choquerait pas la conscience des Canadiens. Cela n'est pas compatible avec une interprétation téléologique de l'art. 12 et ne tient pas non plus compte des profondes conséquences que toute incarcération aurait sur la vie et la liberté d'un délinquant, sans compter les répercussions connexes qu'elle aurait pour ce dernier et sa famille.

[146] En définitive, nous ne modifierions pas la décision selon laquelle une peine de cinq ans purgée dans un pénitencier serait exagérément disproportionnée dans les circonstances. Comme la peine minimale obligatoire serait inconstitutionnelle dans le cas de M. Hilbach, il n'est pas nécessaire d'examiner des cas d'application raisonnablement prévisibles du texte de loi.

B. *L'alinéa 344(1)a.1) du Code criminel*

[147] La peine minimale obligatoire de quatre ans prévue à l'al. 344(1)a.1) est d'appliquée lorsqu'un délinquant commet un vol qualifié en faisant usage d'une arme à feu à autorisation restreinte ou d'une arme à feu prohibée. Tant devant la Cour d'appel que devant notre Cour, M. Zwozdesky a concédé qu'une peine de quatre ans était juste dans son cas. En conséquence, la question consiste à se demander si une peine de quatre ans est exagérément disproportionnée dans d'autres situations raisonnablement prévisibles. Nous concluons qu'elle l'est.

[148] Une peine de quatre ans va au-delà de l'exemple classique d'un vol qualifié commis avec usage d'une arme à feu et vise aussi des conduites moins extrêmes. L'alinéa 344(1)a.1) exige que le délinquant fasse « usage » de l'arme à feu lors de la perpétration de l'infraction. Dans *R. c. Steele*, 2007 CSC 36, [2007] 3 R.C.S. 3, la Cour a fait observer que le mot « utilise » (« usage » dans la loi actuelle), dans le

firearm, pointing the firearm, or even just revealing with words that a firearm is present (para. 27). To be “used”, the firearm need not have accessible ammunition (*R. v. Covin*, [1983] 1 S.C.R. 725, at p. 730), nor does it have to be in the offender’s physical possession if it is readily at hand (*Steele*, at para. 32).

[149] And not all firearms are highly regulated weapons. The definition of “firearm” captures any barrelled, projectile-firing device that can rupture an eye, which is the standard for determining whether the firearm can cause serious bodily injury or death (*R. v. Dunn*, 2013 ONCA 539, 117 O.R. (3d) 171, at para. 40, aff’d 2014 SCC 69, [2014] 3 S.C.R. 490). This includes firearms — like BB guns, paintball guns, or even nail guns — that can be obtained with relative ease at local commercial outlets.

[150] Thus, while the objective gravity of robbery with a firearm is always serious, the gravity of the particular offence committed — which depends on the circumstances surrounding the offence — varies considerably (see *Friesen*, at para. 96). For instance, just as s. 344(1)(a.1) captures offenders brandishing shotguns who invade a home and steal from its occupants (*R. v. Matwiy* (1996), 178 A.R. 356 (C.A.)), it would also capture an offender who snatches a purse from a stranger while armed with a BB gun (C.A. reasons, at para. 64; see also *R. v. Smart*, 2014 ABPC 175, 595 A.R. 266).

[151] Further, a wide range of people commit armed robberies. At one end of the spectrum stands the seasoned criminal, who, motivated by greed and contempt, serially orchestrates sophisticated robbery heists undeterred by criminal sanction. At the other end of the spectrum stands the first-time offender with a tragic upbringing, who, fuelled by drug addiction, turns to robbery once to satisfy his need for a quick fix, and then successfully rehabilitates

contexte d’autres infractions liées aux armes à feu, a été interprété comme englobant une vaste gamme de conduites, y compris le fait de décharger l’arme à feu, de la braquer ou même de simplement révéler sa présence par des propos (par. 27). Pour qu’il y ait « usage », il n’est pas nécessaire que des munitions soient accessibles pour l’arme à feu en question (*R. c. Covin*, [1983] 1 R.C.S. 725, p. 730), ni que le délinquant ait l’arme en sa possession physique, en autant que celle-ci est à portée de main (*Steele*, par. 32).

[149] En outre, les armes à feu ne sont pas toutes hautement réglementées. La définition du terme « arme à feu » vise tout dispositif susceptible — grâce à un canon qui permet de tirer un projectile — de percer un œil, critère servant à déterminer si l’arme à feu peut infliger des lésions corporelles graves ou la mort (*R. c. Dunn*, 2013 ONCA 539, 117 O.R. (3d) 171, par. 40, conf. par 2014 CSC 69, [2014] 3 R.C.S. 490). Cette définition inclut des armes à feu — tels les fusils à balles BB, les fusils de paintball ou même les fusils à clous — que l’on peut se procurer relativement facilement dans des commerces de proximité.

[150] En conséquence, bien que la gravité objective d’un vol qualifié perpétré avec une arme à feu soit toujours importante, la gravité de l’infraction commise — qui dépend des circonstances entourant l’infraction — varie considérablement (voir *Friesen*, par. 96). Par exemple, tout comme l’al. 344(1)a.1) vise les délinquants brandissant un fusil de chasse qui envahissent un domicile et cambriolent ses occupants (*R. c. Matwiy* (1996), 178 A.R. 356 (C.A.)), il viserait aussi un délinquant armé d’un fusil à balles BB qui soutire le sac à main d’une étrangère (motifs de la C.A., par. 64; voir aussi *R. c. Smart*, 2014 ABPC 175, 595 A.R. 266).

[151] De plus, un large éventail de personnes commettent des vols à main armée. À une extrémité du spectre, on trouve les criminels endurcis qui, animés par la cupidité et le mépris pour l’autorité, organisent en série des vols qualifiés complexes, sans se laisser dissuader par les sanctions pénales. À l’autre extrémité du spectre, on trouve le délinquant qui a eu une enfance tragique et dont c’est la première infraction, et qui, poussé par une dépendance aux drogues,

before sentencing. A four-year penitentiary sentence may be proportionate, or even lenient, in the former example, but may well be grossly disproportionate in the latter.

[152] Considering such personal characteristics and circumstances sheds light on the reasonably foreseeable scope of the law (*Hills*, at paras. 58-61). It reflects the inherently individualized nature of sentencing and how proportionality involves an assessment of both the gravity of the offence and the blameworthiness of the offender (*Nur*, at para. 43).

[153] Such an approach also reflects common sense. Given the vast overrepresentation of Indigenous peoples in our justice system, for example, cases involving such offenders are, as a matter of logic, reasonably foreseeable (*Hills*, at paras. 86-87). Indeed, mandatory minimum sentences disproportionately impact Indigenous offenders (*Mangat*, at pp. 30-34). Similarly, offenders who are poor, precariously housed, substance dependent, mentally ill, or disabled “appear with staggering regularity in our provincial courts” (*Boudreault*, at paras. 49-55). Consideration of these personal characteristics can ensure s. 12 of the *Charter* responds to the everyday composition of offenders in the criminal justice system (I.F., Canadian Bar Association, at para. 24).

[154] That said, the types of foreseeable offenders a court may consider must not be stretched beyond reason to create far-fetched examples (*Nur*, at paras. 73-76). Extremely detailed hypotheticals, like those advanced by Mr. Zwozdesky, are ultimately unhelpful for this reason. Laws should not be set aside based on speculation. But so long as such examples are reasonable, this inquiry is central to the analysis: testing the reasonably foreseeable scope of a given

commet un seul et unique vol qualifié afin d’assouvir son besoin d’une dose rapide, puis se réinsère avec succès dans la société avant la détermination de sa peine. Une peine de quatre ans purgée dans un pénitencier peut être proportionnée, ou même clémente, dans le premier exemple, alors qu’elle peut fort bien être exagérément disproportionnée dans le second.

[152] La prise en considération de telles circonstances et caractéristiques personnelles éclaire sur la portée raisonnablement prévisible du texte de loi (*Hills*, par. 58-61). Cela reflète la nature intrinsèquement individualisée de la détermination de la peine et la manière dont la proportionnalité implique une évaluation tant de la gravité de l’infraction que de la culpabilité morale du délinquant (*Nur*, par. 43).

[153] Une telle approche reflète également le sens commun. Vu l’énorme surreprésentation des Autochtones au sein de notre système de justice pénale, les affaires impliquant de tels délinquants sont, logiquement, des situations raisonnablement prévisibles (*Hills*, par. 86-87). De fait, les peines minimales obligatoires ont une incidence disproportionnée sur les délinquants autochtones (*Mangat*, p. 30-34). De même, les délinquants qui sont pauvres, dans une situation précaire en matière de logement, aux prises avec des problèmes de dépendances ou de santé mentale, ou handicapés « comparaissent avec une régularité effarante devant nos tribunaux provinciaux » (*Boudreault*, par. 49-55). La prise en considération de ces caractéristiques personnelles permet de faire en sorte que l’application de l’art. 12 de la *Charte* tienne compte de la composition courante des délinquants du système de justice pénale (m. interv., Association du Barreau canadien, par. 24).

[154] Cela dit, le type de délinquants se trouvant dans des situations prévisibles qu’un tribunal peut prendre en compte ne doit pas être déraisonnablement élargi au point de créer des situations invraisemblables (*Nur*, par. 73-76). Des situations hypothétiques extrêmement détaillées, comme celles avancées par M. Zwozdesky, sont pour cette raison inutiles en définitive. Des lois ne devraient pas être invalidées sur la base de conjectures. Toutefois, pour autant que

punishment ensures that no individual is subject to an unconstitutional law, which in turn, allows s. 12 to be faithful to its purpose.

[155] Mr. Hilbach's circumstances provide a reasonable hypothetical example. His conviction under s. 344(1)(a)(i) is more serious because it involved a prohibited firearm. But even then, the sentencing judge's conclusion was that a fit sentence would have been two years less a day — half of the mandatory four-year sentence under s. 344(1)(a.1), which would be served in a federal penitentiary. Even were we to accept our colleague and the Court of Appeal's conclusion that three years would have been fit, it follows that Mr. Hilbach should have received a lesser sentence had he used a non-prohibited firearm and been convicted under s. 344(1)(a.1). While the court "need not fix the sentence or sentencing range at a specific point, particularly for a reasonable hypothetical case framed at a high level of generality", it is helpful for the court to "consider, even implicitly, the rough scale of the appropriate sentence" (*Lloyd*, at para. 23). At most, a reformatory term would have been fit if Mr. Hilbach had committed his crime with a non-prohibited firearm. It follows that a four-year mandatory minimum would be more than merely excessive in the circumstances.

[156] Additionally, it is not uncommon for crimes, like robbery, to be committed by more than one offender — one need only consider, for instance, the "getaway driver" (as in this case) or the "lookout". And because "Canadian criminal law does not distinguish between the principal offender and parties to an offence in determining criminal liability" (*R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411, at para. 13), someone who assists or encourages the principal offender is guilty of the same offence and

de tels exemples sont raisonnables, cet examen est un aspect central de l'analyse : le fait d'évaluer la portée raisonnablement prévisible d'une peine donnée permet de s'assurer que personne n'est assujéti à une loi inconstitutionnelle, mesure qui, à son tour, permet réaliser l'objectif de l'art. 12.

[155] Les circonstances particulières de M. Hilbach constituent un exemple de situation hypothétique raisonnable. Sa déclaration de culpabilité en vertu du sous-al. 344(1)a(i) est plus grave parce qu'il y a eu usage d'une arme à feu prohibée. Mais malgré cela, le juge de la peine a conclu qu'une peine juste aurait été un emprisonnement de deux ans moins un jour — la moitié de la peine obligatoire de quatre ans prévue à l'al. 344(1)a.1), qui aurait été purgée dans un pénitencier fédéral. Même si nous acceptons la conclusion de notre collègue et de la Cour d'appel portant qu'une peine de trois ans aurait été juste, il s'ensuit que M. Hilbach aurait dû se voir infliger une peine moins lourde s'il avait fait usage d'une arme à feu sans restrictions et avait été déclaré coupable en vertu de l'al. 344(1)a.1). Bien que le tribunal « n'[it] pas à attribuer à la peine ou à la fourchette de peines des valeurs précises, spécialement dans le cas d'une situation hypothétique raisonnable revêtant un degré élevé de généralité », il lui est utile de « considérer, ne serait-ce qu'implicitement, l'échelle générale des peines qui sont appropriées » (*Lloyd*, par. 23). Tout au plus, une peine à purger dans une maison de correction aurait été une peine juste pour M. Hilbach s'il avait commis son acte criminel avec une arme à feu sans restrictions. Il en résulte qu'une peine minimale obligatoire de quatre ans serait plus que simplement excessive dans les circonstances.

[156] De surcroît, il n'est pas rare que des crimes, tel le vol qualifié, soient commis par plus d'un délinquant — il suffit de penser, par exemple, au « conducteur de la voiture des fuyards » (comme c'est le cas en l'espèce) ou au « guetteur ». Et, parce que « [l]e droit criminel canadien ne fait pas de distinction entre l'auteur principal d'une infraction et les participants à l'infraction pour déterminer la responsabilité criminelle » (*R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411, par. 13), quiconque aide ou encourage

faces the same mandatory minimum sentence. This is so even if their assistance or encouragement was not preplanned or significant.

[157] Aiders and abettors may not automatically be entitled to a sentencing discount. But just because a party is criminally liable for the same offence as a principal offender does not mean they deserve the same sentence. As always, what constitutes a proportionate sentence will depend on the circumstances (*Hills*, at para. 58), most notably the offender's degree of participation. Considering this context in sentencing does not undermine the party liability provisions, nor incite offenders to assist or encourage crime. Rather, it reflects the fundamental principle of sentencing under s. 718.1: a sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

[158] The Court of Appeal in *Hilbach* points out that secondary liability dramatically expands the scope of the offence even more, and further reveals that s. 344(1)(a.1) is constitutionally infirm (paras. 61 and 68). We agree that *R. v. Link*, 2012 MBPC 25, 276 Man. R. (2d) 157, is illustrative.

[159] Ms. Link, an Indigenous woman, was barely 18 years old and had no prior criminal record when she agreed to participate in a convenience store robbery. Her battle with drug and alcohol addiction began at age 13, and led her to become enmeshed in a "destructive set of friends" (para. 32). At the time of the offence, she was homeless and in her words "stealing to survive" (para. 53). Unbeknownst to Ms. Link, her accomplice had an imitation handgun in his possession, which he pointed at a clerk during the robbery. She continued to stuff cartons of cigarettes into her bag after the gun was produced. The clerk described her as an "accomplice maybe?" and "flustered, not really involved" (para. 15). She was cooperative with police, remorseful, and turned her

l'auteur principal est coupable de la même infraction et passible de la même peine minimale obligatoire. C'est le cas même si l'aide ou l'encouragement n'était pas planifié ou important.

[157] Il est possible que les personnes qui aident et encouragent quelqu'un à commettre une infraction n'aient pas automatiquement droit à un rabais sur la durée de leur peine. Cependant, du seul fait qu'une partie est criminellement responsable de la même infraction que l'auteur principal ne signifie pas qu'elle mérite la même peine. Comme toujours, ce qui constitue une peine proportionnée dépendra des circonstances (*Hills*, par. 58), de façon plus particulière du degré de participation du délinquant. La prise en considération de cet élément contextuel dans la détermination de la peine ne mine pas les dispositions relatives aux participants à une infraction, pas plus qu'elle n'incite des délinquants à aider ou à encourager la perpétration de crimes. Au contraire, elle est conforme au principe fondamental de détermination de la peine énoncée à l'art. 718.1 : une peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

[158] La Cour d'appel dans l'affaire *Hilbach* souligne que la responsabilité secondaire élargit énormément la portée de l'infraction, et révèle encore plus l'infirmité constitutionnelle de l'al. 344(1)a.1) (par. 61 et 68). Nous sommes d'accord pour dire que l'affaire *R. c. Link*, 2012 MBPC 25, 276 Man. R. (2d) 157, illustre bien ce fait.

[159] Madame Link, une Autochtone, avait à peine 18 ans et aucun casier judiciaire lorsqu'elle a accepté de participer à un vol qualifié dans un dépanneur. Aux prises avec des dépendances à l'alcool et aux drogues depuis l'âge de 13 ans, ces problèmes l'ont amenée à s'acoquiner avec un [TRADUCTION] « groupe d'amis destructeurs » (par. 32). Au moment de l'infraction, elle était sans domicile et, pour emprunter ses propres mots, elle [TRADUCTION] « volait pour survivre » (par. 53). À l'insu de M^{me} Link, son complice avait en sa possession une imitation d'arme de poing qu'il a pointée vers un employé pendant le vol qualifié. Elle a continué à remplir son sac de cartouches de cigarettes après que l'arme a été pointée. L'employée l'a décrite comme étant une [TRADUCTION] « complice,

life around after the incident. The sentencing judge imposed an eight-month conditional sentence order.

[160] The Crown argues that *Link* is not a reasonably foreseeable application of the law: s. 344(1)(a.1) did not apply because an imitation handgun is not a “firearm”, and Ms. Link did not know her accomplice had the firearm on his person before the robbery. In our view, this argument misses the mark. The issue is whether the characteristics of the offender and their conduct can assist the court in its inquiry into reasonably foreseeable circumstances. While certain aggravating elements may have been missing in Ms. Link’s circumstances, we agree that the sentence imposed in Ms. Link’s case illuminates the nature of the offence of armed robbery, its broad sentencing range, and the kinds of people who commit it.

[161] Whether or not the *mens rea* could have been established, or whether a handgun is real or an imitation, the circumstances of *Link* are not far-fetched. And the difference between an imitation handgun and a real handgun cannot account for the wide gulf between an eight-month sentence served in the community and a four-year penitentiary sentence. Ms. Link’s example is further demonstration that a reformatory sentence — if not less — could be a proportionate sanction under s. 344(1)(a.1). Four years in a federal institution would be grossly disproportionate in comparison.

[162] Given the breadth of the definition of a firearm (including BB guns, paintball guns, and nail guns), the range of conduct captured by the offence (including the degree and nature of involvement in the crime, the level of violence, and the level of sophistication), as well as the prevalence of important, often intersecting, personal circumstances (including Indigeneity, youth, substance dependency, and rehabilitation efforts), it is

peut-être? » et « agitée, pas vraiment impliquée » (par. 15). Elle a collaboré avec les policiers, exprimé des remords et repris sa vie en main après l’événement. Le juge de la peine l’a condamnée à huit mois d’emprisonnement avec sursis.

[160] La Couronne plaide que l’affaire *Link* n’est pas un exemple d’application raisonnablement prévisible du texte de loi : l’al. 344(1)a.1) ne s’appliquait pas, car une imitation d’arme de poing n’est pas une « arme à feu », et M^{me} Link ne savait pas, avant le vol qualifié, que son complice avait l’arme à feu sur lui. À notre avis, cet argument rate la cible. La question consiste à se demander si les caractéristiques et la conduite du délinquant peuvent aider le tribunal dans son examen des circonstances raisonnablement prévisibles. Bien que certains éléments aggravants aient pu être absents dans les circonstances de M^{me} Link, nous sommes d’accord pour dire que la peine infligée dans son cas éclaire sur la nature de l’infraction de vol qualifié à main armée, la large fourchette de peines infligées à l’égard de cette infraction et les types de personnes qui la commettent.

[161] Qu’il ait été possible ou non d’établir l’intention coupable ou qu’il s’agisse d’une véritable arme de poing ou d’une imitation, les circonstances de l’affaire *Link* ne sont pas invraisemblables. Qui plus est, la différence entre une imitation d’arme de poing et une véritable arme de cette nature ne saurait expliquer le large écart qui existe entre une peine de huit mois purgée dans la communauté et une peine de quatre ans purgée dans un pénitencier. Le cas de M^{me} Link est une autre illustration qui démontre qu’une peine purgée dans une maison de correction — voire une peine moindre — aurait pu être une sanction proportionnée suivant l’al. 344(1)a.1). Une peine de quatre ans dans un établissement fédéral serait exagérément disproportionnée en comparaison.

[162] Vu la portée de la définition du terme arme à feu (qui inclut les fusils à balles BB, les fusils de paintball et les fusils à clous), la gamme de conduites visées par l’infraction (y compris le degré de participation au crime et la nature de cette participation, le niveau de violence et le niveau de sophistication), ainsi que la fréquence de certaines circonstances personnelles, circonstances qui s’entrecroisent souvent (notamment

reasonably foreseeable that a four-year penitentiary sentence would be a grossly disproportionate sentence for some offenders.

[163] As a result, based on the reasonably foreseeable application of the law, we agree with the courts below that the mandatory minimum in s. 344(1)(a.1) contravenes s. 12 of the *Charter*.

C. Section 1

[164] The Crown does not advance any argument on s. 1 of the *Charter* and therefore has not discharged its burden of justifying the s. 12 infringement. The provisions cannot be saved under s. 1.

III. Disposition

[165] We would thus declare ss. 344(1)(a)(i) and 344(1)(a.1) of no force and effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. We would dismiss the Crown's appeal and maintain the orders of the Court of Appeal.

Appeal allowed, KARAKATSANIS and JAMAL JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Alberta Crown Prosecution Service — Appeals and Specialized Prosecutions Office, Calgary.

Solicitors for the respondent Ocean William Storm Hilbach: Moreau & Company, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions: Public Prosecution Service of Canada, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Ministry of the Attorney General, Crown Law Office — Criminal, Toronto.

l'autochtonité, la jeunesse, les dépendances à diverses substances et les efforts de réinsertion sociale), il est raisonnablement prévisible qu'une peine de quatre ans dans un pénitencier constituerait une peine exagérément disproportionnée pour certains délinquants.

[163] En conséquence, sur la base de l'application raisonnablement prévisible du texte de loi, nous souscrivons à la conclusion des juridictions inférieures selon laquelle la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 344(1)a.1) contrevient à l'art. 12 de la *Charte*.

C. Article premier

[164] La Couronne n'a avancé aucun argument fondé sur l'article premier de la *Charte* et ne s'est donc pas acquittée du fardeau qui lui incombait de justifier la violation de l'art. 12. Les dispositions en cause ne peuvent pas être sauvegardées par application de l'article premier.

III. Dispositif

[165] Par conséquent, nous déclarerions le sous-al. 344(1)a(i) et l'al. 344(1)a.1) inopérants en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Nous rejeterions le pourvoi formé par la Couronne et confirmerions les ordonnances rendues par la Cour d'appel.

Pourvoi accueilli, les juges KARAKATSANIS et JAMAL sont dissidents.

Procureur de l'appelant : Alberta Crown Prosecution Service — Appeals and Specialized Prosecutions Office, Calgary.

Procureurs de l'intimé Ocean William Storm Hilbach : Moreau & Company, Edmonton.

Procureur de l'intervenante la directrice des poursuites pénales : Service des poursuites pénales du Canada, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Ministère du Procureur général, Bureau des avocats de la Couronne — Droit criminel, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Ministry of Justice and the Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Ministry of Justice and the Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Stockwoods, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Stockwoods, Toronto.

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

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

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Osler, Hoskin & Harcourt, Vancouver.

Corporal C.R. McGregor *Appellant*

v.

His Majesty The King *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Canadian Constitution Foundation,
British Columbia Civil Liberties
Association, Canadian Civil Liberties
Association and David Asper Centre
for Constitutional Rights** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. MCGREGOR

2023 SCC 4

File No.: 39543.

2022: May 19; 2023: February 17.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté,
Brown,* Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT MARTIAL
APPEAL COURT OF CANADA**

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Canadian military investigators investigating criminal activity by member of Canadian Armed Forces posted abroad — Foreign police force assisting military investigators by obtaining warrant from local magistrate authorizing search of member’s residence abroad and electronic devices found therein — Military investigators and foreign police executing warrant and searching member’s electronic devices — Military judge ruling that evidence obtained during search admissible at trial and member convicted of several offences — Whether search infringed member’s right to be free from unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

M was a member of the Canadian Armed Forces (“CAF”) posted to the Canadian Embassy in Washington, D.C., and

* Brown J. did not participate in the final disposition of the judgment.

Caporal C.R. McGregor *Appelant*

c.

Sa Majesté le Roi *Intimé*

et

**Procureur général de l’Ontario,
Canadian Constitution Foundation,
British Columbia Civil Liberties
Association, Association canadienne
des libertés civiles et David
Asper Centre for Constitutional
Rights** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. MCGREGOR

2023 CSC 4

N° du greffe : 39543.

2022 : 19 mai; 2023 : 17 février.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown*, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA COUR
MARTIALE DU CANADA**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Enquêteurs militaires canadiens enquêtant sur des activités criminelles d’un membre des Forces armées canadiennes en poste à l’étranger — Corps de police étranger aidant les enquêteurs militaires à obtenir auprès d’un magistrat local un mandat autorisant la fouille de la résidence du militaire à l’étranger et des appareils électroniques s’y trouvant — Enquêteurs militaires et policiers étrangers exécutant le mandat et fouillant les appareils électroniques du militaire — Juge militaire statuant que les éléments de preuve obtenus lors de la fouille étaient admissibles au procès et déclarant le militaire coupable de plusieurs infractions — La fouille portait-elle atteinte au droit du militaire d’être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

M était un militaire des Forces armées canadiennes (« FAC ») en poste à l’ambassade du Canada, à Washington

* Le juge Brown n’a pas participé au dispositif final du jugement.

residing in Alexandria, Virginia. By virtue of his position, he held diplomatic immunity. Following the discovery by another member of the CAF posted in Washington of two audio recording devices in her residence, the Canadian Forces National Investigation Service (“CFNIS”) investigated the matter and concluded that there were reasonable grounds to believe M had committed the offences of voyeurism and possession of a device for surreptitious interception of private communications. CFNIS sought the assistance of the Alexandria police for the purpose of obtaining a warrant under Virginia law. The Canadian Embassy waived M’s immunity with respect to his residence and property and the Alexandria police obtained a warrant to search his residence and objects found therein, including electronic devices, and to analyze the seized items.

When CFNIS and Alexandria police executed the search warrant, forensic investigators scanned the contents of some electronic devices found in M’s residence to determine which items to seize. They discovered evidence relating to unforeseen offences, including a sexual assault. The investigators seized the devices, removed them to Canada, and obtained Canadian warrants from the Court Martial for further analysis of their contents. M was arrested. He brought a motion in the Court Martial, arguing that the search and seizure of his electronic devices contravened s. 8 of the *Charter*, and seeking exclusion of the evidence. The military judge dismissed the motion, holding that the *Charter* did not apply extraterritorially, and that, in any event, the search and seizure were consistent with *Charter* standards. He subsequently convicted M of voyeurism, possession of a device for surreptitious interception of private communications, sexual assault, and disgraceful conduct. The Court Martial Appeal Court affirmed the military judge’s decision. It agreed that the *Charter* did not apply, and held that the evidence did not affect trial fairness at common law. It further concluded that even if the *Charter* applied, the search did not infringe M’s s. 8 rights.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Kasirer and Jamal JJ.: CFNIS did not infringe M’s rights under s. 8 of the *Charter*. There is no need to consider the extraterritorial applicability of the *Charter*.

A search is reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter* if it is authorized by law, if the law itself is

(D.C.), et résidant à Alexandria, en Virginie. En raison de son emploi, il jouissait d’une immunité diplomatique. À la suite de la découverte par une militaire des FAC en poste à Washington de deux dispositifs d’enregistrement audio dans sa résidence, le Service national des enquêtes des Forces canadiennes (« SNEFC ») a effectué une enquête et a conclu qu’il y avait des motifs raisonnables de croire que M avait commis les infractions de voyeurisme et de possession d’un dispositif d’interception clandestine de communications privées. Le SNEFC a sollicité l’aide de la police d’Alexandria afin d’obtenir un mandat suivant la loi de la Virginie. L’ambassade canadienne a renoncé à l’immunité de M relativement à sa résidence et à ses biens et la police d’Alexandria a obtenu un mandat afin de fouiller sa résidence et les objets qui s’y trouvaient, y compris les appareils électroniques, et d’analyser les objets saisis.

Lorsque le SNEFC et la police d’Alexandria ont exécuté le mandat de perquisition, les enquêteurs judiciaires ont scruté le contenu de certains appareils électroniques trouvés dans la résidence de M afin de déterminer lesquels devaient être saisis. Ils ont découvert des éléments de preuve relatifs à des infractions non prévues, notamment une agression sexuelle. Les enquêteurs ont saisi les appareils, les ont envoyés au Canada et ont obtenu des mandats canadiens de la Cour martiale en vue d’analyser davantage leur contenu. M a été arrêté. Il a présenté une requête devant la Cour martiale, plaidant que la fouille et la saisie de ses appareils électroniques contrevenaient à l’art. 8 de la *Charte* et demandant l’exclusion des éléments de preuve. Le juge militaire a rejeté la requête, statuant que la *Charte* ne s’appliquait pas de manière extraterritoriale et qu’en tout état de cause, la fouille et la saisie étaient compatibles avec les normes de la *Charte*. Il a ensuite déclaré M coupable de voyeurisme, de possession d’un dispositif d’interception clandestine de communications privées, d’agression sexuelle et de conduite déshonorante. La Cour d’appel de la cour martiale a confirmé la décision du juge militaire. Elle a souscrit à sa conclusion que la *Charte* ne s’appliquait pas et a statué que la preuve n’avait aucune incidence sur l’équité du procès en common law. De plus, elle a conclu que même si la *Charte* s’appliquait, la fouille ne contrevenait pas aux droits que l’art. 8 de la *Charte* garantit à M.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté, Kasirer et Jamal : Le SNEFC n’a pas porté atteinte aux droits que l’art. 8 de la *Charte* garantit à M. Il n’est pas nécessaire d’examiner l’applicabilité extraterritoriale de la *Charte*.

Une perquisition ou une fouille visée à l’art. 8 de la *Charte* est raisonnable si elle est autorisée par la loi, si la

reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable. Digital searches involve unique and heightened privacy interests in personal data. A presumptive requirement of specific, prior authorization applies to digital searches of electronic devices that store personal data.

In the instant case, authorization to gain entry into and search M's residence and property could be granted only by a local magistrate under the law of Virginia. CFNIS communicated with local authorities and availed itself of the only legal mechanism open to it: it first obtained a waiver of the inviolability of M's private residence and property from the Canadian Embassy, and the Alexandria police then obtained a search warrant from a local magistrate. The Virginia warrant meets the requirement for specific, prior authorization for digital searches, and it expressly authorized the search and analysis of the electronic devices found in M's residence. There were grounds to search the electronic devices as they could reasonably be expected to contain evidence of the voyeurism offence. The search of M's devices was authorized by law.

Furthermore, the search was reasonable pursuant to *Charter* standards. It was not more intrusive than necessary. The warrant did not encompass the investigation of sexual assault offences, but the unforeseen evidence was discovered in the process of triaging electronic devices at the scene, as was expressly authorized by the warrant. Seizing the incriminating devices and obtaining Canadian warrants before further analyzing their contents was consistent with s. 8 of the *Charter*. The plain view doctrine applies to the files disclosing evidence of sexual assault. This doctrine requires that the police officers must have a legitimate prior justification for intrusion into the place where the seizure occurred and that the evidence must be in plain view in that it is immediately obvious and discovered inadvertently. Both requirements are satisfied in the present case. The investigators had a legitimate justification for their inspection of the files containing evidence of sexual assault. The files were discovered while looking for the types of files specifically sought and authorized. In addition, the files were in plain view, given their inadvertent discovery and immediately apparent unlawfulness. Devices containing these files were set aside for seizure and further analysis back in Canada and there was no need to closely examine the files to ascertain their incriminating nature. The application of the plain view doctrine is necessary

loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive. Les fouilles numériques mettent en jeu des droits à la vie privée supérieurs et distinctifs à l'égard des données personnelles. Une obligation présumée d'obtenir une autorisation expresse préalable s'applique aux fouilles numériques d'appareils électroniques qui stockent des données personnelles.

En l'espèce, une autorisation visant l'entrée dans la résidence de M, ainsi que la fouille de celle-ci et de ses biens, pouvait être accordée uniquement par un magistrat local, en vertu de la loi de l'État de Virginie. Le SNEFC a communiqué avec les autorités locales et a eu recours au seul mécanisme juridique à sa disposition : il a d'abord obtenu une renonciation à l'inviolabilité de la résidence de M et de ses biens auprès de l'ambassade canadienne, et la police d'Alexandria a ensuite obtenu un mandat de perquisition auprès d'un magistrat local. Le mandat de la Virginie répond à l'exigence de l'autorisation expresse préalable pour les fouilles numériques établie, et il autorisait expressément la fouille et l'analyse des appareils électroniques qui se trouvaient dans la résidence de M. Les policiers avaient des motifs pour fouiller les appareils électroniques car on pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'ils contiennent des preuves de l'infraction de voyeurisme. La fouille des appareils de M était autorisée par la loi.

De plus, la fouille était raisonnable au regard des normes de la *Charte*. Elle n'était pas plus intrusive que nécessaire. Le mandat n'englobait pas l'enquête sur les infractions d'agression sexuelle, mais la preuve inattendue a été découverte lors du processus de triage des appareils électroniques sur les lieux de la fouille, comme l'autorisait expressément le mandat. La saisie des appareils incriminants et l'obtention de mandats canadiens avant une analyse plus approfondie de leur contenu étaient conformes à l'art. 8 de la *Charte*. La théorie des objets bien en vue s'applique aux fichiers révélant la preuve de l'agression sexuelle. Cette théorie exige que les policiers aient été préalablement justifiés pour une raison légitime de s'introduire dans les lieux où ont été saisis les objets bien en vue et que la preuve soit bien en vue, en ce qu'elle est immédiatement apparente et découverte par inadvertance. Ces deux exigences sont respectées en l'espèce. Les enquêteurs avaient une justification légitime pour inspecter les fichiers contenant la preuve de l'agression sexuelle. Les fichiers ont été découverts pendant la recherche des types de fichiers spécifiquement recherchés et autorisés. De plus, les fichiers étaient bien en vue, compte tenu du fait qu'ils ont été découverts par inadvertance et de leur caractère illicite immédiatement apparent. Les appareils contenant ces fichiers ont été mis de côté en vue de la

because the police had no other basis to justify seizing the sexual assault evidence.

The scope of application of the *Charter* is delineated in s. 32(1). The Court's decision in *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, is the governing authority on the territorial reach and limits of the *Charter* under s. 32(1). The interveners invited the Court to decide whether *Hape* should be reaffirmed, modified, or overruled, and drew on academic criticism of the *Hape* framework. This is not an appropriate case in which to reconsider the extraterritorial application of the *Charter*. First, the parties simply debate *Hape*'s application to the facts at hand. The Court should not overrule a precedent without having been asked to do so by a party. Second, reconsidering *Hape* would make no difference to the outcome of the appeal. Third, academic criticism is not a sufficient reason not to apply the principles of *stare decisis*. Therefore, it is preferable to leave for another day any reconsideration of the *Hape* framework.

Per Karakatsanis and Martin JJ.: There is agreement that the appeal should be dismissed. CFNIS did not infringe s. 8 of the *Charter* and the evidence is admissible.

The extraterritorial application of the *Charter* is squarely before the Court and it is an issue that arises infrequently, may easily escape judicial review, and has been subject to significant and sustained criticism by experts in international law. It was clearly the primary and threshold issue argued by the parties and multiple interveners, it was the reason leave to appeal was sought, and the Court received full submissions on both constitutional and international law. Accordingly, it is appropriate to comment on the central question at issue: whether the *Charter* applies, pursuant to s. 32, to Canadian authorities' investigative actions abroad in M's circumstances.

A purposive reading of s. 32(1) of the *Charter* supports the conclusion that the *Charter* applies extraterritorially to the conduct of CFNIS officials while fulfilling their investigative duties in a foreign state and that a Canadian court may assess that conduct for *Charter* compliance. It is well-established that the interpretation of the *Charter* should be purposive, generous, and aimed at securing for

saisie et d'analyses plus poussées au Canada et il n'était pas nécessaire d'examiner en profondeur les fichiers afin de confirmer leur caractère incriminant. L'application de la théorie des objets bien en vue est nécessaire parce que les policiers n'avaient aucun autre fondement justifiant la saisie des appareils contenant la preuve d'une agression sexuelle.

Le champ d'application de la *Charte* est délimité au par. 32(1). La décision de la Cour dans l'arrêt *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, est l'arrêt de principe concernant la portée et les limites territoriales de la *Charte* au titre du par. 32(1). Les intervenants ont invité la Cour à trancher la question de savoir si l'arrêt *Hape* devrait être confirmé, modifié ou infirmé, et s'inspiraient de nombreuses critiques d'auteurs concernant le cadre d'analyse de l'arrêt *Hape*. La présente affaire n'est pas un cas approprié pour réexaminer l'application extraterritoriale de la *Charte*. Premièrement, les parties débattent simplement de l'application de l'arrêt *Hape* aux faits de l'espèce. La Cour ne devrait pas infirmer un précédent sans qu'une partie lui ait demandé de le faire. Deuxièmement, le réexamen de l'arrêt *Hape* n'aurait aucune incidence sur l'issue du pourvoi. Troisièmement, les critiques des auteurs ne constituent pas une raison suffisante pour faire fi du principe du *stare decisis*. Il est donc préférable de remettre à un autre jour tout réexamen du cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Hape*.

Les juges Karakatsanis et Martin : Il y a accord pour dire que le pourvoi doit être rejeté. Le SNEFC n'a pas enfreint l'art. 8 de la *Charte*, et les éléments de preuve sont admissibles.

L'application extraterritoriale de la *Charte* est nettement soumise à la Cour et c'est une question qui se pose rarement, qui peut aisément échapper au contrôle judiciaire, et qui a fait l'objet d'importantes critiques nourries de la part d'experts en droit international. Il s'agissait clairement de la question principale et préliminaire débattue par les parties et de multiples intervenants, c'était la raison pour laquelle l'autorisation d'appel avait été sollicitée, et la Cour a entendu des observations étoffées à cet égard, tant en droit constitutionnel qu'en droit international. Par conséquent, il convient de se prononcer sur la question centrale en litige : la *Charte* s'applique-t-elle, conformément à l'art. 32, aux mesures d'enquête prises à l'étranger par les autorités canadiennes dans la situation de M?

Une interprétation téléologique du par. 32(1) de la *Charte* étaye la conclusion selon laquelle la *Charte* s'applique de façon extraterritoriale à la conduite des agents du SNEFC lorsqu'ils s'acquittent de leurs fonctions d'enquête dans un État étranger, et qu'un tribunal canadien peut évaluer cette conduite pour déterminer si elle était conforme à la *Charte*. Il est bien établi que l'interprétation de la *Charte*

individuals the full benefit of the *Charter's* protections. The *Charter's* text and purpose support extraterritorial application. Nothing in s. 32 imposes or suggests any territorial limitation. It expressly limits to whom and to what the *Charter* applies but not where the *Charter* applies. Limiting the *Charter's* scope to all matters within the authority of Parliament and the legislatures does not implicitly impose a territorial limit. Those words merely reference the division of powers in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. Section 32(1)'s silence as to the *Charter's* territorial boundaries was a deliberate choice which must be respected. If s. 32(1) were meant to distinguish between acts of state actors on Canadian soil or abroad, such a distinction could have easily been drawn expressly, as was done elsewhere in the *Charter*. The purpose of s. 32 was to constrain government action and to permit state action abroad that is not constrained by the Constitution would be inconsistent with Canada's constitutional structure, which is premised on preventing arbitrary state conduct.

The majority in *Hape* likewise concluded that s. 32 contained no express territorial limit, but, looking to prohibitive rules of customary international law, concluded that the *Charter* generally could not be applied to the actions of Canadian officials conducted as part of an investigation occurring abroad. This aspect of *Hape* has been the subject of significant and sustained criticism by experts in international law. Three main flaws in *Hape* have been identified: (1) *Hape* applied improper interpretive principles, including jurisdictional principles of international law and a principle of statutory interpretation, to its interpretation of s. 32(1); (2) *Hape* mischaracterized the extraterritorial application of the *Charter* as an unlawful exercise of enforcement jurisdiction; and (3) *Hape's* three exceptions are inadequate. These are significant concerns. They go to the core of the Court's jurisprudence on the extraterritorial application of the *Charter*, to the practical implications of its application, and to the ensuing lack of consistency and predictability of this area of the law. Though the decision in *Hape* remains important in many respects, these concerns leave *Hape's* framework for the extraterritorial application of the *Charter* ripe for reconsideration. However, given the majority's decision not to address it, the determination of whether *Hape* was wrongly decided should be left to another day.

doit être téléologique, libérale et qu'elle doit viser à faire en sorte que les citoyens bénéficient pleinement des protections accordées par la *Charte*. Le texte et l'objet de la *Charte* appuient son application extraterritoriale. Rien dans l'art. 32 n'impose ni même ne suggère quelque limite territoriale que ce soit. Il restreint expressément à qui et à quoi la *Charte* s'applique, mais pas où elle s'applique. Restreindre la portée de la *Charte* à tous les domaines relevant du Parlement ou des législatures n'impose pas implicitement une limite territoriale. Ces mots ne font que renvoyer au partage des compétences prévu aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le silence du par. 32(1) quant aux limites territoriales de la *Charte* était un choix délibéré qui doit être respecté. Si le par. 32(1) était censé faire une distinction entre les actes des représentants de l'État en sol canadien et à l'étranger, une telle distinction aurait pu aisément être formulée de manière expresse, comme cela a été fait ailleurs dans la *Charte*. L'objet de l'art. 32 était de restreindre l'action du gouvernement, et le fait de permettre une action de l'État à l'étranger qui n'est pas restreinte par la Constitution serait incompatible avec la structure constitutionnelle du Canada, laquelle est basée sur le fait de prévenir la conduite arbitraire de l'État.

Les juges majoritaires dans *Hape* ont eux aussi conclu que l'art. 32 ne prévoyait aucune limite territoriale expresse, mais, après avoir recouru aux règles prohibitives du droit international coutumier, ils ont conclu que la *Charte* ne pouvait généralement pas s'appliquer aux actions des agents canadiens accomplies dans le cadre d'une enquête à l'étranger. Cet aspect de l'arrêt *Hape* a fait l'objet d'importantes critiques nourries de la part d'experts en droit international. Trois principales lacunes ont été imputées à cet arrêt : (1) *Hape* a appliqué de mauvais principes d'interprétation, notamment des principes de compétence en droit international et un principe d'interprétation législative, à son interprétation du par. 32(1); (2) *Hape* a qualifié à tort l'application extraterritoriale de la *Charte* d'exercice illégal de la compétence d'exécution; (3) les trois exceptions énumérées dans *Hape* sont inadéquates. Il s'agit là de préoccupations importantes. Elles touchent au cœur de la jurisprudence de la Cour sur l'application extraterritoriale de la *Charte*, aux répercussions pratiques de son application et au manque de cohérence et de prévisibilité qui s'ensuit dans ce domaine du droit. Bien que la décision dans l'arrêt *Hape* demeure importante à de nombreux égards, vu ces préoccupations, il convient de revoir le cadre d'application extraterritoriale de la *Charte* établi dans l'arrêt *Hape*. Toutefois, comme les juges majoritaires ont décidé de ne pas l'aborder, l'examen de la question de savoir si l'arrêt *Hape* est erroné doit être remise à une autre occasion.

The Court's rules and guidance to the profession place certain limits upon what interveners may argue but those limits were not exceeded in this case. Moreover, any limitation on the role of interveners in no way limits the jurisdiction of the Court to decide issues in a manner other than that proposed by the parties. The role of the Court, as an apex court, is oriented to the development of the jurisprudence by dealing with questions of public importance, and much of the Court's work necessarily goes beyond what is essential for the disposition of the particular case. While interveners must not introduce new issues, the role of interveners is to provide their own view of the legal issues by providing useful and different submissions, thus bringing broader perspectives before the Court to help the Court fulfill its institutional role. Several interveners in this case did precisely that when they asked the Court to revisit *Hape*: they proposed a different view of the core legal issue of whether the *Charter* applied to the conduct of the CFNIS officers.

Assuming that, pursuant to s. 32(1), the *Charter* applied to the conduct of the officers during their investigation, M's s. 8 rights were not infringed. A search is reasonable if it is authorized by law, if the law is reasonable, and if the search is conducted reasonably; in addition, specific prior authorization is required to search computers. Those requirements are met in the instant case. The warrant issued by a Virginia magistrate specifically authorized the search of computers and electronic devices and M's diplomatic immunity was waived. The law that authorized the search was reasonable in light of *Charter* standards and the search was conducted reasonably, as the warrant expressly authorized the process of triaging the electronic devices at the scene.

Applying the plain view doctrine is not necessary in the present case. This doctrine permits seizure without a warrant but M did not dispute seizure; rather, he argued that the search breached s. 8. The investigators did not intentionally search for files beyond the scope of what the warrant authorized. When they discovered that the devices contained evidence of other offences, they set those devices aside for seizure and further analysis after obtaining a Canadian warrant and they continued their search for evidence of voyeurism, as permitted by the warrant. Discovering evidence of an unrelated offence did not require them to entirely cease their search as to what the warrant authorized them to search for. The Court need not and should not decide in this case the complex question of

Les règles et directives de la Cour à la communauté juridique imposent des limites à ce que les intervenants peuvent plaider, mais ces limites n'ont pas été franchies en l'espèce. Qui plus est, toute restriction du rôle des intervenants ne limite aucunement le pouvoir de la Cour de trancher des questions d'une autre manière que celle proposée par les parties. Le rôle dont est investi la Cour, en tant que plus haut tribunal du pays, consiste plutôt à développer la jurisprudence en analysant des questions qui ont de l'importance pour le public, et une grande partie du travail de la Cour déborde nécessairement le strict minimum requis pour trancher le pourvoi. Bien que les intervenants ne doivent pas aborder de nouvelles questions, ils ont pour rôle d'exprimer leur propre avis sur les questions de droit en soumettant des arguments utiles et différents, ce qui élargit l'éventail des points de vue présentés à la Cour pour l'aider à remplir sa mission institutionnelle. Plusieurs intervenants en l'espèce ont fait exactement cela lorsqu'ils ont demandé à la Cour de revoir l'arrêt *Hape* : ils ont proposé une conception différente de la question de droit fondamentale de savoir si la *Charte* s'appliquait à la conduite des agents du SNEFC.

À supposer que, conformément au par. 32(1), la *Charte* s'appliquait à la conduite des agents lors de leur enquête, il n'y a pas eu atteinte aux droits garantis à M par l'art. 8. Une fouille n'est pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive; par ailleurs, une autorisation expresse préalable est requise pour la fouille d'ordinateurs. Ces exigences sont respectées en l'espèce. Le mandat délivré par un juge de la Virginie autorisait expressément la fouille d'ordinateurs et d'appareils électroniques, et on a renoncé à l'immunité diplomatique de M. La loi qui autorisait la fouille était raisonnable compte tenu des normes relatives à la *Charte*, et la fouille n'a pas été effectuée de manière abusive, puisque le mandat autorisait expressément le processus de tri des appareils électroniques sur place.

Il n'est pas nécessaire d'appliquer la théorie des objets bien en vue dans la présente affaire. Cette théorie permet de saisir des objets sans mandat, mais M n'a pas contesté la saisie; il a plutôt plaidé que la fouille enfreignait l'art. 8. Les enquêteurs n'ont pas cherché intentionnellement des fichiers au-delà de ce qu'autorisait le mandat. Lorsqu'ils ont découvert que les appareils contenaient des preuves d'autres infractions, ils les ont mis de côté en vue de la saisie et d'analyses plus poussées après avoir obtenu un mandat canadien, et ils ont continué de chercher des preuves de voyeurisme, tel que le permettait le mandat. Découvrir la preuve d'une infraction non connexe ne les obligeait pas à cesser entièrement leur recherche relativement à ce que le mandat les autorisait à fouiller. La Cour n'a pas à

when a particular file on a device is seized, as opposed to when the device itself is seized; neither M nor any of the interveners made any submissions on this issue. Moreover, the assumption that the sexual assault files were seized when they were initially seen by police is highly questionable. For the purposes of the instant case, it is sufficient that the initial triage and seizure of the laptop containing the sexual assault evidence was justified by the Virginia warrant and the subsequent search and seizure of its files was justified by the Canadian warrant. The investigators' conduct did not exceed the bounds of prior judicial authorization and the plain view doctrine need not be relied upon.

Per Rowe J.: There is agreement with the entirety of Côté J.'s analysis. There is disagreement, however, with Karakatsanis and Martin JJ.'s approach to *Hape*, which goes beyond the issues raised by the parties and seeks, effectively, to overturn *Hape* at the invitation of interveners. The parties disputed whether the *Charter* applies in the instant case, assuming the application of *Hape* as precedent. No party challenged *Hape*. Rather, they sought to apply it, and its exceptions, to the facts of their dispute. Both lower courts treated this case as an unremarkable application of the *Hape* framework. The issue of whether *Hape* should continue to govern was not before the lower courts, nor is it before the Court.

The purpose of an intervention is to present the Court with submissions which are useful and different based on the intervenor's experience and expertise. Intervenors provide additional perspectives on the legal issues raised by the parties and on the broader implications of the Court's decision. Intervenors can often make important contributions. In order to do so, intervenors must operate within recognized limits. These constraints reflect a sound understanding of the intervenors' place within the litigation and of the role of the Court. The parties control their case and decide which issues to raise. Intervenors should not take a position on the outcome of the appeal; they must not raise new issues or widen or add to the points in issue; and they must not adduce further evidence or otherwise supplement the record without leave.

trancher et ne devrait pas trancher en l'espèce la question complexe de savoir dans quelles circonstances un fichier en particulier sur un appareil est saisi, par opposition aux circonstances où l'appareil lui-même est saisi; ni M ni aucun des intervenants n'ont présenté d'observations à ce sujet. De plus, la prémisse suivant laquelle les fichiers d'agression sexuelle ont été saisis lorsque les policiers les ont vus au départ est hautement discutable. Pour les besoins de la présente affaire, il suffit que la saisie et le tri initiaux du portable contenant les preuves d'agression sexuelle étaient justifiés par le mandat délivré en Virginie et que la fouille et la saisie subséquentes de ses fichiers étaient justifiées par le mandat canadien. La conduite des enquêteurs n'excédait pas les limites de l'autorisation judiciaire préalable, et il n'était pas nécessaire d'avoir recours à la théorie des objets bien en vue.

Le juge Rowe : Il y a accord avec l'intégralité de l'analyse de la juge Côté. Il y a désaccord, toutefois, avec la démarche des juges Karakatsanis et Martin concernant l'arrêt *Hape*, qui déborde le cadre des questions soulevées par les parties et vise, en réalité, à infirmer l'arrêt *Hape* à l'invitation des intervenants. Les parties se sont opposées quant à l'application de la *Charte* dans la présente affaire, tenant pour acquis que l'arrêt *Hape* était le précédent applicable. Aucune des parties n'a remis en cause l'arrêt *Hape*. Au contraire, elles ont cherché à l'appliquer, avec les exceptions qu'il prévoit, aux faits du litige qui les oppose. Les deux tribunaux d'instance inférieure ont traité la présente affaire comme un cas d'application ordinaire du cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Hape*. La question de savoir si l'arrêt *Hape* devrait continuer à faire autorité n'a pas été soumise aux juridictions inférieures, pas plus qu'à la Cour.

Une intervention vise à saisir la Cour d'allégations utiles et différentes du point de vue d'un tiers fondées sur son expérience et son expertise. Les intervenants fournissent d'autres points de vue sur les questions juridiques soulevées par les parties et les conséquences plus larges que pourrait avoir la décision de la Cour. Les intervenants fournissent souvent une contribution importante. Pour ce faire, ils doivent agir à l'intérieur des limites reconnues. De telles contraintes reflètent une conception judicieuse du rôle des intervenants dans le cadre d'un litige et du rôle de la Cour. Les parties mènent leur cause comme elles l'entendent et décident quelles questions soulever. Les intervenants ne doivent pas prendre position quant à l'issue de l'appel; ils ne doivent pas soulever de nouvelles questions ou élargir la portée des questions en litige ou y ajouter quoi que ce soit; et ils ne sont pas autorisés à apporter d'autres éléments de preuve ou à compléter autrement le dossier sans permission préalable.

Intervenors who stray beyond their proper role cause prejudice to the parties by usurping control of the litigation. The potential for inaccuracy increases where intervenors invite the Court to reason in the abstract without the benefit of lower court decisions or a full evidentiary record. Improper interventions undermine the leave to appeal process, which is based on careful consideration of the existing record and the issues raised by the parties. Finally, when intervenors expand the issues, would-be intervenors who decided not to intervene are deprived of the opportunity to present their perspectives to the Court.

Raising the new issue of whether *Hape* should continue to govern is an improper intervention. It undercuts the parties' control of their litigation and runs contrary to their submissions. It undermines the leave to appeal process and excludes would-be intervenors. It invites the Court to reason in the abstract. Whether *Hape* should continue to govern is not before the Court and to revisit *Hape* as precedent in this case exacerbates the harms created by improper interventions and undermines the limits that preclude the introduction of new issues.

Cases Cited

By Côté J.

Referred to: *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Nishi v. Rascal Trucking Ltd.*, 2013 SCC 33, [2013] 2 S.C.R. 438; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *R. v. Kirkpatrick*, 2022 SCC 33, [2022] 2 S.C.R. 480; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97; *R. v. Yusuf*, 2021 SCC 2, [2021] 1 S.C.R. 5; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *The Queen in Right of Manitoba v. Air Canada*, [1980] 2 S.C.R. 303; *Attorney General of Quebec v. Cumming*, [1978] 2 S.C.R. 605; *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] S.C.R.

Les intervenants qui outrepassent leur rôle causent préjudice aux parties en usurpant la direction du litige. Le risque d'inexactitude augmente lorsque les intervenants invitent la Cour à raisonner dans l'abstrait sans bénéficier des décisions des juridictions inférieures et d'un dossier de preuve complet. Les interventions inappropriées minent le processus d'autorisation d'appel, qui repose sur un examen minutieux du dossier d'appel et des questions soulevées par les parties. Enfin, lorsque les intervenants élargissent les questions, les intervenants potentiels qui ont décidé de ne pas intervenir sont privés de la possibilité de présenter leurs points de vue à la Cour.

Soulever la nouvelle question de savoir si l'arrêt *Hape* devrait continuer à faire autorité est une intervention inappropriée. Elle fragilise l'habileté des parties à mener leur cause comme elles l'entendent et est contraire à leurs observations. Elle mine le processus d'autorisation d'appel et exclut les intervenants potentiels. Elle invite la Cour à raisonner dans l'abstrait. La Cour n'est pas saisie de la question de savoir si l'arrêt *Hape* devait continuer de faire autorité et le réexamen de cet arrêt à titre de précédent en l'espèce exacerbe les préjudices qu'entraînent les interventions inappropriées et fragilisent les limites interdisant l'introduction de nouvelles questions.

Jurisprudence

Citée par la juge Côté

Arrêts mentionnés : *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Nishi c. Rascal Trucking Ltd.*, 2013 CSC 33, [2013] 2 R.C.S. 438; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *R. c. Kirkpatrick*, 2022 CSC 33, [2022] 2 R.C.S. 480; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; *R. c. Yusuf*, 2021 CSC 2, [2021] 1 R.C.S. 5; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *La Reine du chef du Manitoba c. Air Canada*, [1980] 2 R.C.S. 303; *Procureur général du Québec c. Cumming*, [1978] 2 R.C.S. 605; *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S.

887, rev'd in part [1954] A.C. 541; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *R. v. Sharma*, 2022 SCC 39, [2022] 3 S.C.R. 147; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657; *Wakeling v. United States of America*, 2014 SCC 72, [2014] 3 S.C.R. 549; *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621; *Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250; *R. v. Saeed*, 2016 SCC 24, [2016] 1 S.C.R. 518; *R. v. Tim*, 2022 SCC 12, [2022] 1 S.C.R. 234; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Reeves*, 2018 SCC 56, [2018] 3 S.C.R. 531; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *Canadian Pacific Wine Co. v. Tuley*, [1921] 2 A.C. 417; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Law*, 2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227; *R. v. Jones*, 2011 ONCA 632, 107 O.R. (3d) 241; *R. v. Gill*, 2019 BCCA 260.

By Karakatsanis and Martin JJ.

Considered: *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; **referred to:** *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *R. v. Bissonnette*, 2022 SCC 23, [2022] 1 S.C.R. 597; *Croft v. Dunphy*, [1933] A.C. 156; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259 (1990); *Smith v. Ministry of Defence*, [2013] UKSC 41, [2014] A.C. 52; *Kaunda v. President of the Republic of South Africa*, [2004] ZACC 5, 2005 (4) S.A. 235; *Young v. Attorney-General*, [2018] NZCA 307, [2018] 3 N.Z.L.R. 827; *Smith v. R.*, [2020] NZCA 499, [2021] 3 N.Z.L.R. 324; *Afghan Nationals v. Minister for Immigration*, [2021] NZHC 3154, [2022] 2 N.Z.L.R. 102; *Federal Intelligence Service — foreign surveillance*, BVerfG, 1 BvR 2835/17,

887, inf. en partie par [1954] A.C. 541; *John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *R. c. Sharma*, 2022 CSC 39, [2022] 3 R.C.S. 147; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657; *Wakeling c. États-Unis d'Amérique*, 2014 CSC 72, [2014] 3 R.C.S. 549; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621; *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250; *R. c. Saeed*, 2016 CSC 24, [2016] 1 R.C.S. 518; *R. c. Tim*, 2022 CSC 12, [2022] 1 R.C.S. 234; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Reeves*, 2018 CSC 56, [2018] 3 R.C.S. 531; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *Canadian Pacific Wine Co. c. Tuley*, [1921] 2 A.C. 417; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Law*, 2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227; *R. c. Jones*, 2011 ONCA 632, 107 O.R. (3d) 241; *R. c. Gill*, 2019 BCCA 260.

Citée par les juges Karakatsanis et Martin

Arrêt examiné : *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; **arrêts mentionnés :** *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *R. c. Bissonnette*, 2022 CSC 23, [2022] 1 R.C.S. 597; *Croft c. Dunphy*, [1933] A.C. 156; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *United States c. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259 (1990); *Smith c. Ministry of Defence*, [2013] UKSC 41, [2014] A.C. 52; *Kaunda c. President of the Republic of South Africa*, [2004] ZACC 5, 2005 (4) S.A. 235; *Young c. Attorney-General*, [2018] NZCA 307, [2018] 3 N.Z.L.R. 827; *Smith c. R.*, [2020] NZCA 499, [2021] 3 N.Z.L.R. 324; *Afghan Nationals c. Minister for Immigration*, [2021] NZHC 3154, [2022] 2 N.Z.L.R. 102; *Federal Intelligence Service — foreign surveillance*, BVerfG, 1 BvR 2835/17,

Decision of May 19, 2020 (Germany); *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136; *Munaf v. Romania*, Communication No. 1539/2006, U.N. Doc. CCPR/C/96/D/1539/2006 (2009); *Lopez Burgos v. Uruguay*, Communication No. 52/1979, U.N. Doc. CCPR/C/13/D/52/1979 (1981); *Amnesty International Canada v. Canada (Chief of the Defence Staff)*, 2008 FC 336, [2008] 4 F.C.R. 546, aff'd 2008 FCA 401, [2009] 4 F.C.R. 149; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5, [2020] 1 S.C.R. 166; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657; *R. v. Jones*, 2011 ONCA 632, 107 O.R. (3d) 241; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621.

By Rowe J.

Referred to: *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *R. v. Kirkpatrick*, 2022 SCC 33, [2022] 2 S.C.R. 480; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *R. v. Sullivan*, 2022 SCC 19, [2022] 1 S.C.R. 460; *R. v. Morgentaler*, [1993] 1 S.C.R. 462; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *J.H. v. Alberta (Minister of Justice and Solicitor General)*, 2019 ABCA 420, 54 C.P.C. (8th) 346; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 29, [2008] 2 S.C.R. 143; *R.J.R. MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, *Bulletin of Proceedings*, June 10, 1994, p. 990; *Anderson v. Amoco Canada Oil and Gas*, *Bulletin of Proceedings*, March 19, 2004, p. 453; *Attorney-General of Canada v. Aluminum Co. of Canada* (1987), 35 D.L.R. (4th) 495; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 3; *R. v. N.S.*, 2021 ONCA 605, 497 C.R.R. (2d) 75.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 3, 6, 7, 8, 10(b), 11(d), 23, 24, 32.
Code of Virginia, § 19.2-56.
Constitution Act, 1867, s. 91.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 489.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 8(3).

Decision of May 19, 2020 (Germany); *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, Rec. C.I.J. 2004, p. 136; *Munaf c. Roumanie*, Communication n° 1539/2006, Doc. N.U. CCPR/C/96/D/1539/2006 (2009); *Lopez Burgos c. Uruguay*, Communication No. 52/1979, U.N. Doc. CCPR/C/13/D/52/1979 (1981); *Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, 2008 CF 336, [2008] 4 R.C.F. 546, conf. par 2008 CAF 401, [2009] 4 R.C.F. 149; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, 2020 CSC 5, [2020] 1 R.C.S. 166; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657; *R. c. Jones*, 2011 ONCA 632, 107 O.R. (3d) 241; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621.

Citée par le juge Rowe

Arrêts mentionnés : *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *R. c. Kirkpatrick*, 2022 CSC 33, [2022] 2 R.C.S. 480; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *R. c. Sullivan*, 2022 CSC 19, [2022] 1 R.C.S. 460; *R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *J.H. c. Alberta (Minister of Justice and Solicitor General)*, 2019 ABCA 420, 54 C.P.C. (8th) 346; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 29, [2008] 2 R.C.S. 143; *R.J.R. MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, *Bulletin des procédures*, 10 juin 1994, p. 990; *Anderson c. Amoco Canada Oil and Gas*, *Bulletin des procédures*, 19 mars 2004, p. 453; *Attorney-General of Canada c. Aluminum Co. of Canada* (1987), 35 D.L.R. (4th) 495; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 3; *R. c. N.S.*, 2021 ONCA 605, 497 C.R.R. (2d) 75.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 3, 6, 7, 8, 10(b), 11(d), 23, 24, 32.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 489.
Code of Virginia, § 19.2-56.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91.
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 8(3).

National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 60(1)(a), 67, 68, 93, 130(1)(b), 163.5, 273.3.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, rr. 42(3), 57(2)(b), 59(1)(b), (3).
Statute of Westminster, 1931 (U.K.), 22 Geo. 5, c. 4 [reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 27], s. 3.

Treaties and Other International Instruments

Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces, Can. T.S. 1953 No. 13, Article VII(1)(a), (3)(a)(i), (6)(a).
International Covenant on Civil and Political Rights, Can. T.S. 1976 No. 47, Article 2(1).
Vienna Convention on Diplomatic Relations, Can. T.S. 1966 No. 29, Articles 30, 31(1), 32(1), (2).

Authors Cited

Attaran, Amir. “Have Charter, Will Travel? Extraterritoriality in Constitutional Law and Canadian Exceptionalism” (2008), 87 *Can. Bar Rev.* 515.
 Banda, Maria L. “On the Water’s Edge? A Comparative Study of the Influence of International Law and the Extraterritorial Reach of Domestic Laws in the War on Terror Jurisprudence” (2010), 41 *Geo. J. Int’l L.* 525.
 Crawford, James. *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 9th ed. New York: Oxford University Press, 2019.
 Currie, John H. “International Human Rights Law in the Supreme Court’s Charter Jurisprudence: Commitment, Retrenchment and Retreat — In No Particular Order” (2010), 50 *S.C.L.R.* (2d) 423.
 Currie, John H. “*Khadr*’s Twist on *Hape*: Tortured Determinations of the Extraterritorial Reach of the Canadian Charter” (2008), 46 *Can. Y.B. Int’l L.* 307.
 Currie, John H. “Weaving a Tangled Web: *Hape* and the Obfuscation of Canadian Reception Law” (2007), 45 *Can. Y.B. Int’l L.* 55.
 Currie, Robert J., and Joseph Rikhof. *International & Transnational Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2020.
 Delas, Olivier, et Myriam Robichaud. “Les difficultés liées à la prise en compte du droit international des droits de la personne en droit canadien: préoccupations légitimes ou alibis?” (2008), 21 *R.Q.D.I.* 1.
 Fairley, H. Scott. “International Law Comes of Age: *Hape v. The Queen*” (2008), 87 *Can. Bar Rev.* 229.
 Gray, Kevin W. “That Most Canadian of Virtues: Comity in Section 7 Jurisprudence” (2020), 10:1 *U.W.O. J. Leg. Stud.* 1.

Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, c. N-5, art. 60(1)a), 67, 68, 93, 130(1)b), 163.5, 273.3.
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règles 42(3), 57(2)b), 59(1)b), (3).
Statut de Westminster de 1931 (R.-U.), 22 Geo. 5, c. 4 [reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 27], art. 3.

Traités et autres instruments internationaux

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, R.T. Can. 1966 n° 29, articles 30, 31(1), 32(1), (2).
Convention entre les États parties au Traité de l’Atlantique Nord sur le statut de leurs forces, R.T. Can. 1953 n° 13, article VII(1)a), (3)a)(i), (6)a).
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, R.T. Can. 1976 n° 47, article 2(1).

Doctrines et autres documents cités

Attaran, Amir. « Have Charter, Will Travel? Extraterritoriality in Constitutional Law and Canadian Exceptionalism » (2008), 87 *R. du B. can.* 515.
 Banda, Maria L. « On the Water’s Edge? A Comparative Study of the Influence of International Law and the Extraterritorial Reach of Domestic Laws in the War on Terror Jurisprudence » (2010), 41 *Geo. J. Int’l L.* 525.
 Cour suprême du Canada. *Avis à la communauté juridique : mars 2017 — Détermination du temps alloué pour les plaidoiries orales*, 2 mars 2017 (en ligne : <https://scc-csc.ca/ar-lr/notices-avis/17-03-fra.aspx>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2023SCC-CSC4_1_fra.pdf).
 Cour suprême du Canada. *Avis à la communauté juridique : novembre 2021 — Interventions*, 15 novembre 2021 (en ligne : <https://scc-csc.ca/ar-lr/notices-avis/21-11-fra.aspx>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2023SCC-CSC4_2_fra.pdf).
 Crawford, James. *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 9th ed., New York, Oxford University Press, 2019.
 Currie, John H. « International Human Rights Law in the Supreme Court’s Charter Jurisprudence: Commitment, Retrenchment and Retreat — In No Particular Order » (2010), 50 *S.C.L.R.* (2d) 423.
 Currie, John H. « *Khadr*’s Twist on *Hape* : Tortured Determinations of the Extraterritorial Reach of the Canadian Charter » (2008), 46 *A. can. D. int.* 307.
 Currie, John H. « Weaving a Tangled Web : *Hape* and the Obfuscation of Canadian Reception Law » (2007), 45 *A. can. D. int.* 55.
 Currie, Robert J., and Joseph Rikhof. *International & Transnational Criminal Law*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2020.

- Hogg, Peter W., and Wade K. Wright. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Thomson Reuters, 2021 (updated 2022, release 1).
- Ireland-Piper, Danielle. “Extraterritorial Criminal Jurisdiction: Does the Long Arm of the Law Undermine the Rule of Law?” (2012), 13 *Melb. J. Int’l L.* 122.
- Jørgensen, Lisa. “In Plain View?: *R v Jones* and the Challenge of Protecting Privacy Rights in an Era of Computer Search” (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 791.
- Karazivan, Noura. “L’application de la *Charte canadienne des droits et libertés* par les valeurs: l’article 32”, in Errol Mendes and Stéphane Beaulac, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2013, 241.
- Keitner, Chimène I. “Rights Beyond Borders” (2011), 36 *Yale J. Int’l L.* 55.
- McLachlan, Campbell. *Foreign Relations Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- Milanovic, Marko. *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*. New York: Oxford University Press, 2011.
- Roach, Kent. “*R. v. Hape* Creates Charter-Free Zones for Canadian Officials Abroad” (2007), 53 *Crim. L.Q.* 1.
- Saunders, Phillip M., and Robert J. Currie. *Kindred’s International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 9th ed. Toronto: Emond Montgomery, 2019.
- Sethi, Chanakya. “Does the Charter Follow the Flag? Revisiting Constitutional Extraterritoriality after *R v Hape*” (2011), 20 *Dal. J. Leg. Stud.* 102.
- Sun, Kerry. “International Comity and the Construction of the *Charter*’s Limits: *Hape* Revisited” (2019), 45 *Queen’s L.J.* 115.
- Supreme Court of Canada. *Notice to the Profession: March 2017 — Allotting Time for Oral Argument*, March 2, 2017 (online: <https://scc-csc.ca/ar-lr/notices-avis/17-03-eng.aspx>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2023SCC-CSC4_1_eng.pdf).
- Supreme Court of Canada. *Notice to the Profession: November 2021 — Interventions*, November 15, 2021 (online: <https://scc-csc.ca/ar-lr/notices-avis/21-11-eng.aspx>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2023SCC-CSC4_2_eng.pdf).
- United Nations. Human Rights Committee. *General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*. U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, May 26, 2004.
- van Ert, Gibran. “Canadian Cases in Public International Law in 2006-7” (2007), 45 *Can. Y.B. Int’l L.* 527.
- Verdier, Pierre-Hugues. “International Decisions: *R. v. Hape*” (2008), 102 *Am. J. Int’l L.* 143.
- Watt, D. Lynne, et al. *Supreme Court of Canada Practice 2022*. Toronto: Thomson/Carswell, 2022.
- Delas, Olivier, et Myriam Robichaud. « Les difficultés liées à la prise en compte du droit international des droits de la personne en droit canadien : préoccupations légitimes ou alibis? » (2008), 21 *R.Q.D.I.* 1.
- Fairley, H. Scott. « International Law Comes of Age : *Hape v. The Queen* » (2008), 87 *R. du B. can.* 229.
- Gray, Kevin W. « That Most Canadian of Virtues : Comity in Section 7 Jurisprudence » (2020), 10:1 *U.W.O. J. Leg. Stud.* 1.
- Hogg, Peter W., and Wade K. Wright. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Thomson Reuters, 2021 (updated 2022, release 1).
- Ireland-Piper, Danielle. « Extraterritorial Criminal Jurisdiction : Does the Long Arm of the Law Undermine the Rule of Law? » (2012), 13 *Melb. J. Int’l L.* 122.
- Jørgensen, Lisa. « In Plain View? : *R v Jones* and the Challenge of Protecting Privacy Rights in an Era of Computer Search » (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 791.
- Karazivan, Noura. « L’application de la *Charte canadienne des droits et libertés* par les valeurs : l’article 32 », dans Errol Mendes et Stéphane Beaulac, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*, 5^e éd., Markham (Ont.), LexisNexis, 2013, 241.
- Keitner, Chimène I. « Rights Beyond Borders » (2011), 36 *Yale J. Int’l L.* 55.
- McLachlan, Campbell. *Foreign Relations Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- Milanovic, Marko. *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties : Law, Principles, and Policy*, New York, Oxford University Press, 2011.
- Nations Unies. Comité des droits de l’homme. *Observation générale n° 31 : La nature de l’obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004.
- Roach, Kent. « *R. v. Hape* Creates Charter-Free Zones for Canadian Officials Abroad » (2007), 53 *Crim. L.Q.* 1.
- Saunders, Phillip M., and Robert J. Currie. *Kindred’s International Law : Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 9th ed., Toronto, Emond Montgomery, 2019.
- Sethi, Chanakya. « Does the Charter Follow the Flag? Revisiting Constitutional Extraterritoriality after *R v Hape* » (2011), 20 *Dal. J. Leg. Stud.* 102.
- Sun, Kerry. « International Comity and the Construction of the *Charter*’s Limits : *Hape* Revisited » (2019), 45 *Queen’s L.J.* 115.
- van Ert, Gibran. « Jurisprudence canadienne en matière de droit international public en 2006-7 » (2007), 45 *A. can. D. int.* 527.
- Verdier, Pierre-Hugues. « International Decisions : *R. v. Hape* » (2008), 102 *Am. J. Int’l L.* 143.
- Watt, D. Lynne, et al. *Supreme Court of Canada Practice 2022*, Toronto, Thomson/Carswell, 2022.

Webb, Maureen. “The Constitutional Question of Our Time: Extraterritorial Application of the Charter and the Afghan Detainees Case” (2011), 28 *N.J.C.L.* 235.

West, Leah. “Canada Stands Alone: A Comparative Analysis of the Extraterritorial Reach of State Human Rights Obligations” (2023), 55 *U.B.C. L. Rev.* 845.

West, Leah. ““Within or Outside Canada’: The Charter’s Application to the Extraterritorial Activities of the Canadian Security Intelligence Service” (2023), 73 *U.T.L.J.* 1.

APPEAL from a judgment of the Court Martial Appeal Court of Canada (Bell C.J. and Rennie and Pardu JJ.A.), 2020 CMAC 8, 8 C.M.A.R. 481, [2020] C.M.A.J. No. 8 (QL), 2020 CarswellNat 5694 (WL), affirming a decision of Pelletier M.J., 2019 CM 4015, 2019 CarswellNat 9931 (WL). Appeal dismissed.

Diana Mansour and Mark Létourneau, for the appellant.

Patrice Germain, Natasha A. Thiessen and Chavi Walsh, for the respondent.

Gavin MacDonald and Stephanie A. Lewis, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jesse Hartery and Akshay Aurora, for the intervener the Canadian Constitution Foundation.

Gib van Ert and Dahlia Shuhaibar, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Leah West and Solomon Friedman, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Gerald Chan and Alexandra Heine, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Webb, Maureen. « The Constitutional Question of Our Time : Extraterritorial Application of the Charter and the Afghan Detainees Case » (2011), 28 *R.N.D.C.* 235.

West, Leah. « Canada Stands Alone : A Comparative Analysis of the Extraterritorial Reach of State Human Rights Obligations » (2023), 55 *U.B.C. L. Rev.* 845.

West, Leah. « “Within or Outside Canada” : The Charter’s Application to the Extraterritorial Activities of the Canadian Security Intelligence Service » (2023), 73 *U.T.L.J.* 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la cour martiale du Canada (le juge en chef Bell et les juges Rennie et Pardu), 2020 CACM 8, 8 C.A.C.M. 481, [2020] A.C.A.C. n° 8 (QL), 2020 CarswellNat 5695 (WL), qui a confirmé une décision du juge militaire Pelletier, 2019 CM 4015, 2019 CarswellNat 9931 (WL). Pourvoi rejeté.

Diana Mansour et Mark Létourneau, pour l’appelant.

Patrice Germain, Natasha A. Thiessen et Chavi Walsh, pour l’intimé.

Gavin MacDonald et Stephanie A. Lewis, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Jesse Hartery et Akshay Aurora, pour l’intervenante Canadian Constitution Foundation.

Gib van Ert et Dahlia Shuhaibar, pour l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Leah West et Solomon Friedman, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Gerald Chan et Alexandra Heine, pour l’intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

The judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Kasirer and Jamal JJ. was delivered by

CÔTÉ J. —

I. Overview

[1] This appeal arises from a criminal investigation conducted by the Canadian Forces National Investigation Service (“CFNIS”) in the Commonwealth of Virginia in the United States. The subject of the investigation, Cpl. McGregor, argues that the search and seizure of his electronic devices contravened s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and he seeks to exclude the evidence obtained from them.

[2] In the Court Martial, Cpl. McGregor brought a motion to exclude the impugned evidence under s. 24(2) of the *Charter*. He was unsuccessful. The military judge convicted him on counts of voyeurism, possession of a device for surreptitious interception of private communications, sexual assault, and disgraceful conduct. That decision was affirmed by the Court Martial Appeal Court.

[3] In this appeal, the Court is invited to examine the extraterritorial application of the *Charter* pursuant to s. 32(1) of the *Charter*. Both parties rely on this Court’s decision in *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, which is the governing authority on the territorial reach and limits of the *Charter*. Cpl. McGregor takes the position that the *Charter* applied to the actions of the CFNIS, whereas the Crown argues that *Hape* dictates the opposite outcome. For their part, the interveners have focused their submissions on whether the *Hape* framework should be reaffirmed, modified, or overruled.

[4] In the final analysis, I find it unnecessary to deal with the issue of extraterritoriality to dispose of this appeal. This is so because the CFNIS did not violate the *Charter*. Working within the constraints of its authority in Virginia, the CFNIS sought the cooperation of local authorities to obtain and execute

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Côté, Kasirer et Jamal rendu par

LA JUGE CÔTÉ —

I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi découle d’une enquête en matière criminelle effectuée par le Service national des enquêtes des Forces canadiennes (« SNEFC ») dans l’État de Virginie, aux États-Unis. Le sujet de l’enquête, le caporal McGregor, plaide que la fouille et la saisie de ses appareils électroniques contrevenaient à l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et il demande l’exclusion des éléments de preuve obtenus en raison de ces opérations.

[2] Devant la Cour martiale, le caporal McGregor a présenté une requête visant l’exclusion des éléments de preuve contestés sur le fondement du par. 24(2) de la *Charte*. Il n’a pas obtenu gain de cause. Le juge militaire l’a déclaré coupable des chefs de voyeurisme, de possession d’un dispositif d’interception clandestine de communications privées, d’agression sexuelle et de conduite déshonorante. Cette décision a été confirmée par la Cour d’appel de la cour martiale.

[3] Dans le présent pourvoi, la Cour est invitée à examiner l’application extraterritoriale de la *Charte*, au titre du par. 32(1) de celle-ci. Les deux parties invoquent l’arrêt *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, de notre Cour, qui est l’arrêt de principe sur la portée et les limites territoriales de la *Charte*. Le caporal McGregor fait valoir que la *Charte* s’appliquait aux actions du SNEFC, tandis que la Couronne plaide que l’arrêt *Hape* impose un résultat contraire. Pour leur part, les intervenants ont axé leurs observations sur la question de savoir si le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Hape* devrait être confirmé, modifié ou infirmé.

[4] En dernière analyse, je conclus qu’il n’est pas nécessaire d’examiner la question de l’extraterritorialité pour trancher le présent pourvoi. Il en est ainsi parce que le SNEFC n’a pas violé la *Charte*. Travaillant dans le cadre des limites de ses pouvoirs en Virginie, le SNEFC a sollicité la collaboration des

a warrant under Virginia law. The warrant which issued authorized the search, seizure, and analysis of Cpl. McGregor's electronic devices expressly. The evidence of sexual assault was discovered inadvertently by the investigators in the process of triaging the devices at the scene of the search; its incriminating nature was immediately apparent. Although the warrant did not contemplate such evidence, the digital files in issue fell squarely within the purview of the plain view doctrine. Furthermore, the CFNIS obtained Canadian warrants before conducting an in-depth analysis of these devices. It is difficult to see how the CFNIS investigators could have acted differently to attain their legitimate investigative objectives. I conclude that they did not infringe Cpl. McGregor's rights under s. 8 of the *Charter*.

[5] This is not the right case for any reconsideration of the *Hape* framework. In light of my conclusion that the actions of the CFNIS conformed to the *Charter*, reconsidering *Hape* would make no difference to the outcome of this appeal. Furthermore, the parties have not asked this Court to reconsider *Hape*, but rather, as noted above, have based their submissions on how it should apply to the facts of this case. Therefore, I do not decide below whether the *Charter* applies in this case; instead, I show that even if it were to apply, I would still dismiss the appeal.

II. Background

[6] Between August 2015 and March 2017, Cpl. McGregor was a non-commissioned member of the regular Canadian Armed Forces posted to the Canadian Defence Liaison Staff at the Canadian Embassy in Washington, D.C. By virtue of his position in the United States, Cpl. McGregor held diplomatic agent status with immunity in respect of his person, property, and residence pursuant to the *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Can. T.S. 1966 No. 29.

autorités locales pour obtenir et exécuter un mandat suivant la loi de la Virginie. Le mandat accordé autorisait expressément la fouille, la saisie et l'analyse des appareils électroniques du caporal McGregor. Les enquêteurs ont découvert la preuve d'une agression sexuelle par inadvertance lors du processus de tri des appareils, sur les lieux de la fouille; son caractère incriminant était immédiatement apparent. Bien que le mandat ne visait pas une telle preuve, les fichiers numériques en cause relevaient nettement du champ d'application de la théorie des objets bien en vue. De plus, le SNEFC a obtenu des mandats canadiens avant d'entreprendre une analyse approfondie de ces appareils. Il est difficile de voir comment les enquêteurs du SNEFC auraient pu agir différemment pour atteindre leurs objectifs légitimes d'enquête. Je conclus qu'ils n'ont pas porté atteinte aux droits que l'art. 8 de la *Charte* garantit au caporal McGregor.

[5] La présente affaire n'est pas un cas approprié pour réexaminer le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Hape*. À la lumière de ma conclusion selon laquelle les actions des enquêteurs du SNEFC étaient conformes à la *Charte*, un réexamen de l'arrêt *Hape* n'aurait aucun impact sur l'issue du présent pourvoi. De plus, comme je l'ai déjà indiqué, les parties n'ont pas demandé à notre Cour de réexaminer l'arrêt *Hape*, mais ont plutôt fondé leurs plaidoiries sur la manière dont ce cadre d'analyse devrait s'appliquer aux faits de l'espèce. Par conséquent, je ne traite pas ci-dessous de la question de savoir si la *Charte* s'applique en l'espèce; je démontre plutôt que, même si elle devait s'appliquer, je serais tout de même d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Contexte

[6] Entre août 2015 et mars 2017, le caporal McGregor était un militaire du rang au sein des Forces armées canadiennes régulières affecté à l'État-major de liaison des Forces canadiennes à l'ambassade du Canada, à Washington (D.C.). En raison de son emploi aux États-Unis, le caporal McGregor avait le statut d'agent diplomatique et jouissait d'une immunité quant à sa personne, ses biens et sa résidence, comme le prévoit la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, R.T. Can. 1966 n° 29.

[7] In 2017, another member of the Canadian Armed Forces posted in Washington, D.C., discovered two audio recording devices in her residence. She believed that Cpl. McGregor had placed them there, and she reported the discovery to her chain of command. Upon investigating the matter, the CFNIS concluded that there were reasonable grounds to believe Cpl. McGregor had committed the offences of voyeurism and possession of a device for surreptitious interception of private communications.

[8] The Commanding Officer could not issue a warrant under s. 273.3 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, to authorize the search of Cpl. McGregor's residence, as it was not located on the property of the Canadian Armed Forces. M.Cpl. Patridge, the lead CFNIS investigator, sought the assistance of the Alexandria Police Department for the purpose of obtaining a warrant under Virginia law authorizing the search of Cpl. McGregor's residence in Alexandria.

[9] The Alexandria Police Department advised the CFNIS that it could not apply for a warrant due to Cpl. McGregor's diplomatic immunity under the *Vienna Convention*. This led to the issuance of a diplomatic note to the American Department of State, in which the Canadian Embassy acknowledged that the "CFNIS is cooperating with local authorities in Virginia and would like to seek a search warrant to enter Corporal McGregor's staff quarters in the company of local police to obtain evidence for the purposes of their investigation" (A.R., vol. I, at p. 128). In the note, the Embassy waived Cpl. McGregor's immunity with respect to his "private residence, as well as his papers, correspondence and property", pursuant to Article 30 of the *Vienna Convention*, but it expressly retained his "personal inviolability and immunity from arrest or detention" (p. 128).

[10] With the waiver of diplomatic immunity in hand, the Alexandria Police Department obtained a warrant from a local magistrate under the law

[7] En 2017, une militaire des Forces armées canadiennes en poste à Washington a découvert deux dispositifs d'enregistrement audio dans sa résidence. Elle croyait que le caporal McGregor les y avait placés et elle a signalé cette découverte à sa chaîne de commandement. Après avoir effectué une enquête, le SNEFC a conclu qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que le caporal McGregor avait commis les infractions de voyeurisme et de possession d'un dispositif d'interception clandestine de communications privées.

[8] Le commandant ne pouvait pas délivrer un mandat sur le fondement de l'art. 273.3 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, c. N-5, afin d'autoriser la fouille dans la résidence du caporal McGregor, car celle-ci n'était pas située sur la propriété des Forces armées canadiennes. Le caporal-chef Patridge, l'enquêteur principal du SNEFC, a sollicité l'aide du service de police d'Alexandria afin d'obtenir un mandat suivant la loi de la Virginie, autorisant la fouille dans la résidence du caporal McGregor à Alexandria.

[9] Le service de police d'Alexandria a avisé le SNEFC qu'il ne pouvait pas demander un mandat en raison de l'immunité diplomatique que la *Convention de Vienne* conférait au caporal McGregor. Cela a mené à l'envoi d'une note diplomatique au Department of State américain, dans laquelle l'ambassade du Canada reconnaissait que [TRADUCTION] « le SNEFC collabore avec les autorités locales en Virginie et voudrait demander un mandat de perquisition afin d'entrer dans la résidence privée du caporal McGregor en compagnie de policiers locaux, dans le but de recueillir des éléments de preuve pour les fins de son enquête » (d.a., vol. I, p. 128). Dans la note, l'ambassade renonçait à l'immunité du caporal McGregor relativement à sa [TRADUCTION] « résidence privée ainsi qu'à l'égard de ses documents, de sa correspondance et de ses biens », conformément à l'article 30 de la *Convention de Vienne*, mais elle maintenait expressément « l'inviolabilité de sa personne et son immunité en matière d'arrestation ou de détention » (p. 128).

[10] Muni de la renonciation à l'immunité diplomatique, le service de police d'Alexandria a obtenu un mandat auprès d'un magistrat local suivant la loi

of Virginia. The warrant authorized the search of Cpl. McGregor's residence in Alexandria as well as objects found therein — including electronic devices. The warrant further authorized the analysis of seized items.

[11] On February 16, 2017, three CFNIS members and the Alexandria Police Department executed the search warrant. The Alexandria Police Department breached the door, secured the premises, and invited the CFNIS officers to conduct the search. The latter took control of the search. Two forensic investigators, one from the CFNIS and one from the Alexandria Police Department, triaged most of the electronic devices found in the residence, scanning their contents to determine which items to seize.

[12] In the triage process, the investigators discovered evidence relating to unforeseen offences — namely sexual assault and what they believed to be child pornography.¹ CFNIS's forensic investigator, Lieut. Rioux, saw a video file depicting Cpl. McGregor filming himself while sexually touching a woman who appeared to be lying unconscious on a floor.

[13] The investigators did not triage all of Cpl. McGregor's devices in executing the search due to the time constraints set out in the warrant. The Alexandria Police Department seized the devices containing incriminating evidence as well as those that were not triaged at the scene. The items seized at Cpl. McGregor's residence included three fake smoke alarm cameras, two remote controls for these cameras, two personal audio recorders, an oval camera alarm clock, a small square camera alarm clock with a remote, laptops, storage devices, and compact discs.

[14] The Alexandria Police Department made a return before the Virginia magistrate to account for

de la Virginie. Le mandat autorisait la fouille dans la résidence du caporal McGregor à Alexandria, de même que la fouille des objets qui s'y trouvaient — y compris les appareils électroniques. Le mandat autorisait en outre l'analyse des objets saisis.

[11] Le 16 février 2017, trois membres du SNEFC et le service de police d'Alexandria ont exécuté le mandat de perquisition. Les agents du service de police d'Alexandria ont défoncé la porte, mis en place un périmètre de sécurité et invité les enquêteurs du SNEFC à effectuer la fouille. Ces derniers ont pris le contrôle de la fouille. Deux enquêteurs judiciaires, l'un du SNEFC et l'autre du service de police d'Alexandria, ont trié la majorité des appareils électroniques trouvés dans la résidence, scrutant leur contenu afin de déterminer lesquels devaient être saisis.

[12] Pendant le processus de triage, les enquêteurs ont découvert des éléments de preuve relatifs à des infractions non prévues — notamment une agression sexuelle et ce qu'ils pensaient être de la pornographie juvénile¹. L'enquêteur judiciaire du SNEFC, le lieutenant Rioux, a vu un fichier vidéo où le caporal McGregor se filmait pendant qu'il touchait sexuellement une femme qui semblait être allongée inconsciente sur le sol.

[13] Les enquêteurs n'ont pas trié tous les appareils du caporal McGregor lorsqu'ils exécutaient la fouille en raison des délais établis dans le mandat. Le service de police d'Alexandria a saisi les appareils contenant les éléments de preuve incriminants ainsi que ceux qui n'ont pas fait l'objet d'un tri sur les lieux de la fouille. Les objets saisis à la résidence du caporal McGregor comprenaient trois faux détecteurs de fumée munis de caméras cachées, deux télécommandes pour ces caméras, deux appareils personnels d'enregistrement audio, un réveille-matin ovale muni d'une caméra, un réveille-matin carré muni d'une caméra avec une télécommande, des ordinateurs portables, des appareils de stockage et des disques compacts.

[14] Le service de police d'Alexandria est retourné devant le magistrat de la Virginie pour rendre compte

¹ The child pornography charges, however, were ultimately dropped.

¹ Toutefois, les accusations de pornographie juvénile ont finalement été retirées.

the seized devices, although the CFNIS had them in its custody at all times. Following these events, the CFNIS removed the devices to Canada and obtained Canadian warrants from the Court Martial for further analysis of their contents. A CFNIS investigator arrested Cpl. McGregor in Washington, D.C., and informed him of his right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*.

III. Judicial History

[15] At first instance, the military judge held that the *Charter* did not apply extraterritorially. He concluded that the search and seizure were in any event consistent with *Charter* standards, and he noted that the evidence of sexual assault fell within the plain view doctrine. The military judge therefore admitted the evidence relating to the offence of sexual assault (*voir dire* ruling, 2018 CM 4023). He subsequently convicted Cpl. McGregor of two counts of voyeurism, one count of possession of a device for surreptitious interception of private communications, one count of sexual assault, and one count of disgraceful conduct (2019 CM 4015).

[16] In a unanimous opinion, the Court Martial Appeal Court affirmed the military judge's decision. It agreed with his conclusion that the *Charter* did not apply, and it held that the evidence did not affect trial fairness at common law. Furthermore, the Court Martial Appeal Court concluded that even if the *Charter* applied, the result would be the same because the search did not infringe Cpl. McGregor's s. 8 rights (2020 CMAc 8, 8 C.M.A.R. 481).

IV. Issues

[17] This appeal raises two main issues:

- (i) Did the *Charter* apply extraterritorially to the CFNIS investigators in the search of Cpl. McGregor's residence in Alexandria, Virginia?

des appareils saisis, même si le SNEFC en était dépositaire en tout temps. À la suite de ces événements, le SNEFC a envoyé les appareils au Canada et a obtenu des mandats canadiens de la Cour martiale en vue d'analyser davantage leur contenu. Un enquêteur du SNEFC a procédé à l'arrestation du caporal McGregor à Washington et l'a avisé de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat, garanti par l'al. 10b) de la *Charte*.

III. Historique judiciaire

[15] En première instance, le juge militaire a statué que la *Charte* ne s'appliquait pas de manière extraterritoriale. Il a conclu que la fouille et la saisie étaient, en tout état de cause, compatibles avec les normes de la *Charte*, et a souligné que la preuve de l'agression sexuelle relevait de la théorie des objets bien en vue. Le juge militaire a donc admis la preuve relative à l'infraction d'agression sexuelle (décision sur le voir-dire, 2018 CM 4023). Il a ensuite déclaré le caporal McGregor coupable de deux chefs de voyeurisme, d'un chef de possession d'un dispositif d'interception clandestine de communications privées, d'un chef d'agression sexuelle et d'un chef de conduite déshonorante (2019 CM 4015).

[16] Dans une décision unanime, la Cour d'appel de la cour martiale a confirmé la décision du juge militaire. Elle a souscrit à sa conclusion que la *Charte* ne s'appliquait pas et a statué que la preuve n'avait aucune incidence sur l'équité du procès en common law. De plus, la Cour d'appel de la cour martiale a conclu que même si la *Charte* s'appliquait, le résultat serait le même parce que la fouille n'a pas contrevenu aux droits que l'art. 8 de la *Charte* garantit au caporal McGregor (2020 CACM 8, 8 C.A.C.M. 481).

IV. Questions en litige

[17] Le présent pourvoi soulève deux questions principales :

- (i) La *Charte* s'appliquait-elle de manière extraterritoriale aux enquêteurs du SNEFC dans le cadre de la fouille dans la résidence du caporal McGregor à Alexandria, en Virginie?

(ii) Did the CFNIS investigators infringe Cpl. McGregor's *Charter* rights and, if so, should the resulting evidence be excluded?

V. Analysis

A. *Extraterritorial Application of the Charter*

[18] The starting point of the analysis is the text of the Constitution. The scope of application of the *Charter* is delineated in s. 32(1):

32 (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

This Court's decision in *Hape* is the governing authority on the territorial reach and limits of the *Charter* under s. 32(1). Under the *Hape* framework, the *Charter* generally cannot apply to Canadian authorities involved in an investigation conducted abroad. This general rule is qualified by two exceptions: (1) consent by the foreign state to the application of Canadian law (para. 106); and (2) Canadian participation in a process that violates Canada's international law obligations (paras. 51-52 and 101; see also *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125, at paras. 18-19).

[19] Unlike ordinary Canadian citizens, members of the Canadian Armed Forces bear the burden of the extraterritorial application of Canadian criminal law (*National Defence Act*, ss. 67 and 163.5). Moreover, the *Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces*, Can. T.S. 1953 No. 13 — to which Canada and the United States are signatories — governs the legal status under international law of military forces deployed for official purposes. The *Agreement* provides that the sending state can exercise criminal

(ii) Les enquêteurs du SNEFC ont-ils porté atteinte aux droits que la *Charte* garantit au caporal McGregor et, dans l'affirmative, les éléments de preuve obtenus doivent-ils être exclus?

V. Analyse

A. *Application extraterritoriale de la Charte*

[18] Le point de départ de l'analyse est le texte de la Constitution. Le champ d'application de la *Charte* est délimité au par. 32(1) :

32 (1) La présente charte s'applique :

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les Territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

L'arrêt *Hape* de la Cour est l'arrêt de principe concernant la portée et les limites territoriales de la *Charte* au titre du par. 32(1). Selon le cadre d'analyse établi dans cet arrêt, la *Charte* ne s'applique généralement pas aux autorités canadiennes qui participent à une enquête effectuée à l'étranger. Cette règle générale est assortie de deux exceptions : (1) le consentement de l'État étranger à l'application du droit canadien (par. 106); et (2) la participation du Canada à un processus qui va à l'encontre de ses obligations internationales (par. 51-52 et 101; voir aussi *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125, par. 18-19).

[19] Contrairement aux citoyens civils canadiens, les membres des Forces armées canadiennes sont tenus d'établir l'application extraterritoriale du droit criminel canadien (*Loi sur la défense nationale*, art. 67 et 163.5). De plus, la *Convention entre les États parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces*, R.T. Can. 1953 n° 13 — dont le Canada et les États-Unis sont signataires — gouverne le statut juridique, en droit international, des forces militaires déployées à des fins officielles. La *Convention* dispose que l'État d'origine peut exercer ses pouvoirs

and disciplinary jurisdiction over its military forces. However, the *Agreement* does not confer jurisdiction on the sending state to execute searches of residences located outside of military camps or establishments.

[20] Cpl. McGregor contends that the *Charter* applied extraterritorially to the search and seizure of his electronic devices by Canadian military authorities. He emphasizes that he was a member of the Canadian Armed Forces required to be on foreign soil and that he was the target of a Canadian-led investigation pursuant to the *National Defence Act* and the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. In Cpl. McGregor's view, when the *National Defence Act* applies extraterritorially, so too should the *Charter* as a matter of principle. To be clear, at the hearing before our Court, Cpl. McGregor confirmed that he is asking the Court to apply the *Charter* only to the actions of the Canadian authorities in executing the search.

[21] As a preliminary matter, the parties agree that the issue of extraterritoriality should be resolved on the basis of the existing jurisprudence on s. 32(1) of the *Charter*. The interveners, however, invite our Court to decide whether *Hape* should be reaffirmed, modified, or overruled. Many of their submissions draw on an extensive body of academic criticism in which the *Hape* framework is challenged on various constitutional and international law grounds.²

de juridiction pénale et disciplinaire sur les membres de ses forces militaires. Toutefois, la *Convention* ne confère aucune juridiction à l'État d'origine pour l'exécution de fouilles dans des résidences situées à l'extérieur des camps ou établissements militaires.

[20] Le caporal McGregor prétend que la *Charte* s'appliquait de manière extraterritoriale à la fouille et à la saisie de ses appareils électroniques par les autorités militaires canadiennes. Il souligne qu'il était un membre des Forces armées canadiennes tenu d'être en sol étranger et qu'il était la cible d'une enquête menée par les autorités canadiennes, sous le régime de la *Loi sur la défense nationale* et du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Selon le caporal McGregor, lorsque la *Loi sur la défense nationale* s'applique à l'extérieur du territoire canadien, il devrait en principe en être de même pour la *Charte*. Je précise qu'à l'audience devant notre Cour, le caporal McGregor a confirmé qu'il demande à la Cour d'appliquer la *Charte* uniquement aux actions des autorités canadiennes lors de l'exécution de la fouille.

[21] À titre préliminaire, les parties s'accordent pour dire que la question de l'application extraterritoriale devrait être résolue sur le fondement de la jurisprudence existante concernant le par. 32(1) de la *Charte*. Les intervenants, toutefois, invitent notre Cour à trancher la question de savoir si l'arrêt *Hape* devrait être confirmé, modifié ou infirmé. La plupart de leurs observations reposent sur de nombreuses critiques d'auteurs où le cadre d'analyse de l'arrêt *Hape* est contesté pour divers motifs d'ordre constitutionnel et fondés sur le droit international².

² See, e.g., J. H. Currie, "Weaving a Tangled Web: *Hape* and the Obfuscation of Canadian Reception Law" (2007), 45 *Can. Y.B. Int'l L.* 55; K. Roach, "R. v. *Hape* Creates Charter-Free Zones for Canadian Officials Abroad" (2007), 53 *Crim. L.Q.* 1; A. Attaran, "Have Charter, Will Travel? Extraterritoriality in Constitutional Law and Canadian Exceptionalism" (2008), 87 *Can. Bar Rev.* 515; O. Delas and M. Robichaud, "Les difficultés liées à la prise en compte du droit international des droits de la personne en droit canadien : préoccupations légitimes ou alibis?" (2008), 21 *R.Q.D.I.* 1; P.-H. Verdier, "International Decisions: R. v. *Hape*" (2008), 102 *Am. J. Int'l L.* 143; J. H. Currie, "Khadr's Twist on *Hape*: Tortured Determinations of the Extraterritorial Reach of the Canadian Charter" (2008), 46 *Can. Y.B. Int'l L.* 307; M. L. Banda, "On the Water's Edge? A Comparative Study of the Influence of International Law and the Extraterritorial Reach of Domestic Laws in the War on Terror Jurisprudence" (2010), 41 *Geo. J. Int'l L.* 525; C. Sethi, "Does the Charter Follow the Flag? Revisiting

² Voir, p. ex., J. H. Currie, « Weaving a Tangled Web : *Hape* and the Obfuscation of Canadian Reception Law » (2007), 45 *A. can. D. int.* 55; K. Roach, « R. v. *Hape* Creates Charter-Free Zones for Canadian Officials Abroad » (2007), 53 *Crim. L.Q.* 1; A. Attaran, « Have Charter, Will Travel? Extraterritoriality in Constitutional Law and Canadian Exceptionalism » (2008), 87 *R. du b. can.* 515; O. Delas et M. Robichaud, « Les difficultés liées à la prise en compte du droit international des droits de la personne en droit canadien : préoccupations légitimes ou alibis? » (2008), 21 *R.Q.D.I.* 1; P.-H. Verdier, « International Decisions : R. v. *Hape* » (2008), 102 *Am. J. Int'l L.* 143; J. H. Currie, « *Khadr's* Twist on *Hape* : Tortured Determinations of the Extraterritorial Reach of the Canadian Charter » (2008), 46 *A. can. D. int.* 307; M. L. Banda, « On the Water's Edge? A Comparative Study of the Influence of International Law and the Extraterritorial Reach of Domestic Laws in the War on Terror Jurisprudence » (2010), 41 *Geo. J. Int'l L.* 525; C. Sethi, « Does the Charter Follow the Flag? Revisiting

[22] To be sure, this Court has taken notice of scholarly writings in reconsidering the soundness of its own precedents (see *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, at paras. 39 and 209; *Nishi v. Rascal Trucking Ltd.*, 2013 SCC 33, [2013] 2 S.C.R. 438, at para. 28; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at para. 29; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, at paras. 86-88, 146-48 and 235-46; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683, at para. 39; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, at p. 1042; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at pp. 765-71; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, at pp. 421-23; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at pp. 865-68). This is not to say, of course, that the judiciary is bound to adopt the prevailing approach proffered in the scholarship or that academic criticism is a sufficient reason not to apply the principles of *stare decisis* (see *Fraser*, at para. 86; *R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350, at paras. 28-29; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at paras. 56 and 58; *B. (K.G.)*, at pp. 774-77). It is helpful to recall what I wrote with my colleagues Brown and Rowe JJ. in *R. v. Kirkpatrick*, 2022 SCC 33, [2022] 2 S.C.R. 480, at para. 248: criticism *per se* is not a reason to overrule one of our own judgments, but it may help a party make the case for overruling it on appropriate grounds.³

[22] Certes, notre Cour a déjà tenu compte d'écrits doctrinaux en considérant la justesse de ses propres précédents (voir *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, par. 39 et 209; *Nishi c. Rascal Trucking Ltd.*, 2013 CSC 33, [2013] 2 R.C.S. 438, par. 28; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, par. 29; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 86-88, 146-148 et 235-246; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683, par. 39; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, p. 1042; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, p. 765-771; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, p. 421-423; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, p. 865-868). Bien entendu, cela ne signifie pas que les juges sont tenus d'adopter l'approche préconisée dans les articles de doctrine ou que les critiques des auteurs constituent une raison suffisante pour faire fi du principe du *stare decisis* (voir *Fraser*, par. 86; *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350, par. 28-29; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, par. 56 et 58; *B. (K.G.)*, p. 774-777). Il importe de rappeler ce que j'ai écrit avec mes collègues les juges Brown et Rowe dans l'arrêt *R. c. Kirkpatrick*, 2022 CSC 33, [2022] 2 R.C.S. 480, par. 248 : la *seule existence* de critiques ne justifie pas que la Cour infirme l'un de ses propres jugements, mais elle peut aider une partie à plaider en faveur de l'infirmerie d'un jugement sur le fondement de motifs légitimes³.

Constitutional Extraterritoriality after *R v Hape*” (2011), 20 *Dal. J. Leg. Stud.* 102; C. I. Keitner, “Rights Beyond Borders” (2011), 36 *Yale J. Int’l L.* 55, at pp. 86-87; M. Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy* (2011), at pp. 62-65; D. Ireland-Piper, “Extraterritorial Criminal Jurisdiction: Does the Long Arm of the Law Undermine the Rule of Law?” (2012), 13 *Melb. J. Int’l L.* 122, at pp. 141-43; N. Karazivan, “L’application de la Charte canadienne des droits et libertés par les valeurs : l’article 32”, in E. Mendes and S. Beaulac, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (5th ed. 2013), 241; C. McLachlan, *Foreign Relations Law* (2014), at para. 8.55; P. M. Saunders and R. J. Currie, *Kindred’s International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in Canada* (9th ed. 2019), at pp. 365-66; K. Sun, “International Comity and the Construction of the Charter’s Limits: *Hape* Revisited” (2019), 45 *Queen’s L.J.* 115, at pp. 144-47; K. W. Gray, “That Most Canadian of Virtues: Comity in Section 7 Jurisprudence” (2020), 10:1 *U.W.O. J. Leg. Stud.* 1, at p. 23; R. J. Currie and J. Rikhof, *International & Transnational Criminal Law* (3rd ed. 2020), at pp. 623 and 632-39.

³ Though we were concurring in *Kirkpatrick*, the majority did not consider itself to be departing from precedent (para. 97). It therefore did not refer to our discussion on *stare decisis*.

Constitutional Extraterritoriality after *R v Hape* » (2011), 20 *Dal. J. Leg. Stud.* 102; C. I. Keitner, « Rights Beyond Borders » (2011), 36 *Yale J. Int’l L.* 55, p. 86-87; M. Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties : Law, Principles, and Policy* (2011), p. 62-65; D. Ireland-Piper, « Extraterritorial Criminal Jurisdiction : Does the Long Arm of the Law Undermine the Rule of Law? » (2012), 13 *Melb. J. Int’l L.* 122, p. 141-143; N. Karazivan, « L’application de la Charte canadienne des droits et libertés par les valeurs : l’article 32 », dans E. Mendes et S. Beaulac, éd., *Charte canadienne des droits et libertés* (5^e éd. 2013), 241; C. McLachlan, *Foreign Relations Law* (2014), par. 8.55; P. M. Saunders et R. J. Currie, *Kindred’s International Law : Chiefly as Interpreted and Applied in Canada* (9^e éd. 2019), p. 365-366; K. Sun, « International Comity and the Construction of the Charter’s Limits : *Hape* Revisited » (2019), 45 *Queen’s L.J.* 115, p. 144-147; K. W. Gray, « That Most Canadian of Virtues : Comity in Section 7 Jurisprudence » (2020), 10:1 *U.W.O. J. Leg. Stud.* 1, p. 23; R. J. Currie et J. Rikhof, *International & Transnational Criminal Law* (3^e éd. 2020), p. 623 et 632-639.

³ Bien que nous ayons exposé des motifs concordants dans l’arrêt *Kirkpatrick*, les juges majoritaires ne considéraient pas qu’ils s’écartaient du précédent (par. 97). Par conséquent, ils ne se sont pas reportés à notre discussion sur la règle du *stare decisis*.

[23] I do not believe that this is an appropriate case in which to reconsider the extraterritorial application of the *Charter*. The parties do not contend that the *Hape* framework should be revisited; they simply debate its application to the facts at hand. As a rule, which the Court should depart from only in rare and exceptional circumstances, we should not overrule a precedent without having been asked to do so by a party. In this instance, only some interveners ask us to overturn *Hape*; in doing so, they go beyond their proper role. Doing what they are asking would mean deciding an issue that is not properly before us. Furthermore, as mentioned above, the extraterritorial application of the *Charter* has no bearing on the disposition of the present appeal. Indeed, the actions of the CFNIS conformed to the *Charter*, as the s. 8 analysis below makes clear. Simply put, I would dismiss the appeal even if I were to accept Cpl. McGregor's argument that the *Charter* applies extraterritorially in the present context.

[24] It is thus preferable to leave for another day any reconsideration of the *Hape* framework. A restrained approach is amply supported by our jurisprudence. As Sopinka J. emphasized in *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, "This Court has said on numerous occasions that it should not decide issues of law that are not necessary to a resolution of an appeal. This is particularly true with respect to constitutional issues" (para. 6; see also *R. v. Yusuf*, 2021 SCC 2, [2021] 1 S.C.R. 5, at paras. 3-5; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401, at para. 86; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at pp. 381-82; *The Queen in Right of Manitoba v. Air Canada*, [1980] 2 S.C.R. 303, at p. 320; *Attorney General of Quebec v. Cumming*, [1978] 2 S.C.R. 605, at pp. 610-11; *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] S.C.R. 887, at p. 901, per Rinfret C.J., rev'd in part [1954] A.C. 541 (P.C.); *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (P.C.), at p. 339; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.), at p. 109; *Reference re Remuneration of Judges of the*

[23] Je ne crois pas que la présente affaire est un cas approprié pour réexaminer l'application extraterritoriale de la *Charte*. Les parties ne plaident pas que le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Hape* devrait être réexaminé; elles débattent simplement de son application aux faits de l'espèce. À titre de règle, dont la Cour ne devrait s'écarter que dans des situations rares et exceptionnelles, nous ne devrions pas infirmer un précédent sans qu'une partie nous ait demandé de le faire. En l'espèce, seuls certains intervenants nous ont demandé d'infirmer l'arrêt *Hape*; en agissant ainsi, ils outrepassent leur rôle. Accéder à leur demande signifie que nous nous retrouverions à trancher une question qui ne nous a pas dûment été soumise. De plus, comme je l'ai mentionné plus tôt, l'application extraterritoriale de la *Charte* n'a aucune incidence sur l'issue du présent pourvoi. De fait, les actions des enquêteurs du SNEFC étaient conformes à la *Charte*, comme cela ressort clairement de l'analyse fondée sur l'art. 8 qui suit. Autrement dit, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, même si je devais accepter l'argument du caporal McGregor selon lequel la *Charte* s'applique de manière extraterritoriale dans le présent contexte.

[24] Il est donc préférable de remettre à un autre jour tout réexamen du cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Hape*. Une approche empreinte de retenue est amplement étayée par notre jurisprudence. Comme l'a souligné le juge Sopinka dans l'arrêt *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97 : « Notre Cour a dit à maintes reprises qu'elle ne devait pas se prononcer sur des points de droit lorsqu'il n'est pas nécessaire de le faire pour régler un pourvoi. Cela est particulièrement vrai quand il s'agit de questions constitutionnelles . . . » (par. 6; voir aussi *R. c. Yusuf*, 2021 CSC 2, [2021] 1 R.C.S. 5, par. 3-5; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401, par. 86; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, p. 381-382; *La Reine du chef du Manitoba c. Air Canada*, [1980] 2 R.C.S. 303, p. 320; *Procureur général du Québec c. Cumming*, [1978] 2 R.C.S. 605, p. 610-611; *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887, p. 901, le juge en chef Rinfret (inf. en partie par [1954] A.C. 541 (C.P.); *John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915]

Provincial Court of Prince Edward Island, [1997] 3 S.C.R. 3, at paras. 301-2, per La Forest J., dissenting). There are no “exceptional circumstances” (*Cumming*, at p. 611) that warrant departing from this general rule in the present appeal. Therefore, I decline the interveners’ invitation to reconsider the proper approach to the extraterritorial application of the *Charter*. I would add that, as my colleagues Brown and Rowe JJ. noted in *R. v. Sharma*, 2022 SCC 39, [2022] 3 S.C.R. 147, at para. 75, it is inappropriate for interveners to supplement the evidentiary record at the appellate level. In the s. 8 analysis which follows, I show that even if the *Charter* were to apply to the actions of the CFNIS, the appeal should still be dismissed.

B. Section 8 Analysis

[25] Cpl. McGregor argues that the search of his electronic devices violated his rights under s. 8 of the *Charter*, either because it was unauthorized by law or because it was conducted in an unreasonable manner. For the reasons outlined below, I reject both arguments and conclude that the conduct of the CFNIS investigators was consistent with the requirements of the *Charter*.

(1) Digital Searches: General Principles

[26] Section 8 of the *Charter* guarantees “the right to be secure against unreasonable search or seizure”. A search is reasonable within the meaning of s. 8 “if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable” (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278; see also *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 10; *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851, at para. 21; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657, at paras. 21-23; *Wakeling v. United States of America*, 2014 SCC 72, [2014] 3 S.C.R. 549, at para. 41; *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621, at para. 12; *Goodwin v. British Columbia*

A.C. 330 (C.P.), p. 339; *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (C.P.), p. 109; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 301-302, le juge La Forest, dissident). Il n’y a pas de « circonstances exceptionnelles » (*Cumming*, p. 611) qui justifient de s’écarter de ce principe général dans le présent pourvoi. Par conséquent, je décline l’invitation des intervenants à réexaminer l’approche qu’il convient d’adopter quant à l’application extraterritoriale de la *Charte*. J’ajouterais, comme l’ont fait observer mes collègues les juges Brown et Rowe au par. 75 de l’arrêt *R. c. Sharma*, 2022 CSC 39, [2022] 3 R.C.S. 147, qu’il est inapproprié pour les intervenants de compléter le dossier de preuve en appel. Dans l’analyse fondée sur l’art. 8 qui suit, je démontre que même si la *Charte* devait s’appliquer aux actions des enquêteurs du SNEFC, le pourvoi serait tout de même rejeté.

B. Analyse fondée sur l’art. 8

[25] Le caporal McGregor plaide que la fouille de ses appareils électroniques violait les droits que lui garantit l’art. 8 de la *Charte*, soit parce qu’elle n’était pas autorisée par la loi, soit parce qu’elle a été effectuée de manière abusive. Pour les motifs exposés ci-dessous, je rejette les deux arguments et je conclus que la conduite des enquêteurs du SNEFC était compatible avec les exigences de la *Charte*.

(1) Fouilles numériques : principes généraux

[26] L’article 8 de la *Charte* garantit le « droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». Une perquisition ou une fouille visée à l’art. 8 est raisonnable « si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n’a rien d’abusif et si la fouille n’a pas été effectuée d’une manière abusive » (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278; voir aussi *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 10; *R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851, par. 21; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657, par. 21-23; *Wakeling c. États-Unis d’Amérique*, 2014 CSC 72, [2014] 3 R.C.S. 549, par. 41; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621, par. 12; *Goodwin c. Colombie-Britannique*

(*Superintendent of Motor Vehicles*), 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250, at para. 48; *R. v. Saeed*, 2016 SCC 24, [2016] 1 S.C.R. 518, at para. 36; *R. v. Tim*, 2022 SCC 12, [2022] 1 S.C.R. 234, at para. 46). This Court has established a presumption that “a search requires prior authorization, usually in the form of a warrant, from a neutral arbiter” (*R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, at para. 44, referring to *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 160-62; see also *Vu*, at para. 22; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at pp. 238-39).

[27] In recent years, courts have grappled with the challenges posed by technological innovations in developing the law of search and seizure. This Court’s jurisprudence on digital searches has consistently highlighted the “unique and heightened privacy interests in personal computer data” (*R. v. Reeves*, 2018 SCC 56, [2018] 3 S.C.R. 531, at para. 35; see also *Fearon*, at paras. 74, 132 and 197; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 50; *Vu*, at paras. 40-41 and 47; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 47; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253, at paras. 105-6).

[28] In *Vu*, the Court recognized that the “particular nature of computers” (para. 39) warrants specific constraints under s. 8 of the *Charter* on both the authorization and the reasonable performance of digital searches. In unanimous reasons written by Cromwell J., the Court established a presumptive “requirement of specific, prior authorization” applicable to digital searches, as summarized at para. 3:

In practical terms, the requirement of specific, prior authorization means that if police intend to search computers found within a place with respect to which they seek a warrant, they must satisfy the authorizing justice that they have reasonable grounds to believe that any computers they discover will contain the things they are looking for. If, in the course of a warranted search, police come across a computer that may contain material for which they are authorized to search but the warrant does not give them specific, prior authorization to search computers, they

(*Superintendent of Motor Vehicles*), 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250, par. 48; *R. c. Saeed*, 2016 CSC 24, [2016] 1 R.C.S. 518, par. 36; *R. c. Tim*, 2022 CSC 12, [2022] 1 R.C.S. 234, par. 46). Notre Cour a établi une présomption selon laquelle « une perquisition ou une fouille doit [...] avoir fait l’objet d’une autorisation préalable, habituellement sous forme de mandat, accordée par un arbitre neutre » (*R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, par. 44, en référence à *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 160-162; voir aussi *Vu*, par. 22; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, p. 238-239).

[27] Au cours des dernières années, les tribunaux ont été confrontés aux difficultés que posent les innovations technologiques dans l’évolution du droit relatif aux fouilles, perquisitions et saisies. La jurisprudence de notre Cour sur les fouilles numériques a toujours mis l’accent sur les « divers droits à la vie privée — à la fois supérieurs et distinctifs — qui existent à l’égard des données figurant dans un ordinateur personnel » (*R. c. Reeves*, 2018 CSC 56, [2018] 3 R.C.S. 531, par. 35; voir aussi *Fearon*, par. 74, 132 et 197; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 50; *Vu*, par. 40-41 et 47; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 47; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253, par. 105-106).

[28] Dans l’arrêt *Vu*, la Cour a reconnu que la « nature particulière des ordinateurs » (par. 39) justifie des contraintes spécifiques sous l’art. 8 de la *Charte*, tant pour l’autorisation que pour l’exécution raisonnable de fouilles numériques. Dans un jugement unanime rédigé par le juge Cromwell, la Cour a établi une « obligation [présumée] d’obtenir une autorisation expresse préalable » applicable aux fouilles numériques, comme cela est résumé au par. 3 :

En pratique, voici ce que signifie l’obligation d’obtenir une autorisation expresse préalable : si les policiers ont l’intention de fouiller les ordinateurs se trouvant dans le lieu à l’égard duquel ils sollicitent un mandat, ils doivent convaincre le juge de paix saisi de la demande d’autorisation qu’ils ont des motifs raisonnables de croire que tout ordinateur qu’ils pourraient y trouver contiendra les choses qu’ils recherchent. Si, dans le cours d’une perquisition avec mandat, les policiers trouvent un ordinateur susceptible de contenir des éléments qu’ils sont autorisés à rechercher,

may seize the device but must obtain further authorization before it is searched.

This requirement, I add, extends to other electronic devices that have a “memory capacity akin to a computer” (para. 38). This broad category includes, for example, devices that store personal data, such as cellphones (*Fearon*, at para. 52).

[29] The fact that a search of an electronic device is expressly authorized by warrant does not mean that any file contained therein may be analyzed — even where no search protocol has been imposed. Cromwell J. stressed in *Vu* that police officers are “bound, in their search, to adhere to the rule that the manner of the search must be reasonable” (para. 61). Consequently, they cannot “scour the devices indiscriminately” (para. 61) but must limit their search to the types of files that are “reasonably necessary to achieve [the warrant’s] objectives” (para. 22). Should “the officers realiz[e] that there was in fact no reason to search a particular program or file on the device, the law of search and seizure would require them not to do so” (para. 61; see also *Fearon*, at paras. 57 and 78; *Reeves*, at para. 35).

(2) Authorization of the Search

[30] In the circumstances of the present case, prior authorization to gain entry into Cpl. McGregor’s residence could be granted *only* by a local magistrate under the law of the Commonwealth of Virginia. Neither the *Criminal Code* nor the *National Defence Act* provides for the issuance of warrants authorizing the search of private residences located abroad.

[31] Given the limited reach of Canadian law, the CFNIS communicated with local authorities and availed itself of the *only* legal mechanism open to it. The CFNIS first obtained the following diplomatic note from the Canadian Embassy:

et que le mandat dont ils disposent ne les autorise pas de manière expresse et préalable à fouiller des ordinateurs, ils peuvent saisir l’appareil, mais doivent obtenir une autre autorisation avant de le fouiller.

J’ajoute que cette obligation s’applique aux autres appareils électroniques qui ont [TRADUCTION] « une capacité de mémoire analogue à celle d’un ordinateur » (par. 38). Cette vaste catégorie comprend, par exemple, les appareils qui stockent des données personnelles, comme les téléphones cellulaires (*Fearon*, par. 52).

[29] Le fait que la fouille d’un appareil électronique soit expressément autorisée par mandat ne signifie pas que tout fichier qui y est contenu peut être analysé — même lorsqu’aucun protocole de fouille n’a été imposé. Dans l’arrêt *Vu*, le juge Cromwell a insisté sur le fait que les policiers sont « tenus de se conformer à la règle requérant que la manière de procéder à la [fouille] ne soit pas abusive » (par. 61). En conséquence, ils ne sont pas autorisés à « passer sans discernement les appareils au peigne fin » (par. 61), mais doivent limiter leur fouille aux types de fichiers qui sont « raisonnablement nécessaire[s] pour atteindre [les] objectifs » du mandat (par. 22). Si les policiers « s’étaient rendu compte [. . .] qu’il n’existait en fait aucune raison de fouiller un logiciel ou un fichier spécifique dans l’appareil, le droit relatif aux fouilles, perquisitions et saisies exigeait qu’ils s’abstiennent de le faire » (par. 61; voir aussi *Fearon*, par. 57 et 78; *Reeves*, par. 35).

(2) Autorisation de la fouille

[30] Dans les circonstances de l’espèce, une autorisation préalable d’entrée dans la résidence du caporal McGregor pouvait être accordée *uniquement* par un magistrat local, en vertu de la loi de l’État de Virginie. Ni le *Code criminel* ni la *Loi sur la défense nationale* ne prévoient la délivrance de mandats autorisant la fouille de résidences privées situées à l’étranger.

[31] Compte tenu de la portée limitée du droit canadien, le SNEFC a communiqué avec les autorités locales et a eu recours au *seul* mécanisme juridique à sa disposition. Le SNEFC a d’abord obtenu la note diplomatique suivante de l’ambassade canadienne :

... the Embassy has to [*sic*] honour to waive the inviolability of Corporal McGregor's private residence, as well as his papers, correspondence and property under article 30 of the *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, for the exclusive purpose of executing a search warrant obtained for the purposes of the CFNIS investigation. Similarly, the Embassy has the honour to waive Corporal McGregor's immunity from the civil and criminal jurisdiction of the United States of America to the limited extent necessary to allow the court of jurisdiction to issue the warrant required for this exclusive purpose. The Embassy expressly retains any other applicable immunities, including his personal inviolability and his immunity from arrest or detention. [Emphasis added.]

(A.R., vol. I, at p. 128)

At the request of the CFNIS, the Alexandria Police Department then obtained a search warrant issued by a Virginia magistrate. I note that the Virginia warrant meets the requirement of “specific, prior authorization” for digital searches established in *Vu*. It expressly authorized not only the search of Cpl. McGregor's residence but also the search and analysis of the electronic devices found therein:

You are hereby commanded in the name of the Commonwealth to forthwith search the following place, person or thing either in day or night

...

for the following property, objects and/or persons:

Camera, video recorder, other electronic audio/photo/video recording devices, computer, cell phone, other internet access devices, internet services devices, external electronic storage devices, and analysis of the seized items. Photographing of the premise and/or seized items. [Emphasis added.]

(R.R., at p. 2)

[TRADUCTION] ... l'ambassade a l'honneur de renoncer à l'inviolabilité de la résidence privée du caporal McGregor, ainsi que de ses documents, de sa correspondance et de ses biens, prévue à l'article 30 de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, à seule fin de l'exécution d'un mandat de perquisition obtenu dans le cadre de l'enquête du SNEFC. De même, l'ambassade a l'honneur de renoncer à l'immunité du caporal McGregor de la juridiction civile et pénale des États-Unis d'Amérique, strictement dans la mesure nécessaire pour permettre au tribunal compétent de délivrer le mandat requis à cette seule fin. L'ambassade maintient expressément toutes les autres immunités applicables, y compris l'inviolabilité de sa personne et son immunité en matière d'arrestation ou de détention. [Je souligne.]

(d.a., vol. I, p. 128)

À la demande des enquêteurs du SNEFC, le service de police d'Alexandria a ensuite obtenu un mandat de perquisition auprès d'un magistrat de la Virginie. Je souligne que le mandat de la Virginie répondait à l'exigence de l'« autorisation expresse préalable » pour les fouilles numériques établie dans l'arrêt *Vu*. Il autorisait expressément non seulement la fouille dans la résidence du caporal McGregor, mais aussi la fouille et l'analyse des appareils électroniques qui s'y trouvaient :

[TRADUCTION] Par la présente, il vous est ordonné, au nom de l'État, de procéder immédiatement à la fouille du lieu, de la personne ou des choses qui suivent, de jour ou de nuit

...

à la recherche des biens, objets et/ou personnes qui suivent :

Appareil photo, magnétoscope, autres dispositifs électroniques d'enregistrement audio/photo/vidéo, ordinateur, téléphone cellulaire, autres dispositifs d'accès à Internet, dispositifs de services Internet, dispositifs de stockage électronique externe, et de faire l'analyse des objets saisis. La photographie des locaux et/ou des objets saisis est autorisée. [Je souligne.]

(d.i., p. 2)

[32] Nevertheless, Cpl. McGregor asserts that the CFNIS's participation in the search was not authorized by law. His first argument in this regard is that the search did not comply with s. 8 of the *Charter* because *Vu* requires a separate warrant to authorize the search of electronic devices, that is, a warrant apart from the one authorizing the search of the residence itself. However, the Court Martial Appeal Court was correct to hold that the substance of *Vu* is directed not at the form the search warrant takes but rather at the requirement of having independent grounds to search the electronic devices (*Vu*, at para. 48). There were such grounds in this case, as the devices could reasonably be expected to contain evidence of the voyeurism offence.

[33] Cpl. McGregor's main argument regarding authorization is that the search fell outside the scope of the waiver of diplomatic immunity granted by Canada under the *Vienna Convention*. This is so, in his view, because the waiver of diplomatic immunity did not contemplate the search and seizure of his electronic devices, as it referred only to his residence in Alexandria, Virginia.

[34] I would not give effect to this argument. Accepting that the authority to conduct the search of the devices depended on the *Vienna Convention*, I find that on any reasonable interpretation of the Canadian Embassy's diplomatic note, the waiver encompassed the search of both Cpl. McGregor's private residence and his electronic devices. The express reference to "Corporal McGregor's . . . property" in the diplomatic note plainly contradicts his submission that "[t]he waiver was limited to [his] residence It did not target the contents of electronic devices" (A.F., at para. 187). Cpl. McGregor's argument that the search of his devices was unauthorized by law thus fails.

(3) Reasonableness of the Search

[35] Cpl. McGregor further contends that the search was unreasonable pursuant to *Charter* standards in

[32] Néanmoins, le caporal McGregor soutient que la participation du SNEFC à la fouille n'était pas autorisée par la loi. Son premier argument à cet égard est que la fouille ne respectait pas l'art. 8 de la *Charte*, parce que l'arrêt *Vu* exige un mandat distinct autorisant la fouille d'appareils électroniques, c'est-à-dire un mandat distinct de celui autorisant la fouille de la résidence elle-même. Toutefois, la Cour d'appel de la cour martiale a statué à juste titre que la substance de l'arrêt *Vu* ne vise pas la forme du mandat de perquisition, mais plutôt l'exigence que les policiers aient des motifs distincts de fouiller les appareils électroniques (*Vu*, par. 48). De tels motifs existaient en l'espèce, car on pouvait raisonnablement s'attendre à ce que les appareils contiennent des preuves de l'infraction de voyeurisme.

[33] L'argument principal du caporal McGregor concernant l'autorisation est que la fouille ne tombait pas sous le coup de la renonciation à l'immunité diplomatique accordée par le Canada au titre de la *Convention de Vienne*. Il en est ainsi, selon lui, parce que la renonciation à l'immunité diplomatique ne visait pas la fouille et la saisie de ses appareils électroniques, puisqu'elle s'appliquait uniquement à sa résidence à Alexandria, en Virginie.

[34] Je ne peux faire droit à cet argument. Étant donné que j'accepte que le pouvoir d'effectuer la fouille des appareils était fondé sur la *Convention de Vienne*, je conclus que, selon une interprétation raisonnable de la note diplomatique de l'ambassade canadienne, la renonciation englobait à la fois la fouille de la résidence privée du caporal McGregor et la fouille de ses appareils électroniques. La référence expresse aux « biens » du caporal McGregor dans la note diplomatique contredit manifestement son argument selon lequel [TRADUCTION] « [l]a renonciation se limitait à [sa] résidence [. . .]. Elle ne visait pas le contenu des appareils électroniques » (m.a., par. 187). L'argument du caporal McGregor selon lequel la fouille de ses appareils n'était pas autorisée par la loi ne peut donc pas être retenu.

(3) Caractère raisonnable de la fouille

[35] Le caporal McGregor fait en outre valoir que la fouille était abusive, au regard des normes de la

that it was more intrusive than necessary. He argues that the investigators unjustifiably expanded the search of the electronic devices to offences of sexual assault and (what they believed to be) child pornography, whereas the warrant contemplated only the offences of breaking and entering, mischief, interception, harassment, and voyeurism. In his view, once the investigators discovered this unanticipated evidence, the *Charter* required them to stop the search, seize the electronic devices, and obtain a subsequent warrant permitting the analysis of the files in question.

[36] I cannot accept this argument. It is uncontroversial that the Virginia warrant did not encompass the investigation of sexual assault offences. But the discovery of unforeseen evidence does not invalidate the authorization to conduct a search for the purposes outlined in the original warrant. This principle is an old one, and it renders Cpl. McGregor's argument meritless, at least as regards the evidence sought (see, for instance, *Canadian Pacific Wine Co. v. Tuley*, [1921] 2 A.C. 417 (P.C.), at pp. 424-25). Here, the investigators discovered the impugned evidence when they were in the process of triaging Cpl. McGregor's electronic devices at the scene of the search, as was expressly authorized by warrant. The investigators set aside the incriminating devices for seizure and further analysis. Indeed, the CFNIS obtained Canadian warrants before further analyzing their contents. In my view, this investigative process was consistent with s. 8 of the *Charter*.

[37] Nor does the admission of the unanticipated evidence found in the triage process infringe Cpl. McGregor's s. 8 rights. Key to my reasoning is the application of the plain view doctrine to the files disclosing evidence of sexual assault. This common law doctrine defeats the presumption that seizures must be judicially authorized. Our Court's jurisprudence teaches that two requirements must be satisfied for the plain view doctrine to apply: (1) the police officers must have a legitimate "prior justification for the intrusion into the place where

Charte, en ce sens qu'elle était plus intrusive que nécessaire. Il plaide que les enquêteurs ont élargi de façon injustifiée la portée de la fouille des appareils électroniques pour qu'elle comprenne les infractions d'agression sexuelle et (ce qu'ils ont cru être) de pornographie juvénile, alors que le mandat visait uniquement les infractions d'introduction par effraction, de méfait, d'interception, de harcèlement et de voyeurisme. Selon lui, une fois que les enquêteurs ont découvert ces éléments de preuve inattendus, la *Charte* exigeait qu'ils mettent fin à la fouille, qu'ils saisissent les appareils électroniques et qu'ils obtiennent un mandat subséquent permettant l'analyse des fichiers en question.

[36] Je ne peux accepter cet argument. Il est incontesté que le mandat de la Virginie n'englobait pas l'enquête sur les infractions d'agression sexuelle. Toutefois, la découverte d'éléments de preuve inattendus n'invalide pas l'autorisation d'effectuer une fouille pour les fins énoncées dans le mandat original. Ce principe n'est pas nouveau et il rend l'argument du caporal McGregor sans fondement, du moins en ce qui concerne la preuve recherchée (voir, par exemple, *Canadian Pacific Wine Co. c. Tuley*, [1921] 2 A.C. 417 (C.P.), p. 424-425). En l'espèce, les enquêteurs ont découvert la preuve contestée alors qu'ils effectuaient le tri des appareils électroniques du caporal McGregor sur les lieux de la fouille, comme l'autorisait expressément le mandat. Les enquêteurs ont mis de côté les appareils incriminants en vue de la saisie et d'une analyse plus approfondie. De fait, le SNEFC a obtenu des mandats canadiens avant d'analyser davantage leur contenu. À mon avis, un tel processus d'enquête était conforme à l'art. 8 de la *Charte*.

[37] L'admission des éléments de preuve inattendus découverts pendant le processus de triage ne contrevient pas non plus aux droits que l'art. 8 garantit au caporal McGregor. L'élément clé de mon raisonnement est l'application de la théorie des objets bien en vue aux fichiers révélant la preuve de l'agression sexuelle. Cette théorie de common law repousse la présomption selon laquelle les saisies doivent être autorisées par voie judiciaire. La jurisprudence de notre Cour nous enseigne que deux exigences doivent être remplies pour que la théorie des objets bien en

the ‘plain view’ seizure occurred” (*R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at para. 37); and (2) the incriminating evidence must be in plain view in that it is “immediately obvious” and “discovered inadvertently” by the police (*R. v. Law*, 2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227, at para. 27; see also *Buhay*, at para. 37). Concerns have been expressed about the plain view doctrine in relation to electronic seizures (e.g., L. Jørgensen, “In Plain View?: *R v Jones* and the Challenge of Protecting Privacy Rights in an Era of Computer Search” (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 791). In light of the way this case was argued, I feel it is unnecessary to express a settled opinion on the limits of the doctrine. However, I am satisfied that it does apply in some form to electronic devices (*R. v. Jones*, 2011 ONCA 632, 107 O.R. (3d) 241). In the case at bar, there can be no doubt that the doctrine applies.

[38] A warrant usually provides a legitimate prior justification for the intrusion, thereby satisfying the first requirement of the plain view doctrine. This is not the case, however, where police officers carry out a search unreasonably. In the context of digital searches, the prior justification extends only to the types of files that are “reasonably necessary” for the proper execution of such a search (*Vu*, at para. 22). In other words, there must be a reasonable nexus between the files examined and the purposes of the warrant for a search to satisfy the first requirement of the plain view doctrine.

[39] Even where police officers are initially justified in examining a digital file, the unanticipated evidence contained therein is not necessarily in plain view. This Court’s reasoning in *Law* offers a useful illustration of the second requirement of the plain view doctrine. In that case, a police officer conducted a cursory examination of the documents in question and found “nothing facially wrong with [them]” (para. 27). The officer failed to “detec[t] anything incriminating through the unaided use of his senses”, as the incriminating nature of the evidence “came to light only after he examined, translated and

vue s’applique : (1) les policiers doivent avoir été « préalablement justifié[s] [pour une raison légitime] de s’introduire dans les lieux où ont été saisis les objets “bien en vue” » (*R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 37); et (2) la preuve incriminante doit être bien en vue en ce qu’elle est « immédiatement apparente » et « découverte par inadvertance » par les policiers (*R. c. Law*, 2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227, par. 27; voir aussi *Buhay*, par. 37). Des auteurs ont exprimé des réserves sur la théorie des objets bien en vue dans le contexte des saisies d’appareils électroniques (p. ex., L. Jørgensen, « In Plain View? : *R v Jones* and the Challenge of Protecting Privacy Rights in an Era of Computer Search » (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 791). Vu la façon dont la présente affaire a été plaidée, j’estime qu’il n’est pas nécessaire d’exprimer une opinion définitive sur les limites de la théorie. Toutefois, je suis convaincue qu’elle s’applique sous une forme ou une autre aux appareils électroniques (*R. c. Jones*, 2011 ONCA 632, 107 O.R. (3d) 241). En l’espèce, il ne fait aucun doute que la théorie s’applique.

[38] Un mandat fournit généralement une justification légitime préalable à l’intrusion, ce qui satisfait à la première exigence de la théorie des objets bien en vue. Tel n’est pas le cas, toutefois, lorsque les policiers effectuent une fouille abusive. Dans le contexte des fouilles numériques, l’autorisation préalable s’applique uniquement aux types de fichiers qui sont « raisonnablement nécessaire[s] » à la bonne exécution d’une telle fouille (*Vu*, par. 22). Autrement dit, il doit y avoir un lien raisonnable entre les fichiers examinés et les fins du mandat pour que la fouille réponde à la première exigence de la théorie des objets bien en vue.

[39] Même lorsque les policiers sont au départ justifiés d’examiner un fichier numérique, la preuve inattendue qui y est contenue n’est pas nécessairement bien en vue. Le raisonnement de la Cour dans l’arrêt *Law* illustre bien la deuxième exigence de la théorie des objets bien en vue. Dans cette affaire, un policier a procédé à un examen superficiel des documents en question et a conclu que les documents « ne paraissaient pas irréguliers à première vue » (par. 27). Le policier n’a « détecté aucun élément incriminant par le seul usage de ses sens », car la nature incriminante de la preuve « a été découverte seulement après qu’il

photocopied several documents” (para. 27; see also *Buhay*, at para. 37; *R. v. Gill*, 2019 BCCA 260, at para. 59 (CanLII)). Consequently, this Court rejected the argument that the documents were in plain view, since they “were neither discovered inadvertently nor immediately evident” (*Law*, at para. 10).

[40] Applying the foregoing principles, I conclude that both requirements of the plain view doctrine are satisfied in the present case. The application of the plain view doctrine to digital searches may undoubtedly give rise to intricate issues, but this is a straightforward case. The military judge correctly determined that the plain view doctrine applies to the evidence of sexual assault stored in Cpl. McGregor’s devices.

[41] First, the investigators had a legitimate justification for their inspection of the files containing evidence of sexual assault at the scene of the search. As mentioned above, the Virginia warrant meets the *Vu* requirement of specific, prior authorization applicable to digital searches. Moreover, the military judge found that “[t]he discovery of files relating to a potential sexual assault . . . occurred while looking for the types of files specifically sought and authorized” (*voir dire* decision, at para. 25 (CanLII)). The investigators “demonstrat[ed] care to limit the impact of the search through screening and conduct of a targeted search that involved a minimum of personal information” (para. 27). In these circumstances, the initial search leading to the discovery of the files in issue satisfies the requirement of prior justification.

[42] Second, the digital files disclosing evidence of sexual assault were in plain view, given their inadvertent discovery and immediately apparent unlawfulness. The investigators came upon these files in the triage process, which was designed to quickly identify evidence of interception and voyeurism. The military judge rejected “the submissions to the effect that the investigators continued to look into

eut examiné, fait traduire et photocopié plusieurs documents » (par. 27; voir aussi *Buhay*, par. 37; *R. c. Gill*, 2019 BCCA 260, par. 59 (CanLII)). En conséquence, notre Cour a rejeté l’argument selon lequel les documents étaient bien en vue, puisqu’ils « n’[avaient] pas été découvert[s] par inadvertance et [. . .] n’étaient pas [des] élément[s] de preuve manifeste[s] » (*Law*, par. 10).

[40] Appliquant les principes susmentionnés, je conclus que les deux exigences de la théorie des objets bien en vue sont respectées en l’espèce. L’application de cette théorie aux fouilles numériques donne sans aucun doute lieu à des questions complexes, mais la présente cause est relativement simple. Le juge militaire a déterminé à juste titre que la théorie des objets bien en vue s’applique à la preuve de l’agression sexuelle stockée dans les appareils du caporal McGregor.

[41] Premièrement, les enquêteurs avaient une justification légitime pour inspecter les fichiers contenant la preuve de l’agression sexuelle sur les lieux de la fouille. Comme je l’ai mentionné plus tôt, le mandat de la Virginie satisfaisait à l’exigence précise de l’autorisation expresse préalable énoncée dans l’arrêt *Vu*, applicable aux fouilles numériques. De plus, le juge militaire a conclu que [TRADUCTION] « [l]a découverte des fichiers relatifs à une possible agression sexuelle [. . .] a eu lieu pendant la recherche des types de fichiers spécifiquement recherchés et autorisés » (décision sur le voir-dire, par. 25 (CanLII)). Les enquêteurs [TRADUCTION] « [ont] fait preuve de tact afin de limiter les incidences de la fouille en effectuant un tri et en réalisant une fouille ciblée qui impliquait le moins de renseignements personnels possible » (par. 27). Dans de telles circonstances, la fouille initiale menant à la découverte des fichiers en cause respecte l’exigence de justification préalable.

[42] Deuxièmement, les fichiers numériques révélant la preuve de l’agression sexuelle étaient bien en vue, compte tenu du fait qu’ils ont été découverts par inadvertance et de leur caractère illicite immédiatement apparent. Les enquêteurs ont découvert ces dossiers pendant le processus de triage, lequel visait à identifier rapidement les éléments de preuve de l’interception et du voyeurisme. Le juge militaire

files they had no authority to look at under the terms of the warrant” (para. 25). He further noted that “any device that was assessed to contain potential child pornography and sexual assault files [was] set aside for seizure and further analysis back in Canada” (para. 25). Moreover, there was no need to closely examine the files to ascertain their incriminating nature — in contrast to the documents in *Law*, which were not facially unlawful. I thus conclude that the impugned evidence was in plain view and that its seizure during the triage process did not violate s. 8, either as part of a search carried out unreasonably or as an unreasonable seizure.

[43] With respect for the contrary view of my colleagues Karakatsanis and Martin JJ., I believe that the application of the plain view doctrine is necessary in this case. I do not see on what basis the police could justify seizing either the devices containing, or the actual data constituting, the sexual assault evidence without resort to this doctrine. I agree that the devices were searched pursuant to the Virginia warrant, but that warrant did not authorize the seizure of evidence of sexual assault. After all, it had been issued to search for and seize evidence of voyeurism. A warrant in and of itself is not authority to search for or seize anything which might afford evidence of any offence whatsoever; the plain view doctrine and/or s. 489 of the *Criminal Code* could authorize such seizures, but only if their requirements are met. Therefore, to be clear, I disagree with my colleagues Karakatsanis and Martin JJ., and I see no need to discuss further their reasons on this issue.

[44] In sum, the CFNIS demonstrably observed the requirements of the *Charter*. The investigators discovered the incriminating evidence in the execution of a digital search expressly authorized by a valid warrant. The evidence of sexual assault, although not contemplated in the original warrant, fell squarely

a rejeté [TRADUCTION] « les arguments selon lesquels les enquêteurs ont continué à chercher dans des fichiers qu’ils n’étaient pas autorisés à regarder selon le mandat » (par. 25). Il a aussi fait observer que [TRADUCTION] « tous les appareils qui ont été évalués comme contenant possiblement de la pornographie juvénile et des fichiers relatifs à une agression sexuelle ont été mis de côté en vue de la saisie et d’analyses plus poussées au Canada » (par. 25). En outre, il n’était pas nécessaire d’examiner en profondeur les fichiers afin de confirmer leur caractère incriminant — contrairement aux documents dans l’affaire *Law*, lesquels n’étaient pas illicites à première vue. Je conclus donc que la preuve contestée était bien en vue et que la saisie de celle-ci pendant le processus de triage ne violait pas l’art. 8, que ce soit dans le cadre d’une fouille effectuée de façon abusive ou d’une saisie abusive.

[43] Avec égards pour l’opinion contraire de mes collègues les juges Karakatsanis et Martin, je crois que l’application de la théorie des objets bien en vue est nécessaire en l’espèce. Je ne vois pas sur quel fondement la police pourrait justifier la saisie des appareils contenant la preuve d’une agression sexuelle, ou les données réelles constituant cette preuve, sans avoir recours à cette théorie. Je reconnais que les appareils ont été fouillés conformément au mandat de la Virginie, mais ce mandat n’autorisait pas la saisie de preuves d’une agression sexuelle. Après tout, le mandat a été délivré en vue de la recherche et de la saisie de preuves pour voyeurisme. Un mandat en soi ne constitue pas un pouvoir de chercher tout ce qui pourrait servir de preuve à l’égard de toute infraction que ce soit, ou de saisir de tels éléments; la théorie des objets bien en vue ou l’art. 489 du *Code criminel* peut autoriser de telles saisies, mais seulement si les exigences relatives à celles-ci sont respectées. Pour être claire, je suis donc en désaccord avec mes collègues les juges Karakatsanis et Martin, et je ne vois pas l’utilité d’analyser davantage leurs motifs à ce sujet.

[44] En résumé, le SNEFC s’est manifestement conformé aux exigences de la *Charte*. Les enquêteurs ont découvert les éléments de preuve incriminants lors de l’exécution d’une fouille numérique expressément autorisée par un mandat valide. La preuve de l’agression sexuelle, même si elle n’était pas visée par

within the purview of the plain view doctrine. The CFNIS seized the evidence in accordance with that doctrine and subsequently obtained Canadian warrants before conducting an in-depth analysis of the files in issue. Even on Cpl. McGregor's view of the law, it is difficult to see how the CFNIS could have more fully complied with the *Charter*. In light of my conclusion that the investigative process was consistent with s. 8 of the *Charter*, it is unnecessary to address Cpl. McGregor's argument that the evidence should be excluded under s. 24(2).

VI. Conclusion

[45] For these reasons, I would dismiss the appeal and affirm Cpl. McGregor's convictions.

The following are the reasons delivered by

KARAKATSANIS AND MARTIN JJ. —

I. Overview

[46] In this case a member of the Canadian Armed Forces facing trial in a Canadian court seeks to invoke the protections of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* against actions taken by Canadian officials abroad. Corporal McGregor asks to exclude the contents of certain electronic devices seized from his home by Canadian and American officials in the State of Virginia. He argues that s. 8 of the *Charter* applies and his *Charter* rights were breached because under Canadian law a further warrant was required to search his devices.

[47] While we agree that the appeal should be dismissed, we also comment on the central question directly at issue in this appeal: does the *Charter* apply, pursuant to s. 32, to Canadian authorities' investigative actions abroad in these circumstances? This was clearly the primary and threshold issue argued by the parties and multiple interveners, it was the reason leave to appeal was sought, and we received full

le mandat original, tombait nettement sous le coup de la théorie des objets bien en vue. Les enquêteurs du SNEFC ont saisi la preuve conformément à cette théorie et ont par la suite obtenu des mandats canadiens avant d'effectuer une analyse plus approfondie des fichiers en cause. Même selon l'interprétation du droit que fait le caporal McGregor, il est difficile de voir comment les enquêteurs du SNEFC auraient pu se conformer davantage à la *Charte*. Comme j'ai conclu que le processus d'enquête était conforme à l'art. 8 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire que je me penche sur l'argument du caporal McGregor selon lequel la preuve doit être écartée en vertu du par. 24(2).

VI. Conclusion

[45] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les déclarations de culpabilité du caporal McGregor.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES KARAKATSANIS ET MARTIN —

I. Aperçu

[46] En l'espèce, un membre des Forces armées canadiennes qui doit subir son procès devant un tribunal canadien invoque les protections offertes par la *Charte canadienne des droits et libertés* à l'encontre de mesures prises par des agents canadiens à l'étranger. Le caporal McGregor réclame l'exclusion du contenu de certains appareils électroniques saisis chez lui par des agents canadiens et américains dans l'État de Virginie. Il soutient que l'art. 8 de la *Charte* s'applique et qu'il y a eu atteinte aux droits que lui garantit la *Charte* parce que, selon le droit canadien, il fallait obtenir un autre mandat pour fouiller ses appareils.

[47] Bien que nous soyons d'accord pour dire que le pourvoi doit être rejeté, nous nous prononçons aussi sur la question centrale directement en litige dans le présent pourvoi : la *Charte* s'applique-t-elle, conformément à l'art. 32, aux mesures d'enquête prises à l'étranger par les autorités canadiennes dans de telles circonstances? Il s'agissait clairement de la question principale et préliminaire débattue par les

submissions on both constitutional and international law. The extraterritorial application of the *Charter* is squarely before the Court and it is an issue that arises infrequently, may easily escape judicial review, and has been subject to significant and sustained criticism by experts in international law.

[48] While the extraterritoriality of the *Charter* may arise in many different types of situations, we comment only on the particular question before us: that is, whether the *Charter* applies for those people subject to Canadian criminal law for acts committed abroad — whether by virtue of military service or otherwise — and for Canadian officials whose investigations of offences transcend Canada’s borders.

[49] We begin by interpreting s. 32(1) of the *Charter* and conclude that the required purposive reading supports the conclusion that the *Charter* applies extraterritorially to the conduct of Canadian Forces National Investigation Service (“CFNIS”) officials while fulfilling their investigative duties in a foreign state and that a Canadian court may assess that conduct for *Charter*-compliance. This was also the reading of s. 32 endorsed by the majority in *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292. However, they were further of the view that international law principles of jurisdiction required a more restrictive reading of s. 32. We say that this restrictive reading is ripe for reconsideration as *Hape* departed from and overruled previous authority without full argument on international law principles. Further, according to scholars in the field, *Hape* misapplied certain key principles of international law in reaching the conclusions it did. While we agree as a matter of error correction that the result is the same whether or not the *Charter* applies, the application of the *Charter* to Canadian officials investigating Canadians abroad is a pressing issue squarely raised in this appeal. While there are significant questions about the correctness of *Hape*’s conclusion that the *Charter* does not apply to such investigative action, given the majority’s conclusion,

parties et de multiples intervenants, c’était la raison pour laquelle l’autorisation d’appel avait été sollicitée, et nous avons entendu des observations étoffées à cet égard, tant en droit constitutionnel qu’en droit international. L’application extraterritoriale de la *Charte* est nettement soumise à la Cour et c’est une question qui se pose rarement, qui peut aisément échapper au contrôle judiciaire, et qui a fait l’objet d’importantes critiques nourries de la part d’experts en droit international.

[48] Bien que l’extraterritorialité de la *Charte* puisse entrer en jeu dans de nombreux types différents de situations, nous nous prononçons seulement sur la question précise dont nous sommes saisis, à savoir si la *Charte* s’applique aux personnes assujetties au droit criminel canadien en raison d’actes commis à l’étranger — que ce soit du fait du service militaire ou autrement — et aux agents canadiens dont les enquêtes sur des infractions dépassent les frontières canadiennes.

[49] Nous commençons par interpréter le par. 32(1) de la *Charte*, et nous concluons que l’interprétation téléologique requise étaye la conclusion selon laquelle la *Charte* s’applique de façon extraterritoriale à la conduite des agents du Service national des enquêtes des Forces canadiennes (« SNEFC ») lorsqu’ils s’acquittent de leurs fonctions d’enquête dans un État étranger, et qu’un tribunal canadien peut évaluer cette conduite pour déterminer si elle était conforme à la *Charte*. Il s’agissait également de l’interprétation de l’art. 32 approuvée par les juges majoritaires dans l’arrêt *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292. Cependant, ils estimaient en outre que les principes de compétence en droit international exigeaient une interprétation plus restrictive de l’art. 32. Nous disons qu’il est temps de revoir cette interprétation restrictive de l’arrêt *Hape*, car celle-ci s’est écartée de précédents antérieurs et les a infirmés en l’absence d’un débat complet sur les principes de droit international. De plus, selon les spécialistes du domaine, la Cour a mal appliqué dans l’arrêt *Hape* certains principes clés du droit international pour arriver aux conclusions qu’elle a tirées. Même si nous convenons que, s’agissant de la correction d’erreur, le résultat est le même que la *Charte* s’applique ou non, l’application de la *Charte* à des agents canadiens qui font enquête sur des

we leave the determination of whether *Hape* was wrongly decided to another day.

II. Interpretation of Section 32(1) of the Charter

[50] It is well established that the interpretation of the *Charter* should be purposive, generous, and aimed at securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protections (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156). Under this approach, the *Charter*'s text and purpose support extraterritorial application and the conclusion that the *Charter* applies to Canadian authorities conducting investigations abroad.

[51] Nothing in the text of s. 32 imposes or even suggests any territorial limitation. It expressly limits to *whom* the *Charter* applies: the federal and provincial governments and legislatures. Section 32(1) also expressly limits to *what* the *Charter* applies: “. . . all matters within the authority . . .” of Parliament and the legislatures. Importantly, s. 32(1) imposes no express limitation on *where* the *Charter* applies (*Hape*, at para. 161, per Bastarache J.).

[52] Nor can it be said that s. 32(1)'s limitation of the *Charter*'s scope to “all matters within the authority” of Parliament and the legislatures implicitly imposes a territorial limit on the *Charter*'s reach. According to Wilson J. (with whom Dickson C.J. agreed on this point) in *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, this phrase in s. 32(1)(a), “like the corresponding words ‘within the authority of the legislature of each province’ . . ., [was] merely a reference to the division of powers in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*” (pp. 455 and 463-64). It simply describes “the subject-matters in relation to which the Parliament of Canada may legislate

Canadiens à l'étranger est un enjeu pressant qui est nettement soulevé en l'espèce. Bien que des questions importantes se posent à l'égard de la justesse de la conclusion tirée dans *Hape* selon laquelle la *Charte* ne s'applique pas à une telle mesure d'enquête, vu la conclusion des juges majoritaires, nous trancherons à une autre occasion la question de savoir si l'arrêt *Hape* est mal fondé.

II. Interprétation du par. 32(1) de la Charte

[50] Il est bien établi que l'interprétation de la *Charte* doit être téléologique, libérale et qu'elle doit viser à faire en sorte que les citoyens bénéficient pleinement des protections accordées par la *Charte* (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 156). Suivant cette approche, le texte et l'objet de la *Charte* appuient tous les deux son application extraterritoriale ainsi que la conclusion selon laquelle la *Charte* s'applique aux autorités canadiennes qui mènent des enquêtes à l'étranger.

[51] Rien dans le texte de l'art. 32 n'impose ni même ne suggère quelque limite territoriale que ce soit. Le texte restreint expressément à *qui* la *Charte* s'applique : les gouvernements fédéral et provincial ainsi que leurs législatures. Le paragraphe 32(1) restreint expressément aussi à *quoi* la *Charte* s'applique : « . . . tous les domaines relevant . . . » du Parlement ou des législatures provinciales. Fait important, le par. 32(1) n'impose aucune restriction expresse sur le *lieu* où la *Charte* s'applique (*Hape*, par. 161, le juge Bastarache).

[52] On ne peut pas non plus affirmer que la restriction de la portée de la *Charte* prévue au par. 32(1) à « tous les domaines relevant » du Parlement ou des législatures impose implicitement une limite territoriale au champ d'application de la *Charte*. D'après ce qu'a dit la juge Wilson (avec qui le juge en chef Dickson était d'accord sur ce point) dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, cette expression utilisée au par. 32(1), « comme son pendant “relevant de cette législature” [. . .], n'[était] qu'un renvoi au partage des compétences prévu aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* » (p. 455 et 463-464). Elle décrit simplement « les

or the government of Canada may take executive action” (p. 464). In the context of s. 32(1), therefore, those words do not imply or impose any territorial limitation to or on the *Charter*. To read them in that manner would not only be inconsistent with precedent (see C. Sethi, “Does the Charter Follow the Flag? Revisiting Constitutional Extraterritoriality after *R v Hape*” (2011), 20 *Dal. J. Leg. Stud.* 102, at p. 113; R. J. Currie and J. Rikhof, *International & Transnational Criminal Law* (3rd ed. 2020), at pp. 633-34), but would also fail to acknowledge that Canada has the constitutional authority to make laws with extraterritorial application (*Statute of Westminster, 1931* (U.K.), 22 *Geo. 5*, c. 4, s. 3; *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792, at p. 816; *Hape*, at paras. 66 and 68; see also *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 8(3)).

[53] If s. 32(1) were meant to distinguish between acts of state actors on Canadian soil or abroad, such a distinction could have easily been drawn expressly, as was done elsewhere in provisions like ss. 3, 6 and 23 of the *Charter*, which draw distinctions based on citizenship (A. Attaran, “Have Charter, Will Travel? Extraterritoriality in Constitutional Law and Canadian Exceptionalism” (2008), 87 *Can. Bar Rev.* 515, at p. 523; see also L. West, “Canada Stands Alone: A Comparative Analysis of the Extraterritorial Reach of State Human Rights Obligations” (2023), 55 *U.B.C. L. Rev.* 845, at pp. 854-58). Taking into account what is *not* in s. 32(1)’s text, but is elsewhere in the *Charter*, confirms that no territorial limitation was intended. Section 32(1)’s silence as to the *Charter*’s territorial boundaries when other sections are based on citizenship or are specifically confined to Canada was not an omission or the result of happenstance. It was instead a deliberate choice to not limit the *Charter*’s territorial reach which must be respected.

[54] The purpose of s. 32 was to constrain state action within the newly established constitutional

matières à l’égard desquelles le Parlement du Canada peut légiférer ou le gouvernement du Canada peut agir en tant qu’exécutif » (p. 464). En conséquence, dans le contexte du par. 32(1), ces expressions n’impliquent ni n’imposent aucune restriction territoriale à l’application de la *Charte*. Leur donner ce sens serait non seulement incompatible avec la jurisprudence (voir C. Sethi, « Does the Charter Follow the Flag? Revisiting Constitutional Extraterritoriality after *R v Hape* » (2011), 20 *Dal. J. Leg. Stud.* 102, p. 113; R. J. Currie et J. Rikhof, *International & Transnational Criminal Law* (3^e éd. 2020), p. 633-634), mais ne reconnaîtrait pas non plus que le Canada a le pouvoir constitutionnel d’adopter des lois d’application extraterritoriale (*Statut de Westminster de 1931* (R.-U.), 22 *Geo. 5*, c. 4, art. 3; *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792, p. 816; *Hape*, par. 66 et 68; voir aussi *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, par. 8(3)).

[53] Si le par. 32(1) était censé faire une distinction entre les actes des représentants de l’État en sol canadien et à l’étranger, une telle distinction aurait pu aisément être formulée de manière expresse, comme cela a été fait ailleurs dans des dispositions comme les art. 3, 6 et 23 de la *Charte*, lesquels établissent des distinctions en fonction de la citoyenneté (A. Attaran, « Have Charter, Will Travel? Extraterritoriality in Constitutional Law and Canadian Exceptionalism » (2008), 87 *R. du B. can.* 515, p. 523; voir aussi L. West, « Canada Stands Alone : A Comparative Analysis of the Extraterritorial Reach of State Human Rights Obligations » (2023), 55 *U.B.C. L. Rev.* 845, p. 854-858). Lorsqu’on tient compte de ce qui *n’est pas* dans le texte du par. 32(1), mais qui se trouve ailleurs dans la *Charte*, on est confirmé dans l’idée qu’aucune limite territoriale n’était prévue. Le silence du par. 32(1) quant aux limites territoriales de la *Charte*, alors que d’autres dispositions sont fondées sur la citoyenneté ou ne s’appliquent explicitement qu’au Canada, n’est ni une omission ni le fruit du hasard : il s’agit plutôt d’un choix délibéré de ne pas restreindre la portée territoriale de la *Charte* qui doit être respecté.

[54] L’objet de l’art. 32 était de restreindre l’action de l’État dans la nouvelle démocratie constitutionnelle

democracy. As this Court has acknowledged, the words of s. 32(1) “give a strong message that the *Charter* is confined to government action. . . . [T]he *Charter* is essentially an instrument for checking the powers of government over the individual” (*McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 261). To permit state action abroad that is not constrained by the Constitution would be inconsistent with our constitutional structure, which is premised on preventing arbitrary state conduct (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 70). The sole claim of government, including the executive, to exercise lawful authority “rests in the powers allocated to them under the Constitution, and can come from no other source” (para. 72). Accordingly, there can be no lawful state action without corresponding constitutional limitations — no matter where the conduct takes place. As one commentator put it, “[t]he executive cannot act outside the Constitution and still act within the rule of law. When it is invited to play on the international scene, it must come as it is: as a constitutional government — not an arbitrary one. It has no license to act arbitrarily away from home” (M. Webb, “The Constitutional Question of Our Time: Extraterritorial Application of the Charter and the Afghan Detainees Case” (2011), 28 *N.J.C.L.* 235, at p. 256).

[55] Thus, a purposive interpretation of s. 32(1) leads to the conclusion that the provision draws no distinction between domestic and extraterritorial application. Rather, it sends a strong message that the *Charter* is an instrument for checking the powers of the government over the individual and preventing state action that is inconsistent with the rights and freedoms it enshrines (*McKinney*, at p. 261; see also *Hape*, at para. 91). As a result, based on such an interpretation of s. 32(1), the *Charter* would apply to constrain Canadian authorities conducting investigations, whether that conduct takes place inside or outside Canada.

établie. Comme notre Cour l’a reconnu, les mots utilisés au par. 32(1) « indiquent clairement que l’application de la *Charte* se restreint à l’action gouvernementale. [. . .] [L]a *Charte* est essentiellement un instrument de contrôle des pouvoirs du gouvernement sur le particulier » (*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 261). Le fait de permettre une action de l’État à l’étranger qui n’est pas restreinte par la Constitution serait incompatible avec notre structure constitutionnelle, laquelle est basée sur le fait de prévenir la conduite arbitraire de l’État (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 70). La seule revendication du gouvernement, qui inclut l’exécutif, d’exercer une autorité légitime « réside dans les pouvoirs que leur confère la Constitution. Cette autorité ne peut avoir d’autre source » (par. 72). En conséquence, il n’y a aucune action gouvernementale légitime sans l’existence de limites constitutionnelles correspondantes — peu importe le lieu où survient la conduite. Comme l’a dit une autrice, [TRADUCTION] « [l]’exécutif ne peut pas agir à l’extérieur de la Constitution et être néanmoins respectueux de la règle de droit. Lorsqu’il est invité à jouer sur la scène internationale, il doit y aller comme un gouvernement constitutionnel — et non pas un gouvernement arbitraire. Il n’a pas le droit d’agir de manière arbitraire à l’extérieur de son territoire » (M. Webb, « The Constitutional Question of Our Time : Extraterritorial Application of the Charter and the Afghan Detainees Case » (2011), 28 *R.N.D.C.* 235, p. 256).

[55] Par conséquent, une interprétation téléologique du par. 32(1) mène à la conclusion que la disposition n’établit aucune distinction entre l’application interne et extraterritoriale de la *Charte*. Au contraire, elle indique clairement que la *Charte* est un instrument de contrôle des pouvoirs du gouvernement sur le particulier et d’interdiction de toute action de l’État incompatible avec les droits et libertés que la *Charte* consacre (*McKinney*, p. 261; voir aussi *Hape*, par. 91). En conséquence, vu cette interprétation du par. 32(1), la *Charte* s’appliquerait afin de restreindre les actions des autorités canadiennes qui mènent des enquêtes, que cette conduite survienne à l’intérieur ou à l’extérieur du Canada.

III. The Hape Decision

[56] In *Hape*, LeBel J., for the majority, also began with the text of s. 32(1) of the *Charter* and likewise concluded that it contained no express territorial limit (paras. 32 and 94). However, in that case, the majority of the Court held the *Charter* did not apply to the Royal Canadian Mounted Police's search and seizure of banking documents in Turks and Caicos Islands (paras. 2-14). The majority overturned *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597, and set out a new two-stage framework for determining whether a remedy is available for extraterritorial Canadian state conduct alleged to have violated the *Charter*. At the first stage, the court must determine if the activity in question falls under s. 32(1) by asking: (1) whether the conduct at issue is that of a Canadian state actor; and (2) if so, whether, on the facts, there is an exception to the principle of sovereignty that would justify applying the *Charter* to the state actor's extraterritorial activities. If there is no exception and the *Charter* does not apply, then at the second stage the court must ask if the evidence should be excluded from the trial because its admission would render the trial unfair (para. 113).

[57] LeBel J. chose to look to prohibitive rules of customary international law to aid in the interpretation of s. 32 of the *Charter* (paras. 35-39). Customary international law is composed of norms that meet the two requirements of state practice and *opinio juris*: states must actually follow the norm and must view it as legally binding (para. 46). The majority in *Hape* looked to the principle of sovereign equality, which rests upon respect for territorial sovereignty and is "inseparable" from the principle of non-intervention, and which provides that all states are sovereign and equal (paras. 40 and 45-46). The majority relied on the doctrine of adoption to conclude that the principles of non-intervention and territorial sovereignty should be relied on to interpret the *Charter*'s scope. They also applied the presumption of conformity, a principle of statutory interpretation that legislation will be presumed to conform with international law,

III. L'arrêt Hape

[56] Dans *Hape*, s'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge LeBel a également commencé avec le texte du par. 32(1) de la *Charte* et a lui aussi conclu qu'il ne prévoyait aucune limite territoriale expresse (par. 32 et 94). Les juges majoritaires de la Cour ont toutefois jugé dans cet arrêt que la *Charte* ne s'appliquait pas aux fouilles, perquisitions et saisies de documents bancaires effectuées par la Gendarmerie royale du Canada aux îles Turks et Caicos (par. 2-14). La majorité a infirmé l'arrêt *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597, et énoncé un nouveau cadre en deux étapes qui permet de déterminer si une réparation peut être accordée pour l'action étatique canadienne extraterritoriale qui aurait violé la *Charte*. À la première étape, le tribunal doit déterminer si l'activité en question tombe sous le coup du par. 32(1) en se demandant : (1) si la conduite en question est celle d'un représentant de l'État canadien; et (2), dans l'affirmative, selon les faits de l'espèce, s'il existe une exception au principe de souveraineté justifiant l'application de la *Charte* aux activités extraterritoriales du représentant de l'État. S'il n'y a pas d'exception et que la *Charte* ne s'applique pas, alors, à la seconde étape, le tribunal doit se demander si la preuve devrait être écartée du procès au motif que son admission est de nature à compromettre l'équité du procès (par. 113).

[57] Le juge LeBel a choisi de recourir aux règles prohibitives du droit international coutumier pour faciliter l'interprétation de l'art. 32 de la *Charte* (par. 35-39). Le droit international coutumier se compose de normes qui répondent aux deux exigences de la pratique des États et de l'*opinio juris* : les États doivent respecter la norme et la considérer comme juridiquement contraignante (par. 46). Les juges majoritaires dans *Hape* se sont attachés au principe de l'égalité souveraine, lequel repose sur le respect de la souveraineté territoriale et est « indissociable » du principe de non-intervention, selon lequel tous les États sont souverains et égaux (par. 40 et 45-46). Les juges majoritaires se sont fondés sur la doctrine de l'adoption pour conclure que les principes de non-intervention et de souveraineté territoriale doivent également être pris en compte pour déterminer la portée de la *Charte*. Ils ont également appliqué la

unless its wording compels otherwise (paras. 39, 46 and 53). They held that in interpreting the *Charter's* scope, the Court should seek to ensure compliance with Canada's binding obligations under international law where the *Charter's* express words are capable of supporting that construction.

[58] The majority found that the comity of nations — defined as “the deference and respect due by other states to the actions of a state legitimately taken within its territory” — was another interpretive principle that aids in interpreting the *Charter's* extraterritorial reach (paras. 32-33, 47, 50 and 53-56, quoting *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at p. 1095). LeBel J. observed that comity encourages states to cooperate with each other to investigate transnational crime and, where one state assists another, to respect how assistance is given within a state's territory. However, he made clear that comity “does not offer a rationale for condoning another state's breach of international law” and that comity's deference “ends where clear violations of international law and fundamental human rights begin” (paras. 51-52).

[59] Having set out these additional interpretive principles, the majority reviewed and applied jurisdictional principles of international law. LeBel J. observed there are three forms of jurisdiction: prescriptive, enforcement, and adjudicative. Prescriptive jurisdiction “is the power to make rules, issue commands or grant authorizations that are binding upon persons and entities” (para. 58). Enforcement jurisdiction “is the power to use coercive means to ensure that rules are followed, commands are executed or entitlements are upheld” (*ibid.*). Finally, adjudicative jurisdiction “is the power of a state's courts to resolve disputes or interpret the law through decisions that carry binding force” (*ibid.*). He also summarized several bases upon which a state may exercise its jurisdiction, including the territoriality, nationality, and universality principles (paras. 59-61).

présomption de conformité, un principe d'interprétation législative selon lequel une loi est réputée conforme au droit international, à moins que son libellé ne commande un autre résultat (par. 39, 46 et 53). Ils ont décidé qu'au moment de déterminer la portée de la *Charte*, la Cour doit tendre à assurer le respect des obligations du Canada en droit international lorsque le libellé exprès de la *Charte* le permet.

[58] Les juges majoritaires ont constaté que la courtoisie entre les nations — définie comme « la déférence et le respect que des États doivent avoir pour les actes qu'un autre État a légitimement accomplis sur son territoire » — était un autre principe d'interprétation qui aide à établir la portée extraterritoriale de la *Charte* (par. 32-33, 47, 50 et 53-56, citant *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, p. 1095). Le juge LeBel a fait observer que la courtoisie incite les États à collaborer les uns avec les autres pour élucider les crimes transfrontaliers et veut que l'État qui en aide un autre respecte la façon dont cette assistance est fournie sur le territoire de celui-ci. Toutefois, il a clairement énoncé que le principe de la courtoisie « ne saurait justifier un État de tolérer la violation du droit international par un autre État » et que la déférence liée à la courtoisie « cesse dès la violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne » (par. 51-52).

[59] Après avoir énoncé ces autres principes d'interprétation, les juges majoritaires ont examiné et appliqué les principes de compétence en droit international. Le juge LeBel a fait remarquer qu'il y a trois formes de compétence : la compétence normative, la compétence d'exécution et la compétence juridictionnelle. La compétence normative « confère le pouvoir d'établir des règles, des prescriptions ou des droits opposables à des personnes, physiques ou morales » (par. 58). La compétence d'exécution « permet de recourir à des moyens coercitifs pour faire respecter règles, prescriptions ou droits » (*ibid.*). Enfin, la compétence juridictionnelle « consiste dans le pouvoir des tribunaux d'un État de régler des différends ou d'interpréter la loi au moyen de décisions ayant force obligatoire » (*ibid.*). Il a également résumé plusieurs fondements sur lesquels un État peut exercer sa compétence, y compris les principes de territorialité, de nationalité et d'universalité (par. 59-61).

[60] The majority proceeded to discuss principles pertaining to extraterritorial jurisdiction in the Canadian context. They stated that “it is a well-established principle that a state cannot act to enforce its laws within the territory of another state absent either the consent of the other state or, in exceptional cases, some other basis under international law” (para. 65). Observing that, pursuant to the *Statute of Westminster, 1931*, Canada has the authority to make laws having extraterritorial operation (para. 66), they noted that Parliament’s ability to pass extraterritorial legislation is also informed by the above-mentioned interpretive principles. They concluded that while Parliament can *enact* legislation inconsistent with these interpretive principles, any Canadian law can only be *enforced* abroad with the consent of other states (paras. 67-68).

[61] With these principles in mind, the majority turned to a review of this Court’s prior jurisprudence and explained why *Cook*, the Court’s previous decision allowing extraterritorial application of the *Charter* to the actions of Canadian police abroad, ought to be revisited. In *Cook*, the Court had determined that the *Charter* applied to the taking of the accused’s statement by Canadian police in the United States in connection with an investigation of an offence to be prosecuted in Canada.

[62] The majority raised three criticisms of *Cook*. First, they noted that the decision failed to distinguish prescriptive and enforcement jurisdiction (paras. 84-85). As they viewed the extraterritorial application of the *Charter* as an exercise of enforcement jurisdiction, and since extraterritorial enforcement of Canadian laws is not possible (without consent), they concluded that extraterritorial application of the *Charter* is impossible (para. 85).

[63] Second, they noted practical and theoretical difficulties arose when the *Cook* approach was applied to different facts, such as those in *Hape*, where a warrant for the impugned search was not necessary under Turks and Caicos law (paras. 86-92). The majority concluded that, both theoretically and practically,

[60] Les juges majoritaires ont ensuite procédé à une analyse des principes relatifs à la compétence extraterritoriale dans le contexte canadien. Ils ont affirmé qu’« il est bien établi qu’un État peut faire appliquer ses lois à l’étranger seulement s’il obtient le consentement de l’État en cause ou, à titre exceptionnel, si le droit international l’y autorise par ailleurs » (par. 65). Faisant remarquer que, conformément au *Statut de Westminster de 1931*, le Canada a le pouvoir d’adopter des lois d’application extraterritoriale (par. 66), ils ont relevé que la capacité du Parlement d’adopter des lois extraterritoriales est aussi éclairée par les principes d’interprétation susmentionnés. Ils ont conclu que certes, le Parlement peut *adopter* des lois incompatibles avec ces principes d’interprétation, mais que le Canada ne peut *mettre à exécution* ses règles de droit à l’étranger qu’avec le consentement d’autres États (par. 67-68).

[61] Puis, ces principes en tête, les juges majoritaires ont examiné la jurisprudence de notre Cour et ont expliqué pourquoi l’arrêt *Cook*, le précédent de la Cour autorisant l’application extraterritoriale de la *Charte* aux actes de la police canadienne à l’étranger, devait être revu. Dans *Cook*, la Cour avait décidé que la *Charte* s’appliquait à l’enregistrement de la déclaration de l’accusé par la police canadienne aux États-Unis relativement à une enquête portant sur une infraction devant être instruite au Canada.

[62] Les juges majoritaires ont formulé trois critiques de l’arrêt *Cook*. Premièrement, ils ont fait remarquer que la décision n’établissait pas de distinction entre la compétence normative et la compétence d’exécution (par. 84-85). Puisqu’ils considéraient l’application extraterritoriale de la *Charte* comme un exercice de la compétence d’exécution, et comme l’application extraterritoriale des lois canadiennes n’est pas possible (sans le consentement de l’État d’accueil), ils ont conclu que l’application extraterritoriale de la *Charte* est impossible (par. 85).

[63] Deuxièmement, ils ont relevé les difficultés pratiques et théoriques découlant de l’application de la méthode adoptée dans *Cook* à des faits différents, comme ceux de l’affaire *Hape*, où un mandat concernant la fouille contestée n’était pas nécessaire selon le droit de Turks et Caicos (par. 86-92). Les

the *Charter* cannot apply to searches and seizures conducted abroad (paras. 86-92).

[64] Third, they found that *Cook* failed to give proper consideration to the wording of s. 32(1) (paras. 93-95). Interpreting s. 32(1) in light of the interpretive principles discussed above, they concluded that extraterritorial enforcement actions were outside the scope of the *Charter*. Section 32(1) states the *Charter* applies to “matters within the authority of” Parliament or the provincial legislatures. Having found that Parliament and the provincial legislatures do not have jurisdiction to authorize enforcement abroad, the majority concluded that activities such as criminal investigations abroad are not “matters within the authority of” Parliament or the provincial legislatures and are thus not captured by s. 32(1) (para. 94).

[65] Despite finding that the *Charter* generally could not be applied to the actions of Canadian officials conducted as part of an investigation occurring abroad, *Hape* identified three exceptions pursuant to which *Charter* protections might apply. First, the *Charter* could apply extraterritorially where the foreign state consented to the *Charter*’s application (para. 106). Second, the principle of comity “may give way” where the participation of Canadian officers in the investigative activities would violate Canada’s international human rights obligations (para. 101). Third, ss. 7 and 11(d) of the *Charter* could operate to exclude evidence obtained by Canadian officials abroad, if admitting the evidence would result in an unfair trial (paras. 107-12).

IV. Criticisms of *Hape*

[66] The decision in *Hape* and its approach has been the subject of significant and sustained criticism

juges majoritaires ont conclu, en raison des obstacles théoriques et pratiques, que la *Charte* ne pouvait pas s’appliquer aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies effectuées à l’étranger (par. 86-92).

[64] Troisièmement, ils ont conclu que l’arrêt *Cook* ne prenait pas suffisamment en compte le libellé du par. 32(1) (par. 93-95). Interprétant le par. 32(1) à la lumière des principes d’interprétation susmentionnés, ils ont conclu que les actes d’exécution extraterritoriale débordaient du champ d’application de la *Charte*. Le paragraphe 32(1) dispose que la *Charte* s’applique aux « domaines relevant » du Parlement ou des législatures des provinces. Après avoir jugé que le Parlement et les législatures des provinces n’avaient pas compétence pour autoriser des mesures d’application de la loi à l’étranger, les juges majoritaires ont conclu que les activités comme les enquêtes criminelles menées en territoire étranger n’appartiennent pas à l’un des « domaines relevant » du Parlement ou des législatures provinciales, et qu’elles ne sont donc pas visées par le par. 32(1) (par. 94).

[65] Même s’il y a été conclu que la *Charte* ne pouvait généralement pas s’appliquer aux actions des agents canadiens accomplies dans le cadre d’une enquête à l’étranger, l’arrêt *Hape* a relevé trois exceptions d’après lesquelles les protections offertes par la *Charte* peuvent néanmoins s’appliquer. Premièrement, la *Charte* peut s’appliquer de manière extraterritoriale lorsque l’État d’accueil y consent (par. 106). Deuxièmement, le principe de courtoisie « peut cesser de justifier » la participation d’un policier canadien à une activité d’enquête lorsque cette participation emporterait le manquement du Canada à ses obligations internationales en matière de droits de la personne (par. 101). Troisièmement, l’application combinée de l’art. 7 et de l’al. 11d) de la *Charte* peut avoir pour effet d’écarter les éléments de preuve obtenus par les agents canadiens à l’étranger, si l’admission de ces éléments de preuve est susceptible de rendre le procès inéquitable (par. 107-112).

IV. Critiques formulées à l’encontre de l’arrêt *Hape*

[66] L’arrêt *Hape* et la méthode qui y est prônée ont fait l’objet d’importantes critiques nourries de la

by experts in international law.⁴ Three main flaws in *Hape* have been identified: (1) *Hape* applied improper interpretive principles, including jurisdictional principles of international law and a principle of statutory interpretation, to its interpretation of s. 32(1); (2) *Hape* mischaracterized the extraterritorial application of the *Charter* as an unlawful exercise of enforcement jurisdiction; and (3) *Hape*'s three exceptions are inadequate. LeBel J.'s reliance on and misapplication of these international law principles has generated the level and type of cogent criticism and doctrinal instability which calls for a reconsideration of this aspect of the *Hape* decision. We look at each of these three main criticisms in turn.

[67] First, a fundamental underpinning of *Hape* was that s. 32(1) ought to be interpreted in a way that ensures compliance with rules of international law that are binding on Canada, which in this case led to a more restrictive reading of s. 32 (para. 56). Methodologically, imposing international law principles as an overlay

part d'experts en droit international⁴. Trois principales lacunes ont été imputées à cet arrêt : (1) *Hape* a appliqué de mauvais principes d'interprétation, notamment des principes de compétence en droit international et un principe d'interprétation législative, à son interprétation du par. 32(1); (2) *Hape* a qualifié à tort l'application extraterritoriale de la *Charte* d'exercice illégal de la compétence d'exécution; (3) les trois exceptions énumérées dans *Hape* sont inadéquates. Le recours à ces principes de droit international et leur mauvaise application par le juge LeBel ont suscité le type et le degré de critiques convaincantes et d'instabilité doctrinale qui nécessitent un réexamen de cet aspect de l'arrêt *Hape*. Nous examinons à tour de rôle chacune de ces trois principales critiques.

[67] En premier lieu, une assise fondamentale de l'arrêt *Hape* est le fait que le par. 32(1) doit être interprété de manière à assurer le respect des règles de droit international qui lient le Canada, et qui, dans cette affaire, ont entraîné une interprétation plus restrictive de l'art. 32 (par. 56). D'un point de

⁴ See K. Roach, "R. v. *Hape* Creates Charter-Free Zones for Canadian Officials Abroad" (2007), 53 *Crim. L.Q.* 1, at p. 1; J. H. Currie, "Weaving a Tangled Web: *Hape* and the Obfuscation of Canadian Reception Law" (2007), 45 *Can. Y.B. Int'l L.* 55; G. van Ert, "Canadian Cases in Public International Law in 2006-7" (2007), 45 *Can. Y.B. Int'l L.* 527, at pp. 544-55; J. H. Currie, "*Khadr*'s Twist on *Hape*: Tortured Determinations of the Extraterritorial Reach of the Canadian *Charter*" (2008), 46 *Can. Y.B. Int'l L.* 307; A. Attaran, "Have Charter, Will Travel? Extraterritoriality in Constitutional Law and Canadian Exceptionalism" (2008), 87 *Can. Bar Rev.* 515; P.-H. Verdier, "International Decisions: R. v. *Hape*" (2008), 102 *Am. J. Int'l L.* 143; J. H. Currie, "International Human Rights Law in the Supreme Court's Charter Jurisprudence: Commitment, Retrenchment and Retreat — In No Particular Order" (2010), 50 *S.C.L.R.* (2d) 423; M. L. Banda, "On the Water's Edge? A Comparative Study of the Influence of International Law and the Extraterritorial Reach of Domestic Laws in the War on Terror Jurisprudence" (2010), 41 *Geo. J. Int'l L.* 525; C. Sethi, "Does the Charter Follow the Flag? Revisiting Constitutional Extraterritoriality after R v *Hape*" (2011), 20 *Dal. J. Leg. Stud.* 102; M. Webb, "The Constitutional Question of Our Time: Extraterritorial Application of the Charter and the Afghan Detainees Case" (2011), 28 *N.J.C.L.* 235; D. Ireland-Piper, "Extraterritorial Criminal Jurisdiction: Does the Long Arm of the Law Undermine the Rule of Law?" (2012), 13 *Melb. J. Int'l L.* 122; C. McLachlan, *Foreign Relations Law* (2014), at paras. 8.36-8.38 and 8.52-8.94; R. J. Currie and J. Rikhof, *International & Transnational Criminal Law* (3rd ed. 2020), at pp. 631-39; L. West, "'Within or Outside Canada': The Charter's Application to the Extraterritorial Activities of the Canadian Security Intelligence Service" (2023), 73 *U.T.L.J.* 1; L. West, "Canada Stands Alone: A Comparative Analysis of the Extraterritorial Reach of State Human Rights Obligations" ((2023), 55 *U.B.C. L. Rev.* 845).

⁴ Voir K. Roach, « R. v. *Hape* Creates Charter-Free Zones for Canadian Officials Abroad » (2007), 53 *Crim. L.Q.* 1, p. 1; J. H. Currie, « Weaving a Tangled Web : *Hape* and the Obfuscation of Canadian Reception Law » (2007), 45 *A. can. D. int.* 55; G. van Ert, « Jurisprudence canadienne en matière de droit international public en 2006-7 » (2007), 45 *A. can. D. int.* 527, p. 544-555; J. H. Currie, « *Khadr*'s Twist on *Hape* : Tortured Determinations of the Extraterritorial Reach of the Canadian *Charter* » (2008), 46 *A. can. D. int.* 307; A. Attaran, « Have Charter, Will Travel? Extraterritoriality in Constitutional Law and Canadian Exceptionalism » (2008), 87 *R. du B. can.* 515; P.-H. Verdier, « International Decisions : R. v. *Hape* » (2008), 102 *Am. J. Int'l L.* 143; J. H. Currie, « International Human Rights Law in the Supreme Court's Charter Jurisprudence : Commitment, Retrenchment and Retreat — In No Particular Order » (2010), 50 *S.C.L.R.* (2d) 423; M. L. Banda, « On the Water's Edge? A Comparative Study of the Influence of International Law and the Extraterritorial Reach of Domestic Laws in the War on Terror Jurisprudence » (2010), 41 *Geo. J. Int'l L.* 525; C. Sethi, « Does the Charter Follow the Flag? Revisiting Constitutional Extraterritoriality after R v *Hape* » (2011), 20 *Dal. J. Leg. Stud.* 102; M. Webb, « The Constitutional Question of Our Time : Extraterritorial Application of the Charter and the Afghan Detainees Case » (2011), 28 *R.N.D.C.* 235; D. Ireland-Piper, « Extraterritorial Criminal Jurisdiction : Does the Long Arm of the Law Undermine the Rule of Law » (2012), 13 *Melb. J. Int'l L.* 122; C. McLachlan, *Foreign Relations Law* (2014), par. 8.36-8.38 et 8.52-8.94; R. J. Currie et J. Rikhof, *International & Transnational Criminal Law* (3^e éd. 2020), p. 631-639; L. West, « "Within or Outside Canada" : The Charter's Application to the Extraterritorial Activities of the Canadian Security Intelligence Service » (2023), 73 *U.T.L.J.* 1; L. West, « Canada Stands Alone : A Comparative Analysis of the Extraterritorial Reach of State Human Rights Obligations » ((2023), 55 *U.B.C. L. Rev.* 845).

to *limit* the scope of the *Charter* undermines the purposive approach to *Charter* interpretation (West, “Canada Stands Alone”, at pp. 856-58; *Cook*, at para. 147, per Bastarache J.). Rather, international law should generally be used to support or confirm an interpretation arrived at through the purposive approach (*R. v. Bissonnette*, 2022 SCC 23, [2022] 1 S.C.R. 597, at para. 98; H. S. Fairley, “International Law Comes of Age: *Hape v. The Queen*” (2008), 87 *Can. Bar Rev.* 229, at p. 236). Moreover, jurisdictional principles of international law are not an appropriate basis for limiting the meaning of “authority” in s. 32(1) as a matter of domestic constitutional law. Parliament’s authority is plenary within the classes of subjects enumerated in s. 91 of the *Constitution Act, 1867* and extends to extraterritorial enforcement action, including actions that violate international law itself (*Statute of Westminster, 1931*, s. 3; *Croft v. Dunphy*, [1933] A.C. 156 (P.C.), at p. 163; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, at para. 141, per LeBel J.; J. H. Currie, “*Khadr’s* Twist on *Hape*: Tortured Determinations of the Extraterritorial Reach of the Canadian *Charter*” (2008), 46 *Can. Y.B. Int’l L.* 307, at pp. 318-19; *Hape*, at paras. 39, 53 and 68; G. van Ert, “Canadian Cases in Public International Law in 2006-7” (2007), 45 *Can. Y.B. Int’l L.* 527, at p. 551; West, “Canada Stands Alone”, at pp. 863-64). As well, concerns over international comity and the policy goal of increasing international cooperation between police forces should not be permitted to overtake a proper purposive interpretation or used to insulate state conduct from judicial review (Currie and Rikhof, at pp. 628-29).

[68] Additionally, *Hape* applied the presumption of conformity — a principle of *statutory* interpretation (para. 53) — to its interpretation of s. 32(1) (Currie (2008), at p. 315; Sethi, at p. 113; J. H. Currie, “International Human Rights Law in the Supreme Court’s Charter Jurisprudence: Commitment, Retrenchment

vue méthodologique, imposer des principes de droit international en prime pour *limiter* la portée de la *Charte* sape le caractère téléologique de l’interprétation de la *Charte* (West, « Canada Stands Alone », p. 856-858; *Cook*, par. 147, le juge Bastarache). Le droit international devrait plutôt généralement être utilisé pour appuyer ou confirmer une interprétation dégagée en appliquant la démarche téléologique (*R. c. Bissonnette*, 2022 CSC 23, [2022] 1 R.C.S. 597, par. 98; H. S. Fairley, « International Law Comes of Age : *Hape v. The Queen* » (2008), 87 *R. du B. can.* 229, p. 236). En outre, les principes de compétence en droit international ne sont pas un fondement adéquat permettant de limiter le sens du terme « relevant » employé au par. 32(1) en matière de droit constitutionnel interne. Le Parlement a pleine compétence en ce qui a trait aux catégories de sujets énumérés à l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et cette compétence s’étend aux mesures d’exécution extraterritoriales, y compris aux mesures qui violent le droit international lui-même (*Statut de Westminster de 1931*, art. 3; *Croft c. Dunphy*, [1933] A.C. 156 (C.P.), p. 163; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, par. 141, le juge LeBel; J. H. Currie, « *Khadr’s* Twist on *Hape* : Tortured Determinations of the Extraterritorial Reach of the Canadian *Charter* » (2008), 46 *A. can. D. int.* 307, p. 318-319; *Hape*, par. 39, 53 et 68; G. van Ert, « Jurisprudence canadienne en matière de droit international public en 2006-7 » (2007), 45 *A. can. D. int.* 527, p. 551; West, « Canada Stands Alone », p. 863-864). En outre, on ne devrait pas permettre que des préoccupations quant à la courtoisie internationale et l’objectif de politique générale d’accroître la coopération internationale entre les forces policières aient le dessus sur l’interprétation téléologique qu’il convient de retenir ou soient utilisés pour soustraire la conduite de l’État au contrôle judiciaire (Currie et Rikhof, p. 628-629).

[68] De plus, dans l’arrêt *Hape*, la Cour a appliqué la présomption de conformité — un principe d’interprétation *législatif* (par. 53) — à son interprétation du par. 32(1) (Currie (2008), p. 315; Sethi, p. 113; J. H. Currie, « International Human Rights Law in the Supreme Court’s Charter Jurisprudence :

and Retreat — In No Particular Order” (2010), 50 S.C.L.R. (2d) 423, at pp. 441-43 and 453-54). The presumptions used in *Charter* interpretation are different from those used in statutory interpretation (*Hunter*, at p. 155). Rather than presuming conformity, in the *Charter* context we presume that the *Charter* “provide[s] protection at least as great as that afforded by similar provisions in international human rights documents which Canada has ratified”, creating a floor — but not a ceiling — for *Charter* protections based on binding international human rights instruments (*Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 349, per Dickson C.J.; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1056, quoted in *Hape*, at para. 55; L. West, “‘Within or Outside Canada’: The Charter’s Application to the Extraterritorial Activities of the Canadian Security Intelligence Service” (2023), 73 U.T.L.J. 1, at p. 39; Currie (2008), at p. 321). *Hape*’s application of international law principles and statutory interpretation principles to its interpretation of s. 32(1), contrary to the established purposive approach, suggests the need for reconsideration.

[69] Second, according to international law scholars, this portion of *Hape* mischaracterizes the extraterritorial application of the *Charter* as an unlawful exercise of enforcement jurisdiction. We agree with *Hape* that Canadian officials conducting an investigation abroad are exercising extraterritorial enforcement jurisdiction (*Hape*, at paras. 58, 64-65 and 105; Currie and Rikhof, at p. 98). But, academics contend that when jurisdictional principles are properly applied, it becomes clear that requiring Canadian officials to comply with the *Charter* when abroad and allowing Canadian courts to assess their conduct for such compliance are exercises of prescriptive and adjudicative jurisdiction respectively, neither of which violate international law nor interfere with the sovereign authority of another state (van Ert, at p. 552; J. Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law* (9th ed. 2019), at p. 462; see also

Commitment, Retrenchment and Retreat — In No Particular Order » (2010), 50 S.C.L.R. (2d) 423, p. 441-443 et 453-454). Les présomptions utilisées dans l’interprétation de la *Charte* sont différentes de celles utilisées dans l’interprétation législative (*Hunter*, p. 155). Au lieu de présumer la conformité, nous présumons dans le cadre de la *Charte* qu’elle « accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu’offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que le Canada a ratifiés en matière de droits de la personne », ce qui a pour effet de créer un plancher — et non un plafond — pour les protections offertes par la *Charte* sur la base des instruments internationaux contraignants en matière de droits de la personne (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 349, le juge en chef Dickson; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1056, cité dans *Hape*, par. 55; L. West, « “Within or Outside Canada” : The Charter’s Application to the Extraterritorial Activities of the Canadian Security Intelligence Service » (2023), 73 U.T.L.J. 1, p. 39; Currie (2008), p. 321). L’application, dans *Hape*, des principes de droit international et des principes d’interprétation législative à l’interprétation qui y est faite du par. 32(1), contrairement à la démarche téléologique établie, tend à indiquer qu’il faut revoir cet arrêt.

[69] En deuxième lieu, d’après les spécialistes du droit international, cette partie de l’arrêt *Hape* caractérise erronément l’application extraterritoriale de la *Charte* comme étant un exercice illégal de la compétence d’exécution. Nous sommes d’accord avec l’arrêt *Hape* pour dire que les agents canadiens qui mènent une enquête à l’étranger exercent une compétence d’exécution extraterritoriale (*Hape*, par. 58, 64-65 et 105; Currie et Rikhof, p. 98). Les spécialistes soutiennent cependant que, lorsque les principes de compétence sont bien appliqués, il devient évident qu’exiger des agents canadiens qu’ils respectent la *Charte* à l’étranger et permettre aux tribunaux canadiens d’évaluer leur conduite afin de veiller à ce qu’elle soit conforme à la *Charte* constituent des exercices des compétences, respectivement, normative et juridictionnelle, et ni l’une ni l’autre ne viole le droit international ni ne fait

Currie (2008), at p. 317). These criticisms leave *Hape*'s analysis ripe for reconsideration.

[70] Furthermore, *Hape* equated the application of the *Charter* with a requirement that Canadian procedure govern the investigation (paras. 84, 86 and 98), which muddled the analysis. Applying the *Charter* to the conduct of Canadian officials acting abroad is not the same thing as requiring Canadian laws of criminal procedure to govern the foreign investigation (Currie and Rikhof, at p. 634). The *Charter* does not govern the activities of foreign officials and Canadian officials engaging in enforcement activities in another state are required to comply with that state's laws (*R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, at para. 19; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 15). State sovereignty is respected by gaining consent to participate in the investigation and by requiring that Canadian officers conducting duties abroad comply with the laws of the foreign state. Requiring Canadian authorities to also abide by the *Charter* does not preclude the need to respect foreign law prerequisites.

[71] In addition, scholarship and foreign case law suggest comity concerns are minimal. States routinely apply their domestic law to the actions of their officials abroad, without seeking the consent of the territorial state (M. Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy* (2011), at p. 65; see, e.g., *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259 (1990), at p. 283, fn. 7, per Brennan J., dissenting; C. McLachlan, *Foreign Relations Law* (2014), at paras. 5.154-5.156; *Smith v. Ministry of Defence*, [2013] UKSC 41, [2014] A.C. 52, at paras. 46-49; *Kaunda v. President of the Republic of South Africa*, [2004] ZACC 5, 2005 (4) S.A. 235, at paras. 42-44 and 228-29; *Young v. Attorney-General*, [2018] NZCA 307, [2018] 3 N.Z.L.R. 827, at paras. 28-30; *Smith v. R.*, [2020] NZCA 499, [2021] 3 N.Z.L.R. 324, at para. 92; *Afghan Nationals v. Minister for Immigration*, [2021] NZHC 3154, [2022] 2 N.Z.L.R. 102, at para. 39; *Federal Intelligence Service — foreign surveillance*,

obstacle à l'autorité souveraine d'un autre État (van Ert, p. 552; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (9^e éd. 2019), p. 462; voir aussi Currie (2008), p. 317). Étant donné ces critiques, il y a lieu de revoir l'analyse effectuée dans *Hape*.

[70] De plus, l'arrêt *Hape* a assimilé l'application de la *Charte* à l'exigence que la procédure canadienne régie l'enquête (par. 84, 86 et 98), ce qui a embrouillé l'analyse. Appliquer la *Charte* à la conduite des agents canadiens exerçant leurs fonctions à l'étranger n'est pas la même chose que d'exiger que les lois canadiennes en matière de procédure criminelle régissent une enquête menée à l'étranger (Currie et Rikhof, p. 634). La *Charte* ne régit pas les activités des agents étrangers, et les agents canadiens qui se livrent à des activités d'exécution de la loi dans un autre État doivent respecter les lois de cet État (*R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207, par. 19; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 15). La souveraineté de l'État est respectée lorsqu'on obtient le consentement de participer à une enquête et lorsqu'on exige que les agents canadiens qui accomplissent leurs tâches à l'étranger respectent les lois de l'État étranger. Exiger que les autorités canadiennes se conforment en outre à la *Charte* n'exclut pas le besoin de respecter les prérequis du droit étranger.

[71] Qui plus est, la doctrine et la jurisprudence étrangère tendent à indiquer que les préoccupations en matière de courtoisie sont minimales. Les États appliquent couramment leur droit interne aux actions que leurs agents effectuent à l'étranger, et ils le font sans solliciter le consentement de l'État d'accueil (M. Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties : Law, Principles, and Policy* (2011), p. 65; voir, p. ex., *United States c. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259 (1990), p. 283, note 7, le juge Brennan, dissident; C. McLachlan, *Foreign Relations Law* (2014), par. 5.154-5.156; *Smith c. Ministry of Defence*, [2013] UKSC 41, [2014] A.C. 52, par. 46-49; *Kaunda c. President of the Republic of South Africa*, [2004] ZACC 5, 2005 (4) S.A. 235, par. 42-44 et 228-229; *Young c. Attorney-General*, [2018] NZCA 307, [2018] 3 N.Z.L.R. 827, par. 28-30; *Smith c. R.*, [2020] NZCA 499, [2021] 3 N.Z.L.R. 324, par. 92; *Afghan Nationals c. Minister for Immigration*, [2021] NZHC 3154, [2022] 2 N.Z.L.R. 102, par. 39;

BVerfG, 1 BvR 2835/17, Decision of May 19, 2020 (Germany), at paras. 91, 93-94, 101 and 104). This reality of state practice suggests that no norm of customary international law prohibits a state from regulating the actions of its officials abroad through its domestic law. And it indicates that comity is in no way offended by applying domestic law to state officials' actions abroad because states do not view this as any breach of rules of courtesy or any violation of international law.

[72] Moreover, Canada's international human rights obligations support applying the *Charter* extraterritorially. The *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47, which is ratified by and therefore binding on Canada, "covers much of the same ground" and is "relevant to the interpretation of the *Charter*" (P. W. Hogg and W. K. Wright, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at § 36:28; *Bissonnette*, at para. 99). The *International Covenant on Civil and Political Rights* has been interpreted as imposing extraterritorial obligations on state parties (Article 2(1); *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, at paras. 108-11; Human Rights Committee, *General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, May 26, 2004, at para. 12; *Munaf v. Romania*, Communication No. 1539/2006, U.N. Doc. CCPR/C/96/D/1539/2006 (2009), at para. 14.2; *Lopez Burgos v. Uruguay*, Communication No. 52/1979, U.N. Doc. CCPR/C/13/D/52/1979 (1981), at para. 12.3; Currie (2010), at pp. 440-41). Because the *Charter* is presumed to provide protections at least as great (*Slaight*, at p. 1056), it would follow that the *Charter* should also extend to the actions of state officials when abroad.

[73] Third, critics contend that *Hape's* three exceptions — consent, violations of international human rights obligations, and trial fairness — are inadequate. They fail to provide the same robust protections as expressly contained in the *Charter*.

Federal Intelligence Service — foreign surveillance, BVerfG, 1 BvR 2835/17, décision du 19 mai 2020 (Allemagne), par. 91, 93-94, 101 et 104). Cette réalité de la pratique des États suggère qu'aucune norme de droit international coutumier n'interdit à un État de réglementer les actions de ses agents à l'étranger par le truchement de son droit interne. Cela indique aussi qu'on ne porte aucunement atteinte à la courtoisie en appliquant le droit interne aux actions des représentants de l'État à l'étranger, parce que les États ne considèrent pas cela comme une infraction aux règles de courtoisie ou une violation du droit international.

[72] En outre, les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne étayent l'application extraterritoriale de la *Charte*. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47, qui a été ratifié par le Canada et lie donc celui-ci, [TRADUCTION] « couvre en grande partie les mêmes éléments » et est « pertinent pour l'interprétation de la *Charte* » (P. W. Hogg et W. K. Wright, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), § 36:28; *Bissonnette*, par. 99). Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* a été interprété comme imposant des obligations extraterritoriales aux États parties (par. 2(1); *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, Rec. C.I.J. 2004, p. 136, par. 108-111; Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 31 : La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004, par. 12; *Munaf c. Roumanie*, Communication n° 1539/2006, Doc. N.U. CCPR/C/96/D/1539/2006 (2009), par. 14.2; *Lopez Burgos c. Uruguay*, Communication n° 52/1979, Doc. N.U. CCPR/C/13/D/52/1979 (1981), par. 12.3; Currie (2010), p. 440-441). Puisque la *Charte* est présumée offrir une protection tout aussi grande (*Slaight*, p. 1056), il s'ensuit qu'elle devrait aussi s'appliquer aux actions des représentants de l'État lorsqu'ils sont à l'étranger.

[73] En troisième lieu, les critiques soutiennent que les trois exceptions énoncées dans l'arrêt *Hape* — consentement, violations des obligations internationales en matière de droits de la personne et équité du procès — sont inadéquates. Elles n'accordent pas les

This is cause for concern and suggests the need to revisit *Hape*'s conclusion.

[74] Scholars have pointed out that the consent exception proves illusory in many circumstances (Attaran, at pp. 534-36 and 538-39; West, "Within or Outside Canada", at pp. 37-39). Moreover, if the extraterritorial application of the *Charter* is not an exercise of enforcement jurisdiction (as international law scholars contend), the consent exception is based on: (1) the unsustainable notion of Canadian officials asking for other states' permission to apply Canada's constitutional limits to Canada's own conduct; and (2) the assumption that the territorial state would understand the question or should control the answer (van Ert, at p. 555).

[75] Academics have noted that the human rights exception leaves gaps where *Charter* protections exceed the rights guaranteed in international human rights instruments (West, "Within or Outside Canada" at p. 39; Currie (2008), at pp. 320-21). That gaps will arise is a given in light of the presumption that the *Charter* provides protections at least as great as those provided for under Canada's international human rights obligations (*Slaight*, at p. 1056). As well, it is illogical for the nature of the breach to determine the application of the rights-protecting instrument (Attaran, at p. 520; see also *Amnesty International Canada v. Canada (Chief of the Defence Staff)*, 2008 FC 336, [2008] 4 F.C.R. 546, at paras. 312-13, aff'd 2008 FCA 401, [2009] 4 F.C.R. 149). Doctrinally, the exception is inconsistent with the principle that treaties, the key source of Canada's international human rights obligations, do not take effect in Canadian law directly unless they have been implemented through legislation and fails to recognize that the *Charter* is the means by which Canada has implemented many of these obligations (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 69; van Ert, at p. 553; J. H. Currie, "Weaving a Tangled Web: *Hape* and the Obfuscation of Canadian Reception Law" (2007), 45 *Can. Y.B. Int'l L.* 55, at pp. 80-81; Currie and Rikhof, at p. 636; see also K. Sun, "International Comity and the Construction

mêmes protections robustes que celles expressément prévues dans la *Charte*. Cela a de quoi inquiéter et tend à indiquer qu'il faut revoir la conclusion tirée dans l'arrêt *Hape*.

[74] Les spécialistes ont souligné que l'exception relative au consentement s'avère illusoire dans bien des circonstances (Attaran, p. 534-536 et 538-539; West, « Within or Outside Canada », p. 37-39). De plus, si l'application extraterritoriale de la *Charte* n'est pas un exercice de la compétence d'exécution (comme le soutiennent les spécialistes du droit international), l'exception relative au consentement est fondée sur : (1) l'idée intenable que les agents canadiens demandent à d'autres États la permission d'appliquer les limites constitutionnelles du Canada à sa propre conduite; et (2) le postulat que l'État d'accueil comprendrait la question ou devrait contrôler la réponse (van Ert, p. 555).

[75] Les universitaires ont fait remarquer que l'exception relative aux droits de la personne ouvre des brèches où les protections accordées par la *Charte* excèdent les droits garantis dans les instruments internationaux en matière de droits de la personne (West, « Within or Outside Canada », p. 39; Currie (2008), p. 320-321). La survenance de ces brèches est un fait compte tenu de la présomption selon laquelle la *Charte* confère des protections à tout le moins aussi grandes que celle qu'offrent les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne (*Slaight*, p. 1056). De plus, il est illogique que la nature de la violation dicte l'application de l'instrument protégeant les droits (Attaran, p. 520; voir aussi *Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, 2008 CF 336, [2008] 4 R.C.F. 546, par. 312-313, conf. par 2008 CAF 401, [2009] 4 R.C.F. 149). Sur le plan de la doctrine, l'exception ne cadre pas avec le principe voulant que les traités, la principale source des obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne, ne fassent pas directement partie du droit canadien sauf s'ils ont été mis en œuvre par une loi, et elle ne reconnaît pas que la *Charte* est le moyen par lequel le Canada a mis en œuvre bon nombre de ces obligations (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 69; van Ert, p. 553; J. H. Currie,

of the *Charter's* Limits: *Hape* Revisited” (2019), 45 *Queen's L.J.* 115, at p. 145). And the “curious” result of the exception — that international human rights law, rather than the *Charter*, is used to assess the actions of Canadian officials acting abroad (van Ert, at p. 553) — creates uncertainty for Canadian state actors acting abroad who are unlikely to be familiar with Canada's international human rights obligations (*Amnesty International*, at para. 314; *Hape*, at para. 173, per Bastarache J.).

[76] Finally, critics suggest the trial fairness exception also leaves gaps because it does not apply when an individual's *Charter* rights are breached in a manner that does not result in obtaining evidence that would place the fairness of the trial in question or when the *Charter*-infringing state conduct never leads to a criminal trial in Canada (K. Roach, “*R. v. Hape* Creates Charter-Free Zones for Canadian Officials Abroad” (2007), 53 *Crim. L.Q.* 1, at p. 2; Currie and Rikhof, at p. 634). And, as originally outlined in *Harrer*, the exception was intended to apply to circumstances where evidence was collected by foreign authorities to whom the *Charter* does not apply. It was not intended to address the gap created by failing to apply the *Charter* to Canadian authorities. More significantly, in our view, the exception only provides the protections contained in ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. These two rights alone are insufficient to guarantee a fully *Charter*-compliant trial. Attempting to supercharge ss. 7 and 11(d) so that they can stand in the stead of all the other rights contained in the *Charter* defeats the very purpose of the *Charter*: to guarantee all the rights and freedoms set out within it.

V. Conclusion on *Hape*

[77] The decision in *Hape* remains important in many respects, such as its pronouncements on the

« Weaving a Tangled Web : *Hape* and the Obfuscation of Canadian Reception Law » (2007), 45 *A. can. D. int.* 55, p. 80-81; Currie et Rikhof, p. 636; voir aussi K. Sun, « International Comity and the Construction of the *Charter's* Limits : *Hape* Revisited » (2019), 45 *Queen's L.J.* 115, p. 145). Le résultat [TRADUCTION] « curieux » de l'exception — on recourt au droit international des droits de la personne plutôt qu'à la *Charte* pour évaluer les actions des représentants canadiens qui exercent leurs fonctions à l'étranger (van Ert, p. 553) — crée de l'incertitude chez les représentants de l'État canadien exerçant leurs fonctions à l'étranger qui ne connaissent probablement pas les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne (*Amnistie internationale*, par. 314; *Hape*, par. 173, le juge Bastarache).

[76] Enfin, des critiques postulent que l'exception relative à l'équité du procès laisse aussi des brèches, parce qu'elle ne s'applique pas lorsque l'on porte atteinte aux droits garantis à une personne par la *Charte* d'une façon ne donnant pas lieu à l'obtention d'éléments de preuve qui mettraient l'équité du procès en question, ou lorsque la conduite attentatoire de l'État ne donne jamais lieu à un procès criminel au Canada (K. Roach, « *R. v. Hape* Creates Charter-Free Zones for Canadian Officials Abroad » (2007), 53 *Crim. L.Q.* 1, p. 2; Currie et Rikhof, p. 634). En outre, telle qu'elle a été énoncée au départ dans l'arrêt *Harrer*, l'exception devait s'appliquer à des situations où la preuve a été recueillie par des autorités étrangères à qui la *Charte* ne s'applique pas. Elle n'était pas censée combler la brèche créée par l'omission d'appliquer la *Charte* aux autorités canadiennes. Plus important encore, à notre avis, l'exception ne fait qu'accorder les protections prévues à l'art. 7 et à l'al. 11 d) de la *Charte*. Ces deux droits à eux seuls ne suffisent pas pour garantir un procès entièrement conforme à la *Charte*. Tenter de supercharger l'art. 7 et l'al. 11 d) afin qu'ils remplacent tous les autres droits figurant dans la *Charte* va à l'encontre de l'objectif même de la *Charte* : garantir tous les droits et libertés qui y sont énoncés.

V. Conclusion sur l'arrêt *Hape*

[77] La décision dans l'arrêt *Hape* demeure importante à de nombreux égards, comme ses énoncés sur

incorporation of customary international law by the common law (see *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5, [2020] 1 S.C.R. 166, at para. 86; van Ert, at p. 555), on state sovereignty and sovereign equality, and on the interpretative principle that statutes are presumed to operate in conformity with Canada's international obligations (see *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, at para. 114; van Ert, at p. 555).

[78] The Court, however, had received no submissions on international law, and it departed from the theoretical foundation of this Court's prior jurisprudence on the application of the *Charter* abroad even though no parties or interveners before the Court in *Hape* had asked for the previous jurisprudence to be revised or overruled (paras. 182, 184-86 and 189, per Binnie J.). Numerous theoretical and practical problems have unfortunately followed *Hape*, as highlighted by the wealth of judicial and academic criticisms that have emerged in the last 15 years.

[79] These are significant concerns. They go to the core of our jurisprudence on the extraterritorial application of the *Charter*, to the practical implications of its application, and to the ensuing lack of consistency and predictability of this area of the law. These concerns leave this portion of *Hape* ripe for reconsideration. However, given the majority's decision not to address it, we would leave the determination of whether *Hape* was wrongly decided to another day.

[80] Because we do not reach a conclusion as to whether *Hape* was wrongly decided, we need not elaborate *how* the *Charter* should apply abroad — an issue that was also not a major focus of the submissions in this appeal. However, we note that in our view the *Charter* is sufficiently flexible to take foreign context and the associated concerns raised by the *Hape* majority into account in the analysis, on a case-by-case basis. As Bastarache J. recognized in *Hape* (para. 125), the *Charter* “is a flexible document, amenable to contextual interpretation and permitting reasonable justifications of limitations to fundamental

l'incorporation du droit international coutumier par la common law (voir *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, 2020 CSC 5, [2020] 1 R.C.S. 166, par. 86; van Ert, p. 555), sur la souveraineté étatique et l'égalité souveraine, et sur le principe d'interprétation selon lequel les lois sont réputées s'appliquer conformément aux obligations internationales du Canada (voir *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, par. 114; van Ert, p. 555).

[78] La Cour, toutefois, n'a reçu aucune observation sur le droit international, et elle s'est écartée du fondement théorique établi par notre Cour dans sa jurisprudence antérieure sur l'application de la *Charte* à l'étranger même si aucune partie ni intervenant devant la Cour dans l'affaire *Hape* n'a demandé que la jurisprudence antérieure soit révisée ou infirmée (par. 182, 184-186 et 189, le juge Binnie). De nombreux problèmes théoriques et pratiques ont malheureusement découlé de l'arrêt *Hape*, comme le met en lumière la profusion de critiques formulées par les tribunaux et les auteurs au cours des 15 dernières années.

[79] Il s'agit là de préoccupations importantes. Elles touchent au cœur de notre jurisprudence sur l'application extraterritoriale de la *Charte*, aux répercussions pratiques de son application et au manque de cohérence et de prévisibilité qui s'ensuit dans ce domaine du droit. Vu ces préoccupations, il convient de revoir cette partie de l'arrêt *Hape*. Toutefois, comme les juges majoritaires ont décidé de ne pas l'aborder, nous remettons à une autre occasion l'examen de la question de savoir si l'arrêt *Hape* est erroné.

[80] Puisque nous ne tirons pas de conclusion sur le point de savoir si l'arrêt *Hape* est erroné, nous n'avons pas à expliquer *comment* la *Charte* devrait s'appliquer à l'étranger — un enjeu sur lequel n'étaient pas axées non plus les observations présentées en l'espèce. Soulignons toutefois qu'à notre avis, la *Charte* est suffisamment souple pour tenir compte au cas par cas, dans l'analyse, du contexte étranger et des préoccupations connexes exprimées par la majorité dans l'arrêt *Hape*. Comme l'a reconnu le juge Bastarache dans l'arrêt *Hape* (par. 125), la *Charte* « est un instrument souple qui se prête à une interprétation contextuelle

rights”. Such flexibility could exist at both the breach and remedial stages. Foreign laws and procedures may be relevant in assessing whether there was a *Charter* breach. And operational concerns arising from differences between Canadian and foreign procedures might be addressed through a flexible application of remedial discretion under s. 24.

[81] In conclusion, we would add that while this Court’s rules and guidance to the profession do place certain limits upon what interveners may argue, we disagree with our colleagues that the interveners went beyond their proper role in this case. While interveners must not introduce new issues, the role of interveners is to provide their own view of the legal issues by providing “useful . . . and different” submissions, thus bringing “broader perspectives” before the Court (Supreme Court of Canada, *Notice to the Profession: November 2021 – Interventions*, November 15, 2021 (online)). Several interveners in this case did precisely that when they asked this Court to revisit *Hape*: they proposed a different view of the core legal issue of whether the *Charter* applied to the conduct of the CFNIS officers. Indeed, these interveners were granted leave to intervene on this basis: when seeking leave, they all clearly signaled their intent to criticize *Hape* and suggest revisions to its framework, with the Canadian Constitution Foundation specifically stating *Hape* must be revisited (memorandum of argument, at para. 10). To hold that we cannot engage with this different view, simply because the parties themselves did not propose it, ignores the purpose of intervenor submissions as set out in the *Notice to the Profession* and runs contrary to this Court’s past practice in decisions that have relied on the frameworks proposed by interveners.

et qui permet d’apporter à un droit fondamental une restriction fondée sur un motif raisonnable ». Cette souplesse peut exister tant à l’étape de l’atteinte qu’à celle de la réparation. Les lois et procédures étrangères peuvent se révéler utiles pour décider s’il y a eu violation de la *Charte*. En outre, il est possible de répondre aux préoccupations opérationnelles causées par les différences entre les procédures canadiennes et les procédures étrangères au moyen d’un exercice souple du pouvoir discrétionnaire de réparation prévu à l’art. 24.

[81] Pour conclure, nous ajoutons que, même si les règles et directives de notre Cour à la communauté juridique imposent effectivement des limites à ce que les intervenants peuvent plaider, nous ne sommes pas d’accord avec nos collègues pour dire que les intervenants ont outrepassé le rôle qui leur revient en l’espèce. Bien que les intervenants ne doivent pas aborder de nouvelles questions, ils ont pour rôle d’exprimer leur propre avis sur les questions de droit en soumettant des arguments « utiles et différents », ce qui « élargi[t] l’éventail des points de vue » présentés à la Cour (Cour suprême du Canada, *Avis à la communauté juridique : novembre 2021 — Interventions*, 15 novembre 2021 (en ligne)). Plusieurs intervenants en l’espèce ont fait exactement cela lorsqu’ils ont demandé à la Cour de revoir l’arrêt *Hape* : ils ont proposé une conception différente de la question de droit fondamentale de savoir si la *Charte* s’appliquait à la conduite des agents du SNEFC. D’ailleurs, ces intervenants ont obtenu l’autorisation d’intervenir pour ce motif : au moment de solliciter l’autorisation d’intervenir, ils ont tous clairement manifesté leur intention de critiquer l’arrêt *Hape* et de suggérer des modifications de son cadre, et la Canadian Constitution Foundation a affirmé expressément qu’il faut revoir cet arrêt (mémoire, par. 10). Juger que nous ne pouvons pas prendre connaissance de cet avis différent tout simplement parce que les parties elles-mêmes ne l’ont pas proposé fait abstraction de l’objet des arguments de l’intervenant tel qu’il est énoncé dans l’*Avis à la communauté juridique* et va à l’encontre de la pratique suivie dans le passé par la Cour dans des décisions qui reposent sur le cadre proposé par les intervenants.

[82] More importantly, any limitation on the role of interveners in no way limits the *jurisdiction of this Court* to decide issues in a manner other than that proposed by the parties. Indeed, *Hape* itself demonstrates that this Court can overturn precedent without any invitation from the parties or interveners (para. 187, per Binnie J.). Such a restriction also runs counter to the role of this Court, which is not merely one of error correction. Rather, the role of the Court, as an apex court, is oriented to the “development of the jurisprudence” by “deal[ing] with questions of ‘public importance’”, and much of the Court’s work “necessarily [goes] beyond what [is] essential for the disposition of the particular case” (*R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 53; *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433, at para. 86). By “bringing broader perspectives before the Court than those advanced by appellants and respondents”, and by advancing their own views on legal issues before the Court, interveners help the Court fulfill this institutional role (*Notice to the Profession*).

VI. Application

[83] Assuming that, pursuant to s. 32(1), the *Charter* applied to the conduct of the officers during their investigation, Cpl. McGregor’s s. 8 rights were not infringed.

[84] A search is reasonable if it is authorized by law, if the law is reasonable, and if the search is conducted reasonably (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278). In *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657, this Court decided that specific prior authorization was required to search computers (paras. 3 and 47). This means “that if police intend to search any computers found within a place they want to search, they must first satisfy the authorizing justice that they have reasonable grounds to believe that any computers they discover will contain the things they are looking for” (para. 48).

[82] Mais surtout, toute restriction du rôle des intervenants ne limite aucunement le *pouvoir de notre Cour* de trancher des questions d’une autre manière que celle proposée par les parties. En effet, l’arrêt *Hape* démontre lui-même que notre Cour peut infirmer un précédent sans que les parties ou les intervenants ne l’invitent à le faire (par. 187, le juge Binnie). Pareille restriction va aussi à l’encontre de la fonction de notre Cour, laquelle ne consiste pas simplement à corriger des erreurs. Le rôle dont est investi la Cour, en tant que plus haut tribunal du pays, consiste plutôt à « développer la jurisprudence » en « analys[ant] des questions ayant de “l’importance [. . .] pour le public” », et une grande partie du travail de la Cour « débord[e] nécessairement le strict minimum requis pour trancher le pourvoi » (*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 53; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433, par. 86). En « élargiss[ant] l’éventail des points de vue présentés à la Cour en plus de ceux des appelants et des intimés » et en présentant leur point de vue sur des questions de droit dont la Cour est saisie, les intervenants aident la Cour à remplir cette mission institutionnelle (*Avis à la communauté juridique*).

VI. Application

[83] À supposer que, conformément au par. 32(1), la *Charte* s’appliquait à la conduite des agents lors de leur enquête, il n’y a pas eu atteinte aux droits garantis au caporal McGregor par l’art. 8.

[84] Une fouille n’est pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi n’a rien d’abusif et si la fouille n’a pas été effectuée d’une manière abusive (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278). Dans l’arrêt *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657, la Cour a statué qu’une autorisation expresse préalable était requise pour la fouille d’ordinateurs (par. 3 et 47). Cela signifie « que, si des policiers entendent fouiller tout ordinateur trouvé dans le lieu qu’ils souhaitent perquisitionner, ils doivent d’abord convaincre le juge de paix saisi de la demande d’autorisation qu’ils possèdent des motifs raisonnables de croire que les ordinateurs qu’ils pourraient découvrir contiendront les choses qu’ils recherchent » (par. 48).

[85] We conclude, as does our colleague Côté J., that those requirements are met in this case. First, the warrant issued by a Virginia magistrate specifically authorized the search of computers and electronic devices. As well, the reference to “Corporal McGregor’s . . . property” (A.R., vol. I, at p. 128) in the diplomatic note brings the authorization under the waiver of diplomatic immunity. Second, the law that authorized the search was reasonable in light of *Charter* standards developed in our jurisprudence: as noted by both courts below, the grounds relied upon to obtain the warrant would have been sufficient in Canada. Third, the search was conducted reasonably, as the warrant expressly authorized the process of triaging the electronic devices at the scene.

[86] We disagree that applying the plain view doctrine is necessary in this case. The plain view doctrine permits seizure without a warrant in defined circumstances. Cpl. McGregor does not dispute *seizure* before this Court. Rather, he argued that the *search* was unauthorized by law or conducted in an unreasonable manner (A.F., at para. 185). He maintained that “once investigators had come across evidence of what they believed to be child pornography they ought to have ceased searching, seized the electronic devices, and obtained a subsequent warrant outlining same” (para. 200). They breached s. 8, he argued, by instead “continu[ing] to search through the devices on scene for additional evidence”, in the course of which they viewed the files containing sexual assault evidence (*ibid.*). In sum, his argument is that “[o]nce evidence of a new offence has been discovered in the execution of a search, in order to continue searching devices, investigators must obtain a subsequent warrant for that offence” (para. 199).

[87] The Court Martial rejected Cpl. McGregor’s submissions that the police had “continued looking for child pornography and sexual assault files”, rather than for files relating to the offences covered by the

[85] Nous concluons, à l’instar de notre collègue la juge Côté, que ces exigences sont respectées en l’espèce. Premièrement, le mandat délivré par un juge de la Virginie autorisait expressément la fouille d’ordinateurs et d’appareils électroniques. De plus, la mention des [TRADUCTION] « biens » du caporal McGregor (d.a., vol. I, p. 128) dans la note diplomatique fait en sorte que l’autorisation relève de la renonciation à l’immunité diplomatique. Deuxièmement, la loi qui autorisait la fouille était raisonnable compte tenu des normes relatives à la *Charte* élaborées par notre jurisprudence : comme le soulignent les deux tribunaux d’instance inférieure, les motifs invoqués pour obtenir le mandat auraient été suffisants au Canada. Troisièmement, la fouille n’a pas été effectuée de manière abusive, puisque le mandat autorisait expressément le processus de tri des appareils électroniques sur place.

[86] Nous ne sommes pas d’accord pour dire qu’il est nécessaire d’appliquer la théorie des objets bien en vue dans la présente affaire. Cette théorie permet de saisir des objets sans mandat dans des circonstances définies. Le caporal McGregor ne conteste pas la *saisie* devant notre Cour. Il a plutôt plaidé que la *fouille* n’était pas autorisée par la loi ou qu’elle avait été effectuée de manière abusive (m.a., par. 185). D’après lui, [TRADUCTION] « une fois que les enquêteurs ont découvert une preuve de ce qu’ils croyaient être de la pornographie juvénile, ils auraient dû cesser de fouiller, saisir les appareils électroniques et obtenir un mandat subséquent qui décrit cette preuve » (par. 200). Ils ont enfreint l’art. 8, soutient-il, en [TRADUCTION] « continu[ant] [plutôt] de fouiller les appareils sur place afin de trouver des éléments de preuve supplémentaires », et ils ont alors visionné les fichiers contenant des preuves d’agression sexuelle (*ibid.*). En somme, il soutient que [TRADUCTION] « [u]ne fois qu’ils ont découvert, lors d’une fouille, la preuve d’une nouvelle infraction, les enquêteurs doivent obtenir un mandat subséquent visant cette infraction pour continuer de fouiller les appareils » (par. 199).

[87] La Cour martiale a rejeté les arguments du caporal McGregor selon lesquels les policiers avaient [TRADUCTION] « continué de chercher des fichiers de pornographie juvénile et d’agression sexuelle » plutôt

Virginia warrant (*voir dire* decision, 2018 CM 4023, at para. 25 (CanLII) (emphasis added)). In this regard, the Court Martial noted that the instant case was a “completely different situation than what transpired in [*R. v. Jones*, 2011 ONCA 632, 107 O.R. (3d) 241], where investigators, while looking for files relating to an alleged fraud, inadvertently discovered child pornography and from that point started looking for completely different kinds of files than what was envisaged by their initial warrant” (*ibid.* (emphasis added)).

[88] Because the police in *Jones* — unlike in this case — intentionally searched for files beyond the scope of what the warrant authorized, they needed an alternate justification for that unwarranted search and attempted to rely on the plain view doctrine (*Jones*, at para. 26). In addition to improperly expanding the scope of the search, in *Jones* police continued searching the individual hard drive that contained the evidence of child pornography after that evidence was discovered. Here, by contrast, police did not continue a search for evidence of crimes other than those covered by the warrant. Rather, they continued their search for evidence of *voyeurism*, as permitted by the warrant. And, they did not continue searching the devices that contained evidence of other offences. Rather than continuing to search those devices, they “set aside for seizure and further analysis”, after obtaining a Canadian warrant, “any device that was assessed to contain potential child pornography and sexual assault files” (*voir dire* decision, para. 25). Cpl. McGregor’s arguments that the search was unlawful or unreasonable must therefore fail. The search was authorized by the Virginia warrant and the police did not inappropriately expand the scope of their search.

[89] As such, reliance on the plain view doctrine is unnecessary. The parties have not argued any seizure issue. And, in any event, the initial seizure of the *device* containing sexual assault evidence was judicially authorized by the Virginia warrant, which

que des fichiers relatifs aux infractions visées par le mandat délivré en Virginie (décision sur le voir-dire, 2018 CM 4023, par. 25 (CanLII) (nous soulignons)). À cet égard, la Cour martiale a fait remarquer que la présente affaire était une [TRADUCTION] « situation tout à fait différente de celle survenue dans [*R. c. Jones*, 2011 ONCA 632, 107 O.R. (3d) 241], où les enquêteurs, alors qu’ils cherchaient des fichiers en lien avec une fraude alléguée, avaient découvert par inadvertance de la pornographie juvénile et, à partir de ce moment-là, ils se sont mis à chercher des types de fichiers entièrement différents de ceux envisagés par leur mandat initial » (*ibid.* (nous soulignons)).

[88] Comme les policiers dans l’affaire *Jones* — contrairement à la présente espèce — ont cherché intentionnellement des fichiers au-delà de ce qu’autorisait le mandat, ils avaient besoin d’une autre justification pour cette fouille sans mandat, et ils ont tenté de se fonder sur la théorie des objets bien en vue (*Jones*, par. 26). En plus d’élargir indûment la portée de la fouille, les policiers dans *Jones* ont continué de fouiller le disque dur qui contenait la preuve de pornographie juvénile après la découverte de cette preuve. En l’espèce, par contre, les policiers n’ont pas continué de chercher la preuve de crimes autres que ceux visés par le mandat. Ils ont plutôt continué de chercher des preuves de *voyeurisme*, tel que le permettait le mandat. De plus, ils n’ont pas continué de fouiller les appareils qui contenaient des preuves d’autres infractions. Au lieu de poursuivre la fouille de ces appareils, ils [TRADUCTION] « ont [. . .] mis de côté en vue de la saisie et d’analyses plus poussées », après avoir obtenu un mandat canadien, « tous les appareils qui ont été évalués comme contenant possiblement des fichiers de pornographie juvénile et d’agression sexuelle » (décision sur le voir-dire, par. 25). Les arguments du caporal McGregor voulant que la fouille ait été illégale ou abusive doivent donc être rejetés. La fouille était autorisée par le mandat délivré en Virginie, et les policiers n’ont pas élargi irrégulièrement la portée de leur fouille.

[89] Il n’est donc pas nécessaire d’invoquer la théorie des objets bien en vue. Les parties n’ont débattu d’aucune question de saisie. Quoi qu’il en soit, la saisie initiale de l’appareil contenant une preuve d’agression sexuelle était autorisée judiciairement

allowed seizure of devices that may contain evidence of voyeurism. Continued seizure and search of the device was judicially authorized by the subsequent Canadian warrant. Because police set aside any devices that contained evidence of unrelated offences rather than continuing to search them, it is unnecessary to decide in this case whether continuing to search a particular device even after discovering evidence of an unrelated offence on that device could violate s. 8. To the extent that Cpl. McGregor argues that discovering evidence of an unrelated offence on one device required police to not just cease searching that device, but also to refrain from searching *any other* devices (even for evidence of offences covered by the warrant), we reject that argument. Discovering evidence of an unrelated offence neither authorizes police to begin searching for evidence pertaining to that unrelated offence nor requires them to entirely cease their search as to what the warrant authorized them to search for. That conclusion is all that is required to resolve the s. 8 issue that Cpl. McGregor actually raised: the reasonableness of continuing to triage other devices after discovering evidence of child pornography.

[90] In concluding that applying the plain view doctrine is necessary, the majority assumes that the files disclosing evidence of sexual assault were seized when they were seen by police, even though they were conducting a lawful search on the computer for voyeurism under a valid warrant. Cpl. McGregor never raised such an argument, nor did any of the interveners. Our Court has never decided the issue of when a particular *file* on a device is seized, as opposed to when the *device* (e.g., a laptop) itself is seized. This Court should not decide it in this case. Unintended consequences may flow from deciding the issue without the benefit of any submissions. And it is unnecessary to a resolution of the case.

par le mandat délivré en Virginie, lequel permettait de saisir des appareils susceptibles de contenir une preuve de voyeurisme. La saisie et la fouille continues de l'appareil étaient autorisées judiciairement par le mandat canadien subséquent. Comme les policiers ont mis de côté tout appareil qui contenait des preuves d'infractions non connexes au lieu de continuer à les fouiller, il n'est pas nécessaire de décider en l'espèce si le fait de continuer à fouiller un appareil en particulier même après avoir découvert la preuve d'une infraction non connexe sur cet appareil pourrait violer l'art. 8. Dans la mesure où le caporal McGregor prétend que la découverte de la preuve d'une infraction non connexe dans un appareil obligeait les policiers non seulement à cesser de fouiller cet appareil, mais également à s'abstenir de fouiller *tout autre* appareil (même dans le cas de la preuve d'infractions visées par le mandat), nous rejetons cet argument. Découvrir la preuve d'une infraction non connexe n'autorise pas les policiers à se mettre à chercher des éléments de preuve concernant cette infraction non connexe, ni ne les oblige à cesser entièrement leur recherche relativement à ce que le mandat les autorisait à fouiller. Cette conclusion est tout ce qu'il faut pour régler la question liée à l'art. 8 que le caporal McGregor a effectivement soulevée : le caractère raisonnable de la poursuite du triage d'autres appareils après qu'on ait découvert une preuve de pornographie juvénile.

[90] En concluant à la nécessité d'appliquer la théorie des objets bien en vue, les juges majoritaires supposent que les fichiers révélant une preuve d'agression sexuelle ont été saisis lorsque les policiers les ont aperçus, même si les policiers effectuaient une fouille légale de l'ordinateur à la recherche d'éléments de voyeurisme en vertu d'un mandat valide. Le caporal McGregor n'a jamais avancé pareil argument, pas plus que l'un ou l'autre des intervenants. Notre Cour ne s'est jamais prononcée sur la question de savoir dans quelles circonstances un *fichier* en particulier sur un appareil est saisi, par opposition aux circonstances où l'*appareil* (p. ex. un portable) lui-même est saisi. Notre Cour ne devrait pas trancher cette question en l'espèce. Le fait de statuer sur la question sans disposer d'arguments pourrait avoir des conséquences imprévues. En outre, il n'est pas nécessaire de la trancher pour régler le dossier.

[91] Further, the assumption that the files were seized when they were initially seen by police is highly questionable under existing precedent. In *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, this Court offered general guidance on the “line between a seizure and a mere finding of evidence”, which we articulated as “the point at which it can reasonably be said that the individual had ceased to have a privacy interest in the subject matter” (p. 435). In our view, simply seeing the file at Cpl. McGregor’s home did not likely constitute a seizure because he did not “ceas[e] to have a privacy interest in” it in the required sense (*ibid.*), as evidenced by the need for the subsequent Canadian warrant. Additionally, finding that a file is seized when it is “viewed” conflates merely seeing a file with seizing it. To analogize to physical files, this would suggest that the police seize every piece of paper that they view during the search of a file cabinet.

[92] Rather than deciding this complex question without the benefit of submissions, we would conclude that the initial seizure of the laptop was justified by the Virginia warrant — as Cpl. McGregor accepts (A.F., at paras. 200-201) — and the subsequent search and seizure of its files was justified by the Canadian warrant. The Virginia warrant did not encompass the investigation of sexual assault offences and the officers discovered the file relating to the alleged sexual assault only while looking for the types of files specifically authorized by the warrant (*voir dire* decision, at para. 25). The Virginia warrant did, however, authorize *seizure* of the electronic devices which may have contained evidence of voyeurism. The Virginia warrant also authorized the *search* of the laptop’s files for evidence of voyeurism, which explains how the police found the sexual assault file and why they were acting lawfully when they saw it. At this point, the police chose a sound approach in the circumstances: they set aside the (already seized) laptop and subsequently obtained a Canadian warrant that authorized them to search the content of the computers and electronic devices for the purpose of obtaining evidence of sexual assault (para. 20; A.R.,

[91] De plus, la prémisse suivant laquelle les fichiers ont été saisis lorsque les policiers les ont vus au départ est hautement discutable d’après la jurisprudence. Dans l’arrêt *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, notre Cour a donné des orientations générales sur la « ligne de démarcation entre une saisie et la simple réunion d’éléments de preuve », que nous avons décrite comme étant le « point où on peut raisonnablement affirmer que l’individu n’a plus droit à la préservation du caractère confidentiel de l’objet » (p. 435). À notre avis, le simple fait d’avoir aperçu le fichier au domicile du caporal McGregor ne constituait probablement pas une saisie, parce que ce dernier avait encore « droit à la préservation du caractère confidentiel [du fichier] » au sens requis (*ibid.*), comme en témoigne la nécessité d’obtenir le mandat canadien subséquent. Qui plus est, conclure qu’un dossier est saisi lorsqu’il est « aperçu » confond le simple fait de voir un dossier et sa saisie. Pour faire une analogie avec les dossiers physiques, cela reviendrait à dire que les policiers saisissent chaque feuille de papier qu’ils aperçoivent durant la fouille d’un classeur.

[92] Au lieu de statuer sur cette question complexe sans disposer d’arguments, nous concluons que la saisie initiale du portable était justifiée par le mandat délivré en Virginie — comme l’admet le caporal McGregor (m.a., par. 200-201) —, et que la fouille et la saisie subséquentes de ses fichiers étaient justifiées par le mandat canadien. Le mandat délivré en Virginie n’englobait pas l’enquête sur des infractions d’agression sexuelle, et les policiers n’ont découvert le dossier relatif à l’agression sexuelle reprochée qu’au moment où ils cherchaient d’autres types de fichiers expressément autorisés par le mandat (décision sur le voir-dire, par. 25). Le mandat délivré en Virginie autorisait, par contre, la *saisie* des appareils électroniques qui auraient pu contenir des preuves de voyeurisme. Le mandat délivré en Virginie autorisait également la *saisie* des fichiers du portable pour y chercher des preuves de voyeurisme, ce qui explique comment les policiers ont trouvé le dossier d’agression sexuelle et les raisons pour lesquelles ils ont agi légalement quand ils l’ont vu. Les policiers ont alors adopté une solution sage dans les circonstances : ils ont mis de côté le portable (déjà saisi) et ont par la suite obtenu un mandat canadien

vol. I, at p. 100). Accordingly, their conduct did not exceed the bounds of prior judicial authorization and the plain view doctrine need not be relied upon.

[93] In addition to being in lawful possession of the computer under the Virginia warrant, we note that when the police discovered the sexual assault file, they may also have been authorized to take physical control of the laptop “temporarily, and for the limited purpose of safeguarding potential evidence of a crime until a search warrant” specific to sexual assault “could be obtained” (*R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 65 (emphasis deleted)). *Vu* likewise contemplated seizure of computers so as to preserve evidence of an offence, even where the warrant did not provide authorization to search the computer for evidence of that offence, “assuming it may reasonably be thought to contain the sort of things that the warrant authorizes to be seized” (paras. 3 and 49). Here, the police reasonably thought the laptop may have contained evidence of voyeurism and so were justified under the Virginia warrant to seize the laptop in order to preserve the integrity of the data.

[94] Not only is reliance on the plain view doctrine superfluous and dependent on questionable assumptions regarding when a file is seized, whether or not to extend the plain view doctrine to the search of the content of a computer is a fraught issue that has not been addressed by this Court. We have never endorsed the application of the doctrine to electronic files as set out by the Ontario Court of Appeal in *Jones*. The search and seizure of personal computers marks an incredibly intrusive, extensive and invasive search of one’s privacy (*R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253, at paras. 2-3). To that end, we have required specific authorization for the search and seizure of computers (*Vu*) and modified the common law approach to searches incident to arrest in the case of cell phones (*R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621). There are special considerations

les autorisant à fouiller le contenu des ordinateurs et des appareils électroniques en vue d’obtenir des preuves de l’agression sexuelle (par. 20; d.a., vol. I, p. 100). Par conséquent, leur conduite n’excédait pas les limites de l’autorisation judiciaire préalable et il n’était pas nécessaire d’avoir recours à la théorie des objets bien en vue.

[93] Nous faisons remarquer qu’en plus d’être en possession légale de l’ordinateur en vertu du mandat délivré en Virginie, les policiers, au moment où ils ont découvert le dossier d’agression sexuelle, auraient pu être aussi autorisés à prendre en charge le portable « temporairement et dans le but bien limité de préserver un éventuel élément de preuve d’un crime jusqu’à ce qu’elle obtienne un mandat de perquisition » propre à l’agression sexuelle (*R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 65 (italique omis)). L’arrêt *Vu* envisageait lui aussi la saisie d’ordinateurs en vue de préserver la preuve d’une infraction, même dans les cas où le mandat n’accordait pas l’autorisation de fouiller l’ordinateur pour y chercher des preuves de cette infraction, « pour autant qu’il soit raisonnable de croire que l’appareil contient le genre de choses que le mandat autorise à saisir » (par. 3 et 49). En l’espèce, les policiers croyaient raisonnablement que le portable aurait pu contenir des preuves de voyeurisme, et ils étaient donc justifiés, au titre du mandat délivré en Virginie, de saisir le portable afin de préserver l’intégrité des données.

[94] Non seulement est-il superflu d’invoquer la théorie des objets bien en vue et de se fonder sur des prémisses douteuses quant aux circonstances dans lesquelles un fichier est saisi, mais la question de savoir si la théorie des objets bien en vue devrait s’appliquer à la fouille du contenu d’un ordinateur est une question épineuse que la Cour n’a pas tranchée. Nous n’avons jamais approuvé l’application de la théorie aux fichiers électroniques comme l’a fait la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Jones*. La fouille et la saisie d’ordinateurs personnels sont incroyablement envahissantes, d’une grande ampleur et attentatoires à la vie privée (*R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253, par. 2-3). À cette fin, nous avons exigé une autorisation spéciale pour la fouille et la saisie d’ordinateurs (*Vu*) et modifié l’approche en common law à l’égard des fouilles de téléphones

associated with electronic data which suggest we should not assume that the plain view doctrine applies, or that it applies without modification. Additionally, we did not receive any submissions on the issue. We would leave that issue for another day.

[95] As such, the police did not infringe s. 8 of the *Charter* and the evidence is admissible. We would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[96] ROWE J. — I have read the reasons of Justice Côté, and agree with the entirety of her analysis. To be clear, Justice Côté’s reasons state the opinion of a majority of this Court.

[97] I have also read the reasons of Justices Karakatsanis and Martin. My colleagues use their reasons, at length, to criticize a precedent of this Court, *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292. Their treatment of *Hape* implies that its merits as a precedent can properly be questioned on this appeal.

[98] I disagree with their approach, which goes beyond the issues raised by the parties and seeks, effectively, to overturn *Hape* at the invitation of interveners. This invitation, as I explain below, exceeds the well-established limits on interveners. To be clear, I neither endorse nor refute my colleagues’ criticisms of *Hape*; I take no position on the substantive merits of the *Hape* framework. Rather, I object to my colleagues’ methodology, which has led them to state an opinion on an issue that is not properly before this Court.

[99] While my colleagues are correct that the applicability of the *Charter* was argued at length by the parties, their reasons do not explain the litigation fully: the parties disputed whether the *Charter* applies in this case, *assuming the application of Hape as precedent*. No party — not at trial, or before the Court

cellulaires effectuées accessoirement à l’arrestation (*R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621). Il y a des considérations spéciales associées aux données électroniques qui suggèrent que nous ne devrions pas présumer que la théorie des objets bien en vue s’applique, ou qu’elle s’applique sans modification. De plus, nous n’avons reçu aucune observation à ce sujet. Nous sommes d’avis de reporter l’examen de cette question à une autre occasion.

[95] En conséquence, les policiers n’ont pas enfreint l’art. 8 de la *Charte*, et les éléments de preuve sont admissibles. Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

[96] LE JUGE ROWE — J’ai lu les motifs de la juge Côté, et je souscris entièrement à son analyse. Je précise que ses motifs reflètent l’opinion des juges majoritaires de notre Cour.

[97] J’ai aussi lu les motifs de mes collègues les juges Karakatsanis et Martin, dont une grande partie est consacrée à la critique d’un précédent de notre Cour, l’arrêt *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292. Leur façon de traiter cet arrêt sous-entend que sa valeur jurisprudentielle peut valablement être remise en cause dans le cadre du présent pourvoi.

[98] Je suis en désaccord avec leur approche, laquelle déborde le cadre des questions soulevées par les parties et vise, en réalité, à infirmer l’arrêt *Hape* à l’invitation des intervenants. Comme je l’explique ci-après, cette invitation outrepassé les limites bien établies du rôle des intervenants. Pour être clair, je n’avalise ni ne réfute les critiques de l’arrêt *Hape* que font mes collègues; je ne prends pas position sur le bien-fondé du cadre d’analyse établi dans cet arrêt. Je m’oppose plutôt à la méthodologie de mes collègues, qui les a amenées à se prononcer sur une question qui n’a pas été dûment soumise à notre Cour.

[99] Bien que mes collègues aient raison de dire que les parties ont débattu longuement de l’applicabilité de la *Charte*, leurs motifs ne rendent pas complètement compte du litige : les parties se sont opposées quant à l’application de la *Charte* dans la présente affaire, *tenant pour acquis que l’arrêt Hape était le précédent*

Martial Appeal Court, or before this Court — challenged *Hape*. Rather, they sought to apply it, and its exceptions, to the facts of their dispute. Counsel for the respondent argued that this case was a “straight-forward application of *Hape*” (R.F., at para. 51) and, in oral submissions, urged the Court not to revisit *Hape* (transcript, at pp. 118-19). The appellant’s submissions focused on the applicability of the exceptions set out in *Hape* (A.F., at paras. 86-181). The appellant did not ask this Court to overturn *Hape*, nor did he lead evidence at the lower courts to support overturning a precedent. The military judge and the Court Martial Appeal Court treated this case as an unremarkable application of the *Hape* framework.

applicable. Aucune des parties n’a remis en cause cet arrêt — ni au procès, ni devant la Cour d’appel de la cour martiale, ni devant notre Cour. Au contraire, elles ont cherché à l’appliquer, avec les exceptions qu’il prévoit, aux faits du litige qui les oppose. Les avocats de l’intimé ont fait valoir que la présente affaire est un [TRADUCTION] « cas d’application pure et simple de l’arrêt *Hape* » (m.i., par. 51), puis, lors des plaidoiries, ils ont exhorté la Cour à ne pas réexaminer ce précédent (transcription, p. 118-119). Les observations de l’appelant portaient essentiellement sur l’applicabilité des exceptions établies dans l’arrêt *Hape* (m.a., par. 86-181). L’appelant n’a pas demandé à la Cour d’infirmier l’arrêt *Hape*, et n’a pas non plus présenté d’éléments de preuve devant les juridictions inférieures pour appuyer une demande en ce sens. Le juge militaire et la Cour d’appel de la cour martiale ont traité la présente affaire comme un cas d’application ordinaire du cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Hape*.

[100] My colleagues’ insistence, then, that neither they nor the interveners have strayed from the issue before the Court is untenable. The arguments on the merits of *Hape* were advanced solely by interveners at this Court, thereby introducing a new issue. This Court’s practice direction, on which my colleagues rely (para. 82), cautions against this situation: interveners are to advance their own view of a legal issue before the Court; they must *not* introduce new issues; and the Court always retains a discretion to take any steps it sees fit *to prevent unfairness to the parties* (see *Notice to the Profession: November 2021 — Interventions*, November 15, 2021 (online) (“*Notice of November 2021*”)).

[100] Par conséquent, l’insistance de mes collègues pour dire que ni elles ni les intervenants ne se sont écartés de la question dont la Cour est saisie est indéfendable. Les arguments sur le bien-fondé de l’arrêt *Hape* ont été présentés seulement par les intervenants devant la Cour, introduisant ainsi une nouvelle question. La directive de pratique de la Cour, sur laquelle se fondent mes collègues (au par. 82), met en garde contre cette situation : les intervenants peuvent présenter leur propre point de vue sur une question de droit dont la Cour est saisie; ils *ne* doivent *pas* soulever de nouvelles questions; et la Cour conserve en tout temps le pouvoir discrétionnaire de prendre toute mesure qu’elle juge indiquée *afin d’empêcher que les parties subissent une injustice* (voir l’*Avis à la communauté juridique : novembre 2021 — Interventions*, 15 novembre 2021 (en ligne) (« *Avis de novembre 2021* »)).

[101] To that end, I disagree with my colleagues’ suggestion that the interveners’ submissions are simply a different perspective on a legal issue that is before the Court. This would effectively mean that any time a governing precedent is relevant to deciding a case, interveners could insert themselves before this Court to call for it to be overturned, thereby “piggy-backing” onto the parties’ dispute what amounts to a reference

[101] À cette fin, je suis en désaccord avec mes collègues lorsqu’elles affirment que les observations des intervenants représentent simplement un point de vue différent sur une question de droit dont la Cour est saisie. Cela signifierait dans les faits que chaque fois qu’un précédent applicable est pertinent pour trancher une affaire, les intervenants pourraient s’introduire dans le débat devant notre Cour pour

on a judicial decision which the interveners wish to overturn. Such an approach does not accord with the rules of this Court. In addition, as an important policy consideration, it runs the risk that this Court will make ill-advised decisions, as they would be made without the benefit of lower court analysis, a proper evidentiary record, or submissions from those who would be affected (including vulnerable groups) but who had no notice that the issue would be placed before the Court. It is this simple: the issue of whether *Hape* should continue to govern was not before the lower courts, nor is it before this Court. In light thereof, I seek to explain *the proper place of interveners relative to the discharge of this Court's adjudicative role*.

[102] While the discussion that follows is directed to the place of interveners, I note a separate methodological point. My colleagues rely heavily on what they perceive to be academic consensus that is critical of *Hape*. I will not repeat what was set out at length in the concurring reasons in *R. v. Kirkpatrick*, 2022 SCC 33, [2022] 2 S.C.R. 480, save to highlight that primarily relying on such an approach undermines *stare decisis* and leads to doctrinal instability (paras. 246-49). Academic criticism can be persuasive where it demonstrates a recognized basis to overturn precedent, but this Court cannot depart from precedent “simply because a chorus of voices, even well-informed voices, expresses disagreement with our decisions” (para. 247, referring to *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, at para. 274, per Abella and Karakatsanis JJ., concurring). Moreover, I am concerned by my colleagues’ insistence that this Court is free to depart from precedent at will, *a fortiori*, to do so without submissions or an evidentiary record (para. 82). Adherence to precedent “furthers basic rule of law values such as consistency, certainty, fairness, predictability, and sound judicial administration” (*R. v. Sullivan*, 2022 SCC 19, [2022] 1 S.C.R. 460, at para. 64). Departing from precedent in the absence of proper methodology necessarily jeopardizes those qualities of our legal system. Indeed, applying my

demandeur qu’il soit infirmé, greffant ainsi au litige entre les parties ce qui équivaut à un renvoi relatif à une décision judiciaire que les intervenants souhaitent faire infirmer. Une telle démarche n’est pas compatible avec les règles de notre Cour. De plus, en tant qu’importante considération de principe, une telle démarche risque de faire en sorte que la Cour prenne des décisions malavisées, puisqu’elles seraient prises sans le bénéfice d’une analyse faite par les juridictions inférieures, sans dossier de preuve adéquat ou sans observations de ceux qui seraient touchés (notamment les groupes vulnérables) mais qui n’ont pas été avisés que la question serait soumise à la Cour. C’est simple : la question de savoir si l’arrêt *Hape* devrait continuer à faire autorité n’a pas été soumise aux juridictions inférieures, pas plus qu’à la Cour. À la lumière de ce qui précède, je cherche à expliquer *la place qui revient aux intervenants par rapport à l’exercice de la fonction juridictionnelle de la Cour*.

[102] Bien que l’exposé qui suit porte sur le rôle des intervenants, je relève un point distinct d’ordre méthodologique. Mes collègues s’appuient fortement sur ce qu’elles considèrent être un consensus parmi les auteurs, qui sont critiques à l’égard de l’arrêt *Hape*. Je ne répéterai pas ce qui a été expliqué en détail dans les motifs concordants dans l’arrêt *R. c. Kirkpatrick*, 2022 CSC 33, [2022] 2 R.C.S. 480, sauf pour souligner que le fait de recourir principalement à une telle démarche compromet le principe du *stare decisis* et entraîne de l’instabilité dans la doctrine (par. 246-249). Les critiques d’auteurs peuvent être convaincantes lorsque ceux-ci font la démonstration d’un motif reconnu pour l’infirmer d’un précédent, mais la Cour ne peut écarter un précédent « simplement parce que de nombreuses voix, même bien informées, expriment leur désaccord avec nos décisions » (par. 247, citant *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, par. 274, les juges Abella et Karakatsanis, motifs concordants). De plus, je suis préoccupé par le fait que mes collègues insistent pour dire que la Cour est libre de s’écarter d’un précédent comme elle l’entend, et à plus forte raison, en l’absence d’observations ou de dossier de preuve (par. 82). Le respect des précédents « renforce les valeurs fondamentales de la primauté du droit comme la cohérence, la certitude, la justesse, la prévisibilité et

colleagues' implicit criteria, it would be hard to imagine a judgment of the Court that could be considered secure. Having made this point, I now return to the place of interveners.

I. The Place of Intervenors at the Supreme Court of Canada

[103] The purpose of an intervention is to “present the court with submissions which are useful and different from the perspective of a non-party who has a special interest or particular expertise in the subject matter of the appeal” (*R. v. Morgentaler*, [1993] 1 S.C.R. 462, at p. 463; see also *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, at para. 52; *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, r. 57(2)(b)). Intervenors provide additional perspectives on the legal issues raised by the parties and on the broader implications of the Court’s decision. Depending on the context, intervenors might highlight relevant jurisprudence, present insightful arguments, or clarify the potential analytical paths to resolving the issues placed before the Court. Intervenors may also enhance accuracy by representing diverse cross-sections of the Canadian public and furnishing an analysis informed by their particular experience or specialized expertise. Since the cases heard by this Court are frequently matters of public importance, such experience and expertise can “assist the court in deciding complex issues that have effects transcending the interests of the particular parties before it” (*Barton*, at para. 52). Through their submissions, intervenors inform the Court of the direct and indirect consequences of the dispute on various stakeholders and on other areas of law. In this way, intervenors can often make important contributions. In order to do so, however, intervenors must operate within recognized limits. The *Rules of the Supreme Court of Canada* clearly state these limits, and this Court has issued practice directions, more than once, to remind potential intervenors of the boundaries they must respect (see *Notice of November 2021*; *Notice*

une saine administration de la justice » (*R. c. Sullivan*, 2022 CSC 19, [2022] 1 R.C.S. 460, par. 64). Ces valeurs qui caractérisent notre système de justice sont nécessairement compromises lorsqu’un précédent est écarté en l’absence d’une méthodologie adéquate. D’ailleurs, si l’on applique les critères implicites de mes collègues, il serait difficile de concevoir quels jugements de la Cour pourraient demeurer à l’abri de toute attaque. Cela étant dit, je retourne maintenant au rôle des intervenants.

I. Le rôle des intervenants à la Cour suprême du Canada

[103] Une intervention vise à « saisir la cour d’al-légations utiles et différentes du point de vue d’un tiers qui a un intérêt spécial ou une connaissance particulière de la question visée par la procédure d’appel » (*R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462, p. 463; voir aussi *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, par. 52; *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, al. 57(2)b)). Les intervenants fournissent d’autres points de vue sur les questions juridiques soulevées par les parties et les conséquences plus larges que pourrait avoir la décision de la Cour. Selon le contexte, ils peuvent mettre en valeur la jurisprudence pertinente, formuler des arguments éclairants ou clarifier les cheminements analytiques possibles qui sont susceptibles de résoudre les questions soumises à la Cour. Les intervenants peuvent également favoriser l’exactitude en représentant divers segments de la société canadienne et en fournissant une analyse fondée sur leur expérience particulière ou leurs connaissances spécialisées. Étant donné que les causes qu’entend notre Cour représentent souvent des questions d’intérêt public, leur expérience et leurs connaissances peuvent « permet[re] à la cour de trancher des questions complexes dont les répercussions dépassent le cadre des intérêts des parties à l’instance » (*Barton*, par. 52). Par leurs observations, les intervenants renseignent la Cour quant aux conséquences directes et indirectes du litige sur diverses parties prenantes et d’autres domaines du droit. De cette façon, les intervenants fournissent souvent une contribution importante. Pour ce faire, toutefois, ils doivent agir à l’intérieur des limites reconnues. Les *Règles de la Cour suprême du Canada*

to the Profession: March 2017 — Allotting Time for Oral Argument, March 2, 2017 (online)).

[104] These constraints reflect a sound understanding of interveners' place within the litigation and of the role of this Court. While the Court is often tasked with deciding issues that have implications extending beyond the parties, it remains an adjudicative body. The polycentric nature of a legal issue does not turn the Court into a legislative committee or a Royal Commission (*J.H. v. Alberta (Minister of Justice and Solicitor General)*, 2019 ABCA 420, 54 C.P.C. (8th) 346, at paras. 25-27). The Court's process also remains firmly grounded in the adversarial system: the parties control their case and decide which issues to raise. This does not change when the parties argue before the Supreme Court. Indeed, the importance of this principle only increases: as an apex court, this Court's role is to adjudicate disputes with the benefit of trial-level findings of fact and appellate-level reasons on the issues fully argued by the parties.

[105] Such considerations help explain the specific limits placed on interventions. First, interveners are not parties. The purpose of an intervention is not to support a party — by which I mean the appellant(s) and respondent(s) — but to put forward the intervenor's own view of a legal issue already before the Court. Despite the involvement of interveners, the appeal remains a dispute between the parties (*Notice of November 2021*, at point 2). Consequently, interveners should not take a position on the outcome of the appeal (*Rules of the Supreme Court of Canada*, r. 42(3); *Notice of November 2021*, at point 3).

[106] Secondly, interveners must not raise new issues or “widen or add to the points in issue” (*Mor-*

énoncent clairement ces limites et la Cour a publié plus d'une fois des directives de pratique à l'intention des éventuels intervenants afin de leur rappeler les limites qu'ils doivent respecter (voir l'*Avis de novembre 2021*; et l'*Avis à la communauté juridique : mars 2017 — Détermination du temps alloué pour les plaidoiries orales*, 2 mars 2017 (en ligne)).

[104] De telles contraintes reflètent une conception judicieuse du rôle des intervenants dans le cadre d'un litige et du rôle de notre Cour. Bien que la Cour soit souvent appelée à trancher des questions dont les répercussions vont au-delà des parties, elle demeure un organe juridictionnel. Le caractère polycentrique d'une question de droit ne transforme pas la Cour en comité législatif ou en commission royale (*J.H. c. Alberta (Minister of Justice and Solicitor General)*, 2019 ABCA 420, 54 C.P.C. (8th) 346, par. 25-27). Le fonctionnement de la Cour demeure toujours solidement ancré dans le système accusatoire : les parties mènent leur cause comme elles l'entendent et décident quelles questions soulever. Cela ne change pas lorsque les parties plaident devant la Cour suprême. Au contraire, l'importance de ce principe ne fait que s'accroître : le rôle de notre Cour, en tant que tribunal de dernière instance, consiste à trancher des litiges à la lumière des conclusions de fait tirées en première instance et des motifs de jugement de la juridiction d'appel concernant les questions ayant été pleinement débattues par les parties.

[105] De telles considérations aident à expliquer les limites précises qui encadrent les interventions. Premièrement, les intervenants ne sont pas des parties. Le but d'une intervention n'est pas d'appuyer une partie — par là, je veux dire les appelants et les intimés — mais de permettre à l'intervenant de présenter son propre point de vue sur une question de droit dont la Cour est déjà saisie. Malgré la participation des intervenants, le pourvoi demeure un litige entre les parties (*Avis de novembre 2021*, point 2). C'est pourquoi les intervenants ne doivent pas prendre position quant à l'issue de l'appel (*Règles de la Cour suprême du Canada*, par. 42(3); *Avis de novembre 2021*, point 3).

[106] Deuxièmement, les intervenants ne doivent pas soulever de nouvelles questions ou « élargir la

gentaler, at p. 463; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445, at p. 487; *Rules of the Supreme Court of Canada*, r. 59(3); *Notice of November 2021*, at point 4). Interveners may, however, present their own legal arguments on the existing issues and make submissions on how those issues affect the interests of those whom they represent (see, e.g., *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, at para. 40; *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 29, [2008] 2 S.C.R. 143, at para. 18; *Barton*, at para. 52).

[107] Interveners must be careful to distinguish between developing a permissible legal argument and adding prohibited new issues; the two are conceptually distinct. A fresh perspective or legal argument on an existing issue is not the same as the introduction of a new issue, outside the scope of the appeal or, even further, in contradiction to the parties' submissions regarding the scope of the appeal. The former may assist the Court's deliberation, while the latter detracts from it. While in rare cases it may be difficult to distinguish between the two, this appeal is not such a case. By asking this Court to overturn *Hape*, certain interveners, upon whom Justices Karakatsanis and Martin rely, have introduced what is clearly a new issue.

[108] Finally, interveners must not adduce further evidence or otherwise supplement the record without leave (*Rules of the Supreme Court of Canada*, r. 59(1)(b)). They may, of course, use their submissions to explain the impact of the appeal on the group(s) they represent; this represents an appropriate exercise of their role. But they must take the case and the record as they find it, or seek leave to tender new material, such as supplementary legislative facts or contested studies (see, e.g., D. L. Watt et al., *Supreme Court of Canada Practice 2022* (2022), at pp. 369-70, referring to *R.J.R. MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, *Bulletin of Proceedings*, June 10, 1994, at p. 990, and *Anderson v. Amoco Canada Oil and Gas*, *Bulletin of Proceedings*, March 19, 2004, p. 453).

portée des questions en litige ou [. . .] y ajouter quoi que ce soit » (*Morgentaler*, p. 463; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445, p. 487; *Règles de la Cour suprême du Canada*, par. 59(3); *Avis de novembre 2021*, point 4). Cependant, les intervenants peuvent présenter leurs propres arguments juridiques sur les questions déjà soulevées et faire des observations quant à l'incidence qu'elles ont sur les intérêts des personnes qu'ils représentent (voir, p. ex., *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, par. 40; *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 29, [2008] 2 R.C.S. 143, par. 18; *Barton*, par. 52).

[107] Les intervenants doivent veiller à distinguer la formulation d'un argument juridique permis de l'ajout de nouvelles questions inadmissibles; ce sont là deux concepts distincts. Présenter un autre point de vue ou un argument juridique sur une question de droit existante n'est pas la même chose que soumettre une nouvelle question qui déborde le cadre de l'appel ou, pis encore, qui contredit les observations des parties quant à la portée de celui-ci. Dans le premier cas, l'intervention est susceptible d'aider la Cour lors de ses délibérations, tandis que dans le second, elle nuit à celles-ci. Bien que, dans de rares cas, il puisse être difficile de distinguer les deux, ce n'est pas le cas en l'espèce. En demandant à la Cour d'infirmer l'arrêt *Hape*, certains intervenants, auxquels se rallient les juges Karakatsanis et Martin, ont soulevé ce qui constitue clairement une nouvelle question.

[108] Enfin, les intervenants ne sont pas autorisés à apporter d'autres éléments de preuve ou à compléter autrement le dossier sans permission préalable (*Règles de la Cour suprême du Canada*, al. 59(1)b)). Ils peuvent, bien entendu, présenter des observations pour expliquer l'incidence que pourrait avoir le pourvoi sur les groupes qu'ils représentent; il s'agit là d'un exercice approprié de leur rôle. Par contre, ils doivent prendre la cause et le dossier tels qu'ils se trouvent, ou alors demander la permission de présenter de nouveaux éléments, comme des faits législatifs supplémentaires ou des études contestées (voir, p. ex., D. L. Watt et autres, *Supreme Court of Canada Practice 2022* (2022), p. 369-370, citant *R.J.R. MacDonald Inc. c. Canada (Procureur*

This Court, as always, retains a discretion to take any steps it sees fit where an intervenor presents new evidence without leave or otherwise makes improper submissions (see *Notice of November 2021*, at point 6).

général), *Bulletin des procédures*, 10 juin 1994, p. 990, et *Anderson c. Amoco Canada Oil and Gas*, *Bulletin des procédures*, 19 mars 2004, p. 453). Notre Cour, comme toujours, conserve le pouvoir discrétionnaire de prendre toute mesure qu'elle juge indiquée lorsqu'un intervenant présente de nouveaux éléments de preuve sans permission ou lorsqu'il formule des observations inappropriées (voir l'*Avis de novembre 2021*, point 6).

[109] In sum, an intervenor can make useful contributions when it respects the rules, practice directions, and jurisprudence of this Court. By contrast, it exceeds its role when it seeks to alter the nature of the litigation by usurping the role of the parties, expanding the issues before the Court, or presenting new evidence. An intervention that contravenes these settled rules is improper, and has negative consequences for the parties, potential interveners, and the administration of justice.

[109] En somme, les intervenants peuvent faire des contributions utiles s'ils respectent les règles, les directives de pratique et la jurisprudence de la Cour. En revanche, ils dépassent leur rôle lorsqu'ils cherchent à modifier la nature du litige en usurpant le rôle des parties, en élargissant la portée des questions soumises à la Cour ou en présentant de nouveaux éléments de preuve. Les interventions qui contreviennent aux règles établies sont inappropriées et entraînent des conséquences négatives pour les parties, les intervenants potentiels et l'administration de la justice.

II. The Consequences of Improper Interventions

II. Les conséquences des interventions inappropriées

[110] Intervenors who stray beyond their proper role, first of all, cause prejudice to the parties by usurping control of the litigation. The parties — not interveners — are meant to control their own litigation. They define the issues and the relief sought. *Proper* intervention is consistent with this distribution of responsibilities because it is responsive to the issues the parties have raised. *Improper* intervention jeopardizes fairness by forcing the parties to respond to issues on which they did not adduce evidence at trial and by “tak[ing] the litigation away from those directly affected by it” (*Attorney-General of Canada v. Aluminum Co. of Canada* (1987), 35 D.L.R. (4th) 495 (B.C.C.A.), at p. 507; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 3, at pp. 4-5; see also *R. v. N.S.*, 2021 ONCA 605, 497 C.R.R. (2d) 75, at para. 49). Practical forms of unfairness may also befall the parties as a result of improper intervention, including increased legal costs, delays in responding to intervenor submissions, or being forced to bring motions to strike parts of an intervenor's submissions.

[110] En premier lieu, les intervenants qui outrepassent leur rôle causent préjudice aux parties en usurpant la direction du litige. Ce sont les parties — et non les intervenants — qui doivent diriger leur litige. Elles décident quelles questions soulever et quelles réparations demander. Une intervention *appropriée* respecte le partage des responsabilités parce qu'elle est ancrée dans les questions soulevées par les parties. Une intervention *inappropriée* compromet l'équité en forçant les parties à répondre à des questions à l'égard desquelles elles n'ont pas présenté d'éléments de preuve au procès, et en [TRADUCTION] « retir[ant] la cause aux personnes directement concernées » (*Attorney-General of Canada c. Aluminum Co. of Canada* (1987), 35 D.L.R. (4th) 495 (C.A. C.-B.), p. 507; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 3, p. 4-5; voir aussi *R. c. N.S.*, 2021 ONCA 605, 497 C.R.R. (2d) 75, par. 49). Les interventions inappropriées peuvent aussi entraîner des formes d'iniquités sur le plan pratique pour les parties, comme des frais juridiques accrus ou des retards causés par le fait que les parties doivent répondre aux observations des intervenants ou présenter des requêtes en radiation concernant des portions de celles-ci.

[111] Secondly, and most fundamentally, interveners who improperly add to or expand the issues on appeal may cause deleterious effects to the proper administration of justice. The potential for inaccuracy increases where interveners invite the Court to reason in the abstract without the benefit of lower court decisions or a full evidentiary record.

[112] Thirdly, improper interventions undermine the leave to appeal process. The Court decides whether to grant or deny leave upon careful consideration of the existing record and the issues specifically raised by the parties. Where an intervener's arguments fall outside of the set of issues for which leave has been granted, the Court's careful consideration at the leave stage is frustrated.

[113] Finally, potential interveners, whether organizations or Attorneys General, decide whether to intervene based on the issues placed before the Court by the parties. Where interveners expand that set of issues, would-be interveners who have decided not to intervene are prejudiced. They might have decided differently had they been made aware that new issues would be raised (see *Morgentaler*, at pp. 463-64). By the time interveners have introduced the new issues, however, it is too late: the would-be interveners have already been deprived of the opportunity to present, and the Court has been deprived of the opportunity to receive, valuable perspectives on these new issues.

[114] The present appeal illustrates these serious consequences. Raising the new issue of whether *Hape* should continue to govern is an improper intervention. It undercuts the parties' control of their litigation and, in fact, runs contrary to their submissions that this Court should apply *Hape*. It undermines the leave to appeal process and excludes would-be interveners who could make useful submissions on the extraterritorial application of the *Charter*. And, rather than further the accuracy of decision making, it invites the Court to reason in the abstract without the benefit of lower

[111] En deuxième lieu, et plus fondamentalement, les intervenants qui, à tort, soulèvent de nouvelles questions ou élargissent la portée des questions en appel peuvent causer des effets préjudiciables à la saine administration de la justice. Le risque d'inexactitude augmente lorsque les intervenants invitent la Cour à raisonner dans l'abstrait sans bénéficier des décisions des juridictions inférieures et d'un dossier de preuve complet.

[112] En troisième lieu, les interventions inappropriées minent le processus d'autorisation d'appel. La Cour décide si elle accorde ou refuse une autorisation d'appel après avoir examiné soigneusement le dossier d'appel et les questions expressément soulevées par les parties. Les arguments d'un intervenant qui débordent le cadre des questions pour lesquelles l'autorisation d'appel a été accordée compromettent l'examen minutieux fait par la Cour à l'étape de la demande d'autorisation.

[113] En dernier lieu, les intervenants potentiels, que ce soit des organismes ou des procureurs généraux, décident s'ils interviennent dans une affaire donnée en fonction des questions que les parties ont soumises à la Cour. Lorsque les intervenants élargissent les questions en cause, les intervenants potentiels qui ont décidé de ne pas intervenir subissent un préjudice. En effet, ces derniers auraient pu décider d'intervenir s'ils avaient su que de nouvelles questions seraient soulevées (voir *Morgentaler*, p. 463-464). Au moment où les intervenants introduisent de nouvelles questions, toutefois, il est trop tard : les intervenants potentiels ont déjà été privés de la possibilité de présenter, et la Cour de la possibilité d'obtenir, de précieux points de vue sur ces nouvelles questions.

[114] Le présent pourvoi illustre ces conséquences sérieuses. Soulever la nouvelle question de savoir si l'arrêt *Hape* devrait continuer à faire autorité est une intervention inappropriée. Elle fragilise l'habileté des parties à mener leur cause comme elles l'entendent et, en fait, est contraire à leurs observations selon lesquelles la Cour devrait appliquer cet arrêt. Elle mine le processus d'autorisation d'appel et exclut les intervenants potentiels qui pourraient faire des observations utiles concernant l'application extraterritoriale de la *Charte*. Et au lieu de favoriser la

court decisions, a full evidentiary record, or submissions from the parties.

[115] This Court's rules, practice directions, and jurisprudence are carefully designed to avoid these consequences, while ensuring that interveners properly assist the Court. It is therefore critical for interveners to adhere to these limits. When they do so, they can make useful contributions grounded in their expertise and experience. However, that is not what occurred in the present case, as certain interveners overstepped the well-established limits on their role. The issue of whether *Hape* should continue to govern is not before the Court. Neither party has called this framework into question; indeed, both the appellant and respondent have relied on it. I therefore reject my colleagues' decision to accept the invitation from certain interveners and revisit *Hape* as precedent. Their reasons exacerbate the harms created by improper interventions and undermine the limits that preclude the introduction of new issues. In light of the foregoing, I endorse the reasons of Justice Côté.

APPENDIX

Relevant Legislation and Treaties

Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces, Can. T.S. 1953 No. 13

Article VII

1. Subject to the provisions of this Article,

(a) the military authorities of the sending State shall have the right to exercise within the receiving State all criminal and disciplinary jurisdiction conferred on them by the law of the sending State over all persons subject to the military law of that State;

3. In cases where the right to exercise jurisdiction is concurrent the following rules shall apply:

justesse des décisions, elle invite la Cour à raisonner dans l'abstrait sans le bénéfice des décisions des juridictions inférieures, d'un dossier de preuve complet ou d'observations de la part des parties.

[115] Les règles, les directives de pratique et la jurisprudence de la Cour ont été soigneusement conçues en vue d'éviter ces conséquences, tout en faisant en sorte que les intervenants aident adéquatement la Cour. Il est donc crucial que ces derniers respectent les limites qui leur sont imposées. À l'intérieur de ces limites, ils peuvent faire des contributions utiles fondées sur leur expertise et leur expérience. Or, ce n'est pas ce qui s'est passé en l'espèce puisque certains intervenants ont outrepassé les limites bien établies de leur rôle. La Cour n'est pas saisie de la question de savoir si l'arrêt *Hape* doit continuer de faire autorité. Le cadre d'analyse qu'il établit n'a pas été remis en question par les parties; au contraire, l'appelant et l'intimé se sont tous deux fondés sur cet arrêt. Je rejette par conséquent la décision de mes collègues d'accepter l'invitation de certains intervenants de réexaminer cet arrêt à titre de précédent. Leurs motifs exacerbent les préjudices qu'entraînent les interventions inappropriées et fragilisent les limites interdisant l'introduction de nouvelles questions. Compte tenu de ce qui précède, je souscris aux motifs de la juge Côté.

ANNEXE

Dispositions législatives et traités applicables

Convention entre les États parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces, R.T. Can. 1953 no 13

Article VII

1. Sous réserve des dispositions du présent article,

a) Les autorités militaires de l'État d'origine ont le droit d'exercer sur le territoire de l'État de séjour les pouvoirs de juridiction pénale et disciplinaire que leur confère la législation de l'État d'origine sur toutes personnes sujettes à la loi militaire de cet État;

3. Dans les cas de juridiction concurrente, les règles suivantes sont applicables :

(a) The military authorities of the sending State shall have the primary right to exercise jurisdiction over a member of a force or of a civilian component in relation to

(i) offences solely against the property or security of that State, or offences solely against the person or property of another member of the force or civilian component of that State or of a dependent;

6. — (a) The authorities of the receiving and sending States shall assist each other in the carrying out of all necessary investigations into offences, and in the collection and production of evidence, including the seizure and, in proper cases, the handing over of objects connected with an offence. The handing over of such objects may, however, be made subject to their return within the time specified by the authority delivering them.

National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5

60 (1) The following persons are subject to the Code of Service Discipline:

(a) an officer or non-commissioned member of the regular force;

67 Subject to section 70, every person alleged to have committed a service offence may be charged, dealt with and tried under the Code of Service Discipline, whether the alleged offence was committed in Canada or outside Canada.

68 Every person alleged to have committed a service offence may be charged, dealt with and tried under the Code of Service Discipline, either in Canada or outside Canada.

93 Every person who behaves in a cruel or disgraceful manner is guilty of an offence and on conviction is liable to imprisonment for a term not exceeding five years or to less punishment.

130 (1) An act or omission

...

(b) that takes place outside Canada and would, if it had taken place in Canada, be punishable under Part VII, the *Criminal Code* or any other Act of Parliament,

is an offence under this Division . . .

a) Les autorités militaires de l'État d'origine ont le droit d'exercer par priorité leur juridiction sur le membre d'une force ou d'un élément civil en ce qui concerne :

(i) Les infractions portant atteinte uniquement à la sûreté ou à la propriété de cet État ou les infractions portant atteinte uniquement à la personne ou à la propriété d'un membre de la force, ou d'un élément civil de cet État ainsi que d'une personne à charge;

6. — a) Les autorités des États de séjour et d'origine se prêtent mutuellement assistance pour la conduite des enquêtes, pour la recherche de preuves, y compris la saisie, et s'il y a lieu, la remise des pièces à conviction et des objets de l'infraction. La remise des pièces et objets saisis peut toutefois être subordonnée à leur restitution dans un délai déterminé par l'autorité qui procède à cette remise.

Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, c. N-5

60 (1) Sont seuls justiciables du code de discipline militaire :

a) les officiers ou militaires du rang de la force régulière;

67 Sous réserve de l'article 70, quiconque est présumé avoir commis une infraction d'ordre militaire peut être accusé, poursuivi et jugé sous le régime du code de discipline militaire, indépendamment du lieu de perpétration, au Canada ou à l'étranger.

68 Quiconque est présumé avoir commis une infraction d'ordre militaire peut être accusé, poursuivi et jugé sous le régime du code de discipline militaire, tant au Canada qu'à l'étranger.

93 Tout comportement cruel ou déshonorant constitue une infraction passible au maximum, sur déclaration de culpabilité, d'un emprisonnement de cinq ans.

130 (1) Constitue une infraction à la présente section tout acte ou omission :

...

b) survenu à l'étranger mais qui serait punissable, au Canada, sous le régime de la partie VII de la présente loi, du *Code criminel* ou de toute autre loi fédérale.

273.3 Subject to sections 273.4 and 273.5, a commanding officer who is satisfied by information on oath that there is in any quarters, locker, storage space or personal or movable property referred to in section 273.2

(a) anything on or in respect of which any offence against this Act has been or is believed on reasonable grounds to have been committed,

(b) anything that there are reasonable grounds to believe will afford evidence with respect to the commission of an offence against this Act, or

(c) anything that there are reasonable grounds to believe is intended to be used for the purpose of committing any offence against the person for which a person may be arrested without warrant,

may issue a warrant authorizing any officer or non-commissioned member named in the warrant, assisted by such other officers and non-commissioned members as are necessary, or a peace officer, to search the quarters, locker, storage space or personal or movable property for any such thing, and to seize and carry it before that commanding officer.

Vienna Convention on Diplomatic Relations, Can. T.S. 1966 No. 29

Article 30

1. The private residence of a diplomatic agent shall enjoy the same inviolability and protection as the premises of the mission.

Article 31

1. A diplomatic agent shall enjoy immunity from the criminal jurisdiction of the receiving State. He shall also enjoy immunity from its civil and administrative jurisdiction . . .

273.3 Sous réserve des articles 273.4 et 273.5, le commandant qui conclut, sur la foi d'une dénonciation faite sous serment, à la présence dans les logements, cases, espaces de rangement ou biens meubles ou personnels visés à l'article 273.2 de tout objet répondant à l'un des critères ci-dessous peut signer un mandat autorisant l'officier ou le militaire du rang qui y est nommé, aidé au besoin d'autres officiers ou militaires du rang se trouvant sous son autorité, ou un agent de la paix, à perquisitionner dans ces lieux ou biens, afin de trouver, saisir et lui apporter l'objet :

a) soit parce que celui-ci a ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'il aurait servi ou donné lieu à une infraction à la présente loi;

b) soit parce qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'il servira à prouver la perpétration d'une telle infraction;

c) soit parce qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'il est destiné à servir à la perpétration d'une infraction contre une personne, infraction qui peut donner lieu à une arrestation sans mandat.

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, R.T. Can. 1966 n° 29

Article 30

1. La demeure privée de l'agent diplomatique jouit de la même inviolabilité et de la même protection que les locaux de la mission.

Article 31

1. L'agent diplomatique jouit de l'immunité de la juridiction pénale de l'État accréditaire. Il jouit également de l'immunité de sa juridiction civile et administrative . . .

Article 32

1. The immunity from jurisdiction of diplomatic agents and of persons enjoying immunity under Article 37 may be waived by the sending State.

2. Waiver must always be express.

Code of Virginia — Title 19.2. Criminal Procedure

§ 19.2-56. To whom search warrant directed; what it shall command; warrant to show date and time of issuance; copy of affidavit to be part of warrant and served therewith; warrants not executed within 15 days.

A. The judge, magistrate, or other official authorized to issue criminal warrants shall issue a search warrant only if he finds from the facts or circumstances recited in the affidavit that there is probable cause for the issuance thereof.

Every search warrant shall be directed (i) to the sheriff, sergeant, or any policeman of the county, city, or town in which the place to be searched is located; (ii) to any law-enforcement officer or agent employed by the Commonwealth and vested with the powers of sheriffs and police; or (iii) jointly to any such sheriff, sergeant, policeman, or law-enforcement officer or agent and an agent, special agent, or officer of the Federal Bureau of Investigation, the Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms of the United States Treasury, the United States Naval Criminal Investigative Service, the United States Department of Homeland Security, any inspector, law-enforcement official, or police personnel of the United States Postal Service, or the Drug Enforcement Administration. The warrant shall (a) name the affiant, (b) recite the offense or the identity of the person to be arrested for whom a warrant or process for arrest has been issued in relation to which the search is to be made, (c) name or describe the place to be searched, (d) describe the property or person to be searched for, and (e) recite that the magistrate has found probable cause to believe that the property or person constitutes evidence of a crime (identified in the warrant) or tends to show that a person (named or described therein) has committed or is committing a crime or that the person to be arrested for whom a

Article 32

1. L'État accréditant peut renoncer à l'immunité de juridiction des agents diplomatiques et des personnes qui bénéficient de l'immunité en vertu de l'article 37.

2. La renonciation doit toujours être expresse.

Code of Virginia — [TRANSLATION] Titre 19.2. Procédure criminelle

§ 19.2-56. Personne à qui le mandat de perquisition est adressé; ce qu'il doit ordonner; le mandat doit indiquer la date et l'heure de sa délivrance; une copie de l'affidavit doit faire partie du mandat et être signifiée avec celui-ci; mandats non exécutés dans les 15 jours.

A. Le juge, le magistrat ou tout autre fonctionnaire autorisé à délivrer des mandats en matière criminelle doit délivrer un mandat de perquisition uniquement s'il conclut, sur le fondement des faits ou des circonstances exposés dans l'affidavit, qu'il existe des motifs probables justifiant la délivrance du mandat.

Chaque mandat de perquisition doit être adressé : (i) au shérif, au sergent ou à tout policier du comté, de la ville ou du village où est situé le lieu devant faire l'objet de la perquisition; (ii) à tout agent chargé de l'application de la loi ou agent à l'emploi de l'État et investi des pouvoirs de shérif et de policier; ou (iii) conjointement à tout shérif, sergent, policier ou agent ou fonctionnaire chargé de l'application de la loi et tout agent, agent spécial ou fonctionnaire du Federal Bureau of Investigation, du Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms du département du Trésor des États-Unis, du Naval Criminal Investigative Service des États-Unis, du département du Homeland Security des États-Unis, à tout inspecteur, agent chargé de l'application de la loi ou à toute personne à l'emploi de la police du United States Postal Service ou de la Drug Enforcement Administration. Le mandat doit : a) nommer le souscripteur de l'affidavit, b) énoncer l'infraction ou l'identité de la personne devant être arrêtée pour laquelle un mandat d'arrestation a été délivré relativement à la perquisition devant être effectuée, c) nommer ou décrire le lieu devant faire l'objet de la perquisition, d) décrire la personne ou le bien visé par la perquisition, et e) énoncer que le magistrat a conclu à l'existence de motifs probables de croire que le bien ou la personne constitue une preuve d'une infraction criminelle (précisée dans le mandat) ou tend à démontrer

warrant or process for arrest has been issued is located at the place to be searched.

The warrant shall command that the place be forthwith searched and that the objects or persons described in the warrant, if found there, be seized. An inventory shall be produced before a court having jurisdiction of the offense or over the person to be arrested for whom a warrant or process for arrest has been issued in relation to which the warrant was issued as provided in § 19.2-57.

Any such warrant as provided in this section shall be executed by the policeman or other law-enforcement officer or agent into whose hands it shall come or be delivered. If the warrant is directed jointly to a sheriff, sergeant, policeman, or law-enforcement officer or agent of the Commonwealth and a federal agent or officer as otherwise provided in this section, the warrant may be executed jointly or by the policeman, law-enforcement officer, or agent into whose hands it is delivered. No other person may be permitted to be present during or participate in the execution of a warrant to search a place except (1) the owners and occupants of the place to be searched when permitted to be present by the officer in charge of the conduct of the search and (2) persons designated by the officer in charge of the conduct of the search to assist or provide expertise in the conduct of the search.

...

B. ...

Search warrants authorized under this section for the search of any place of abode shall be executed by initial entry of the abode only in the daytime hours between 8:00 a.m. and 5:00 p.m. unless (i) a judge or a magistrate, if a judge is not available, authorizes the execution of such search warrant at another time for good cause shown by particularized facts in an affidavit or (ii) prior to the issuance of the search warrant, law-enforcement officers lawfully entered and secured the place to be searched and remained at such place continuously.

qu'une personne (nommée ou décrite dans le mandat) a commis ou commet une infraction criminelle ou que la personne devant être arrêtée à l'égard de laquelle un mandat d'arrestation a été délivré se trouve au lieu devant faire l'objet de la perquisition.

Le mandat doit ordonner que le lieu soit immédiatement perquisitionné et que les objets ou les personnes décrites dans le mandat, s'ils s'y trouvent, soient saisis ou arrêtés. Un inventaire doit être produit devant un tribunal ayant compétence à l'égard de l'infraction ou de la personne devant être arrêtée pour laquelle un mandat d'arrestation a été délivré et à l'égard de laquelle le mandat a été délivré aux termes du § 19.2-57.

Tout mandat prévu par le présent article doit être exécuté par le policier ou tout autre agent ou fonctionnaire chargé de l'application de la loi qui l'a en sa possession ou à qui il est remis. Le mandat adressé conjointement à un shérif, un sergent, un policier ou un agent chargé de l'application de la loi ou un agent de l'État et à un agent ou un fonctionnaire fédéral, comme le prévoit par ailleurs le présent article, peut être exécuté conjointement par le policier, l'agent chargé de l'application de la loi ou l'agent qui l'a en sa possession ou à qui il est remis. Aucune autre personne ne peut être présente pendant l'exécution du mandat de perquisition ni participer à la perquisition du lieu, à l'exception : (1) des propriétaires et des occupants du lieu devant faire l'objet de la perquisition, lorsque l'agent chargé de la perquisition les y autorise et (2) des personnes désignées par l'agent chargé de la perquisition afin d'aider ou de fournir de l'expertise dans la conduite de la perquisition.

...

B. ...

Les mandats de perquisition autorisés en vertu du présent article en vue de la perquisition dans tout lieu de résidence doivent être exécutés au moyen d'une entrée initiale dans ce lieu uniquement entre 8 heures et 17 heures, sauf si : (i) un juge ou un magistrat, si un juge n'est pas disponible, autorise l'exécution d'un tel mandat de perquisition à un autre moment pour une raison valable établie par des faits précis énoncés dans un affidavit, ou (ii) avant la délivrance du mandat de perquisition, les agents chargés de l'application de la loi sont légalement entrés dans le lieu devant faire l'objet de la perquisition et l'ont sécurisé, et y sont restés continuellement.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Defence Counsel Services, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Canadian Military Prosecution Service, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Ministry of the Attorney General, Crown Law Office — Criminal, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Constitution Foundation: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Olthuis van Ert, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Friedman Mansour, Ottawa.

Solicitors for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: Stockwoods, Toronto.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant : Services d'avocats de la défense, Ottawa.

Procureur de l'intimé : Service canadien des poursuites militaires, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Ministère du Procureur général de l'Ontario, Bureau des avocats de la Couronne — Droit criminel, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadian Constitution Foundation : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Olthuis van Ert, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Friedman Mansour, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Stockwoods, Toronto.

Shawn Metzger *Appellant*

v.

His Majesty The King *Respondent***INDEXED AS: R. v. METZGER****2023 SCC 5**

File No.: 40285.

Hearing and judgment: February 14, 2023.

Reasons delivered: March 3, 2023.

Present: Côté, Rowe, Martin, Kasirer and
O'Bonsawin JJ.**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF
ALBERTA***Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict —
Evidence — Circumstantial evidence — Accused convicted
of offences arising from home invasion on basis of circum-
stantial evidence of identity — Convictions affirmed by
majority of Court of Appeal — Dissenting judge finding that
verdicts unreasonable — Whether verdicts unreasonable.*

The accused was convicted at trial of a number of offences arising from a home invasion robbery. Neither of the two victims of the robbery clearly saw the perpetrators, who were masked. The Crown's case to identify the accused as a participant in the robbery relied entirely on two pieces of circumstantial evidence: (1) the accused's DNA found on a cigarette butt in the vehicle of one of the victims, which was stolen from the scene and found abandoned after the robbery; and (2) the testimony of that same victim that he may have heard the accused's last name spoken by one of the perpetrators during the robbery. A majority of the Court of Appeal dismissed the accused's conviction appeal. The dissenting judge would have allowed the appeal and substituted acquittals on the basis that the verdicts of guilt were unreasonable.

Held (Côté and O'Bonsawin JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Shawn Metzger *Appelant*

c.

Sa Majesté le Roi *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. METZGER****2023 CSC 5**

N° du greffe : 40285.

Audition et jugement : 14 février 2023.

Motifs déposés : 3 mars 2023.

Présents : Les juges Côté, Rowe, Martin, Kasirer et
O'Bonsawin.**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA***Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable —
Preuve — Preuve circonstancielle — Accusé déclaré cou-
pable d'infractions découlant d'une invasion de domicile
sur le fondement d'éléments de preuve circonstancielle
quant à l'identité — Déclarations de culpabilité confirmées
par les juges majoritaires de la Cour d'appel — Verdicts
considérés déraisonnables par la juge dissidente — Les
verdicts sont-ils déraisonnables?*

L'accusé a été déclaré coupable au procès d'un certain nombre d'infractions découlant d'une invasion de domicile avec vol qualifié. Ni l'une ni l'autre des deux victimes du vol qualifié n'a vu clairement les auteurs des infractions, étant donné qu'ils étaient masqués. Pour identifier l'accusé comme participant au vol qualifié, la Couronne s'est fondée exclusivement sur deux éléments de preuve circonstancielle : (1) l'ADN de l'accusé trouvé sur un mégot de cigarette découvert dans le véhicule d'une des deux victimes, qui avait été volé sur la scène du crime et retrouvé abandonné après le vol qualifié; et (2) le témoignage de la même victime selon lequel elle a possiblement entendu pendant le vol qualifié un des auteurs des infractions prononcer le nom de famille de l'accusé. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'appel par l'accusé de ses déclarations de culpabilité. La juge dissidente aurait accueilli l'appel et substitué des acquittements aux déclarations de culpabilité sur le fondement du caractère déraisonnable des verdicts.

Arrêt (les juges Côté et O'Bonsawin sont dissidentes) : Le pourvoi est accueilli.

Per Rowe, Martin and Kasirer JJ.: The convictions should be set aside and verdicts of acquittal substituted. The verdicts were unreasonable and cannot be supported by the evidence.

The DNA evidence alone was not sufficient to establish guilt beyond a reasonable doubt. At best, it permitted an inference that the accused was in the vehicle at some point in time prior to its recovery, but there was no evidence indicating when and why he may have been in the vehicle.

The victim's testimony that he heard the accused's last name during the robbery was fraught with frailties. The trial judge's acceptance of the reliability of the victim's evidence cannot be supported on any reasonable view of the evidence. The trial judge misapprehended an aspect of the victim's testimony and failed to meaningfully address many of the concerns surrounding the victim's physical or mental state.

Considering the totality of the evidence, no trier of fact, acting judicially, could reasonably be satisfied that the accused's guilt was the only reasonable conclusion available. In light of the evidentiary weaknesses, this is not an instance in which the accused's decision not to testify at trial can be raised against him.

Per Côté and O'Bonsawin JJ. (dissenting): The appeal should be dismissed and the accused's convictions upheld. The trial judge could reasonably be satisfied that the accused's guilt was the only reasonable conclusion available on the totality of the evidence.

First, it was open to the trial judge to consider the total absence of any reasonable explanation for the presence of the accused's DNA in the stolen vehicle. The trial judge did not consider the DNA evidence in a vacuum but relied on additional evidence to eliminate the possibility that the cigarette butt could have gotten into the stolen vehicle before or outside of the robbery. This evidence cried out for an explanation that only the accused's testimony could have provided, such that he must accept the consequences of having remained silent.

Second, the trial judge was in a privileged position to assess the identification evidence. His finding that the victim was a credible and reliable witness is entitled to deference. Whether a different trier of fact may have

Les juges Rowe, Martin et Kasirer : Les déclarations de culpabilité devraient être annulées et des verdicts d'acquittement y être substitués. Les verdicts étaient déraisonnables et ne peuvent être étayés par la preuve.

La preuve d'ADN, prise isolément, ne suffisait pas pour établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Elle permettait, au mieux, d'inférer que l'accusé s'était trouvé dans le véhicule à un certain moment avant que celui-ci soit récupéré par la police, mais aucun élément de preuve n'indiquait quand et pourquoi il a pu se trouver dans le véhicule.

Le témoignage de la victime selon lequel elle avait entendu le nom de famille de l'accusé durant le vol qualifié était entaché de nombreuses faiblesses. L'acceptation par le juge du procès de la fiabilité du témoignage de la victime ne peut être étayée par aucune interprétation raisonnable de la preuve. Le juge du procès a mal interprété un aspect du témoignage de la victime, et il n'a pas traité de manière significative des nombreuses préoccupations entourant l'état mental et physique de la victime.

Compte tenu de l'ensemble de la preuve, aucun juge des faits, agissant d'une manière judiciaire, ne pouvait raisonnablement conclure que la culpabilité de l'accusé était la seule conclusion raisonnable. À la lumière des faiblesses de la preuve, il ne s'agit pas d'une situation où la décision de l'accusé de ne pas témoigner peut être soulevée contre lui.

Les juges Côté et O'Bonsawin (dissidentes) : Le pourvoi devrait être rejeté et les déclarations de culpabilité de l'accusé confirmées. Le juge du procès pouvait être raisonnablement convaincu que la culpabilité de l'accusé était la seule conclusion raisonnable compte tenu de l'ensemble de la preuve.

Premièrement, il était loisible au juge du procès de prendre en considération l'absence totale de toute explication raisonnable pour justifier la présence de l'ADN de l'accusé dans le véhicule volé. Le juge du procès n'a pas examiné la preuve d'ADN isolément. Il s'est plutôt fondé sur d'autres éléments de preuve pour éliminer la possibilité que le mégot de cigarette ait pu se retrouver dans le véhicule volé avant le vol qualifié ou à une autre occasion. Ces éléments de preuve exigeaient une explication que seul le témoignage de l'accusé aurait pu fournir, de sorte qu'il doit accepter les conséquences de son choix d'avoir gardé le silence.

Deuxièmement, le juge du procès occupait une position privilégiée pour apprécier la preuve d'identification. Il faut faire preuve de déférence à l'égard de ses conclusions selon lesquelles le témoignage de la victime était crédible et fiable.

reached a different conclusion does not justify appellate interference. The combined effect of the identification evidence and strong DNA evidence, viewed logically and in light of human experience, allowed the judge to infer guilt on the underlying robbery.

Cases Cited

By Rowe J.

Referred to: *R. v. Brunelle*, 2022 SCC 5, [2022] 1 S.C.R. 25; *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474; *R. v. Villaroman*, 2016 SCC 33, [2016] 1 S.C.R. 1000; *R. v. Phillips*, 2018 ONCA 651, 364 C.C.C. (3d) 220.

By Côté J. (dissenting)

R. v. Villaroman, 2016 SCC 33, [2016] 1 S.C.R. 1000; *R. v. Phillips*, 2018 ONCA 651, 364 C.C.C. (3d) 220; *R. v. George-Nurse*, 2019 SCC 12, [2019] 1 S.C.R. 570; *R. v. Kowlyk*, [1988] 2 S.C.R. 59; *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874; *R. v. Brunelle*, 2022 SCC 5, [2022] 1 S.C.R. 25; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *R. v. Mars* (2006), 206 O.A.C. 387; *R. v. Nicholl* (2004), 190 C.C.C. (3d) 549; *R. v. Grayston*, 2016 ONCA 784; *R. v. Ahmed*, 2015 ONCA 848; *R. v. Stjepanovic*, 2006 BCCA 169, 223 B.C.A.C. 226; *R. v. O'Brien*, 2011 SCC 29, [2011] 2 S.C.R. 485.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Veldhuis, Schutz and Crighton JJ.A.), 2022 ABCA 16, [2022] A.J. No. 79 (QL), 2022 CarswellAlta 187 (WL), affirming the convictions of the accused. Appeal allowed, Côté and O'Bonsawin JJ. dissenting.

Jennifer Ruttan and Danielle Gregoire, for the appellant.

Tom Spark, for the respondent.

The reasons for judgment of Rowe, Martin and Kasirer JJ. were delivered by

[1] ROWE J. — The appellant, Shawn Metzger, appeals as of right from a decision of the Court of Appeal of Alberta dismissing his appeal from convictions by a judge sitting alone for a number of offences

La question de savoir si un autre juge des faits aurait tiré une conclusion différente ne justifie pas d'intervenir en appel. C'est l'effet combiné de la preuve d'identification et de la solide preuve d'ADN, considérées logiquement et à la lumière de l'expérience humaine, qui a permis au juge d'inférer la culpabilité quant au vol qualifié sous-jacent.

Jurisprudence

Citée par le juge Rowe

Arrêts mentionnés : *R. c. Brunelle*, 2022 CSC 5, [2022] 1 R.C.S. 25; *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474; *R. c. Villaroman*, 2016 CSC 33, [2016] 1 R.C.S. 1000; *R. c. Phillips*, 2018 ONCA 651, 364 C.C.C. (3d) 220.

Citée par la juge Côté (dissidente)

R. c. Villaroman, 2016 CSC 33, [2016] 1 R.C.S. 1000; *R. c. Phillips*, 2018 ONCA 651, 364 C.C.C. (3d) 220; *R. c. George-Nurse*, 2019 CSC 12, [2019] 1 R.C.S. 570; *R. c. Kowlyk*, [1988] 2 R.C.S. 59; *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874; *R. c. Brunelle*, 2022 CSC 5, [2022] 1 R.C.S. 25; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *R. c. Mars* (2006), 206 O.A.C. 387; *R. c. Nicholl* (2004), 190 C.C.C. (3d) 549; *R. c. Grayston*, 2016 ONCA 784; *R. c. Ahmed*, 2015 ONCA 848; *R. c. Stjepanovic*, 2006 BCCA 169, 223 B.C.A.C. 226; *R. c. O'Brien*, 2011 CSC 29, [2011] 2 R.C.S. 485.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Veldhuis, Schutz et Crighton), 2022 ABCA 16, [2022] A.J. No. 79 (QL), 2022 CarswellAlta 187 (WL), qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé. Pourvoi accueilli, les juges Côté et O'Bonsawin sont dissidentes.

Jennifer Ruttan et Danielle Gregoire, pour l'appelant.

Tom Spark, pour l'intimé.

Version française des motifs de jugement des juges Rowe, Martin et Kasirer rendus par

[1] LE JUGE ROWE — L'appelant, Shawn Metzger, interjette appel de plein droit d'une décision de la Cour d'appel de l'Alberta qui a rejeté son appel des déclarations de culpabilité prononcées par un juge

arising from a home invasion robbery: 2022 ABCA 16. Identity was the sole issue at trial. Neither of the two victims of the robbery clearly saw the perpetrators, who numbered three or four, as the perpetrators were masked. The Crown's case to identify the appellant as a participant in the robbery relied entirely on two pieces of circumstantial evidence: (1) the appellant's DNA found on a cigarette butt in the vehicle of one of the victims, Mr. Iten, which was stolen from the scene and found abandoned approximately 11 hours after the robbery; and (2) the testimony of Mr. Iten that he may have heard the name "Metzger" spoken by one of the intruders during the robbery. On this evidence, the trial judge was satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant participated in the robbery. A majority of the Court of Appeal dismissed the appellant's conviction appeal. Veldhuis J.A., dissenting, would have allowed the appeal and substituted acquittals on the basis that the verdicts of guilt were unreasonable.

[2] I am of the view that the verdicts were unreasonable and that the appeal should be allowed. Even accounting for the privileged position of the trial judge, I am satisfied that the guilty verdicts cannot be supported by the evidence: *R. v. Brunelle*, 2022 SCC 5, [2022] 1 S.C.R. 25, at para. 7.

[3] The trial judge acknowledged that the DNA evidence, standing alone, would not be sufficient to establish guilt beyond a reasonable doubt. I agree with that conclusion. The DNA evidence at best permitted an inference that the appellant was in the vehicle at some point in time prior to its recovery by the police. There was no evidence indicating *when* and *why* the appellant may have been in the vehicle, which was unaccounted for during the 11 hours between the robbery and its recovery. Mr. Iten also routinely left the keys in the vehicle prior to the robbery. As the dissenting judge of the Court of Appeal noted, there were also pieces of clothing and other items in the vehicle that the forensic identification officer

siégeant seul relativement à un certain nombre d'infractions découlant d'une invasion de domicile avec vol qualifié : 2022 ABCA 16. La seule question au procès était celle de l'identité. Ni l'une ni l'autre des deux victimes du vol qualifié n'a vu clairement les auteurs des infractions, lesquels étaient au nombre de trois ou quatre, étant donné qu'ils étaient masqués. Pour identifier l'appelant comme participant au vol qualifié, la Couronne s'est fondée exclusivement sur deux éléments de preuve circonstancielle : (1) l'ADN de l'appelant trouvé sur un mégot de cigarette découvert dans le véhicule d'une des deux victimes, M. Iten, qui avait été volé sur la scène du crime et retrouvé abandonné environ 11 heures après le vol qualifié; et (2) le témoignage de M. Iten selon lequel il a possiblement entendu pendant l'infraction un des intrus prononcer le nom « Metzger ». Sur la base de ces éléments de preuve, le juge du procès s'est dit convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appelant avait participé au vol qualifié. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'appel par l'appelant de ses déclarations de culpabilité. La juge Veldhuis, dissidente, aurait accueilli l'appel et substitué des acquittements aux déclarations de culpabilité prononcées puisque, selon elle, ces verdicts étaient déraisonnables.

[2] Je suis d'avis que les verdicts étaient déraisonnables et que le pourvoi devrait être accueilli. Même en tenant compte de la position privilégiée du juge du procès, je suis convaincu que les verdicts de culpabilité ne peuvent être étayés par la preuve : *R. c. Brunelle*, 2022 CSC 5, [2022] 1 R.C.S. 25, par. 7.

[3] Le juge du procès a reconnu que la preuve d'ADN, prise isolément, ne suffirait pas pour établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Je suis d'accord. La preuve d'ADN permettait, au mieux, d'inférer que l'appelant s'était trouvé dans le véhicule à un certain moment avant que celui-ci soit récupéré par la police. Par contre, aucun élément de preuve n'indiquait *quand* et *pourquoi* l'appelant a pu se trouver dans le véhicule, dont on avait perdu la trace durant les 11 heures qui se sont écoulées entre le vol qualifié et le moment où les policiers l'ont retrouvé. De plus, avant le vol qualifié, M. Iten avait l'habitude de laisser les clés dans le véhicule. Comme l'a noté la juge dissidente de la Cour d'appel, des vêtements

acknowledged were not sent for DNA analysis. In these circumstances, the DNA evidence alone could not have established a case to meet against the appellant with respect to participation in the robbery.

[4] The other piece of circumstantial evidence that supported the DNA evidence was Mr. Iten's testimony that he had heard the name "Metzger" during the robbery. However, that evidence was fraught with frailties. Mr. Iten was struck on the head with a baseball bat at the outset of the robbery and was fading in and out of consciousness. In his testimony, he actively questioned his own recollection of what he had heard. He did not mention to the police during his initial interviews that he had overheard the name "Metzger"; rather, an investigating officer first mentioned the name to Mr. Iten during a telephone interview, months or possibly years after the robbery. When asked at trial whether he recalled hearing the name before that telephone interview, Mr. Iten said that he did; he indicated this was based on discussions that he had after the robbery with the second victim, Mr. Rivard, who Mr. Iten believed shared the same recollection. However, this was not corroborated by Mr. Rivard in his testimony. Mr. Iten also contemplated that his recollection of hearing the name may have been a false memory due to childhood trauma arising from personal associations with the German word "*metzger*", meaning "butcher", which is Mr. Iten's lifetime vocation.

[5] Although no issue is raised with respect to Mr. Iten's honesty, in my view, this is one of the rare instances where the trial judge's acceptance of the reliability of Mr. Iten's evidence cannot be supported on any reasonable view of the evidence: *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474, at para. 7; *Brunelle*, at para. 8. The trial judge wrongly concluded that "[n]othing turns" on the inconsistency between Mr. Iten's and Mr. Rivard's evidence because they were in different rooms and may have heard different things; the trial judge misapprehended the fact that Mr. Iten testified

ainsi que d'autres objets se trouvaient aussi dans le véhicule; ceux-ci n'ont pas été expédiés pour des analyses d'ADN, comme l'a reconnu l'agent chargé de l'identification judiciaire. Dans les circonstances, la preuve d'ADN à elle seule ne pouvait pas constituer une preuve complète de la participation au vol qualifié.

[4] L'autre élément de preuve circonstancielle qui appuyait la preuve d'ADN était le témoignage de M. Iten selon lequel il avait entendu le nom « Metzger » durant l'infraction. Or, ce témoignage était entaché de nombreuses faiblesses. Monsieur Iten avait été frappé à la tête avec un bâton de baseball au début du vol qualifié et il avait perdu et repris connaissance à plusieurs reprises par la suite. D'ailleurs, durant son témoignage, il a lui-même activement remis en question ses propres souvenirs de ce qu'il avait entendu. Il n'a pas fait état de ce souvenir dans ses premiers entretiens avec la police; c'est plutôt un enquêteur qui a mentionné le nom « Metzger » à M. Iten durant une conversation téléphonique, des mois ou possiblement des années après le vol qualifié. Pendant le procès, lorsqu'on lui a demandé s'il se souvenait d'avoir entendu le nom avant cette conversation téléphonique, M. Iten a répondu par l'affirmative; il a indiqué que sa réponse se fondait sur des discussions entretenues après le vol qualifié avec la deuxième victime, M. Rivard, qui, selon lui, partageait le même souvenir. Or, cela n'a pas été corroboré par ce dernier dans son témoignage. Monsieur Iten a aussi envisagé que son souvenir d'avoir entendu le nom ait pu constituer un faux souvenir causé par un traumatisme datant de son enfance découlant de l'association qu'il fait avec le terme « *metzger* » en allemand, qui signifie « boucher », qui est la vocation de toute une vie pour M. Iten.

[5] Même si l'honnêteté de M. Iten n'a pas été remise en question, selon moi, il s'agit d'un des rares cas où l'acceptation par le juge du procès de la fiabilité du témoignage de M. Iten ne peut être étayée par aucune interprétation raisonnable de la preuve : *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474, par. 7; *Brunelle*, par. 8. Le juge du procès a conclu à tort que l'incohérence entre les témoignages de M. Iten et M. Rivard [TRA-DUCTION] « [n]'avait aucune incidence », parce qu'ils se trouvaient dans deux pièces différentes et ont pu ne pas entendre la même chose. Le juge du procès a

they had the *same* recollection. The trial judge also failed to meaningfully address many of the concerns surrounding Mr. Iten's physical or mental state during and after the robbery.

[6] Considering the totality of the evidence — including the frailties in Mr. Iten's evidence and the absence of any other inculpatory evidence except for the presence of the appellant's DNA on the cigarette butt — I am satisfied that no “trier of fact, acting judicially, could reasonably be satisfied that the accused's guilt was the only reasonable conclusion available”: *R. v. Villaroman*, 2016 SCC 33, [2016] 1 S.C.R. 1000, at para. 55. The verdicts were therefore unreasonable.

[7] In light of the evidentiary weaknesses of both the DNA evidence and Mr. Iten's recollection, I respectfully disagree with the view that this is an instance in which the appellant's decision not to testify at trial can be raised against him. As the dissenting judge noted, quoting from *R. v. Phillips*, 2018 ONCA 651, 364 C.C.C. (3d) 220, at para. 69,

this was not a case in which the evidence cried out for an explanation that only the appellant's testimony could have provided, such that he must accept the consequences of having remained silent. It was a very weak Crown case built on identification. The failure of the accused to testify does not undermine his argument that the verdict was unreasonable.

(C.A. reasons, at para. 87 (CanLII))

[8] It is not necessary to address the appellant's additional arguments concerning the doctrine of recent possession.

[9] I would allow the appeal, set aside the convictions, and substitute verdicts of acquittal.

mal interprété le fait que M. Iten a témoigné qu'ils avaient le *même* souvenir. De plus, le juge du procès n'a pas traité de manière significative des nombreuses préoccupations entourant l'état mental et physique de M. Iten durant et après le vol qualifié.

[6] Compte tenu de l'ensemble de la preuve — y compris les faiblesses du témoignage de M. Iten et l'absence de quelque autre élément de preuve inculpatoire hormis la présence de l'ADN de l'appelant sur le mégot de cigarette —, je suis convaincu qu'aucun « juge des faits, agissant d'une manière judiciaire, [ne] pouvait raisonnablement conclure que la culpabilité de l'accusé était la seule conclusion raisonnable » : *R. c. Villaroman*, 2016 CSC 33, [2016] 1 R.C.S. 1000, par. 55. Les verdicts étaient donc déraisonnables.

[7] À la lumière des faiblesses à la fois de la preuve d'ADN et du souvenir de M. Iten, je suis avec égards en désaccord avec l'opinion selon laquelle il s'agit d'une situation où la décision de l'appelant de ne pas témoigner peut être soulevée contre lui. Comme l'a noté la juge dissidente, en citant la décision *R. c. Phillips*, 2018 ONCA 651, 364 C.C.C. (3d) 220, par. 69,

[TRANSLATION] il ne s'agissait pas d'un cas où les éléments de preuve exigeaient une explication que seul le témoignage de l'appelant aurait pu fournir, de sorte qu'il doit accepter les conséquences de son choix d'avoir gardé le silence. La preuve de la Couronne était très faible et reposait sur l'identification. La décision de l'accusé de ne pas témoigner ne mine en rien son argument que le verdict était déraisonnable.

(motifs de la C.A., par. 87 (CanLII))

[8] Il n'est pas nécessaire de traiter des arguments supplémentaires de l'appelant relatifs à la doctrine de la possession récente.

[9] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'y substituer des verdicts d'acquiescement.

The reasons of Côté and O'Bonsawin JJ. were delivered by

[10] CÔTÉ J. (dissenting) — The appellant, Shawn Metzger, appeals as of right from his convictions for robbery and break and enter arising from a home invasion on June 24, 2017. Identity was the sole issue at trial. Neither of the victims was able to see the three or four intruders, who were masked. After the robbery, the intruders drove away in a truck owned by one of the occupants, Mr. Valentin Iten. The truck was found abandoned and locked roughly 11 hours later. A cigarette butt was found under the driver's seat and sent for DNA analysis, which returned a single profile matching the appellant.

[11] The main issue in this appeal is whether it was unreasonable for the trial judge to convict the appellant based on (1) the presence of his DNA in the stolen truck; and (2) Mr. Iten's testimony that he heard the appellant's last name, "Metzger", used during the robbery. The majority of the court below dismissed the appellant's appeal, finding that the verdicts were not unreasonable (2022 ABCA 16). I agree. In my view, the trial judge could reasonably be satisfied that the appellant's guilt was the only reasonable conclusion available on the totality of the evidence (*R. v. Villaroman*, 2016 SCC 33, [2016] 1 S.C.R. 1000, at para. 55).

[12] In the circumstances, there was no reasonable explanation for why the appellant's DNA was found on a cigarette butt under the driver's seat of the stolen truck, if not for his involvement in the robbery less than 12 hours earlier. The trial judge did not consider the DNA evidence in a vacuum. Rather, he relied on additional evidence to eliminate the possibility that the cigarette butt could have gotten into the stolen truck before or outside of the robbery. It is undisputed that Mr. Iten did not know the appellant. It is important to emphasize that "[n]obody else used the truck" around the time of the robbery (trial reasons, reproduced in

Version française des motifs des juges Côté et O'Bonsawin rendus par

[10] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — L'appelant, Shawn Metzger, interjette appel de plein droit de ses déclarations de culpabilité pour vol qualifié et entrée par effraction découlant d'une invasion de domicile survenue le 24 juin 2017. La seule question en litige au procès était celle de l'identité. Aucune des victimes n'a été en mesure de voir les trois ou quatre intrus, qui étaient masqués. Après avoir commis le vol qualifié, ces derniers se sont enfuis à bord d'un camion appartenant à un des occupants, M. Valentin Iten. Le camion a été retrouvé abandonné et verrouillé environ 11 heures plus tard. Un mégot de cigarette a été retrouvé sous le siège du conducteur et envoyé pour un test d'ADN, qui a décelé un seul profil génétique correspondant à celui de l'appelant.

[11] La question principale que pose le présent pourvoi est celle de savoir si le juge du procès a rendu un verdict déraisonnable en déclarant l'appelant coupable sur la foi (1) de la présence de son ADN dans le camion volé; et (2) du témoignage de M. Iten selon lequel il a entendu quelqu'un prononcer le nom de famille de l'appelant, « Metzger », durant le vol qualifié. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'appel de l'appelant, concluant que les verdicts n'étaient pas déraisonnables (2022 ABCA 16). Je suis d'accord. Selon moi, le juge du procès pouvait être raisonnablement convaincu que la culpabilité de l'appelant était la seule conclusion raisonnable compte tenu de l'ensemble de la preuve (*R. c. Villaroman*, 2016 CSC 33, [2016] 1 R.C.S. 1000, par. 55).

[12] Dans les circonstances, aucune explication raisonnable ne pouvait justifier la présence de l'ADN de l'appelant sur un mégot de cigarette retrouvé sous le siège du conducteur du camion volé, outre celle de sa participation au vol qualifié moins de 12 heures plus tôt. Le juge du procès n'a pas examiné la preuve d'ADN isolément. Il s'est plutôt fondé sur d'autres éléments de preuve pour éliminer la possibilité que le mégot de cigarette ait pu se retrouver dans le camion volé avant le vol qualifié ou à une autre occasion. Il est admis que M. Iten ne connaissait pas l'appelant. Il importe de souligner que [TRADUCTION] « [p]ersonne

A.R., at p. 21). Mr. Iten and his roommate both heard the truck start at the end of the robbery. The truck was found locked and showed no signs of forced entry. The cigarette butt was found under the driver's seat, and the DNA matched only the appellant's profile. Taken together, this evidence "cried out for an explanation that only the appellant's testimony could have provided, such that he must accept the consequences of having remained silent" (*R. v. Phillips*, 2018 ONCA 651, 364 C.C.C. (3d) 220, at para. 69; see also *R. v. George-Nurse*, 2019 SCC 12, [2019] 1 S.C.R. 570, at para. 1). It was open to the judge to consider the "total absence of any kind of reasonable explanation" (*R. v. Kowlyk*, [1988] 2 S.C.R. 59, at p. 73; see also *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874, at para. 103) for the presence of the appellant's DNA in a stolen truck found mere hours after the robbery and a short distance away from the victims' residence.

[13] While some may view the "Metzger" identification evidence as weaker, the trial judge was in a privileged position to assess the evidence (*R. v. Brunelle*, 2022 SCC 5, [2022] 1 S.C.R. 25, at para. 9, citing *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190, at para. 62). The question is whether his findings were [TRANSLATION] "sufficiently supported by the evidence and involve[d] no palpable and overriding error" (*Brunelle*, at para. 8). I agree with the majority of the court below that the trial judge's finding that Mr. Iten was a credible and reliable witness is entitled to deference. Whether a different trier of fact may have reached a different conclusion does not justify appellate interference (C.A. reasons, at paras. 26 and 34 (CanLII)). In any event, it was the combined effect of the identification evidence and the strong DNA evidence that allowed the judge to infer guilt on the underlying robbery.

[14] The authorities referred to by the appellant, in which DNA or fingerprint evidence was found insufficient to infer guilt on the underlying theft or

d'autre n'a utilisé le camion » à l'époque du vol qualifié (motifs de première instance, reproduits dans le d.a., p. 21). Monsieur Iten et son colocataire ont tous les deux entendu le camion démarrer à la fin du vol qualifié. Le camion a été retrouvé verrouillé et ne portait aucun signe d'effraction. Le mégot a été retrouvé sous le siège du conducteur et l'ADN ne correspondait qu'au profil de l'appelant. Considérés dans leur ensemble, ces éléments de preuve [TRANSLATION] « exigeaient une explication que seul le témoignage de l'appelant aurait pu fournir, de sorte qu'il doit accepter les conséquences de son choix d'avoir gardé le silence » (*R. c. Phillips*, 2018 ONCA 651, 364 C.C.C. (3d) 220, par. 69; voir aussi *R. c. George-Nurse*, 2019 CSC 12, [2019] 1 R.C.S. 570, par. 1). Il était loisible au juge de prendre en considération « l'absence totale de toute explication raisonnable » (*R. c. Kowlyk*, [1988] 2 R.C.S. 59, p. 73; voir aussi *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874, par. 103) pour justifier la présence de l'ADN de l'appelant dans le camion volé, et ce, à peine quelques heures après le vol qualifié et à une courte distance de la résidence des victimes.

[13] Certes, certains pourraient juger que la preuve d'identification relative à « Metzger » était faible, mais le juge du procès occupait une position privilégiée pour apprécier la preuve (*R. c. Brunelle*, 2022 CSC 5, [2022] 1 R.C.S. 25, par. 9, citant *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190, par. 62). La question est celle de savoir si les conclusions du juge trouvaient « suffisamment appui dans la preuve et si elle[s] [sont] exempte[s] d'erreur manifeste et déterminante » (*Brunelle*, par. 8). À l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, j'estime qu'il faut faire preuve de déférence à l'égard des conclusions du juge du procès selon lesquelles le témoignage de M. Iten était crédible et fiable. La question de savoir si un autre juge des faits aurait tiré une conclusion différente ne justifie pas d'intervenir en appel (motifs de la C.A., par. 26 et 34 (CanLII)). Quoi qu'il en soit, c'est l'effet combiné de la preuve d'identification et de la solide preuve d'ADN qui a permis au juge d'inférer la culpabilité quant au vol qualifié sous-jacent.

[14] La jurisprudence invoquée par l'appelant, dans laquelle la preuve d'ADN ou d'empreintes digitales a été jugée insuffisante pour en déduire la

robbery, are distinguishable. In *R. v. Mars* (2006), 206 O.A.C. 387, there was no evidence that assisted in determining *when* the accused's fingerprint was placed on a pizza box used in committing a robbery (para. 21). Further, evidence given by a neighbour, who described all three robbers as black, “effectively excluded the appellant who . . . is white” (per Doherty J.A., at para. 27). Similarly, in *R. v. Nicholl* (2004), 190 C.C.C. (3d) 549 (Ont. C.A.), where a pop can with the accused's thumbprint on it was found in a vehicle *two weeks* after it was stolen, and in *R. v. Grayston*, 2016 ONCA 784, where a balaclava with DNA from the accused *and* other individuals was found in a stolen vehicle, this evidence was held to be compatible with explanations other than guilt. In *R. v. Ahmed*, 2015 ONCA 848, the accused's DNA was found — together with three other DNA matches — on a plastic grocery bag used during a robbery, which bags are “commonplace, portable, disposable and reusable” (para. 7 (CanLII)). Given the generic nature of the eyewitness descriptions relied on by the Crown, the evidence did not go far enough to support the inference that the accused's DNA had been deposited on the bag during the robbery.

[15] By contrast, there was additional evidence in this case that permitted the trial judge to determine *when* the appellant's cigarette was left in the stolen truck. I also note that DNA evidence, either alone or in combination with “less than strong” identification evidence, has served to ground verdicts of guilt in similar cases (*R. v. Stjepanovic*, 2006 BCCA 169, 223 B.C.A.C. 226, at paras. 10-11; see also *R. v. O'Brien*, 2011 SCC 29, [2011] 2 S.C.R. 485, at paras. 2 and 13-16).

[16] This is not a case where the judge's verdict “cannot be supported by the evidence” (*Brunelle*, at para. 7). Rather, the verdict is one that a properly instructed trier of fact could reasonably have rendered (*Villaroman*, at para. 55). The judge was entitled to

culpabilité pour le vol ou le vol qualifié sous-jacent, peut être distinguée de la présente cause. Dans la décision *R. c. Mars* (2006), 206 O.A.C. 387, aucun élément de preuve ne permettait de déterminer *quand* l'empreinte digitale de l'accusé avait été laissée sur la boîte de pizza qui a servi pour commettre le vol qualifié (par. 21). De plus, selon le témoignage d'un voisin, les trois voleurs étaient noirs, [TRADUCTION] « ce qui, dans les faits, excluait l'appelant qui [. . .] était blanc » (le juge Doherty, par. 27). De même, dans les décisions *R. c. Nicholl* (2004), 190 C.C.C. (3d) 549 (C.A. Ont.), où la présence d'une cannette de boisson gazeuse portant l'empreinte du pouce de l'accusé a été trouvée dans le véhicule *deux semaines* après que celui-ci a été volé, et *R. c. Grayston*, 2016 ONCA 784, où une cagoule sur laquelle se trouvait l'ADN de l'accusé *et* d'autres individus a été retrouvée dans le véhicule volé, la preuve a été jugée compatible avec des explications autres que la culpabilité. Dans la décision *R. c. Ahmed*, 2015 ONCA 848, l'ADN de l'accusé a été retrouvé — tout comme trois autres correspondances d'ADN — sur un sac d'épicerie en plastique utilisé durant un vol qualifié. Or, les sacs de ce type sont [TRADUCTION] « courants, portables, jetables et réutilisables » (par. 7 (CanLII)). Compte tenu que les descriptions fournies par les témoins oculaires de la Couronne étaient génériques, la preuve n'était pas suffisante pour étayer l'inférence selon laquelle l'ADN de l'accusé avait été déposé sur le sac durant l'infraction.

[15] En revanche, en l'espèce, la présence d'éléments de preuve supplémentaires permettait au juge du procès de déterminer *quand* la cigarette de l'appelant avait été laissée dans le camion volé. Je note en outre qu'une preuve d'ADN, considérée seule ou en combinaison avec une preuve d'identification [TRADUCTION] « moins que solide », a servi à fonder des verdicts de culpabilité dans des causes similaires (*R. c. Stjepanovic*, 2006 BCCA 169, 223 B.C.A.C. 226, par. 10-11; voir aussi *R. c. O'Brien*, 2011 CSC 29, [2011] 2 R.C.S. 485, par. 2 et 13-16).

[16] Il ne s'agit pas d'une cause où le verdict du juge « ne peut s'appuyer sur la preuve » (*Brunelle*, par. 7). Au contraire, il s'agit d'un verdict qu'un juge des faits ayant reçu des directives appropriées aurait pu raisonnablement rendre (*Villaroman*, par. 55).

conclude that the “circumstantial evidence, viewed logically and in light of human experience”, was not reasonably capable of supporting an inference other than that the appellant was guilty (*Villaroman*, at para. 38). I would dismiss the appeal and uphold the appellant’s convictions.

Appeal allowed, CÔTÉ and O’BONSAWIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Ruttan Bates, Calgary.

Solicitor for the respondent: Alberta Crown Prosecution Service — Appeals and Specialized Prosecutions Office, Calgary.

Le juge pouvait conclure que « la preuve circonstancielle, considérée logiquement et à la lumière de l’expérience humaine », ne pouvait raisonnablement fonder une inférence autre que celle de la culpabilité de l’appelant (*Villaroman*, par. 38). Je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les déclarations de culpabilité de l’appelant.

Pourvoi accueilli, les juges CÔTÉ et O’BONSAWIN sont dissidentes.

Procureurs de l’appelant : Ruttan Bates, Calgary.

Procureur de l’intimé : Alberta Crown Prosecution Service — Appeals and Specialized Prosecutions Office, Calgary.

His Majesty The King *Appellant*

v.

Randy William Downes *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Alberta and
Samuelson-Glushko Canadian
Internet Policy and Public Interest
Clinic** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. DOWNES

2023 SCC 6

File No.: 40045.

2022: October 13; 2023: March 10.

Present: Karakatsanis, Brown,* Rowe, Martin, Kasirer,
Jamal and O'Bonsawin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Voyeurism — Elements of offence — Place in which a person can reasonably be expected to be nude — Accused convicted of voyeurism for surreptitiously photographing two adolescent boys in their underwear in hockey arena dressing rooms — Trial judge finding that Crown proved that boys were in place in which a person can reasonably be expected to be nude — Court of Appeal setting aside convictions and ordering new trial on basis that trial judge failed to address conflicts in evidence about whether nudity could reasonably be expected in dressing rooms at specific time photos were taken — Whether element of offence that person surreptitiously observed or recorded be in place in which a person can reasonably be expected to be nude has implicit temporal component — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 162(1)(a).

Sa Majesté le Roi *Appelant*

c.

Randy William Downes *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureur général de l'Alberta
et Clinique d'intérêt public et de
politique d'internet du Canada
Samuelson-Glushko** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. DOWNES

2023 CSC 6

N° du greffe : 40045.

2022 : 13 octobre; 2023 : 10 mars.

Présents : Les juges Karakatsanis, Brown*, Rowe,
Martin, Kasirer, Jamal et O'Bonsawin.

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

Droit criminel — Voyeurisme — Éléments de l'infraction — Lieu où il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une personne soit nue — Accusé déclaré coupable de voyeurisme pour avoir subrepticement photographié deux garçons adolescents dans leurs sous-vêtements à l'intérieur de vestiaires d'un aréna de hockey — Conclusion de la juge du procès selon laquelle la Couronne avait prouvé que les garçons se trouvaient dans un lieu où il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une personne soit nue — Cour d'appel annulant les déclarations de culpabilité et ordonnant la tenue d'un nouveau procès au motif que la juge du procès n'avait pas abordé les contradictions dans la preuve quant à savoir s'il était raisonnable de s'attendre à ce que des personnes soient nues dans les vestiaires au moment précis où les photos ont été prises — L'élément de l'infraction requérant que la personne subrepticement observée ou enregistrée se trouve dans un lieu où il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une personne soit nue a-t-il une composante temporelle implicite? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 162(1)a).

* Brown J. did not participate in the final disposition of the judgment.

* Le juge Brown n'a pas participé au dispositif final du jugement.

The accused was convicted of 2 counts of voyeurism for surreptitiously taking 38 photos of 2 boys aged between 12 and 14 years old in their underwear in hockey arena dressing rooms. The accused was the boys' hockey coach. The trial judge held that the Crown had proved the four elements of the voyeurism offence under s. 162(1)(a) of the *Criminal Code* beyond a reasonable doubt: the accused took the photos of the boys (1) intentionally; (2) surreptitiously; (3) in circumstances that gave rise to a reasonable expectation of privacy; and (4) in a place in which a person can reasonably be expected to be nude. Specifically, regarding the fourth element, she effectively interpreted s. 162(1)(a) as having no implicit temporal component, stating that s. 162(1)(a) focuses on the nature of the place in which an observation or recording is made, but does not require that the person who is the subject of the observation or recording was, or ever had been, nude, or that the person could reasonably be expected to be nude. She found that individuals of various ages change their underwear or shower in dressing rooms, and thus can reasonably be expected to be nude in them, and that this finding was sufficient for the purposes of s. 162(1)(a).

A majority of the Court of Appeal allowed the accused's appeal, set aside the convictions, and ordered a new trial. It concluded that the trial judge had failed to consider whether nudity was reasonably expected at the time when the offences allegedly occurred. It stated that s. 162(1)(a) was intended to apply to persons who expect to observe or record nudity or sexual activity. The dissenting judge would have dismissed the appeal. She was of the view that s. 162(1)(a) contains no implicit temporal component; the provision instead focuses on the "place", which, under s. 162(1)(a), is a place in which a person can reasonably be expected to be nude, regardless of the expected use of that place specifically when the conduct occurred.

Held: The appeal should be allowed and the convictions restored.

Properly interpreted based on its text, context, and purpose, s. 162(1)(a) of the *Criminal Code* has no implicit temporal component. Accordingly, the Crown need not establish that a person could reasonably be expected to be nude in the place at the specific time when the photos were

L'accusé a été déclaré coupable de 2 chefs de voyeurisme pour avoir subrepticement pris 38 photos de 2 garçons âgés entre 12 et 14 ans dans leurs sous-vêtements dans des vestiaires d'un aréna de hockey. L'accusé était l'entraîneur de hockey des garçons. La juge du procès a conclu que la Couronne avait prouvé les quatre éléments de l'infraction de voyeurisme au sens de l'al. 162(1)a du *Code criminel* hors de tout doute raisonnable : l'accusé avait pris les photos des garçons (1) intentionnellement; (2) subrepticement; (3) dans des circonstances pour lesquelles il existait une attente raisonnable de protection en matière de vie privée; et (4) dans un lieu où il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une personne soit nue. Plus précisément, en ce qui concerne le quatrième élément, elle a effectivement interprété l'al. 162(1)a comme n'ayant aucune composante temporelle implicite, affirmant que l'al. 162(1)a met l'accent sur la nature du lieu dans lequel une observation ou un enregistrement est fait, mais n'exige pas que la personne qui est l'objet de l'observation ou de l'enregistrement ait été nue, ou l'ait été à quelque moment que ce soit, ou qu'il soit raisonnable de s'attendre à ce que la personne soit nue. Elle a constaté que des individus de divers âges changent de sous-vêtements ou se douchent dans les vestiaires, et qu'il est donc raisonnable de s'attendre à ce qu'ils y soient nus, et que cette constatation était suffisante pour l'application de l'al. 162(1)a.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel de l'accusé, annulé les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Ils ont conclu que la juge du procès ne s'était pas demandé s'il était raisonnable de s'attendre à ce qu'une personne soit nue au moment où les infractions auraient été commises. Ils ont affirmé que l'al. 162(1)a était censé s'appliquer aux personnes qui s'attendent à observer ou à enregistrer de la nudité ou une activité sexuelle. La juge dissidente était d'avis de rejeter l'appel. Selon elle, l'al. 162(1)a ne renferme aucune composante temporelle implicite; la disposition met plutôt l'accent sur le « lieu », qui, au sens de l'al. 162(1)a, est un lieu où il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une personne soit nue, peu importe l'utilisation prévue de ce lieu en particulier lorsque la conduite est survenue.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et les déclarations de culpabilité sont rétablies.

Correctement interprété eu égard à son texte, à son contexte et à son objet, l'al. 162(1)a du *Code criminel* n'a aucune composante temporelle implicite. La Couronne n'a donc pas à établir qu'il était raisonnable de s'attendre à ce qu'une personne soit nue dans le lieu au moment précis

taken. As a result, the trial judge appropriately convicted the accused of voyeurism under s. 162(1)(a).

Parliament's purposes in enacting the voyeurism offence in s. 162(1) were to protect individuals' privacy and sexual integrity. Parliament's objective of protecting privacy appears in the opening words of s. 162(1), which refer to circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy. These are circumstances in which a person would reasonably expect not to be the subject of the type of observation or recording that in fact occurred. As for Parliament's objective of protecting sexual integrity, it is apparent in each of paras. (a), (b), and (c) of s. 162(1). Section 162(1)(a) protects the sexual integrity of persons in specific places. It does not require the person to be actually nude, exposing intimate parts of his or her body, or engaged in sexual activity; it suffices if they are in a place where a person may reasonably be expected to be in such a state, such as a changing room, toilet, shower stall, or bedroom. In addition, para. (a) does not require the accused to act for a sexual purpose. Section 162(1)(b) protects the sexual integrity of persons engaged in specific activities: when the person is nude, is exposing his or her genital organs or anal region or her breasts, or is engaged in explicit sexual activity, and the observation or recording is done for the purpose of observing or recording a person in such a state or engaged in such an activity. Under para. (b), the nature of the location does not matter, but the accused must have the purpose of observing or recording the subject in such a state or engaged in such an activity. Similarly to para. (a), the Crown need not prove that the accused acted for a sexual purpose. Section 162(1)(c) protects the sexual integrity of persons when the observation or recording is done for a sexual purpose. It applies whether the subject is clothed or unclothed — no matter what they are doing, and regardless of the location of the targeted subject. The opening words of s. 162(1) also protect sexual integrity, and each of paras. (a), (b), and (c) of s. 162(1) also protect privacy.

The question as to whether the “place” referred to in s. 162(1)(a) is qualified by an implicit temporal component is one of statutory interpretation. The words in s. 162(1)(a) must be considered in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. Section 162(1)(a) must be interpreted according to a textual, contextual, and purposive analysis to find a

où les photos ont été prises. Par conséquent, c'est à bon droit que la juge du procès a déclaré l'accusé coupable de voyeurisme en vertu de l'al. 162(1)a).

Les objectifs qu'avait le Parlement en créant l'infraction de voyeurisme au par. 162(1) étaient de protéger la vie privée et l'intégrité sexuelle des personnes. L'objectif du Parlement de protéger la vie privée se dégage des mots introductifs du par. 162(1), qui font référence aux circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Il s'agit de circonstances où une personne s'attendrait raisonnablement à ne pas faire l'objet du type d'observation ou d'enregistrement qui est effectivement survenu. Quant à l'objectif du Parlement de protéger l'intégrité sexuelle, il ressort de chacun des al. a), b) et c) du par. 162(1). L'alinéa 162(1)a) protège l'intégrité sexuelle des personnes dans des lieux déterminés. Il n'exige pas que la personne soit effectivement nue, qu'elle expose des parties intimes de son corps ou qu'elle se livre à une activité sexuelle; il suffit qu'elle se trouve dans un lieu où il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une personne se trouve dans un tel état, par exemple dans un vestiaire, aux toilettes, dans une cabine de douche ou dans une chambre à coucher. De plus, l'al. a) n'exige pas que l'accusé agisse dans un but sexuel. L'alinéa 162(1)b) protège l'intégrité sexuelle des personnes qui se livrent à des activités déterminées, à savoir lorsque la personne est nue, expose ses seins, ses organes génitaux ou sa région anale ou se livre à une activité sexuelle explicite, et l'observation ou l'enregistrement est fait dans le dessein d'ainsi observer ou enregistrer une personne. Pour l'application de l'al. b), la nature du lieu n'a pas d'importance, mais l'accusé doit avoir l'intention d'ainsi observer ou enregistrer le sujet. Comme dans le cas de l'al. a), la Couronne n'est pas tenue de prouver que l'accusé a agi dans un but sexuel. L'alinéa 162(1)c) protège l'intégrité sexuelle des personnes lorsque l'observation ou l'enregistrement est fait dans un but sexuel. Il s'applique que le sujet soit vêtu ou non, peu importe ce qu'il fait, et indépendamment du lieu où se trouve le sujet ciblé. Les mots introductifs du par. 162(1) protègent aussi l'intégrité sexuelle, et chacun des al. a), b) et c) du par. 162(1) protège aussi la vie privée.

La question de savoir si le « lieu » visé à l'al. 162(1)a) est assorti d'une composante temporelle implicite est une question d'interprétation législative. Les termes de l'al. 162(1)a) doivent être examinés dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur. L'alinéa 162(1)a) doit être interprété sur le fondement d'une analyse textuelle, contextuelle

meaning that is harmonious with the Act as a whole. The text of s. 162(1)(a) refers to a test for the “place” that is objective in two respects. First, s. 162(1)(a) uses the definite article “*the* person” when referring to the subject of the observation or recording, but uses the indefinite article “*a* person” when referring to the reasonably expected uses of the place. This means that *the* person being surreptitiously observed or recorded must be in a place in which *a* person can reasonably be expected to be nude. Second, s. 162(1)(a) asks whether a person can reasonably be expected to be nude in the place, and not whether the accused subjectively expected them to be nude.

The use of an objective test in s. 162(1)(a) is not determinative of whether the provision contains a temporal component, however, because Parliament still might have intended that the objective evaluation be made at a specific time. The key textual point is the lack of express language in s. 162(1)(a) suggesting that Parliament intended the “place” to be evaluated at the specific time when the observation or recording was made. Had Parliament intended to insist on such a temporal component, it could have done so expressly by referring to the observation or recording being made in a place in which a person can then reasonably be expected to be nude, or being made in a place in which a person would reasonably be expected to be nude at the time of the observation or recording.

The statutory context and purpose of s. 162(1)(a) also suggest that Parliament did not intend the provision to contain a temporal component. Parliament’s purposes of protecting privacy and sexual integrity are promoted by interpreting s. 162(1)(a) as a location-based offence without a temporal component. Rather than providing a specific list of places protected under s. 162(1)(a), Parliament chose to define the protected places in a principled and normative way. Section 162(1)(a) stipulates a rule that normatively identifies a class of quintessentially “safe places”, such as bedrooms, bathrooms, and dressing rooms, in which people should be entitled to not be non-consensually observed or visually recorded, whether or not they or another person in the place are reasonably expected to be nude at the time of the observation or recording. An observation or recording in such a quintessentially “safe place” violates trust and can result in the person’s humiliation, objectification, exploitation, shame, or loss of self-esteem, and can cause emotional and psychological harm, even if the person is not observed or recorded when nude. In this way,

et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble. Le texte de l’al. 162(1)a renvoie à un critère concernant le « lieu » qui est objectif à deux égards. Premièrement, l’al. 162(1)a emploie l’article défini « *la* personne » lorsqu’il désigne le sujet de l’observation ou de l’enregistrement, mais il emploie l’article indéfini « *une* personne » lorsqu’il renvoie aux utilisations du lieu auxquelles on peut raisonnablement s’attendre. Cela veut dire que *la* personne subrepticement observée ou enregistrée doit se trouver dans un lieu où il est raisonnable de s’attendre à ce qu’*une* personne soit nue. Deuxièmement, l’al. 162(1)a pose la question de savoir s’il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue dans le lieu, et non celle de savoir si l’accusé s’attendait subjectivement à ce qu’elle le soit.

Toutefois, l’emploi d’un critère objectif à l’al. 162(1)a n’est pas déterminant quant à savoir si la disposition renferme une composante temporelle, puisqu’il demeure possible que le Parlement ait voulu que l’évaluation objective soit faite à un moment précis. Le principal point textuel est l’absence de libellé explicite à l’al. 162(1)a indiquant que le Parlement voulait que le « lieu » soit évalué au moment précis où l’observation ou l’enregistrement a été fait. Si le Parlement entendait insister sur une telle composante temporelle, il aurait pu le faire expressément en faisant mention de l’observation ou de l’enregistrement dans un lieu où il est alors raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue, ou dans un lieu où il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue au moment de l’observation ou de l’enregistrement.

Le contexte législatif et l’objet de l’al. 162(1)a tendent également à indiquer que le Parlement ne voulait pas que la disposition renferme une composante temporelle. Considérer que l’al. 162(1)a crée une infraction tributaire du lieu, sans composante temporelle, favorise l’atteinte des objectifs du Parlement de protéger la vie privée et l’intégrité sexuelle. Plutôt que de fournir une liste précise de lieux protégés en vertu de l’al. 162(1)a, le Parlement a choisi de définir les lieux protégés de manière rationnelle et normative. L’alinéa 162(1)a identifie normativement une catégorie de « lieux sûrs » typiques, comme les chambres à coucher, les salles de bains et les vestiaires, où une personne doit avoir le droit de ne pas être observée ou faire l’objet d’un enregistrement visuel sans son consentement, qu’il soit ou non raisonnable de s’attendre à ce que cette personne, ou toute autre personne se trouvant dans ce lieu, soit nue au moment de l’observation ou de l’enregistrement. Une observation ou un enregistrement dans un tel « lieu sûr » typique constitue un abus de confiance, et peut entraîner l’humiliation, l’objectification, l’exploitation, la honte et

s. 162(1)(a) protects privacy, as well as sexual integrity as it is understood today.

Cases Cited

Considered: *R. v. Jarvis*, 2019 SCC 10, [2019] 1 S.C.R. 488; **referred to:** *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424; *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021; *R. v. Trinchì*, 2019 ONCA 356, 145 O.R. (3d) 721; *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *R. v. Wookey*, 2016 ONCA 611, 363 C.R.R. (2d) 177.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part V, ss. 162, (2) “visual recording”, 162.1(1), (2) “intimate image”, 693(1)(a).
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40.

Authors Cited

Bailey, Jane. “Implicitly Feminist?: The Supreme Court of Canada’s Decision in *R v Jarvis*” (2020), 32 *C.J.W.L.* 196.
 Canada. Department of Justice. *Voyeurism as a Criminal Offence: A Consultation Paper*. Ottawa, 2002.
 Craig, Elaine. *Troubling Sex: Towards a Legal Theory of Sexual Integrity*. Vancouver/Toronto: UBC Press, 2012.
 Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2015.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Willcock, Dickson and Grauer JJ.A.), 2022 BCCA 8, 409 C.C.C. (3d) 464, 77 C.R. (7th) 355, [2022] B.C.J. No. 17 (QL), 2022 CarswellBC 25 (WL), setting aside the convictions for voyeurism entered by MacNaughton J., 2019 BCSC 992, [2019] B.C.J. No. 1134 (QL), 2019 CarswellBC 1751 (WL), and ordering a new trial. Appeal allowed.

la perte d’estime de soi de la personne, en plus de causer un préjudice émotionnel et psychologique, et ce, même si la personne n’est pas observée ou enregistrée pendant qu’elle est nue. De cette façon, l’al. 162(1)a protège la vie privée, ainsi que l’intégrité sexuelle au sens où on l’entend de nos jours.

Jurisprudence

Arrêt examiné : *R. c. Jarvis*, 2019 CSC 10, [2019] 1 R.C.S. 488; **arrêts mentionnés :** *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424; *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021; *R. c. Trinchì*, 2019 ONCA 356, 145 O.R. (3d) 721; *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381; *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *R. c. Wookey*, 2016 ONCA 611, 363 C.R.R. (2d) 177.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, partie V, art. 162, (2) « enregistrement visuel », 162.1(1), (2) « image intime », 693(1)a).
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 40.

Doctrine et autres documents cités

Bailey, Jane. « Implicitly Feminist? : The Supreme Court of Canada’s Decision in *R v Jarvis* » (2020), 32 *R.F.D.* 196.
 Canada. Ministère de la Justice. *Voyeurisme — Une infraction criminelle : Document de consultation*, Ottawa, 2002.
 Craig, Elaine. *Troubling Sex : Towards a Legal Theory of Sexual Integrity*, Vancouver/Toronto, UBC Press, 2012.
 Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law*, 5th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2015.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Willcock, Dickson et Grauer), 2022 BCCA 8, 409 C.C.C. (3d) 464, 77 C.R. (7th) 355, [2022] B.C.J. No. 17 (QL), 2022 CarswellBC 25 (WL), qui a annulé les déclarations de culpabilité pour voyeurisme inscrites par la juge MacNaughton, 2019 BCSC 992, [2019] B.C.J. No. 1134 (QL), 2019 CarswellBC 1751 (WL), et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Micah Rankin and Rome Carot, for the appellant.

Donald J. Sorochan, K.C., and *Faisal Al-Alamy*,
for the respondent.

Matthew Asma and Lisa Henderson, for the inter-
vener the Attorney General of Ontario.

Danielle E. Green, for the intervener the Attorney
General of Alberta.

Jane Bailey and David Fewer, for the intervener
the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy
and Public Interest Clinic.

The judgment of the Court was delivered by

JAMAL J. —

I. Overview

[1] This appeal concerns the scope of the voyeurism offence in s. 162(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Section 162(1)(a) provides that it is an offence to surreptitiously observe or make a visual recording of a person who is in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, if the person is in “a place in which a person can reasonably be expected to be nude, to expose his or her genital organs or anal region or her breasts, or to be engaged in explicit sexual activity”. The question in this appeal is whether the “place” referred to in s. 162(1)(a) is qualified by an implicit temporal component; specifically, must the person be in a place in which a person can reasonably be expected to be nude *at the specific time* when the person is surreptitiously observed or recorded?

[2] On the facts of this case, the issue is whether a hockey coach, the respondent, Randy William Downes, committed the offence of voyeurism under s. 162(1)(a) by surreptitiously photographing 2 boys aged between 12 and 14 years old in their underwear in hockey arena dressing rooms, even if a person

Micah Rankin et Rome Carot, pour l’appelant.

Donald J. Sorochan, c.r., et *Faisal Al-Alamy*, pour
l’intimé.

Matthew Asma et Lisa Henderson, pour l’interven-
nant le procureur général de l’Ontario.

Danielle E. Green, pour l’intervenant le procureur
général de l’Alberta.

Jane Bailey et David Fewer, pour l’intervenante
la Clinique d’intérêt public et de politique d’internet
du Canada Samuelson-Glushko.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE JAMAL —

I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi concerne la portée de l’infraction de voyeurisme qui figure à l’al. 162(1)a du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Aux termes de l’al. 162(1)a), commet une infraction quiconque, subrepticement, observe une personne — ou produit un enregistrement visuel d’une personne — se trouvant dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, si la personne se trouve dans « un lieu où il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue, expose ses seins, ses organes génitaux ou sa région anale ou se livre à une activité sexuelle explicite ». Il s’agit en l’espèce de décider si le « lieu » dont il est question à l’al. 162(1)a) est assorti d’une composante temporelle implicite : plus précisément, la personne doit-elle se trouver dans un lieu où il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue *au moment précis* où la personne est subrepticement observée ou enregistrée?

[2] Au vu des faits de l’espèce, il s’agit de décider si un entraîneur de hockey, l’intimé, Randy William Downes, a commis l’infraction de voyeurisme qui figure à l’al. 162(1)a) en photographiant subrepticement 2 garçons âgés entre 12 et 14 ans dans leurs sous-vêtements dans des vestiaires d’un aréna de

could not reasonably be expected to be nude at the specific time when the photos were taken. There was conflicting evidence at trial on whether boys at this age shower or are nude in dressing rooms.

[3] The trial judge relied on this Court's decision in *R. v. Jarvis*, 2019 SCC 10, [2019] 1 S.C.R. 488, on the scope of the voyeurism offence. She effectively interpreted s. 162(1)(a) as having no implicit temporal component, and convicted Mr. Downes of two counts of voyeurism. A majority of the Court of Appeal for British Columbia (per Willcock J.A., Grauer J.A. concurring) disagreed with the trial judge's interpretation, set aside the convictions, and ordered a new trial on the basis that the trial judge had failed to address conflicts in the evidence about whether nudity could reasonably be expected when the photos were taken. In dissent, Dickson J.A. agreed with the trial judge and would have dismissed the appeal.

[4] The Crown now appeals to this Court as of right on the question of law as to whether s. 162(1)(a) has an implicit temporal component. In addition, Mr. Downes submits that if s. 162(1)(a) is interpreted as lacking a temporal component, then the provision is unconstitutionally overbroad contrary to s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Mr. Downes did not raise this constitutional issue at trial. He raised it for the first time before the Court of Appeal, but the court did not address it.

[5] In my view, properly interpreted based on its text, context, and purpose, s. 162(1)(a) has no implicit temporal component. The text of s. 162(1)(a) lacks language suggesting that Parliament intended the "place" to be evaluated at the specific time when the observation or recording was made. Further, as this Court observed in *Jarvis*, Parliament's purposes in enacting the voyeurism offence were to protect individuals' privacy and sexual integrity. Those

hockey, et ce, même s'il n'était pas raisonnable de s'attendre à ce qu'une personne soit nue au moment précis où les photos ont été prises. La preuve présentée au procès quant à savoir si des garçons de cet âge se douchent ou sont nus dans des vestiaires était contradictoire.

[3] La juge du procès s'est appuyée sur l'arrêt rendu par notre Cour dans *R. c. Jarvis*, 2019 CSC 10, [2019] 1 R.C.S. 488, quant à la portée de l'infraction de voyeurisme. Elle a effectivement interprété l'al. 162(1)a) comme n'ayant aucune composante temporelle implicite, et elle a déclaré M. Downes coupable de deux chefs de voyeurisme. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge Willcock, avec l'accord du juge Grauer) n'étaient pas d'accord avec l'interprétation donnée par la juge du procès. Ils ont annulé les déclarations de culpabilité et ont ordonné la tenue d'un nouveau procès au motif que la juge du procès n'avait pas abordé les contradictions dans la preuve quant à savoir s'il était raisonnable de s'attendre à ce que des personnes soient nues lorsque les photos ont été prises. La juge Dickson, dissidente, était du même avis que la juge du procès et aurait rejeté l'appel.

[4] La Couronne se pourvoit maintenant de plein droit devant notre Cour sur la question de droit à savoir si l'al. 162(1)a) a une composante temporelle implicite. De plus, M. Downes prétend que si l'al. 162(1)a) est interprété comme étant dépourvu d'une composante temporelle, la disposition est inconstitutionnelle pour cause de portée excessive, en violation de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Monsieur Downes n'a pas soulevé cette question constitutionnelle au procès. Il l'a soulevée pour la première fois devant la Cour d'appel, mais cette dernière ne l'a pas examinée.

[5] À mon avis, correctement interprété eu égard à son texte, à son contexte et à son objet, l'al. 162(1)a) n'a aucune composante temporelle implicite. Le texte de l'al. 162(1)a) ne contient aucune formulation suggérant que le Parlement ait voulu que le « lieu » soit évalué au moment précis où l'observation ou l'enregistrement a été fait. Qui plus est, comme l'a fait observer notre Cour dans l'arrêt *Jarvis*, les objectifs qu'avait le Parlement en créant l'infraction de

purposes are promoted by interpreting s. 162(1)(a) without an implicit temporal component, and would be detracted from by reading in such a component. In effect, s. 162(1)(a) designates places such as bedrooms, bathrooms, and dressing rooms as “safe places” where people should be free from intrusions onto their privacy and sexual integrity, whether or not a person in the place could reasonably be expected to be nude or engaged in sexual activity at the specific time the person is surreptitiously observed or recorded. Finally, I would decline to address the constitutional issue because this is not an appropriate case for this Court to exceptionally exercise its discretion to decide such an issue for the first time on appeal. I would therefore allow the appeal and restore the convictions.

II. Background

[6] Mr. Downes was convicted of 2 counts of voyeurism under s. 162(1)(a) of the *Criminal Code* for surreptitiously taking 38 photos of 2 adolescent male hockey players, T.R. and G.C., in hockey dressing rooms. Mr. Downes was the boys’ hockey coach. He also ran a sports photography business from his home.

[7] In March 2016, Canada Border Services Agency (“CBSA”) officers searched Mr. Downes’ electronic devices at the border when he returned to Canada from the United States after a brief shopping trip and found thousands of photos of children engaged in sporting activities. Some of the children were in locker rooms. Mr. Downes explained to the CBSA that the photos were from his sports photography business. Although none of the photos involved nudity or child pornography, the CBSA alerted the RCMP because of a concern that Mr. Downes might have child pornography on his home computer.

[8] In April 2016, the RCMP obtained and executed a warrant to search Mr. Downes’ home and electronic

voyeurisme étaient de protéger la vie privée et l’intégrité sexuelle des personnes. Interpréter l’al. 162(1)a) comme s’il n’avait aucune composante temporelle implicite favorise l’atteinte de ces objectifs, et tenir pour incluse une pareille composante nuirait à leur réalisation. De fait, l’al. 162(1)a) désigne des lieux comme les chambres à coucher, les salles de bain et les vestiaires comme des « lieux sûrs » où les gens doivent être à l’abri d’intrusions dans leur vie privée et leur intégrité sexuelle, qu’il soit ou non raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne dans le lieu soit nue ou se livre à une activité sexuelle au moment précis où la personne est subrepticement observée ou enregistrée. Enfin, je refuserais d’examiner la question constitutionnelle, puisque la présente affaire n’est pas un cas où il convient que notre Cour exerce exceptionnellement son pouvoir discrétionnaire pour trancher une telle question pour la première fois en appel. Je suis par conséquent d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir les déclarations de culpabilité.

II. Contexte

[6] Monsieur Downes a été déclaré coupable de 2 chefs de voyeurisme en vertu de l’al. 162(1)a) du *Code criminel* pour avoir subrepticement pris 38 photos de 2 joueurs de hockey adolescents, T.R. et G.C., dans des vestiaires de hockey. Monsieur Downes était l’entraîneur de hockey des garçons. Il exploitait en outre une entreprise de photographie sportive à partir de son domicile.

[7] En mars 2016, des agents de l’Agence des services frontaliers du Canada (« ASFC ») ont fouillé les appareils électroniques de M. Downes à la frontière à son retour au Canada d’un court voyage de magasinage aux États-Unis, et ils ont trouvé des milliers de photos d’enfants se livrant à des activités sportives. Certains des enfants étaient dans des vestiaires. Monsieur Downes a expliqué à l’ASFC que les photos avaient été prises dans le cadre de son entreprise de photographie sportive. Même si aucune photo ne comprenait de la nudité ou de la pornographie juvénile, l’ASFC a alerté la GRC, craignant que M. Downes ait pu avoir de la pornographie juvénile sur son ordinateur à la maison.

[8] En avril 2016, la GRC a obtenu et exécuté un mandat de perquisition et de fouille du domicile et

devices. They found the photos of T.R. and G.C. that led to the voyeurism charges. The photos of T.R. were taken when he was 13 or 14 years old and show him sitting on a bench wearing only his underwear, revealing his crotch area and bare torso, or putting on street clothes after a hockey practice. The photos of G.C. were taken when he was about 12 years old and show him wearing only his underwear, wearing a shirt and underwear, or fully clothed; in some photos, G.C. is standing clothed at a sink in the washroom area of a dressing room. Mr. Downes told the RCMP that he liked young boys but that it was “not a sexual thing” (A.R., vol. III, at p. 207).

[9] Mr. Downes took the photos of T.R. and G.C. using his iPhone. He deleted some photos but emailed others to himself, downloaded them onto a computer, and copied them onto a USB stick. He also cropped some photos to focus on G.C.

[10] None of T.R., G.C., or G.C.’s mother knew that Mr. Downes had taken the photos. The trial judge found that Mr. Downes likely knew that a hockey league rule prohibited the use of cell phones in dressing rooms to prevent photos being taken of children.

[11] At trial, both parties led evidence about whether a person could reasonably be expected to be nude in a hockey dressing room. The evidence centred on whether boys would remove their underwear or shower in dressing rooms. T.R. and G.C. testified that they did not shower in dressing rooms, but that some of their teammates did. One of Mr. Downes’ former hockey players testified that he would change his underwear in dressing rooms, and although he did not shower, other players occasionally did. Another of Mr. Downes’ former hockey players testified that from ages 11 to 14 or 15 he never got completely naked or showered in dressing rooms and never saw others do so. Three hockey coaches (two of whom had coached with Mr. Downes) testified that boys of T.R. and G.C.’s ages rarely are naked or shower in dressing rooms; a former manager of one of Mr. Downes’

des appareils électroniques de M. Downes. Ils ont trouvé les photos de T.R. et de G.C. qui ont mené aux accusations de voyeurisme. Les photos de T.R. ont été prises alors qu’il avait 13 ou 14 ans et le montrent assis sur un banc ne portant que ses sous-vêtements, révélant la région de son entrejambe et son torse nu, ou enfilant ses vêtements de ville après un entraînement de hockey. Les photos de G.C. ont été prises alors qu’il avait environ 12 ans et le montrent portant uniquement des sous-vêtements, portant un chandail et un caleçon, ou complètement habillé; sur certaines photos, G.C. se tient debout, vêtu, devant un lavabo dans la salle de toilettes d’un vestiaire. Monsieur Downes a dit à la GRC qu’il aimait les jeunes garçons, mais qu’il [TRADUCTION] « ne s’agissait pas d’un truc sexuel » (d.a., vol. III, p. 207).

[9] Monsieur Downes a pris les photos de T.R. et de G.C. à l’aide de son iPhone. Il a supprimé certaines photos, mais il s’en est envoyé d’autres par courriel, les a téléchargées sur un ordinateur et copiées sur une clé USB. Il a également cadré certaines photos pour mettre en évidence G.C.

[10] Ni T.R., ni G.C., ni la mère de G.C. ne savaient que M. Downes avait pris les photos. La juge du procès a conclu que, selon toute vraisemblance, M. Downes savait qu’un règlement de la ligue de hockey interdisait l’usage de téléphones cellulaires dans les vestiaires pour empêcher que l’on prenne des photos d’enfants.

[11] Au procès, les deux parties ont présenté de la preuve quant à savoir s’il était raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue dans un vestiaire de hockey. La preuve portait sur la question de savoir si des garçons enlevaient leurs sous-vêtements ou se douchaient dans les vestiaires. Dans leurs témoignages, T.R. et G.C. ont affirmé qu’ils ne se douchaient pas dans les vestiaires, mais que certains de leurs coéquipiers le faisaient. Un des anciens joueurs de hockey de M. Downes a témoigné qu’il changeait de sous-vêtements dans les vestiaires et que même s’il ne se douchait pas, d’autres joueurs le faisaient à l’occasion. Un autre des anciens joueurs de hockey de M. Downes a affirmé dans son témoignage qu’entre les âges de 11 à 14 ou 15 ans, il ne s’était jamais déshabillé complètement ou douché dans les vestiaires et qu’il n’avait jamais vu d’autres le faire.

hockey teams testified to the same effect. One hockey coach explained that this was because boys of T.R. and G.C.'s ages are too self-conscious about their bodies. But it was common ground that children a little older than T.R. and G.C. and adults often are naked or shower in dressing rooms.

III. Decisions Below

A. *Supreme Court of British Columbia, 2019 BCSC 992 (MacNaughton J.)*

[12] The trial judge convicted Mr. Downes on both voyeurism charges. She held that the Crown had proved the four elements of voyeurism under s. 162(1)(a) beyond a reasonable doubt: Mr. Downes took the photos of T.R. and G.C. (1) intentionally, (2) surreptitiously, (3) in circumstances that gave rise to a reasonable expectation of privacy, and (4) in a place in which a person can reasonably be expected to be nude.

[13] The trial judge applied the contextual factors identified by this Court in *Jarvis* and found that T.R. and G.C. were in circumstances that gave rise to a reasonable expectation of privacy. She noted that T.R. and G.C. were in a private or semi-private place set aside for dressing and undressing; their parents entrusted them to Mr. Downes, an experienced coach; and they did not expect to be photographed by their coach through the surreptitious use of a cell phone for non-instructional purposes. The trial judge ruled that although T.R. and G.C. would expect to be observed by others in the dressing room, they would not expect to be photographed, nor would they expect Mr. Downes to email photos of them to himself and to keep them long after he stopped having contact with them.

Trois entraîneurs de hockey (dont deux avaient agi comme entraîneurs avec M. Downes) ont témoigné que les garçons des âges de T.R. et G.C. sont rarement nus et se douchent rarement dans les vestiaires; une ancienne gérante d'une des équipes de hockey de M. Downes a témoigné dans le même sens. Un entraîneur de hockey a expliqué qu'il en était ainsi parce que les garçons des âges de T.R. et de G.C. sont trop gênés à l'égard de leurs corps. Toutefois, il y avait un consensus sur le fait que les enfants un peu plus vieux que T.R. et G.C. et les adultes sont souvent nus ou se douchent fréquemment dans les vestiaires.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2019 BCSC 992 (la juge MacNaughton)*

[12] La juge du procès a déclaré M. Downes coupable des deux accusations de voyeurisme. Selon elle, la Couronne avait prouvé les quatre éléments du voyeurisme au sens de l'al. 162(1)a hors de tout doute raisonnable : M. Downes avait pris les photos de T.R. et de G.C. (1) intentionnellement, (2) subrepticement, (3) dans des circonstances pour lesquelles il existait une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, et (4) dans un lieu où il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une personne soit nue.

[13] La juge du procès a appliqué les facteurs contextuels identifiés par notre Cour dans l'arrêt *Jarvis* et a conclu que T.R. et G.C. se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles il existait une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Elle a fait remarquer que T.R. et G.C. se trouvaient dans un lieu privé ou semi-privé réservé à l'habillement et au déshabillage; que leurs parents les avaient confiés à M. Downes, un entraîneur expérimenté; et qu'ils ne s'attendaient pas à être photographiés par leur entraîneur par l'utilisation subreptice d'un téléphone cellulaire à des fins autres que l'entraînement. La juge du procès a statué que même si T.R. et G.C. s'attendaient à être observés par d'autres dans le vestiaire, ils ne s'attendaient pas à être photographiés, et ne s'attendaient pas non plus à ce que M. Downes s'envoie des photos d'eux par courriel et qu'il garde ces photos longtemps après qu'il ait cessé d'avoir des rapports avec eux.

[14] At trial, Mr. Downes did not expressly argue that s. 162(1)(a) contains an implicit temporal component. Instead, he argued that the Crown had to prove that T.R. and G.C. were in a place in which *they* could reasonably be expected to be nude. He argued that the evidence showed that neither T.R. nor G.C. had any expectation of being nude in the dressing rooms in which they were photographed. The trial judge rejected that argument. She stated that s. 162(1)(a) focuses on the nature of the place in which an observation or recording is made, but does not require that the person who is the subject of the observation or recording was, or ever had been, nude, or that the person could reasonably be expected to be nude. It is sufficient under s. 162(1)(a) that *a* person (not “*the* person”) could reasonably be expected to be nude, to expose his or her genital organs or anal region or her breasts, or to be engaged in explicit sexual activity. In the trial judge’s view, homes, bathrooms, and changing rooms are traditionally private or quasi-private places in which a person can reasonably expect privacy, and in which they can reasonably be expected to be nude or partially nude. The focus in s. 162(1)(a) on the place in which an observation or recording is made recognizes that there are private or semi-private spaces in which a person should be protected from being observed or recorded.

[15] The trial judge found that individuals of various ages change their underwear or shower in dressing rooms, and thus can reasonably be expected to be nude in them. She concluded that this finding was sufficient for the purposes of s. 162(1)(a). As a result, the dressing rooms where Mr. Downes photographed T.R. and G.C. were places in which a person can reasonably be expected to be nude.

B. *Court of Appeal for British Columbia, 2022 BCCA 8, 409 C.C.C. (3d) 464 (Willcock and Grauer J.J.A., Dickson J.A. Dissenting)*

[16] A majority of the Court of Appeal for British Columbia allowed Mr. Downes’ appeal, set aside the

[14] Au procès, M. Downes n’a pas expressément plaidé que l’al. 162(1)a renferme une composante temporelle implicite. Il a fait plutôt valoir que la Couronne devait prouver que T.R. et G.C. se trouvaient dans un lieu où il était raisonnable de s’attendre à ce qu’*ils* soient nus. D’après lui, la preuve montrait que ni T.R. ni G.C. ne s’attendaient à être nus dans les vestiaires où ils ont été photographiés. La juge du procès a rejeté cet argument. Elle a affirmé que l’al. 162(1)a met l’accent sur la nature du lieu dans lequel une observation ou un enregistrement est fait, mais n’exige pas que la personne qui est l’objet de l’observation ou de l’enregistrement ait été nue, ou l’ait été à quelque moment que ce soit, ou qu’il soit raisonnable de s’attendre à ce que la personne soit nue. Aux termes de l’al. 162(1)a, il suffit qu’il soit raisonnable de s’attendre à ce qu’*une* personne (et non « *la* personne ») soit nue, expose ses seins, ses organes génitaux ou sa région anale ou se livre à une activité sexuelle explicite. De l’avis de la juge du procès, les domiciles, les salles de bain et les vestiaires sont des lieux traditionnellement privés ou quasi-privés dans lesquels une personne peut raisonnablement s’attendre au respect de sa vie privée et dans lesquels il est raisonnable de s’attendre à ce qu’elle soit nue ou partiellement nue. En mettant l’accent, à l’al. 162(1)a, sur le lieu dans lequel une observation ou un enregistrement est fait, on reconnaît qu’il existe des espaces privés ou semi-privés dans lesquels une personne doit être protégée contre le fait d’être observée ou enregistrée.

[15] La juge du procès a constaté que des individus de divers âges changent de sous-vêtements ou se douchent dans les vestiaires, et qu’il est donc raisonnable de s’attendre à ce qu’ils y soient nus. Elle a conclu que cette constatation était suffisante pour l’application de l’al. 162(1)a). Par conséquent, les vestiaires dans lesquels M. Downes avait photographié T.R. et G.C. étaient des lieux où il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2022 BCCA 8, 409 C.C.C. (3d) 464 (les juges Willcock et Grauer, la juge Dickson, dissidente)*

[16] Les juges majoritaires de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ont accueilli l’appel de

convictions, and ordered a new trial. The majority concluded that the trial judge had failed to consider whether nudity was reasonably expected “at the time” when the offences allegedly occurred (paras. 40 and 55). The majority stated that s. 162(1)(a) was intended to apply to persons who expect to observe or record nudity or sexual activity. In its view, s. 162(1)(a) does not criminalize an invasion of privacy alone. The majority noted that although Mr. Downes’ conduct involved a breach of trust and an invasion of privacy, that did not necessarily make it conduct that s. 162(1)(a) criminalized as a sexual offence.

[17] The majority ruled that although it was open to the trial judge to find that nudity was reasonably expected in the dressing rooms in which T.R. and G.C. were photographed, she had failed to address conflicts in the evidence on whether nudity was expected at the time the photos were taken. The majority therefore ordered a new trial.

[18] Dickson J.A. dissented. In her view, s. 162(1)(a) contains no implicit temporal component; the provision instead focuses on the “place”. The relevant place under s. 162(1)(a) is “a place in which a person can reasonably be expected to be nude, exposing intimate body parts or engaging in sexual activity, regardless of the expected use of that place specifically when the conduct occurred” (para. 56 (emphasis in original)). She stated that when a person is in “a manifestly private place such as a bathroom or dressing room they are generally entitled to expect that they will not be surreptitiously observed or recorded there” (para. 92). In her view, Parliament intended to criminalize surreptitious observation or recording of persons in such places.

M. Downes, annulé les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Les juges majoritaires ont conclu que la juge du procès ne s’était pas demandé s’il était raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue [TRADUCTION] « au moment » où les infractions auraient été commises (par. 40 et 55). Les juges majoritaires ont affirmé que l’al. 162(1)a était censé s’appliquer aux personnes qui s’attendent à observer ou à enregistrer de la nudité ou une activité sexuelle. À leur avis, l’al. 162(1)a ne criminalise pas le seul fait de porter atteinte à la vie privée. Les juges majoritaires ont fait remarquer que même si la conduite de M. Downes impliquait un abus de confiance et une atteinte à la vie privée, cela n’avait pas nécessairement pour effet d’en faire une conduite que l’al. 162(1)a criminalisait en tant qu’infraction d’ordre sexuel.

[17] Les juges majoritaires ont statué que même s’il était loisible à la juge du procès de conclure qu’il était raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue dans les vestiaires où T.R. et G.C. ont été photographiés, elle n’a pas abordé les contradictions dans la preuve quant à savoir si l’on pouvait s’attendre à ce qu’une personne soit nue au moment où les photos ont été prises. Les juges majoritaires ont par conséquent ordonné la tenue d’un nouveau procès.

[18] La juge Dickson a exprimé sa dissidence. À son avis, l’al. 162(1)a ne renferme aucune composante temporelle implicite; la disposition met plutôt l’accent sur le « lieu ». Le lieu pertinent au sens de l’al. 162(1)a est [TRADUCTION] « un lieu où il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue, expose des parties intimes de son corps ou se livre à une activité sexuelle, peu importe l’utilisation prévue de ce lieu en particulier lorsque la conduite est survenue » (par. 56 (en italique dans l’original)). La juge a affirmé que lorsqu’une personne se trouve dans [TRADUCTION] « un lieu manifestement privé comme une salle de bain ou un vestiaire, elle est généralement en droit de s’attendre à ne pas y être subrepticement observée ou enregistrée » (par. 92). À son avis, le Parlement entendait criminaliser l’observation ou l’enregistrement subreptice de personnes dans les lieux de ce genre.

[19] Dickson J.A. concluded that Mr. Downes criminally invaded the personal privacy and sexual integrity of T.R. and G.C. by surreptitiously photographing them in their underwear in the dressing rooms, irrespective of whether nudity could be expected at that specific time. His conduct was “seriously exploitative and personally invasive”, and was “appropriately criminalized as a form of sexual offence” (para. 97).

IV. Issues

[20] This appeal raises two issues:

- (1) Does s. 162(1)(a) of the *Criminal Code* have an implicit temporal component?
- (2) If s. 162(1)(a) does not have an implicit temporal component, is the provision unconstitutionally overbroad contrary to s. 7 of the *Charter*?

V. Analysis

A. *Does Section 162(1)(a) of the Criminal Code Have an Implicit Temporal Component?*

(1) The Voyeurism Offence

[21] Parliament enacted the voyeurism offence, s. 162(1) of the *Criminal Code*, in 2005. Section 162(1) provides:

Voyeurism

162 (1) Every one commits an offence who, surreptitiously, observes — including by mechanical or electronic means — or makes a visual recording of a person who is in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, if

(a) the person is in a place in which a person can reasonably be expected to be nude, to expose his or her genital organs or anal region or her breasts, or to be engaged in explicit sexual activity;

[19] La juge Dickson a conclu que M. Downes avait criminellement porté atteinte à la vie privée et à l'intégrité sexuelle de T.R. et de G.C. en les photographiant subrepticement dans leurs sous-vêtements dans les vestiaires, indépendamment de la question de savoir si on pouvait s'attendre à ce que quelqu'un soit nu à ce moment précis. La conduite de M. Downes constituait [TRADUCTION] « une exploitation grave et une atteinte à la personne », et elle était « criminalisée à juste titre comme une forme d'infraction d'ordre sexuel » (par. 97).

IV. Questions en litige

[20] Le présent pourvoi soulève deux questions :

- (1) L'alinéa 162(1)a du *Code criminel* a-t-il une composante temporelle implicite?
- (2) Si l'al. 162(1)a n'a pas de composante temporelle implicite, la disposition est-elle inconstitutionnelle pour cause de portée excessive, en violation de l'art. 7 de la *Charte*?

V. Analyse

A. *L'alinéa 162(1)a du Code criminel a-t-il une composante temporelle implicite?*

(1) L'infraction de voyeurisme

[21] Le Parlement a créé l'infraction de voyeurisme, laquelle se trouve au par. 162(1) du *Code criminel*, en 2005. Le paragraphe 162(1) prévoit :

Voyeurisme

162 (1) Commet une infraction quiconque, subrepticement, observe, notamment par des moyens mécaniques ou électroniques, une personne — ou produit un enregistrement visuel d'une personne — se trouvant dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, dans l'un des cas suivants :

a) la personne est dans un lieu où il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une personne soit nue, expose ses seins, ses organes génitaux ou sa région anale ou se livre à une activité sexuelle explicite;

(b) the person is nude, is exposing his or her genital organs or anal region or her breasts, or is engaged in explicit sexual activity, and the observation or recording is done for the purpose of observing or recording a person in such a state or engaged in such an activity; or

(c) the observation or recording is done for a sexual purpose.

[22] Mr. Downes was charged with voyeurism under s. 162(1)(a). The offence is committed when a person surreptitiously observes or makes a visual recording of another person who is in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, if the observation or recording is done in “a place in which a person can reasonably be expected to be nude, to expose his or her genital organs or anal region or her breasts, or to be engaged in explicit sexual activity”. A “visual recording” under s. 162 is defined under subs. (2) as including “a photographic, film or video recording made by any means”.

[23] It is not disputed that the photos taken by Mr. Downes are “visual recordings”. It is also no longer disputed that Mr. Downes took the photos surreptitiously and in circumstances that gave rise to a reasonable expectation of privacy. The issue before this Court is whether the photos were taken in “a place in which a person can reasonably be expected to be nude”. Does this element of the offence have a temporal component? Must the Crown establish that a person could reasonably be expected to be nude in the place at the specific time when the photos were taken?

[24] This question of statutory interpretation requires this Court to consider the words in s. 162(1)(a) “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Jarvis*, at para. 24).

b) la personne est nue, expose ses seins, ses organes génitaux ou sa région anale ou se livre à une activité sexuelle explicite, et l’observation ou l’enregistrement est fait dans le dessein d’ainsi observer ou enregistrer une personne;

c) l’observation ou l’enregistrement est fait dans un but sexuel.

[22] Monsieur Downes a été accusé de voyeurisme en vertu de l’al. 162(1)a). L’infraction est commise lorsque quelqu’un, subrepticement, observe une personne — ou produit un enregistrement visuel d’une personne — se trouvant dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, si l’observation ou l’enregistrement est fait dans « un lieu où il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue, expose ses seins, ses organes génitaux ou sa région anale ou se livre à une activité sexuelle explicite ». Pour l’application de l’art. 162, le terme « enregistrement visuel » est défini au par. (2) comme visant un « enregistrement photographique, filmé, vidéo ou autre, réalisé par tout moyen ».

[23] Personne ne conteste que les photos prises par M. Downes sont des « enregistrements visuels ». Il n’est en outre plus contesté que M. Downes a pris les photos subrepticement et dans des circonstances pour lesquelles il existait une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. La question litigieuse soumise à notre Cour est de savoir si les photos ont été prises dans « un lieu où il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue ». Cet élément de l’infraction a-t-il une composante temporelle? La Couronne doit-elle établir qu’il était raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue dans le lieu au moment précis où les photos ont été prises?

[24] Cette question d’interprétation législative oblige notre Cour à examiner les termes de l’al. 162(1)a) [TRADUCTION] « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87; *Jarvis*,

Section 162(1)(a) must be interpreted “according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole” (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at para. 10).

[25] In what follows, I will first review this Court’s decision in *Jarvis* and the purposes of the voyeurism offence. I will then interpret s. 162(1)(a) based on its text, context, and purpose.

(2) This Court’s Decision in *Jarvis* and the Purposes of Section 162(1)

[26] This Court considered s. 162(1) for the first time in *Jarvis*. In that case, this Court ruled that a high school teacher who used a camera concealed inside a pen to surreptitiously record female students at the school by focussing on their faces, upper bodies, and breasts, committed the offence of voyeurism under s. 162(1)(c) (“the observation or recording is done for a sexual purpose”). The elements of the offence were established because the students were surreptitiously recorded in circumstances that gave rise to a reasonable expectation of privacy and the recordings were made for a sexual purpose.

[27] In *Jarvis*, Wagner C.J. for the majority noted that the voyeurism offence was enacted as part of Bill C-2, *An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, 1st Sess., 38th Parl., 2004-2005 (assented to July 20, 2005), the overarching purpose of which was to “protect children and other vulnerable persons from sexual exploitation, violence, abuse and neglect” (para. 51). Most sex crimes, including voyeurism, are committed by men, while the victims are usually women and children (see Department of Justice, *Voyeurism as a Criminal Offence: A Consultation Paper* (2002), at p. 4; *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424, at para. 65, citing *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021, at para. 2; J. Bailey, “Implicitly Feminist?: The

par. 24). L’alinéa 162(1)a doit être interprété « [sur le fondement d’une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble » (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, par. 10).

[25] Dans les paragraphes qui suivent, je vais d’abord analyser l’arrêt de notre Cour dans *Jarvis* et les objets de l’infraction de voyeurisme. Je vais ensuite interpréter l’al. 162(1)a sur le fondement de son texte, de son contexte et de son objet.

(2) L’arrêt de notre Cour dans *Jarvis* et les objets du par. 162(1)

[26] Notre Cour a examiné le par. 162(1) pour la première fois dans l’arrêt *Jarvis*. Dans cet arrêt, notre Cour a statué qu’un enseignant au secondaire qui s’était servi d’une caméra dissimulée à l’intérieur d’un stylo pour enregistrer subrepticement des élèves de sexe féminin à l’école en mettant à l’avant-plan leur visage, le haut de leur corps et leurs seins, avait commis l’infraction de voyeurisme qui figure à l’al. 162(1)c (« l’observation ou l’enregistrement est fait dans un but sexuel »). Les éléments de l’infraction avaient été établis parce que les élèves avaient été enregistrées subrepticement dans des circonstances pour lesquelles il existait une attente raisonnable de protection en matière de vie privée et que les enregistrements avaient été faits dans un but sexuel.

[27] Dans l’arrêt *Jarvis*, le juge en chef Wagner, s’exprimant au nom des juges majoritaires, a fait remarquer que l’infraction de voyeurisme avait été créée dans le cadre du projet de loi C-2, *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d’autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, 1^{re} sess., 38^e lég., 2004-2005 (sanctionnée le 20 juillet 2005), dont l’objectif primordial était de « protéger les enfants et d’autres personnes vulnérables contre l’exploitation sexuelle, la violence, la maltraitance et la négligence » (par. 51). La plupart des crimes d’ordre sexuel, y compris le voyeurisme, sont commis par des hommes, alors que les victimes sont généralement des femmes et des enfants (voir ministère de la Justice, *Voyeurisme — Une infraction criminelle : Document de consultation* (2002), p. 4; R.

Supreme Court of Canada's Decision in *R v Jarvis*" (2020), 32 *C.J.W.L.* 196, at pp. 200-201).

[28] Parliament's object in enacting s. 162(1), Wagner C.J. found in *Jarvis*, was "to protect individuals' privacy and sexual integrity, particularly from new threats posed by the abuse of evolving technologies" (para. 48). The new voyeurism offence "was motivated by concerns about the potential for rapidly evolving technology to be abused for the secret viewing or recording of individuals for sexual purposes and in ways that involve a serious breach of privacy" (para. 49, citing Department of Justice, at p. 1). Voyeurism is thus *both* a sexual and a privacy-based offence. Section 162(1) is intended to deal with both these related harms: behaviour that violates sexual integrity, and behaviour that breaches privacy (paras. 51-52). Rowe J., concurring in the result in *Jarvis*, agreed with Wagner C.J. that the purpose and object of s. 162(1) is "to protect well-established interests of privacy, autonomy and sexual integrity of all individuals, in light of threats posed by new technologies to encroach upon them" (para. 113).

[29] Parliament's objectives of protecting against the related harms of violations of privacy and sexual integrity are apparent in the wording and structure of s. 162(1). I will consider each objective in turn.

[30] Parliament's objective of protecting *privacy* appears in the opening words of s. 162(1), which state that it is an offence for someone to surreptitiously observe or record a person "in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy" if any of paras. (a), (b), or (c) applies. In *Jarvis*, Wagner C.J. explained that the circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy under s. 162(1) are "circumstances in which a person would reasonably

c. Friesen, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424, par. 65, citant *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021, par. 2; J. Bailey, « Implicitly Feminist? : The Supreme Court of Canada's Decision in *R v Jarvis* » (2020), 32 *R.F.D.* 196, p. 200-201).

[28] Dans l'arrêt *Jarvis*, le juge en chef Wagner a conclu qu'en adoptant le par. 162(1), le Parlement avait pour objectif de « protéger la vie privée et l'intégrité sexuelle des personnes, surtout à l'encontre des nouvelles menaces découlant de l'utilisation abusive des technologies en évolution » (par. 48). La nouvelle infraction de voyeurisme « était motivée par la crainte que les technologies en effervescence soient utilisées de façon abusive pour visionner ou filmer secrètement des personnes dans un but sexuel et de manière à porter grandement atteinte à la vie privée » (par. 49, citant le ministère de la Justice, p. 1). Le voyeurisme est donc *à la fois* une infraction d'ordre sexuel et une infraction liée au droit à la vie privée. Le paragraphe 162(1) a pour objet de cibler ces deux méfaits connexes : le comportement qui porte atteinte à l'intégrité sexuelle et le comportement qui porte atteinte à la vie privée (par. 51-52). Le juge Rowe, qui a souscrit au résultat dans *Jarvis*, partageait l'avis du juge en chef Wagner selon lequel le par. 162(1) a pour objet de « protéger les droits bien établis à la vie privée, à l'autonomie et à l'intégrité sexuelle de tous compte tenu des menaces posées par les nouvelles technologies qui empiètent sur ces droits » (par. 113).

[29] Les objectifs du Parlement de protéger contre les méfaits connexes que sont les atteintes à la vie privée et à l'intégrité sexuelle ressortent du libellé et de la structure du par. 162(1). Je vais examiner à tour de rôle chacun de ces objectifs.

[30] L'objectif du Parlement de protéger la *vie privée* se dégage des mots introductifs du par. 162(1), qui affirment que commet une infraction quiconque observe ou enregistre subrepticement une personne « se trouvant dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » si l'un des al. a), b) ou c) s'applique. Dans l'arrêt *Jarvis*, le juge en chef Wagner a expliqué que les circonstances pour lesquelles il existe une

expect not to be the subject of the type of observation or recording that in fact occurred” (para. 28). A court should consider the entire context in which the observation or recording occurred, including the following non-exhaustive factors: (1) the location of the person when they were observed or recorded; (2) the nature of the impugned conduct (i.e., whether it consisted of observation or recording); (3) the awareness or consent of the person who was observed or recorded; (4) the manner in which the observation or recording was made; (5) the subject matter or content of the observation or recording; (6) any rules, regulations, or policies that governed the observation or recording; (7) the relationship between the parties; (8) the purpose for which the observation or recording was made; and (9) the personal attributes of the person who was observed or recorded (paras. 5 and 28-29).

[31] Parliament’s objective of protecting *sexual integrity* is also apparent in each of paras. (a), (b), and (c) of s. 162(1).

[32] Section 162(1)(a) protects the sexual integrity of persons in *specific places*: when “the person is in a place in which a person can reasonably be expected to be nude, to expose his or her genital organs or anal region or her breasts, or to be engaged in explicit sexual activity”. I agree with the observations of Juriensz J.A. in *R. v. Trinchi*, 2019 ONCA 356, 145 O.R. (3d) 721, at para. 8, that para. (a) “does not require the person to be actually nude, exposing intimate parts of his or her body, or engaged in sexual activity”; it suffices if they are in a place where a person may “reasonably be expected to be in such a state, such as a changing room, toilet, shower stall, or bedroom” (see also *Jarvis*, at para. 46, per Wagner C.J.; M. Manning and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (5th ed. 2015), at ¶21.245). I also agree that, unlike para. (c), para. (a) “does not require the accused to act for a sexual purpose. It would apply to an accused who hoped to profit by posting recordings on the Internet” (*Trinchi*, at para.

attente raisonnable de protection en matière de vie privée au sens du par. 162(1) sont « celles où une personne s’attendrait raisonnablement à ne pas faire l’objet du type d’observation ou d’enregistrement qui est effectivement survenu » (par. 28). Le tribunal doit examiner l’ensemble du contexte dans lequel l’observation ou l’enregistrement est survenu, notamment les facteurs non exhaustifs suivants : (1) l’endroit où se trouvait la personne lorsqu’elle a été observée ou enregistrée; (2) la nature de la conduite reprochée (c.-à-d. s’il s’agissait d’une observation ou d’un enregistrement); (3) la connaissance ou le consentement de la personne observée ou enregistrée; (4) la manière dont l’observation ou l’enregistrement a été fait; (5) le sujet ou la teneur de l’observation ou de l’enregistrement; (6) l’existence de règles, règlements ou politiques qui régissaient l’observation ou l’enregistrement en question; (7) la relation entre les parties; (8) le but pour lequel l’observation ou l’enregistrement a été fait; et (9) les attributs personnels de la personne observée ou enregistrée (par. 5 et 28-29).

[31] L’objectif du Parlement de protéger l’*intégrité sexuelle* ressort aussi de chacun des al. a), b) et c) du par. 162(1).

[32] L’alinéa 162(1)a) protège l’intégrité sexuelle des personnes dans des *lieux déterminés*, à savoir lorsque « la personne est dans un lieu où il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue, expose ses seins, ses organes génitaux ou sa région anale ou se livre à une activité sexuelle explicite ». Je souscris aux observations du juge Juriensz dans l’arrêt *R. c. Trinchi*, 2019 ONCA 356, 145 O.R. (3d) 721, par. 8, selon lesquelles l’al. a) [TRADUCTION] « n’exige pas que la personne soit effectivement nue, qu’elle expose des parties intimes de son corps ou qu’elle se livre à une activité sexuelle »; il suffit qu’elle se trouve dans un lieu où « il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne se trouve dans un tel état, par exemple dans un vestiaire, aux toilettes, dans une cabine de douche ou dans une chambre à coucher » (voir aussi *Jarvis*, par. 46, le juge en chef Wagner; M. Manning et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (5^e éd. 2015), ¶21.245). Je suis également d’accord pour dire que, contrairement

8; see also *Jarvis*, at para. 32, per Wagner C.J., and at paras. 143-44, per Rowe J.).

[33] Section 162(1)(b) protects the sexual integrity of persons engaged in *specific activities*: when “the person is nude, is exposing his or her genital organs or anal region or her breasts, or is engaged in explicit sexual activity, and the observation or recording is done for the purpose of observing or recording a person in such a state or engaged in such an activity”. I again agree with Juriensz J.A. that, under para. (b), the “nature of the location does not matter, but the accused must have the purpose of observing or recording the subject in such a state or engaged in such an activity” (*Trinchi*, at para. 9; see also *Jarvis*, at paras. 46-47 and 52, per Wagner C.J.). In addition, the Crown need not prove that the accused acted for a sexual purpose: “[p]aragraph (b), like para. (a), would apply to an accused whose purpose was commercial” (*Trinchi*, at para. 9; see also *Jarvis*, at para. 32, per Wagner C.J., and at para. 143, per Rowe J.).

[34] Section 162(1)(c) protects the sexual integrity of persons when the observation or recording is done for a *sexual purpose*. This provision applies “whether the subject is clothed or unclothed — no matter what she or he is doing” (*Trinchi*, at para. 10). In *Jarvis*, for example, the accused teacher was convicted under s. 162(1)(c), even though the students surreptitiously video recorded were fully clothed and going about common school activities. Paragraph (c) applies regardless of the location of the targeted subject (*Jarvis*, at paras. 46-47 and 52, per Wagner C.J., and at para. 129, per Rowe J.).

[35] I hasten to add that the opening words of s. 162(1) also protect sexual integrity, and each of paras. (a), (b), and (c) of s. 162(1) also protect privacy. Parliament’s two objectives of protecting against the related harms of violations of sexual integrity and privacy appear throughout s. 162(1). For example, in considering whether a person “is in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy” in

à l’al. c), l’al. a) [TRADUCTION] « n’exige pas que l’accusé agisse dans un but sexuel. Il s’appliquerait à un accusé qui espérait tirer profit de la publication d’enregistrements sur Internet » (*Trinchi*, par. 8; voir aussi *Jarvis*, par. 32, le juge en chef Wagner, et par. 143-144, le juge Rowe).

[33] L’alinéa 162(1)b) protège l’intégrité sexuelle des personnes qui se livrent à des *activités déterminées*, à savoir lorsque « la personne est nue, expose ses seins, ses organes génitaux ou sa région anale ou se livre à une activité sexuelle explicite, et l’observation ou l’enregistrement est fait dans le dessein d’ainsi observer ou enregistrer une personne ». Encore une fois, je conviens avec le juge Juriensz que pour l’application de l’al. b), la [TRADUCTION] « nature du lieu n’a pas d’importance, mais l’accusé doit avoir pour dessein d’ainsi observer ou enregistrer le sujet » (*Trinchi*, par. 9; voir aussi *Jarvis*, par. 46-47 et 52, le juge en chef Wagner). En outre, la Couronne n’est pas tenue de prouver que l’accusé a agi dans un but sexuel : [TRADUCTION] « [l]’alinéa b), comme l’al. a), s’appliquerait à un accusé ayant agi dans un dessein commercial » (*Trinchi*, par. 9; voir aussi *Jarvis*, par. 32, le juge en chef Wagner, et par. 143, le juge Rowe).

[34] L’alinéa 162(1)c) protège l’intégrité sexuelle des personnes lorsque l’observation ou l’enregistrement est fait dans un *but sexuel*. Cette disposition s’applique [TRADUCTION] « que le sujet soit vêtu ou non, peu importe ce qu’il fait ». (*Trinchi*, par. 10). Dans *Jarvis*, par exemple, l’enseignant accusé a été déclaré coupable en vertu de l’al. 162(1)c), même si les élèves qui faisaient subrepticement l’objet d’un enregistrement vidéo étaient entièrement vêtues et vauaient à des activités scolaires courantes. L’alinéa c) s’applique indépendamment du lieu où se trouve le sujet ciblé (*Jarvis*, par. 46-47 et 52, le juge en chef Wagner, et par. 129, le juge Rowe).

[35] Je m’empresse d’ajouter que les mots introductifs du par. 162(1) protègent aussi l’intégrité sexuelle, et que chacun des al. a), b) et c) du par. 162(1) protège aussi la vie privée. Les deux objectifs du Parlement de protéger contre les méfaits connexes que sont les atteintes à l’intégrité sexuelle et à la vie privée apparaissent partout au par. 162(1). Par exemple, en se demandant si une personne « se trouv[e] dans des

the opening words of s. 162(1), a court must consider whether a person “would reasonably expect not to be the subject of the type of observation or recording that in fact occurred”, based on the non-exhaustive list of considerations identified in *Jarvis* (paras. 5 and 28-29). These considerations include factors relating to sexual integrity, such as whether the subject matter of the observation or recording includes intimate parts of a person’s body (para. 29(5)), and whether the recording is for a sexual purpose (paras. 29(8) and 31-32). Similarly, paras. (a), (b), and (c) of s. 162(1) protect privacy from surreptitious observations or recordings in circumstances where sexual integrity is engaged.

[36] I now turn to consider whether s. 162(1)(a) has an implicit temporal component; in other words, whether the Crown must prove that nudity was reasonably expected *at the specific time* when the surreptitious recording was made.

(3) The Interpretation of Section 162(1)(a)

(a) *Positions of the Parties*

[37] The Crown submits that the majority of the Court of Appeal erred by interpreting s. 162(1)(a) as requiring proof that nudity is reasonably expected in the place at the specific time when a surreptitious recording is made. The Crown says that it is sufficient for it to prove that the “place” where a surreptitious recording was made is one in which nudity could reasonably be expected to occur at any time. Section 162(1)(a) thus protects the privacy of persons in certain “places”, whether or not nudity is expected at the time of the alleged offence. The Crown claims that there is ample evidence to support the trial judge’s conclusion that “the hockey dressing rooms, in which Mr. Downes took the photographs of T.R. and G.C., are places in which a person can reasonably be expected to be nude” (A.F., at para. 95, quoting trial reasons, at para. 228 (CanLII)).

circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » suivant les mots introductifs du par. 162(1), le tribunal doit décider si une personne « s’attendrait raisonnablement à ne pas faire l’objet du type d’observation ou d’enregistrement qui est effectivement survenu », compte tenu de la liste non exhaustive des facteurs énoncés dans l’arrêt *Jarvis* (par. 5 et 28-29). Ces considérations comprennent des facteurs relatifs à l’intégrité sexuelle, telle la question de savoir si l’objet de l’observation ou de l’enregistrement comprend les parties intimes du corps d’une personne (par. 29(5)), et celle de savoir si l’enregistrement vise un but sexuel (par. 29(8) et 31-32). De même, les al. a), b) et c) du par. 162(1) protègent la vie privée contre les observations ou les enregistrements subreptices dans des circonstances où l’intégrité sexuelle est en jeu.

[36] Je vais maintenant décider si l’al. 162(1)a) a une composante temporelle implicite, autrement dit si la Couronne doit prouver qu’il était raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue *au moment précis* où l’enregistrement subreptice a été fait.

(3) Interprétation de l’al. 162(1)a)

a) *Positions des parties*

[37] La Couronne soutient que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont eu tort d’interpréter l’al. 162(1)a) comme exigeant la preuve qu’il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue dans le lieu au moment précis où l’enregistrement subreptice est fait. Selon la Couronne, il suffit de prouver que le « lieu » où un enregistrement subreptice a été fait est un lieu où il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue à n’importe quel moment. L’alinéa 162(1)a) protège ainsi la vie privée de personnes dans certains « lieux », que l’on s’attende ou non à ce qu’une personne soit nue au moment de l’infraction reprochée. La Couronne prétend que la preuve étaye amplement la conclusion de la juge du procès selon laquelle [TRADUCTION] « les vestiaires de hockey, dans lesquels M. Downes a pris les photos de T.R. et de G.C., sont des lieux où il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue » (m.a., par. 95, citant les motifs de première instance, par. 228 (CanLII)).

[38] Mr. Downes argues that s. 162(1)(a) requires the Crown to prove that nudity is reasonably expected at the specific time and place at which a surreptitious recording is made. He claims that a temporal component ensures that the voyeurism offence maintains its purpose of prohibiting breaches of sexual privacy. In his view, s. 162(1)(a) should be interpreted in light of the harms contemplated in the scheme for sexual offences in Part V of the *Criminal Code*, and is breached only when the person is recorded in a way that infringes their sexual integrity. He claims that an actual infringement of sexual integrity is needed; a risk of infringement is insufficient. Mr. Downes notes that none of the photos at issue depicted nudity or was pornographic. He claims that since none of the boys in his photos was nude and there was no reasonable expectation at the time the photos were taken that anybody would be nude, it cannot be inferred that he intended to take a nude or otherwise prohibited voyeuristic photo.

[39] In my view, when s. 162(1)(a) is properly interpreted based on its text, context, and purpose, the provision does not have an implicit temporal component.

(b) *Text*

[40] The text of s. 162(1)(a) refers to an objective test for the “place” without regard to time. Although not determinative, the text of s. 162(1)(a) thus suggests that the provision lacks a temporal component.

[41] The test in s. 162(1)(a) for the “place” is objective in two respects. First, s. 162(1)(a) uses the definite article “the person” (“la personne”) when referring to the subject of the observation or recording, but uses the indefinite article “a person” (“une personne”) when referring to the reasonably expected uses of the place. This means that the person being surreptitiously observed or recorded must be in a place in which a person can reasonably be expected to be nude. Second, s. 162(1)(a) asks whether a person can “reasonably” be expected to be nude in the place, and

[38] Monsieur Downes plaide que l’al. 162(1)a oblige la Couronne à prouver qu’il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue au moment et dans le lieu précis où un enregistrement subreptice est fait. Selon lui, une composante temporelle fait en sorte que l’infraction de voyeurisme conserve son objet d’interdire les atteintes à la vie privée sur le plan sexuel. À son avis, il y a lieu d’interpréter l’al. 162(1)a à la lumière des méfaits envisagés dans le régime des infractions d’ordre sexuel à la partie V du *Code criminel*, et il n’y a violation de cette disposition que lorsqu’une personne est enregistrée d’une façon qui porte atteinte à son intégrité sexuelle. Il prétend qu’une atteinte véritable à l’intégrité sexuelle est nécessaire et qu’un risque d’atteinte ne suffit pas. Monsieur Downes fait remarquer qu’aucune des photos en cause ne représentait la nudité ou n’était pornographique. Il prétend que parce qu’aucun des garçons dans ses photos n’était nu et qu’il n’était pas raisonnable de s’attendre, au moment où les photos ont été prises, à ce que quiconque soit nu, on ne saurait en déduire qu’il entendait prendre une photo d’une personne nue ou une photo voyeuriste autrement interdite.

[39] À mon avis, lorsque l’al. 162(1)a est correctement interprété eu égard à son texte, à son contexte et à son objet, la disposition ne renferme aucune composante temporelle implicite.

b) *Texte*

[40] Le texte de l’al. 162(1)a renvoie à un critère objectif concernant le « lieu », sans égard au moment ou au temps. Bien qu’il ne soit pas déterminant, le texte de l’al. 162(1)a donne donc à penser que la disposition est dépourvue d’une composante temporelle.

[41] Le critère établi à l’al. 162(1)a pour le « lieu » est objectif à deux égards. Premièrement, l’al. 162(1)a emploie l’article défini « la personne » (« the person ») lorsqu’il désigne le sujet de l’observation ou de l’enregistrement, mais il emploie l’article indéfini « une personne » (« a person ») lorsqu’il renvoie aux utilisations du lieu auxquelles on peut raisonnablement s’attendre. Cela veut dire que la personne subreptivement observée ou enregistrée doit se trouver dans un lieu où il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue. Deuxièmement, l’al. 162(1)a

not whether the accused subjectively expected them to be nude. The use of an objective test in s. 162(1)(a) is not determinative of whether the provision contains a temporal component, however, because Parliament still might have intended that the objective evaluation be made at a specific time.

[42] The key textual point is the lack of express language in s. 162(1)(a) suggesting that Parliament intended the “place” to be evaluated at the specific time when the observation or recording was made. Had Parliament intended to insist on such a temporal component, it could have done so expressly. For example, an adjacent provision, s. 162.1(1) — the offence of publishing an intimate image without consent — contains two express temporal components. An “intimate image” is defined under s. 162.1(2) as a visual recording of a person made by any means, “(a) in which the person is nude, is exposing his or her genital organs or anal region or her breasts or is engaged in explicit sexual activity; (b) in respect of which, at the time of the recording, there were circumstances that gave rise to a reasonable expectation of privacy; and (c) in respect of which the person depicted retains a reasonable expectation of privacy at the time the offence is committed”. Section 162(1)(a) contains no such temporal language. Had Parliament intended s. 162(1)(a) to contain a temporal component, it could easily have referred to the observation or recording being made in “a place in which a person can *then* reasonably be expected to be” nude, or being made in a place in which a person would reasonably be expected to be nude “*at the time of the observation or recording*” (see C.A. reasons, at para. 77, per Dickson J.A. (emphasis in original)). But Parliament chose not to do so.

[43] Thus, while not determinative, the lack of express temporal language in s. 162(1)(a)’s objective test for the “place” suggests that Parliament did not intend the provision to contain a temporal component.

pose la question de savoir s’il est « raisonnable » de s’attendre à ce qu’une personne soit nue dans le lieu, et non celle de savoir si l’accusé s’attendait subjectivement à ce qu’elle le soit. Toutefois, l’emploi d’un critère objectif à l’al. 162(1)a n’est pas déterminant quant à savoir si la disposition renferme une composante temporelle, puisqu’il demeure possible que le Parlement ait voulu que l’évaluation objective soit faite à un moment précis.

[42] Le principal point textuel est l’absence de libellé explicite à l’al. 162(1)a indiquant que le Parlement voulait que le « lieu » soit évalué au moment précis où l’observation ou l’enregistrement a été fait. Si le Parlement entendait insister sur une telle composante temporelle, il aurait pu le faire expressément. Par exemple, une disposition adjacente, le par. 162.1(1) — l’infraction de publication non consensuelle d’une image intime — renferme deux composantes temporelles explicites. L’« image intime » est définie au par. 162.1(2) comme un enregistrement visuel d’une personne, réalisé par tout moyen, où celle-ci « a) y figure nue, exposant ses seins, ses organes génitaux ou sa région anale ou se livrant à une activité sexuelle explicite; b) se trouvait, lors de la réalisation de cet enregistrement, dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée; et c) a toujours cette attente raisonnable de protection en matière de vie privée à l’égard de l’enregistrement au moment de la perpétration de l’infraction ». L’alinéa 162(1)a ne renferme aucune expression temporelle de la sorte. Si le Parlement avait voulu que l’al. 162(1)a renferme une telle composante temporelle, il aurait pu facilement préciser que l’observation ou l’enregistrement devait être fait dans [TRADUCTION] « un lieu où il est *alors* raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit » nue, ou dans un lieu où il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue « *au moment de l’observation ou de l’enregistrement* » (voir les motifs de la C.A., par. 77, la juge Dickson (en italique dans l’original)). Toutefois, le Parlement a choisi de ne pas le faire.

[43] Par conséquent, bien qu’elle ne soit pas déterminante, l’absence de libellé explicite quant au temps dans le critère objectif de l’al. 162(1)a relatif au « lieu » suggère que le Parlement ne voulait pas que la disposition renferme une composante temporelle.

(c) *Statutory Context and Purpose*

[44] The statutory context and purpose of s. 162(1)(a) also suggest that Parliament did not intend the provision to contain a temporal component. Interpreting s. 162(1)(a) as prohibiting surreptitious observation or recording of persons in specific places without a temporal component promotes Parliament's purposes of protecting privacy and sexual integrity, especially for children and other vulnerable persons. Interpreting s. 162(1)(a) with a temporal component detracts from these purposes and leads to arbitrary and absurd results.

[45] Parliament's purposes of protecting privacy and sexual integrity are promoted by interpreting s. 162(1)(a) as a location-based offence without a temporal component. As noted by the intervener, the Attorney General of Ontario, rather than providing a specific list of places protected under s. 162(1)(a), Parliament chose to define the protected places in a principled and normative way: "If it is reasonable to expect that people in a certain place will be naked, or expose their genitals or anal region or breasts, or be engaged in explicit sexual activity, then that is a place where everyone is entitled to be free from surreptitious observation and visual recording — whether naked or not, exposed or not, explicit sexual activity or not" (I.F., at para. 18). Thus, when a person is in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, s. 162(1)(a) stipulates a rule that normatively identifies a class of quintessentially "safe places", such as bedrooms, bathrooms, and dressing rooms, in which people should be entitled to not be non-consensually observed or visually recorded, whether or not they or another person in the place are reasonably expected to be nude *at the time* of the observation or recording. In this way, s. 162(1)(a) protects both privacy and sexual integrity.

c) *Contexte législatif et objet de la disposition*

[44] Le contexte législatif et l'objet de l'al. 162(1)a tendent également à indiquer que le Parlement ne voulait pas que la disposition renferme une composante temporelle. Interpréter l'al. 162(1)a comme interdisant l'observation ou l'enregistrement subreptices de personnes dans des lieux déterminés sans composante temporelle favorise l'atteinte des objectifs du Parlement de protéger la vie privée et l'intégrité sexuelle, en particulier celles des enfants et d'autres personnes vulnérables. Interpréter l'al. 162(1)a comme renfermant une composante temporelle nuirait à la réalisation de ces objectifs et entraînerait des résultats arbitraires et absurdes.

[45] Considérer que l'al. 162(1)a crée une infraction tribunaire du lieu, sans composante temporelle, favorise l'atteinte des objectifs du Parlement de protéger la vie privée et l'intégrité sexuelle. Comme l'a fait remarquer l'intervenant le procureur général de l'Ontario, plutôt que de fournir une liste précise de lieux protégés en vertu de l'al. 162(1)a, le Parlement a choisi de définir les lieux protégés de manière rationnelle et normative : [TRADUCTION] « S'il est raisonnable de s'attendre à ce que les gens dans un certain lieu soient nus, ou exposent leurs seins, leurs organes génitaux ou leur région anale, ou se livrent à une activité sexuelle explicite, il s'agit alors d'un lieu où tout le monde a le droit d'être protégé contre l'observation et l'enregistrement visuel subreptices — qu'ils soient nus ou non, exposés ou non ou qu'ils se livrent ou non à une activité sexuelle explicite » (m. interv., par. 18). Par conséquent, lorsqu'une personne se trouve dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, l'al. 162(1)a identifie normativement une catégorie de « lieux sûrs » typiques, comme les chambres à coucher, les salles de bains et les vestiaires, où une personne doit avoir le droit de ne pas être observée ou faire l'objet d'un enregistrement visuel sans son consentement, qu'il soit ou non raisonnable de s'attendre à ce que cette personne, ou toute autre personne se trouvant dans ce lieu, soit nue *au moment* de l'observation ou de l'enregistrement. L'alinéa 162(1)a protège ainsi à la fois la vie privée et l'intégrité sexuelle.

[46] It is worth elaborating on how prohibiting voyeurism in such “safe places” under s. 162(1)(a), whether or not nudity is reasonably expected at the time of the surreptitious observation or recording, protects sexual integrity as it is understood today. As noted in this Court’s decisions in *Friesen* and *Jarvis*, society’s conception of sexual offences has evolved from a focus on the wrongful interference with sexual propriety to a concern with protecting sexual integrity (*Friesen*, at para. 55, and *Jarvis*, at para. 127, per Rowe J., both citing E. Craig, *Troubling Sex: Towards a Legal Theory of Sexual Integrity* (2012), at p. 68). In the passage cited approvingly in *Friesen* and the concurring reasons in *Jarvis*, Professor Elaine Craig explained that “[t]his shift from focusing on sexual propriety to sexual integrity enables greater emphasis on violations of trust, humiliation, objectification, exploitation, shame, and loss of self-esteem rather than simply, or only, on deprivations of honour, chastity, or bodily integrity (as was more the case when the law’s concern had a greater focus on sexual propriety)” (p. 68). Under a sexual integrity analysis, the focus is “not simply [on] the sexual motives, arousal, or body parts of the accused, or the community’s standard of sexual propriety, but also [on] the perception, experience, and impact on the complainant” (p. 75). In addition, a sexual integrity analysis focuses not just on physical harm to the complainant, but also on emotional and psychological harm, which is often more lasting than physical harm, especially for children (*Friesen*, at paras. 56-59).

[47] Surreptitious observation or recording of a person where there is a reasonable expectation of privacy, and which occurs in a “safe place” under s. 162(1)(a), violates or poses a risk of violating sexual integrity, even if nudity is not reasonably expected at the specific time of the observation or recording. An observation or recording in such a quintessentially private and “safe place” violates trust and can result in the person’s humiliation, objectification, exploitation,

[46] Il convient d’expliquer en quoi le fait d’interdire le voyeurisme dans de tels « lieux sûrs » en vertu de l’al. 162(1)a), qu’il soit ou non raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue au moment de l’observation ou de l’enregistrement subreptices, protège l’intégrité sexuelle au sens où on l’entend de nos jours. Comme notre Cour l’a signalé dans les arrêts *Friesen* et *Jarvis*, la manière dont la société perçoit les infractions d’ordre sexuel a évolué, passant de l’accent mis sur l’atteinte fautive à la bienséance sexuelle à un souci de protéger l’intégrité sexuelle (*Friesen*, par. 55, et *Jarvis*, par. 127, le juge Rowe, les deux citant E. Craig, *Troubling Sex : Towards a Legal Theory of Sexual Integrity* (2012), p. 68). Dans le passage cité avec approbation dans *Friesen* et dans les motifs concordants dans *Jarvis*, la professeure Elaine Craig a expliqué que [TRADUCTION] « [c]e changement d’éclairage, qui passe de la bienséance sexuelle à l’intégrité sexuelle, permet de mettre un accent accru sur les abus de confiance, l’humiliation, l’objectification, l’exploitation, la honte et la perte d’estime de soi plutôt que sur simplement, ou seulement, l’atteinte à l’honneur, à la chasteté ou à l’intégrité physique (comme c’était davantage le cas quand le droit se souciait davantage de la bienséance sexuelle) » (p. 68). Suivant une analyse portant sur l’intégrité sexuelle, l’accent est mis [TRADUCTION] « non seulement [sur] les mobiles sexuels, l’excitation ou les parties du corps de l’accusé, ou [sur] la norme de bienséance sexuelle de la collectivité, mais aussi [sur] la perception du plaignant, son expérience et les répercussions sur celui-ci » (p. 75). En outre, une analyse portant sur l’intégrité sexuelle met l’accent non seulement sur le préjudice physique subi par le plaignant, mais aussi sur le préjudice émotionnel et psychologique qui dure souvent plus longtemps que le préjudice physique, surtout chez les enfants (*Friesen*, par. 56-59).

[47] L’observation ou l’enregistrement subreptice d’une personne alors qu’il y a une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, et qui se produit dans un « lieu sûr » visé par l’al. 162(1)a), porte atteinte ou risque de porter atteinte à l’intégrité sexuelle, et ce, même s’il n’est pas raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue au moment précis de l’observation ou de l’enregistrement. Une observation ou un enregistrement dans un tel « lieu

shame, or loss of self-esteem (Craig, at p. 68). It can also cause emotional and psychological harm, even if the person is not observed or recorded when nude. As the intervener, the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, observes: “Such violations of trust objectify those targeted by reducing them to body parts, creating images that in a digital environment can be easily replicated, cropped and manipulated in ways and for uses that disregard their right to control their own bodies. These violating images hinder subjects from developing their sexuality as they see fit, while also potentially exposing them to the shame and humiliation that often results from instantaneous and widespread dissemination” (I.F., at para. 24).

[48] The emotional and psychological harms caused by violations of sexual integrity, even from non-nude photographs, are illustrated in this case. The sentencing judge noted the statement of T.R.’s mother that “when she told T.R. about the photographs, he was disappointed as he had considered Mr. Downes one of his more positive coaches. She said T.R.’s trust was broken and, as a result, T.R. is more cautious and less trusting of coaches and people in general” (2020 BCSC 177, at para. 18 (CanLII)). As Dickson J.A. noted aptly, “[t]he potentially traumatic impact for adolescent boys of being photographed surreptitiously in such a manifestly private place is obvious” (para. 97).

[49] To sum up, reading s. 162(1)(a) as prohibiting surreptitious observation or recording of persons in specific places and without a temporal component promotes Parliament’s purposes of protecting privacy and sexual integrity.

[50] By contrast, interpreting s. 162(1)(a) with a temporal component detracts from Parliament’s

[typiquement] sûr » et typiquement privé constitue un abus de confiance, et peut entraîner l’humiliation, l’objectification, l’exploitation, la honte et la perte d’estime de soi de la personne (Craig, p. 68). Elle peut aussi causer un préjudice émotionnel et psychologique, et ce, même si la personne n’est pas observée ou enregistrée pendant qu’elle est nue. Comme l’intervenante, la Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson-Glushko, le fait remarquer : [TRADUCTION] « De tels abus de confiance objectivent les personnes ciblées en les réduisant à des parties du corps, créant des images qui, dans un environnement numérique, peuvent être facilement reproduites, cadrées et manipulées par des techniques et pour des usages qui font fi de leur droit de disposer de leur propre corps. Ces images attentatoires empêchent les sujets de développer leur sexualité comme ils l’entendent, avec la possibilité de les exposer à la honte et à l’humiliation qui résultent souvent de la diffusion instantanée et généralisée » (m. interv., par. 24).

[48] Les préjudices émotionnels et psychologiques causés par des atteintes à l’intégrité sexuelle, même par des photographies où les sujets ne sont pas nus, sont illustrés en l’espèce. La juge chargée de prononcer la peine a pris acte de la déclaration de la mère de T.R. que, [TRADUCTION] « lorsqu’elle a parlé à T.R. des photographies, il lui a fait part de sa déception, puisqu’il avait considéré M. Downes comme l’un de ses entraîneurs les plus positifs. Elle a affirmé que la confiance de T.R. avait été brisée et qu’en conséquence, T.R. est plus prudent et fait moins confiance aux entraîneurs et aux gens en général » (2020 BCSC 177, par. 18 (CanLII)). Comme l’a souligné avec justesse la juge Dickson, [TRADUCTION] « [l]’effet traumatisant que peut avoir pour un adolescent le fait d’être subrepticement photographié dans un lieu aussi manifestement privé est évident » (par. 97).

[49] Pour résumer, interpréter l’al. 162(1)a) comme interdisant l’observation ou l’enregistrement subreptice de personnes dans des lieux déterminés, sans composante temporelle, favorise l’atteinte des objectifs du Parlement de protéger la vie privée et l’intégrité sexuelle.

[50] En revanche, interpréter l’al. 162(1)a) avec une composante temporelle nuirait à la réalisation

purposes of protecting privacy and sexual integrity. On such an interpretation, surreptitious photos of children in their underwear in inherently private places would be permitted without criminal sanction simply because the children in those places were too self-conscious to undress (such as boys around the age of puberty) (see trial reasons, at para. 220). Such an interpretation would fail to protect the privacy and sexual integrity of some of the most vulnerable persons in our society — persons whom Parliament sought to protect through the voyeurism offence.

[51] Relatedly, the Crown argues that such an interpretation of s. 162(1)(a) would result in arbitrary and absurd results: groups of children who are too self-conscious about their bodies to shower or be nude in dressing rooms could be photographed surreptitiously, but children who are just a few years older and less self-conscious — and who thus might shower or be nude — could not be photographed. I agree with the Crown that Parliament could not have intended such arbitrary and absurd results (see *Rizzo*, at para. 27). Parliament could not have intended that persons who ordinarily choose to disrobe in a place where nudity can reasonably be expected are protected from voyeurism, while persons who ordinarily choose to keep their clothes on are not.

[52] The majority of the Court of Appeal concluded otherwise by taking a narrow perspective that views sexual offences as concerned with sexual propriety alone rather than also with sexual integrity. The majority ruled that an implicit temporal component is essential for s. 162(1)(a) to fulfill its purpose as a sexual offence, rather than as an offence protecting privacy alone. In its view, reading s. 162(1)(a) as criminalizing surreptitious observation or recording when nudity is not reasonably expected at the time of the observation or recording would “capture conduct that does not bear any of the hallmarks of voyeurism as a breach of sexual privacy” (para. 41 (emphasis in original)). The majority declared that the voyeurism

des objectifs du Parlement de protéger la vie privée et l’intégrité sexuelle. Suivant une telle interprétation, des photos subreptices d’enfants en sous-vêtements dans des lieux intrinsèquement privés seraient permises sans sanction criminelle, simplement parce que les enfants se trouvant dans ces lieux étaient trop gênés de se déshabiller (par exemple, des garçons vers l’âge de la puberté) (voir les motifs de première instance, par. 220). Pareille interprétation ne protégerait pas la vie privée et l’intégrité sexuelle des personnes comptant parmi les plus vulnérables de notre société — les personnes que le Parlement a voulu protéger par l’infraction de voyeurisme.

[51] Dans le même ordre d’idées, la Couronne plaide qu’une telle interprétation de l’al. 162(1)a entraînerait des résultats arbitraires et absurdes : des groupes d’enfants qui sont trop gênés à l’égard de leurs corps pour se doucher ou être nus dans des vestiaires pourraient être photographiés subrepticement, alors que des enfants qui ne sont âgés que de quelques années de plus et qui sont moins gênés — et qui seraient ainsi susceptibles de se doucher ou d’être nus — ne pourraient pas être photographiés. Je suis d’accord avec la Couronne pour dire que le Parlement ne peut pas avoir voulu des résultats aussi arbitraires et absurdes (voir *Rizzo*, par. 27). Le Parlement ne peut avoir voulu que les personnes qui choisissent habituellement de se dévêtir dans un lieu où on peut raisonnablement s’attendre à ce qu’une personne soit nue soient protégées contre le voyeurisme, alors que les personnes qui choisissent habituellement de rester vêtues ne le soient pas.

[52] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu le contraire en adoptant un point de vue restrictif qui considère les infractions d’ordre sexuel comme portant exclusivement sur la bienséance sexuelle, plutôt que sur l’intégrité sexuelle aussi. Les juges majoritaires ont statué qu’une composante temporelle implicite est essentielle pour que l’al. 162(1)a réalise son objet en tant qu’infraction d’ordre sexuel, plutôt qu’en tant qu’infraction protégeant la vie privée seulement. À leur avis, interpréter l’al. 162(1)a comme criminalisant l’observation ou l’enregistrement subreptice alors qu’il n’est pas raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue au moment de l’observation ou de l’enregistrement aurait pour

offence in s. 162(1) “[is] fundamentally concerned with bodily and sexual privacy” and “[is] not intended to establish [an] offenc[e] founded upon an invasion of privacy alone” (para. 54). It stated that while Mr. Downes’ conduct was “undoubtedly a breach of trust and invasive of privacy, that does not necessarily make it conduct that this section criminalizes as a sexual offence” (para. 54).

[53] I disagree. The majority’s reasoning assumes that in order to stigmatize conduct as a violation of sexual integrity, and thus as a sexual offence, there must be a risk of capturing nude images at the relevant time. But, as I have explained above, taking surreptitious photographs of children in their underwear in an inherently “safe place” like a hockey dressing room violates not only the children’s privacy but also their sexual integrity, even if nudity was not reasonably expected when the photos were taken. Taking surreptitious photos in such an inherently “safe place” may injure many interests associated with sexual integrity: such conduct violates trust and can result in the humiliation, objectification, exploitation, shame, and loss of self-esteem of the targeted individuals. Such photos can injure a person’s sexual integrity by reducing them to body parts, by hindering them from developing their sexuality as they see fit, and by creating a risk of widespread dissemination of the photos to strangers. When viewed through the lens of Parliament’s purpose of protecting sexual integrity rather than simply sexual propriety, Mr. Downes’ conduct violated both the children’s privacy and their sexual integrity. He thus engaged in conduct that Parliament has criminalized as a sexual offence.

effet de [TRADUCTION] « viser une conduite qui ne présente aucune des caractéristiques distinctives du voyeurisme *comme une atteinte à la vie privée sur le plan sexuel* » (par. 41 (en italique dans l’original)). Les juges majoritaires ont déclaré que l’infraction de voyeurisme au par. 162(1) [TRADUCTION] « concern[e] fondamentalement la vie privée sur les plans corporel et sexuel » et « ne vis[e] pas à établir [une] infraction fondé[e] sur une atteinte à la vie privée exclusivement » (par. 54). Selon eux, même si la conduite de M. Downes était [TRADUCTION] « indéniablement un abus de confiance et une atteinte à la vie privée, cela n’en fait pas nécessairement une conduite que cet article criminalise en tant qu’infraction d’ordre sexuel » (par. 54).

[53] Je ne suis pas d’accord. Le raisonnement des juges majoritaires suppose que pour pouvoir stigmatiser une conduite en tant qu’atteinte à l’intégrité sexuelle, et donc en tant qu’infraction d’ordre sexuel, il doit exister un risque de capter des images de nudité au moment pertinent. Cependant, comme je l’ai déjà expliqué, la prise de photographies subreptices d’enfants en sous-vêtements dans un « lieu [essentiellement] sûr » comme un vestiaire de hockey porte atteinte non seulement à la vie privée des enfants, mais aussi à leur intégrité sexuelle, et ce, même s’il n’était pas raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue lorsque les photos ont été prises. Prendre des photos subreptices dans un tel « lieu [essentiellement] sûr » risque de porter atteinte à de nombreux droits liés à l’intégrité sexuelle : une telle conduite constitue un abus de confiance, et peut entraîner l’humiliation, l’objectification, l’exploitation, la honte et la perte d’estime de soi des personnes ciblées. De telles photos peuvent porter atteinte à l’intégrité sexuelle d’une personne en la réduisant à des parties du corps, en l’empêchant de développer sa sexualité comme elle l’entend et en créant un risque de diffusion généralisée des photos à des étrangers. Considérée au regard de l’objectif du Parlement de protéger l’intégrité sexuelle plutôt que la seule bienséance sexuelle, la conduite de M. Downes a porté atteinte à la fois à la vie privée des enfants et à leur intégrité sexuelle. Il s’est donc livré à une conduite que le Parlement a criminalisée comme infraction d’ordre sexuel.

(d) *Conclusion*

[54] Section 162(1)(a) does not have an implicit temporal component requiring the Crown to prove that nudity was reasonably expected at the specific time when the photos were taken. As a result, the trial judge appropriately convicted Mr. Downes of two counts of voyeurism under s. 162(1)(a).

B. *If Section 162(1)(a) Does Not Have an Implicit Temporal Component, Is the Provision Unconstitutionally Overbroad Contrary to Section 7 of the Charter?*

[55] Mr. Downes submits that if this Court accepts that s. 162(1)(a) does not have an implicit temporal component, then the provision is unconstitutionally overbroad contrary to s. 7 of the *Charter*. He states that the objective of s. 162(1) is to target exploitative sexual conduct and says that the lack of a temporal component “extends the offence to cover conduct bearing no connection to its underlying purpose of preventing sexual exploitation” (R.F., at para. 68). Mr. Downes did not raise this constitutional issue at trial, and although he raised it at the Court of Appeal, the court did not address it.

[56] There is a serious question as to whether Mr. Downes can challenge the constitutionality of s. 162(1)(a) in this Crown appeal as of right under s. 693(1)(a) of the *Criminal Code*. Such an appeal is limited to the question of law on which a judge of the court of appeal dissents, which in this case was whether s. 162(1)(a) has an implicit temporal component. Although in a Crown appeal as of right the respondent can raise “any argument which supports the order of the court below” (*R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381, at para. 23), Mr. Downes’ overbreadth argument does not support the Court of Appeal’s order: if accepted, it would likely result not in a new trial but in no trial, since s. 162(1)(a) would be unconstitutional (para. 36). Thus, ordinarily Mr. Downes could not challenge the constitutionality of s. 162(1)(a) without first obtaining leave to cross-appeal on this

d) *Conclusion*

[54] L’alinéa 162(1)a ne renferme aucune composante temporelle implicite qui oblige la Couronne à prouver que l’on pouvait raisonnablement s’attendre à ce qu’une personne soit nue au moment précis où les photos ont été prises. Par conséquent, c’est à bon droit que la juge du procès a déclaré M. Downes coupable de deux chefs de voyeurisme en vertu de l’al. 162(1)a.

B. *Si l’alinéa 162(1)a n’a pas de composante temporelle implicite, la disposition est-elle inconstitutionnelle pour cause de portée excessive, en violation de l’art. 7 de la Charte?*

[55] Monsieur Downes soutient que si notre Cour accepte que l’al. 162(1)a n’a pas de composante temporelle implicite, la disposition est alors inconstitutionnelle pour cause de portée excessive, en violation de l’art. 7 de la *Charte*. Il affirme que le par. 162(1) a pour objectif de cibler une conduite sexuelle constituant de l’exploitation, et dit que l’absence de composante temporelle [TRADUCTION] « élargit l’infraction pour qu’elle couvre une conduite n’ayant aucun rapport avec son objet sous-jacent de prévenir l’exploitation sexuelle » (m.i., par. 68). Monsieur Downes n’a pas soulevé cette question constitutionnelle au procès et, bien qu’il l’ait soulevée en Cour d’appel, cette dernière ne l’a pas examinée.

[56] Une question importante qu’il convient de se poser est celle de savoir si M. Downes peut contester la constitutionnalité de l’al. 162(1)a dans le présent appel formé de plein droit par la Couronne en vertu de l’al. 693(1)a du *Code criminel*. Un tel appel se limite à la question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d’appel est dissident, c’est-à-dire, en l’espèce, la question de savoir si l’al. 162(1)a renferme une composante temporelle implicite. Bien que, dans un appel formé de plein droit par la Couronne, l’intimé puisse avancer « tout argument appuyant l’ordonnance de la cour d’appel » (*R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381, par. 23), l’argument de M. Downes fondé sur la portée excessive n’appuie pas l’ordonnance de la Cour d’appel : s’il est accepté, il donnerait probablement lieu non pas à un nouveau procès, mais à aucun procès, puisque l’al. 162(1)a serait inconstitutionnel (par. 36).

issue under s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26.

[57] I have concluded, however, that it is unnecessary to decide whether the constitutional issue raised by Mr. Downes is properly before this Court because, in any event, this is not a case in which this Court should exceptionally exercise its discretion to decide such a constitutional question for the first time on appeal. As noted in *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3, at para. 20, “[w]hether to hear and decide a constitutional issue when it has not been properly raised in the courts below is a matter for the Court’s discretion, taking into account all of the circumstances, including the state of the record, fairness to all parties, the importance of having the issue resolved by this Court, its suitability for decision and the broader interests of the administration of justice.” The test is a stringent one: this Court must be satisfied that hearing and deciding the new constitutional issue causes no prejudice to the parties (paras. 22-23).

[58] In this case, deciding whether s. 162(1)(a) is unconstitutionally overbroad would prejudice the Crown and would require the Court to address an important *Charter* issue in a factual vacuum. Because the *Charter* issue was not raised at trial, the Crown has filed no evidence on whether any infringement of s. 7 of the *Charter* could be justified under s. 1. As noted in *Guindon*, “[a] respondent, like any other party, cannot rely upon an entirely new argument that would have required additional evidence to be adduced at trial” (para. 32 (citations omitted in original), quoting *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 58). This is especially so in constitutional cases. This Court has often stressed the importance of a full evidentiary record when deciding constitutional questions and has cautioned that “*Charter* decisions should not and must not be made in a factual vacuum” (*MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at p. 361; *Guindon*, at para. 116, per Abella and Wagner

Par conséquent, d’ordinaire, M. Downes ne pourrait pas contester la constitutionnalité de l’al. 162(1)a) sans avoir obtenu d’abord l’autorisation d’interjeter un appel incident sur cette question en vertu de l’art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26.

[57] J’ai toutefois conclu qu’il n’est pas nécessaire de décider si notre Cour est saisie régulièrement de la question constitutionnelle soulevée par M. Downes, puisque, de toute façon, il ne s’agit pas d’une affaire dans laquelle notre Cour devrait exceptionnellement exercer son pouvoir discrétionnaire de trancher une telle question constitutionnelle pour la première fois en appel. Comme nous l’avons mentionné dans l’arrêt *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3, par. 20, « [e]xaminer puis trancher une question constitutionnelle qui n’a pas été régulièrement soulevée dans le cadre des instances antérieures relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour, compte tenu de l’ensemble des circonstances, dont la teneur du dossier, l’équité envers toutes les parties, l’importance que la question soit résolue par la Cour, le fait que l’affaire se prête ou non à une décision et les intérêts de l’administration de la justice en général. » Le critère est strict : notre Cour doit être convaincue qu’examiner puis trancher la nouvelle question constitutionnelle ne cause aucun préjudice aux parties (par. 22-23).

[58] En l’espèce, décider si l’al. 162(1)a) est inconstitutionnel pour cause de portée excessive causerait un préjudice à la Couronne et obligerait la Cour à se pencher sur une importante question relative à la *Charte* dans un vide factuel. Parce que la question relative à la *Charte* n’a pas été soulevée au procès, la Couronne n’a déposé aucune preuve sur la question de savoir si une violation de l’art. 7 de la *Charte*, le cas échéant, pouvait être justifiée au regard de l’article premier. Comme il est dit dans l’arrêt *Guindon*, « [l]’intimé, comme toute autre partie d’ailleurs, ne peut invoquer un argument entièrement nouveau qui aurait nécessité la production d’éléments de preuve additionnels au procès » (par. 32 (références omises dans l’original), citant *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 58). Cela est particulièrement vrai dans les affaires constitutionnelles. Notre Cour a souvent insisté sur l’importance d’un dossier de preuve complet lorsqu’il s’agit de trancher des questions constitutionnelles et

JJ.). As the Court of Appeal for Ontario has stated, “[a]rguing the interpretation of a statute is much different than arguing its constitutional validity” (*R. v. Wookey*, 2016 ONCA 611, 363 C.R.R. (2d) 177, at para. 61, per Tulloch J.A. (now C.J.O.)). As a result, in all the circumstances, I would decline to decide the constitutional issue.

VI. Disposition

[59] I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal for British Columbia, and restore the convictions.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Ministry of Attorney General — B.C. Prosecution Service, Victoria.

Solicitors for the respondent: Sorochan Law Corporation, Vancouver; Orris Law Corporation, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Ministry of the Attorney General — Crown Law Office — Criminal, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Crown Prosecution Service — Appeals and Specialized Prosecutions Office, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Faculty of Law, Common Law Section, Ottawa.

a prévenu que « [l]es décisions relatives à la *Charte* ne doivent pas être rendues dans un vide factuel » (*MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, p. 361; *Guindon*, par. 116, les juges Abella et Wagner). Comme l’a affirmé la Cour d’appel de l’Ontario, [TRADUCTION] « [p]laider l’interprétation d’une loi est très différent de plaider sa validité constitutionnelle » (*R. c. Wookey*, 2016 ONCA 611, 363 C.R.R. (2d) 177, par. 61, le juge Tulloch (maintenant juge en chef de l’Ontario)). Par conséquent, eu égard à toutes les circonstances, je suis d’avis de ne pas trancher la question constitutionnelle.

VI. Dispositif

[59] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler le jugement de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique et de rétablir les déclarations de culpabilité.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l’appelant : Ministry of Attorney General — B.C. Prosecution Service, Victoria.

Procureurs de l’intimé : Sorochan Law Corporation, Vancouver; Orris Law Corporation, Vancouver.

Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Ontario : Ministère du Procureur général — Bureau des avocats de la Couronne — Droit criminel, Toronto.

Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Alberta : Alberta Crown Prosecution Service — Appeals and Specialized Prosecutions Office, Edmonton.

Procureur de l’intervenante la Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d’Ottawa, Faculté de droit, Section de common law, Ottawa.

His Majesty The King *Appellant*

v.

Olivier Chatillon *Respondent*

and

**Association québécoise des avocats et
avocates de la défense** *Intervener*

INDEXED AS: R. v. CHATILLON

2023 SCC 7

File No.: 40331.

2023: March 15.

Present: Wagner C.J. and Karakatsanis, Côté, Rowe,
Martin, Kasirer and O’Bonsawin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Criminal law — Evidence — Admissibility — Admissions — Accused voluntarily making admissions, during treatment process, concerning acts of sexual nature committed by him against child — Admissions sent to director of youth protection and then to police with accused’s consent — Accused charged with sexual assault — Accused filing motion to exclude admissions — Trial judge dismissing motion on ground that application of Wigmore criteria did not result in admissions being inadmissible — Accused convicted of sexual assault — Majority of Court of Appeal entering acquittal on ground that admissions were inadmissible — Dissenting judge finding that admissions were admissible because accused had expressly waived their confidentiality by consenting to their disclosure — Conviction restored.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Vauclair, Mainville and Healy JJ.A.), 2022 QCCA 1072, 83 C.R. (7th) 403, [2022] J.Q. n° 7757 (QL), 2022 CarswellQue 11441 (WL), setting aside the conviction of the accused for sexual assault and entering an acquittal. Appeal allowed, Côté J. dissenting.

Sa Majesté le Roi *Appelant*

c.

Olivier Chatillon *Intimé*

et

**Association québécoise des avocats et
avocates de la défense** *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : R. c. CHATILLON

2023 CSC 7

N° du greffe : 40331.

2023 : 15 mars.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges
Karakatsanis, Côté, Rowe, Martin, Kasirer et
O’Bonsawin.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Aveux — Aveux faits volontairement par l’accusé, dans le cadre d’une démarche thérapeutique, concernant des gestes à caractère sexuel qu’il a posé sur une enfant — Aveux transmis au directeur de la protection de la jeunesse puis à la police avec le consentement de l’accusé — Accusé inculpé d’agression sexuelle — Dépôt par l’accusé d’une requête en exclusion des aveux — Rejet de la requête par le juge du procès au motif que l’application des critères de Wigmore ne mène pas à l’inadmissibilité des aveux — Accusé déclaré coupable d’agression sexuelle — Acquiescement inscrit par les juges majoritaires de la Cour d’appel au motif que les aveux sont inadmissibles — Conclusion du juge dissident portant que les aveux sont admissibles puisque l’accusé a explicitement renoncé à leur caractère confidentiel en consentant à leur divulgation — Déclaration de culpabilité rétablie.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Vauclair, Mainville et Healy), 2022 QCCA 1072, 83 C.R. (7th) 403, [2022] J.Q. n° 7757 (QL), 2022 CarswellQue 11441 (WL), qui a annulé la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée contre l’accusé et inscrit un acquiescement. Pourvoi accueilli, la juge Côté est dissidente.

Maxime Hébrard and Julien Fitzgerald, for the appellant.

Nicolas Lemyre-Cossette and Marie-Pier Boulet, for the respondent.

Cynthia Lacombe, for the intervener.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — A majority of the Court is of the view that the appeal should be allowed on the sole issue of the respondent’s consent to the disclosure of his admissions, discussed by the dissenting judge at paras. 83-85 of the reasons (2022 QCCA 1072, 83 C.R. (7th) 403). In the Court’s opinion, this is sufficient to dispose of the appeal.

[2] Côté J. would have dismissed the appeal, substantially for the reasons of the majority of the Court of Appeal.

[3] The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the respondent’s conviction is restored.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Procureur aux poursuites criminelles et pénales, Longueuil.

Solicitors for the respondent: Poitras, Fournier, Cossette, Granby; BMD, Laval.

Solicitors for the intervener: BMD, Laval.

Maxime Hébrard et Julien Fitzgerald, pour l’appelant.

Nicolas Lemyre-Cossette et Marie-Pier Boulet, pour l’intimé.

Cynthia Lacombe, pour l’intervenante.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE EN CHEF — Une majorité des juges de la Cour est d’avis qu’il y a lieu d’accueillir l’appel sur la seule question du consentement de l’intimé à la divulgation de ses aveux, exposée par le juge dissident aux par. 83-85 des motifs (2022 QCCA 1072, 83 C.R. (7th) 403). Cela suffit, de l’avis de la Cour, pour disposer de l’appel.

[2] La juge Côté, pour sa part, aurait rejeté l’appel, essentiellement pour les motifs de la majorité de la Cour d’appel.

[3] L’appel est accueilli, le jugement de la Cour d’appel est annulé et la déclaration de culpabilité prononcée contre l’intimé est rétablie.

Jugement en conséquence.

Procureur de l’appelant : Procureur aux poursuites criminelles et pénales, Longueuil.

Procureurs de l’intimé : Poitras, Fournier, Cossette, Granby; BMD, Laval.

Procureurs de l’intervenante : BMD, Laval.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca