

FILED / PRODUIT

Date: August 25, 2025

CT- 2024-010

Grainne Gannon Dubroy for / pour
REGISTRAR / REGISTRAIRE

PUBLIC

CT-2024-010

OTTAWA, ONT.

142

THE COMPETITION TRIBUNAL

IN THE MATTER OF the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34;

AND IN THE MATTER OF certain conduct of Google Canada Corporation and Google LLC relating to the supply of online advertising technology services in Canada;

AND IN THE MATTER OF an application by the Commissioner of Competition for one or more orders pursuant to section 79 of the *Competition Act*.

B E T W E E N:

COMMISSIONER OF COMPETITION

Applicant

and

GOOGLE CANADA CORPORATION AND GOOGLE LLC

Respondents

**BOOK OF AUTHORITIES OF GOOGLE CANADA CORPORATION
AND GOOGLE LLC
VOLUME 13 OF 20**

PUBLIC

-2-

August 22, 2025

DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG LLP
155 Wellington Street West
Toronto ON M5V 3J7

Kent E. Thomson (LSO# 24264J)
Tel: 416.863.5566
Email: kentthomson@dwpv.com

Elisa K. Kearney (LSO# 49342T)
Tel: 416.367.7450
Email: ekearney@dwpv.com

Chantelle T.M. Cseh (LSO# 60620Q)
Tel: 416.367.7552
Email: ccseh@dwpv.com

Chanakya A. Sethi (LSO# 63492T)
Tel: 416.863.5516
Email: csethi@dwpv.com

Chenyang Li (LSO# 73249C)
Tel: 416.367.7623
Email: cli@dwpv.com

Tel: 416.863.0900
Fax: 416.863.0871

Lawyers for the Respondents, Google
Canada Corporation and Google LLC

PUBLIC

-3-

TO: **ATTORNEY GENERAL OF CANADA**
Department of Justice Canada
Competition Bureau Legal Services
Place du Portage, Phase I
50 Victoria Street, 22nd Floor
Gatineau, QC K1A 0C9

Alexander M. Gay

Email: alexander.gay@cb-bc.gc.ca

Donald Houston

Email: donald.houston@cb-bc.gc.ca

John Syme

Email: john.syme@cb-bc.gc.ca

Derek Leschinsky

Email: derek.leschinsky@cb-bq.ca

Katherine Rydel

Email: katherine.rydel@cb-bc.gc.ca

Sanjay Kumbhare

Email: sanjay.kumbhare@cb-bc.gc.ca

Tel: 613.296.4470

Fax: 819.953.9267

Lawyers for the Applicant, the Commissioner of Competition

AND TO: THE REGISTRAR OF THE COMPETITION TRIBUNAL
Thomas D'Arcy McGee Building
90 Sparks Street, Suite 600
Ottawa, ON K1P 5B4

Email: Tribunal@ct-tc.gc.ca

PUBLIC

INDEX

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
SECONDARY SOURCES		
VOLUME 1		
1)	Blackstone, <i>Commentaries on the Laws of England</i> 343 (1769)	1
2)	<i>Canadian Oxford Dictionary</i> , 2nd ed. (Don Mills: Oxford University Press, 2004), p. 6 (“Abuse”) and p. 1529 (“Stigma”)	5
3)	<i>Collins English Dictionary</i> , 3 ed. (Glasgow: HarperCollins, 1992), p. 7 (“Abuse”)	9
4)	Deschamps, “Cineplex ordered to pay \$38.9-million by Competition Tribunal in ticket fee case”, <i>The Globe and Mail</i> (23 Sept. 2024)	12
5)	European Commission, “Procedures in Article 102 Investigations”, online: https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/procedures/article-102-investigations_en	14
6)	European Union, “Guidelines for setting fines” (2020), online: https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/guidelines-for-setting-fines.html	18
7)	Forsyth, <i>History of Trial by Jury</i> (London: John W Parker and Son, 1852), pp. 8-9	21
8)	Goldman, “The Impact of the Competition Act of 1986” in R.S. Khemani and W.T. Stanbury, eds., <i>Canadian Competition Law and Policy at the Centenary</i> (Halifax: The Institute for Research on Public Policy, 1991)	26
9)	Goldman & Joneja, “The Institutional Design of Canadian Competition Law: The Evolving Role of the Commissioner” (2010) 41:3 Loy. U. Chi. L.J. 535	28
10)	Hogg & Wright, <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. (Toronto: Thomson Reuters Canada, 2020+), §47.15, §48:18, §48:21, §51.3	66
11)	Johnston, <i>The People’s Champion: Trial by Jury</i> (Toronto: LexisNexis Canada, 2024) §2.05.	90

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
12)	Jordan, “An Examination of the Proposed Amendments to the Canadian Competition Law: Bill C-91” (1986) 10:2 <i>Suffolk Transnat’l. L.J.</i> 473	97
13)	McGuinness, <i>The Encyclopedic Dictionary of Canadian Law</i> (Toronto: Lexis-Nexis, 2021), Vol. 3, p. S-317 (“Stigma”)	111
14)	McLeod, “Facing the Consequences: Should the Charter Apply to Administrative Proceedings Involving Monetary Penalties?” 30 <i>Nat’l. J. Const. L.</i> 59	114
15)	<i>Paperback Oxford English Dictionary</i> (Oxford: Oxford University Press, 2005), p. 4 (“Abuse”)	140
16)	<i>Public Prosecution Service of Canada Deskbook</i> (Ottawa: Public Prosecution Service of Canada, 2014-2020), 4.2	143
17)	Rankin, “The Origins, Evolution and Puzzling Irrelevance of Jury Recommendations in Second Degree Murder Sentencing” (2015) 40:2 <i>Queen’s L.J.</i> 531	148
18)	Robertson, “Canada Bread’s \$50-million fine sends ‘strong message’ against price fixing, Competition Commissioner says”, <i>The Globe and Mail</i> (22 June 2023)	178
19)	Sullivan, <i>The Construction of Statutes</i> , 7th ed. (Toronto: LexisNexis Canada, 2022) §25.07	181
20)	<i>The Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 7th ed (Oxford: Oxford University Press, 1986), p. 5 (“Abuse”)	198
21)	<i>The Shorter Oxford English Dictionary</i> , 3rd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1959), Vol. I, p. 9 (“Abuse”), and Vol. II, pp. 2019-2020 (“Stigma”)	201
JUDICIAL AUTHORITIES		
VOLUME 2		
22)	3510395 <i>Canada Inc. v. Canada</i> , 2020 FCA 103 , leave refused, 2021 CanLII 15598 (SCC)	206
23)	<i>Air Canada c. Canada</i> , 2003 CarswellQue 14915 (CA)	337

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
24)	Anonymous Case, <i>Lib. Assisarum</i> , 41, 11 (1367), Translated and reprinted in Pound, <i>Readings on the History and System of the Common Law</i> , 2d ed. (Boston: Boston Book Company 1913)	371
25)	<i>Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association</i> , 2003 SCC 36	379
26)	<i>Canada v. Canada Pipe Company Ltd.</i> , 2006 FCA 233 , leave refused, 2007 CanLII 16765 (SCC)	407
VOLUME 3		
27)	<i>Canada v. Chatr Wireless Inc.</i> , 2013 ONSC 5315	461
28)	<i>Canada v. Federation of Law Societies</i> , 2015 SCC 7	542
29)	<i>Canada v. Harkat</i> , 2014 SCC 37	614
30)	<i>Canada v. Lalonde</i> , 2016 ONCA 923	685
31)	<i>Canada v. Pharmaceutical Society (Nova Scotia)</i> , 1992 CarswellNS 15 (SCC)	703
VOLUME 4		
32)	<i>Canada v. Power</i> , 2024 SCC 26	755
33)	<i>Canadian National Transportation Ltd. v. Canada</i> , 1983 CarswellAlta 167 (SCC)	973
VOLUME 5		
34)	<i>Canadian Western Bank v. Alberta</i> , 2007 SCC 22	1027
35)	<i>Charkaoui v. Canada</i> , 2007 SCC 9	1110
36)	<i>Cheatle v. The Queen</i> , [1993] HCA 44	1189
37)	<i>Commissioner of Competition v. Direct Energy Marketing Limited</i> , CT-2012-003 (Consent Agreement, October 30, 2015)	1214
38)	<i>Commissioner of Competition v. Reliance Comfort Limited Partnership</i> , CT-2012-002 (Consent Agreement, November 5, 2014)	1221

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
VOLUME 6		
39)	<i>Commissioner of Competition v. Toronto Real Estate Board</i> , 2016 CACT 7 , affirmed, 2017 FCA 236 , leave refused, 2018 CanLII 78753 (SCC)	1235
VOLUME 7		
40)	<i>Commissioner of Competition v. Vancouver Airport Authority</i> , 2019 CACT 6	1410
VOLUME 8		
41)	<i>Commissioner of Competition v. X</i> , 2018 ONSC 3374	1591
42)	<i>Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario</i> , 1991 CarswellOnt 3004 (SCC)	1610
43)	<i>Dywidag Systems International Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.</i> , 1990 CarswellNS 60 (SCC)	1625
44)	<i>F.H. v. McDougall</i> , 2008 SCC 53	1630
45)	<i>Goodwin v. British Columbia</i> , 2015 SCC 46	1668
46)	<i>Guindon v. Canada</i> , 2015 SCC 41	1718
47)	<i>Halifax Herald Ltd. v. Nova Scotia</i> , 2008 NSSC 369	1784
VOLUME 9		
48)	<i>John Howard Society v. Saskatchewan</i> , 2025 SCC 6	1826
49)	<i>Kligman v. M.N.R.</i> , 2004 FCA 152	1979
50)	<i>MacBain v. Lederman</i> , 1985 CarswellNat 628 (FCA)	2042
51)	<i>Martineau v. MNR</i> , 2004 SCC 81	2075
52)	<i>New Brunswick Broadcasting Co. v. Canadian Radio-Television & Telecommunications Commission</i> , 1984 CarswellNat 66 (FCA)	2098
VOLUME 10		
53)	<i>Northwest Territories v. P.S.A.C.</i> , 2001 FCA 162	2118

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
54)	<i>Ontario v. G</i> , 2020 SCC 38	2157
55)	<i>Pearlman v. Law Society (Manitoba)</i> , 1991 CarswellMan 201 (SCC)	2308
VOLUME 11		
56)	<i>RJR-MacDonald Inc. v. Canada</i> , 1995 CanLII 64 (SCC)	2329
57)	<i>R. v. Albashir</i> , 2021 SCC 48	2497
58)	<i>R. v. Alexander</i> , 2003 BCCA 386	2556
59)	<i>R. v. Appulonappa</i> , 2015 SCC 59	2572
VOLUME 12		
60)	<i>R. v. Archambault</i> , 2024 SCC 35	2619
61)	<i>R. c. Assoc. quebecoise des pharmaciens propriétaires</i> , 1995 CarswellQue 2219 (CS)	2799
62)	<i>R. v. Babos</i> , 2014 SCC 16	2813
63)	<i>R. v. BASF Aktiengesellschaft</i> , 1999 CarswellNat 6381 (FC)	2845
64)	<i>R. v. Big M Drug Mart Ltd.</i> , 1985 CarswellAlta 316 (SCC)	2880
VOLUME 13		
65)	<i>R. v. Bissonnette</i> , 2022 SCC 23	2933
66)	<i>R. v. Brown</i> , 2022 SCC 18	3004
67)	<i>R. v. Brunelle</i> , 2024 SCC 3	3090
68)	<i>R. v. Canada Bread Company Limited</i> , 2023 ONSC 3790	3163
69)	<i>R. v. Cathay Pacific Airways Ltd.</i> , 2013 CarswellOnt 18740 (SCC)	3169
VOLUME 14		
70)	<i>R. v. Chouhan</i> , 2021 SCC 26	3177
71)	<i>R. v. Conway</i> , 2010 SCC 22	3331

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
72)	<i>R. v. Cross</i> , 2006 NSCA 30 , <i>leave refused</i> , 2006 CanLII 29077 (SCC)	3381
73)	<i>R. v. Domfoam Inc.</i> , 2012 CarswellOnt 17498 (SC)	3414
74)	<i>R. v. Eddy Match Co.</i> , 1953 CarswellQue 16 (CA)	3430
75)	<i>R. v. Elliott</i> , [1905] O.J. No. 162 [starting at ¶38] (C.A.)	3450
VOLUME 15		
76)	<i>R. v. Ferguson</i> , 2008 SCC 6	3463
77)	<i>R. v. Furukawa Electric Co.</i> , 2013 CarswellOnt 18744 (SC)	3498
78)	<i>R. v. G. (R.M.)</i> , 1996 CanLII 176 (SCC)	3504
79)	<i>R. v. Grant</i> , 1993 CarswellBC 1168 (SCC)	3547
80)	<i>R v. Grant</i> , 2009 SCC 32	3576
81)	<i>R. v. Jarvis</i> , 2002 SCC 73	3683
VOLUME 16		
82)	<i>R. v. K.R.J.</i> , 2016 SCC 31	3740
83)	<i>R v. Kokopenace</i> , 2015 SCC 28	3817
84)	<i>R. v. Kum</i> , 2015 ONCA 36	3941
VOLUME 17		
85)	<i>R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine</i> , 2003 SCC 74	3973
86)	<i>R. v. McKinlay Transport Ltd.</i> , 1990 CarswellOnt 992 (SCC)	4137
87)	<i>R v. McKnight</i> , [1999] O.J. No. 1321 (C.A.)	4157
88)	<i>R. v. Morgentaler</i> , 1993 CarswellNS 19 (SCC)	4187
89)	<i>R. v. Nestlé Canada Inc.</i> , 2015 ONSC 810	4226

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
VOLUME 18		
90)	<i>R. v. Nur</i> , 2015 SCC 15	4247
91)	<i>R. v. Oakes</i> , 1986 CarswellOnt 95 (SCC)	4333
92)	<i>R. v. Osolin</i> , 1993 CarswellBC 512 (SCC)	4366
93)	<i>R. v. Samji</i> , 2017 BCCA 415 , leave refused, 2018 CanLII 48394 (SCC)	4435
94)	<i>R. v. Shoker</i> , 2006 SCC 44	4491
95)	<i>R. v. Stinchcombe</i> , 1991 CarswellAlta 192 (SCC)	4520
96)	<i>R. v. Swietlinski</i> , 1994 CarswellOnt 102 (SCC)	4536
VOLUME 19		
97)	<i>R. v. Trebilcock</i> (1858), 169 ER 1079	4559
98)	<i>R. v. Veranski</i> , 2011 BCSC 1322	4563
99)	<i>R. v. Volkswagen AG</i> , 2020 ONCJ 398	4627
100)	<i>R. v. Wigglesworth</i> , 1987 CarswellSask 385 (SCC)	4644
101)	<i>Re B.C. Motor Vehicle Act</i> , 1985 CarswellBC 398 (SCC)	4668
102)	<i>Reference re Firearms Act</i> , 2000 SCC 31	4709
103)	<i>Rémillard v. Canada</i> , 2022 FCA 63	4762
104)	<i>Round v. MacDonald, Dettwiler and Associates Ltd.</i> , 2012 BCCA 456	4800
105)	<i>Schachter v. Canada</i> , 1992 CarswellNat 1006 (SCC)	4817
VOLUME 20		
106)	<i>Singh v. Canada</i> , 985 CarswellNat 152 (SCC)	4847
107)	<i>Slaight Communications Inc. v. Davidson</i> , 1989 CarswellNat 695 (SCC)	4940

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
108A)	<i>Southam Inc. v. Canada</i> , 1983 ABCA 32 , affirmed, 1984 CarswellAlta 121 (SCC) [<i>sub nom.</i> , <i>Hunter v. Southam Inc.</i>]	4974
108B)	<i>Canada (Director of Investigation & Research, Combines Investigation Branch) v. Southam Inc.</i> , 1984 CarswellAlta 121 (SCC)	4991
109)	<i>United States Steel Corporation v. Canada</i> , 2011 FCA 176	5017

Her Majesty The Queen and Attorney General of Quebec *Appellants*

v.

Alexandre Bissonnette *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Alberta, Association des avocats de la défense de Montréal-Laval-Longueuil, Queen's Prison Law Clinic, Toronto Police Association, Canadian Police Association, Karen Fraser, Jennifer Sweet, Nicole Sweet, Kim Sweet, John Sweet, J. Robert Sweet, Charles Sweet, Patricia Corcoran, Ann Parker, Ted Baylis, Sharon Baylis, Cory Baylis, Michael Leone, Doug French, Donna French, Deborah Mahaffy, Observatory on National Security Measures, Independent Criminal Defence Advocacy Society, Canadian Prison Law Association, National Council of Canadian Muslims, Canadian Civil Liberties Association, British Columbia Civil Liberties Association and Canadian Association of Chiefs of Police *Interveners*

INDEXED AS: **R. v. BISSONNETTE**

2022 SCC 23

File No.: 39544.

2022: March 24; **2022: May 27.**

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

Please see in particular paras. 109-111 and 128

c.

Alexandre Bissonnette *Intimé*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Alberta, Association des avocats de la défense de Montréal-Laval-Longueuil, Queen's Prison Law Clinic, Toronto Police Association, Association canadienne des policiers, Karen Fraser, Jennifer Sweet, Nicole Sweet, Kim Sweet, John Sweet, J. Robert Sweet, Charles Sweet, Patricia Corcoran, Ann Parker, Ted Baylis, Sharon Baylis, Cory Baylis, Michael Leone, Doug French, Donna French, Deborah Mahaffy, Observatoire des mesures visant la sécurité nationale, Independent Criminal Defence Advocacy Society, Canadian Prison Law Association, Conseil national des musulmans canadiens, Association canadienne des libertés civiles, British Columbia Civil Liberties Association et Association canadienne des chefs de police *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **R. c. BISSONNETTE**

2022 CSC 23

N° du greffe : 39544.

2022 : 24 mars; 2022 : 27 mai.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual treatment or punishment — Punishment that is cruel and unusual by nature — Remedy — Section 745.51 of Criminal Code authorizing imposition of consecutive 25-year parole ineligibility periods in cases involving multiple first degree murders — Whether s. 745.51 infringes s. 12 of Charter, which guarantees right not to be subjected to cruel and unusual treatment or punishment — Appropriate remedy if s. 12 infringed — Constitution Act, 1982, s. 52(1) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 745.51.

On January 29, 2017, 46 people were gathered in the Great Mosque of Québec for evening prayer. B burst in and, armed with a semi-automatic rifle and a pistol, opened fire on the worshippers, causing the death of 6 people and seriously injuring 5 others. B pleaded guilty to the 12 charges laid against him, including 6 counts of first degree murder. An accused who is convicted of first degree murder will receive a minimum sentence of imprisonment for life and will be eligible for parole only after serving an ineligibility period of 25 years. B therefore received that sentence automatically. The Crown also asked that s. 745.51 of the *Criminal Code* be applied. This provision authorizes a court to order that the periods without eligibility for parole for each murder conviction be served consecutively rather than concurrently. In the context of first degree murders, the application of this provision allows a court to add up parole ineligibility periods of 25 years for each murder.

B challenged the constitutionality of s. 745.51. The trial judge held that this provision infringed the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment and the right to liberty and security of the person guaranteed to B by s. 12 and s. 7 of the *Charter*, respectively, and that the provision could not be saved under s. 1. To remedy the unconstitutionality of the provision, the trial judge applied the technique of reading in and interpreted s. 745.51 as granting courts a discretion to choose the length of the additional ineligibility period to impose on an offender. He ordered that B serve a total ineligibility period of 40 years before being able to apply for parole. The Court of Appeal allowed B's appeal and declared s. 745.51 invalid and unconstitutional on the basis that it was contrary to ss. 12 and 7 of the *Charter*. It noted that the declaration

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitements ou peines cruels et inusités — Peines cruelles et inusitées par nature — Réparation — Cumul de périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de 25 ans en cas de meurtres multiples au premier degré autorisé par l'art. 745.51 du Code criminel — L'article 745.51 contrevient-il à l'art. 12 de la Charte qui confère une protection contre les traitements ou peines cruels et inusités? — Dans l'affirmative, quelle est la réparation convenable? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 745.51.

Le 29 janvier 2017, 46 personnes sont réunies à la Grande Mosquée de Québec pour la prière du soir. B y fait irruption et, armé d'une carabine semi-automatique et d'un pistolet, il fait feu en direction des fidèles, provoquant ainsi la mort de 6 personnes, en plus d'en blesser grièvement 5 autres. B plaide coupable aux 12 chefs d'accusation portés contre lui, notamment 6 meurtres au premier degré. Lorsqu'un accusé est déclaré coupable de meurtre au premier degré, il est condamné à une peine minimale d'emprisonnement à perpétuité et il ne devient admissible à une libération conditionnelle qu'après un temps d'épreuve de 25 ans. B écope donc automatiquement de cette peine. Le ministère public demande également l'application de l'art. 745.51 du *Code criminel*. Cette disposition autorise le tribunal à ordonner que les périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle pour chaque condamnation pour meurtre soient purgées consécutivement, plutôt que concurremment. Lorsqu'il s'agit de meurtres au premier degré, l'application de cette disposition permet au tribunal d'additionner des périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de 25 ans pour chaque meurtre.

B conteste la constitutionnalité de l'art. 745.51. Le juge de première instance conclut que cette disposition viole le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités et le droit à la liberté et à la sécurité de la personne garantis à B par l'art. 12 et l'art. 7 de la *Charte*, respectivement, et qu'elle ne peut être sauvegardée par l'article premier. Pour remédier à l'inconstitutionnalité de la disposition, le juge de première instance recourt à la technique de l'interprétation large et interprète l'art. 745.51 comme ayant pour effet de conférer au tribunal le pouvoir discrétionnaire de choisir la durée de la période d'inadmissibilité additionnelle à infliger au contrevenant. Il condamne B à purger un temps d'épreuve total de 40 ans avant de pouvoir demander une libération conditionnelle. La Cour d'appel accueille le pourvoi de B et déclare l'art. 745.51

of unconstitutionality was to take effect immediately. It found that reading in was inappropriate, and it therefore struck down the unconstitutional provision. It accordingly ordered that B serve a 25-year parole ineligibility period on each count before being able to apply for parole and that these periods be served concurrently.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 745.51 of the *Criminal Code* is contrary to s. 12 of the *Charter* and is not saved under s. 1. It must be declared to be of no force or effect immediately under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and the declaration must strike down the impugned provision retroactively to the date it was enacted. In the case of multiple first degree murders, s. 745.51 authorizes the imposition of sentences of imprisonment that effectively deprive all offenders who receive such sentences of a realistic possibility of being granted parole before they die. Such sentences are degrading in nature and thus incompatible with human dignity, because they deny offenders any possibility of reintegration into society, which presupposes, definitively and irreversibly, that they lack the capacity to reform and re-enter society. B's total parole ineligibility period must therefore be 25 years, in accordance with the law as it existed prior to the enactment of s. 745.51.

Section 12 of the *Charter* guarantees the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment. In essence, the purpose of s. 12 of the *Charter* is to protect human dignity and ensure respect for the inherent worth of each individual. The protection afforded by s. 12 has two prongs. Section 12 protects, first, against the imposition of a punishment that is so excessive as to be incompatible with human dignity and, second, against the imposition of a punishment that is intrinsically incompatible with human dignity. The first prong of the s. 12 guarantee relates to punishment whose effect is grossly disproportionate to what would have been appropriate. The second prong of the protection afforded by s. 12 concerns a narrow class of punishments that are cruel and unusual by nature; these punishments will always be grossly disproportionate because they are intrinsically incompatible with human dignity.

A punishment is cruel and unusual by nature if the court is convinced that, having regard to its nature and effects, it could never be imposed in a manner consonant with human dignity in the Canadian criminal context. To determine

invalide et inconstitutionnel parce que contraire aux art. 12 et 7 de la *Charte*. Elle précise que cette déclaration d'inconstitutionnalité prend effet immédiatement. Elle juge que le recours à la technique de l'interprétation large est inapproprié et annule donc la disposition frappée d'inconstitutionnalité. Elle ordonne en conséquence que B purge de façon concurrente un temps d'épreuve de 25 ans pour chacun des chefs avant de pouvoir demander la libération conditionnelle.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'article 745.51 du *Code criminel* est contraire à l'art. 12 de la *Charte* et n'est pas sauvegardé par l'article premier. Il doit être déclaré immédiatement inopérant en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et la déclaration doit invalider rétroactivement la disposition contestée à compter de l'adoption de celle-ci. En cas de meurtres multiples au premier degré, l'art 745.51 permet l'infliction de peines d'emprisonnement qui, dans les faits, privent tous les contrevenants visés d'une possibilité réaliste d'obtenir une libération conditionnelle avant leur décès. De telles peines sont de nature dégradante, et donc contraires à la dignité humaine, puisqu'elles retirent aux contrevenants toute possibilité de réinsertion sociale, ce qui présuppose, de manière finale et irréversible, que ces derniers ne possèdent pas la capacité de s'amender et de réintégrer la société. B doit donc se voir infliger une période totale d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de 25 ans, conformément au droit tel qu'il existait avant l'adoption de l'art. 745.51.

L'article 12 de la *Charte* confère une protection contre tous les traitements ou peines cruels et inusités. Fondamentalement, l'art. 12 de la *Charte* a pour objet de protéger la dignité humaine et d'assurer le respect de la valeur inhérente à chaque personne. La protection conférée par l'art. 12 comprend deux volets. L'article 12 protège contre l'infliction d'une peine excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine, d'une part, et contre l'infliction d'une peine intrinsèquement incompatible avec la dignité humaine, d'autre part. Le premier volet de la garantie prévue à l'art. 12 concerne les peines dont l'effet est exagérément disproportionné par rapport à ce qui aurait été approprié. Le deuxième volet de la protection conférée par l'art. 12 quant à lui vise une catégorie restreinte de peines cruelles et inusitées par nature, des peines qui sont toujours exagérément disproportionnées parce qu'intrinsèquement incompatibles avec la dignité humaine.

Une peine est cruelle et inusitée par nature si le tribunal est convaincu que, compte tenu de sa nature et de ses effets, cette peine ne pourrait jamais être infligée d'une manière conforme à la dignité humaine dans le contexte

whether a punishment is intrinsically incompatible with human dignity, the court must determine whether the punishment is, by its very nature, degrading or dehumanizing. The effects that the punishment may have on all offenders on whom it is imposed can also inform the court and provide support for its analysis of the nature of the punishment. A punishment that is cruel and unusual by nature must always be excluded from the arsenal of punishments available to the state. It follows that the mere possibility that a punishment that is cruel and unusual by nature may be imposed is enough to infringe s. 12 of the *Charter*.

Where both prongs of the protection of s. 12 are in issue in the same case, the analysis of the nature of the punishment must precede that of gross disproportionality. If the punishment that might be imposed is cruel and unusual by nature, and hence intrinsically incompatible with human dignity, it will be pointless to consider whether the punishment is grossly disproportionate in a given case, because it will by definition always be grossly disproportionate.

The parole ineligibility period constitutes punishment for the purposes of s. 12. State action is considered to be punishment for the purposes of s. 12 if it 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 it is imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, or it has a significant impact on an offender's liberty or security interests. The length of parole ineligibility is part of an offender's punishment given that it is a consequence of conviction and that it has a significant impact on the offender's interests in liberty and security of the person. It also furthers the objectives of denunciation and deterrence that underlie a sentence. The imposition of consecutive parole ineligibility periods authorized by s. 745.51 therefore constitutes punishment, the constitutionality of which must be determined under s. 12 of the *Charter*.

Section 745.51 effectively authorizes the imposition of a sentence of imprisonment for life without a realistic possibility of parole. This punishment is, by its very nature, intrinsically incompatible with human dignity. It is degrading in nature in that it presupposes at the time of its imposition that the offender is beyond redemption and lacks the moral autonomy needed for rehabilitation. Although Parliament has latitude to establish sentences whose severity expresses society's condemnation of the offence committed, it may not prescribe a sentence that deprives every offender on whom it is imposed of any realistic possibility of parole from the outset. To ensure

pénal canadien. Pour déterminer si une peine est intrinsèquement incompatible avec la dignité humaine, le tribunal doit évaluer si la peine est, par sa nature, dégradante ou déshumanisante. Les effets susceptibles d'être causés à l'ensemble des contrevenants condamnés à un tel châtiment peuvent également éclairer le tribunal et appuyer son analyse de la nature de la peine. Une peine cruelle et inusitée par nature doit toujours être exclue de l'arsenal des mesures punitives à la disposition de l'État. Il s'ensuit que la simple possibilité qu'une peine cruelle et inusitée par nature puisse être infligée suffit pour enfreindre l'art. 12 de la *Charte*.

Lorsque les deux volets de la protection de l'art. 12 sont en cause dans une même affaire, l'analyse de la nature de la peine doit précéder celle de la disproportion exagérée. En effet, si la peine susceptible d'être infligée est cruelle et inusitée par nature, et donc intrinsèquement incompatible avec la dignité humaine, il est inutile de s'interroger sur son caractère exagérément disproportionné dans un cas donné puisqu'elle est, par définition, toujours exagérément disproportionnée.

La période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle est une peine visée à l'art. 12. Une mesure imposée par l'État est considérée comme une peine visée à l'art. 12 lorsqu'elle est une conséquence d'une déclaration de culpabilité qui fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée, et soit elle est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine, soit elle a une grande incidence sur le droit du contrevenant à la liberté ou à la sécurité. La durée de l'inadmissibilité à la libération conditionnelle fait partie du châtiment, dans la mesure où elle découle de la déclaration de culpabilité et a des conséquences importantes sur le droit du contrevenant à la liberté et à la sécurité de sa personne. De plus, elle répond aux objectifs de dénonciation et de dissuasion qui sous-tendent une peine. Ainsi, le cumul de périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle autorisé par l'art. 745.51 constitue une peine, dont la constitutionnalité doit être évaluée au regard de l'art. 12 de la *Charte*.

L'article 745.51 autorise, dans les faits, l'infliction d'une peine d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité réaliste de libération conditionnelle. Cette peine est, par sa nature même, intrinsèquement incompatible avec la dignité humaine. Elle est de nature dégradante en ce qu'elle présuppose, dès son infliction, que le contrevenant est irrécupérable et ne possède pas l'autonomie morale nécessaire pour se réhabiliter. Bien que le Parlement dispose d'une latitude pour établir des peines dont la sévérité exprime la réprobation de la société à l'égard de l'infraction commise, il ne peut prescrire une peine qui prive d'emblée tous les contrevenants qui y sont assujettis d'une possibilité réaliste

respect for human dignity, Parliament must leave a door open for rehabilitation, even in cases where this objective is of minimal importance. This objective is intimately linked to human dignity in that it conveys the conviction that every individual is capable of repenting and re-entering society. The intent here is not to have the objective of rehabilitation prevail over all the others, but rather to preserve a certain place for it in a penal system based on respect for the inherent dignity of every individual, including the vilest of criminals. Where the offence of first degree murder is concerned, rehabilitation is already subordinate to the objectives of denunciation and deterrence, as can be seen from the severity of the mandatory minimum sentence for this offence.

The objectives of denunciation and deterrence are not better served by the imposition of excessive sentences. Beyond a certain threshold, these objectives lose all of their functional value, especially when the sentence far exceeds human life expectancy. The imposition of excessive sentences that fulfil no function does nothing more than bring the administration of justice into disrepute and undermine public confidence in the rationality and fairness of the criminal justice system. A punishment that can never be carried out is contrary to the fundamental values of Canadian society.

The effects of a sentence of imprisonment for life without a realistic possibility of parole support the conclusion that it is degrading in nature and thus intrinsically incompatible with human dignity. Offenders who have no realistic possibility of parole are deprived of any incentive to reform, and the psychological consequences flowing from this sentence are in some respects comparable to those experienced by inmates on death row, since only death will end their incarceration. For offenders who are sentenced to imprisonment for life without a realistic possibility of parole, the feeling of leading a monotonous, futile existence in isolation from their loved ones and from the outside world is very hard to tolerate, so much so that some prefer to put an end to their lives rather than die slowly and endure suffering that seems endless to them. Furthermore, in international and comparative law, a sentence that deprives offenders of any possibility of being released is generally considered to be incompatible with human dignity.

The royal prerogative of mercy, which gives Her Majesty the Queen an absolute discretion to grant a remission of sentence to any individual sentenced by a court, cannot save

de libération conditionnelle. Pour 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. Cet objectif est intimement lié à la dignité humaine en ce qu'il véhicule la conviction que chaque individu possède la capacité nécessaire pour se repentir et réintégrer la société. Il ne s'agit pas ici de faire primer l'objectif de la réhabilitation sur tous les autres, mais bien de lui préserver une certaine place dans un système pénal fondé sur le respect de la dignité inhérente à chaque individu, incluant les plus vils criminels. Dans le contexte de l'infraction de meurtre au premier degré, la réhabilitation est déjà subordonnée aux objectifs de dénonciation et de dissuasion, comme en témoigne la sévérité de la peine minimale obligatoire prévue pour cette infraction.

Les objectifs de dénonciation et de dissuasion ne sont pas mieux servis par l'infliction de peines excessives. En effet, passé un certain seuil, ces objectifs perdent toute leur valeur fonctionnelle, particulièrement lorsque la peine infligée dépasse largement l'espérance de vie humaine. L'infliction de peines excessives qui ne remplissent aucune fonction a uniquement pour effet de déconsidérer l'administration de la justice et de miner la confiance du public dans la rationalité et l'équité du système de justice criminel. Un châtiment qui ne peut jamais se réaliser est contraire aux valeurs fondamentales de la société canadienne.

Les effets de la peine d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité réaliste de libération conditionnelle appuient la conclusion selon laquelle elle est de nature dégradante et donc intrinsèquement incompatible avec la dignité humaine. Les contrevenants qui n'ont aucune possibilité réaliste de libération conditionnelle sont privés de tout incitatif à se réformer, et les conséquences psychologiques découlant de cette peine sont, à certains égards, comparables à celles vécues par les détenus dans le couloir de la mort, puisque seul le décès mettra fin à leur incarcération. Pour les contrevenants condamnés à une peine d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité réaliste de libération conditionnelle, le sentiment de mener une existence monotone, futile et isolée de leurs proches et du monde extérieur est très difficile à supporter, à un point tel que certains préfèrent mettre fin à leurs jours plutôt que de mourir à petit feu et endurer des souffrances qui leur paraissent interminables. En outre, en droit international et en droit comparé, une peine qui prive les contrevenants de toute possibilité de remise en liberté est généralement considérée comme étant contraire à la dignité humaine.

La prérogative royale de clémence que possède Sa Majesté la Reine, qui lui confère le pouvoir discrétionnaire absolu d'accorder une remise de peine à tout individu

the impugned provision. The royal prerogative of mercy cannot be considered a true sentence review mechanism, because it is exercised only in exceptional circumstances. It is at best a release mechanism based on compassion and on the existence of humanitarian grounds, which means that individuals suffering the normal consequences of a properly imposed sentence are unlikely to obtain such a pardon. The existence of the royal prerogative of mercy therefore creates no realistic possibility of parole for offenders serving a sentence of imprisonment for life for which there is no other review mechanism.

The infringement of s. 12 of the *Charter* is not justified under s. 1. In order to justify an infringement of a *Charter* right, the state is required to show that the impugned law addresses a pressing and substantial objective and that the means chosen to achieve that objective are proportional to it. In this case, since no arguments were made concerning the justification for the impugned provision, the state did not discharge the onus resting on it.

The appropriate remedy in this case is a declaration that s. 745.51 is of no force or effect immediately pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, under which any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution can be declared to be of no force or effect to the extent of the inconsistency. The technique of reading in is inappropriate in the circumstances. This technique allows a court to extend the reach of a statute so that it includes what was wrongly excluded from it. When a court applies this interpretive technique, it does so on the assumption that had Parliament been aware of the provision's constitutional defect, it would likely have passed it with the alterations made by the court. In this case, however, the imposition of consecutive 25-year ineligibility periods is directly related to Parliament's objective in enacting s. 745.51, as shown by the words of the provision and the parliamentary debate. The words of s. 745.51 are clear as regards the length of the ineligibility periods that a court may make consecutive: for first degree murder, these periods must be 25 years under s. 745(a) of the *Criminal Code*. As well, the parliamentary debate clearly shows that Parliament's intention was to authorize courts to impose consecutive ineligibility periods in blocks of 25 years. In fact, Parliament specifically rejected a proposed amendment that would have given courts a discretion to determine the total length of the parole ineligibility period. It is therefore impossible to conclude that Parliament would likely have passed the impugned

condamné par un tribunal, ne peut sauvegarder la disposition contestée. La prérogative royale de clémence ne peut être considérée comme un véritable mécanisme de révision de la peine, puisqu'elle n'est exercée que dans des circonstances exceptionnelles. Elle constitue, au mieux, un mécanisme de libération fondé sur la compassion et sur l'existence de motifs humanitaires de sorte que les individus qui subissent les conséquences normales d'une peine régulièrement infligée ne sont pas susceptibles d'obtenir un tel pardon. L'existence de la prérogative royale de clémence ne crée donc aucune possibilité réaliste d'obtenir une libération conditionnelle pour les contrevenants assujettis à une peine d'emprisonnement à perpétuité qui n'est assortie d'aucun autre mécanisme de révision.

L'atteinte à l'art. 12 de la *Charte* n'est pas justifiée au regard de l'article premier. Pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*, l'État a le fardeau de démontrer que le texte de loi contesté répond à un objectif réel et urgent et que le moyen choisi pour réaliser cet objectif est proportionné à celui-ci. En l'espèce, aucun argument sur la justification de la disposition attaquée n'a été présenté, de sorte que l'État ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait.

La réparation convenable en l'espèce est une déclaration portant que l'art. 745.51 est immédiatement inopérant en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, lequel permet de déclarer inopérante toute disposition incompatible avec la Constitution. Le recours à la technique de l'interprétation large est inapproprié dans les circonstances. Cette technique permet au tribunal d'élargir la portée d'un texte de loi pour que celui-ci inclue ce qui en a été exclu à tort. Lorsqu'il applique cette technique d'interprétation, le tribunal part du principe que, si le législateur avait su que la disposition était entachée d'un vice sur le plan constitutionnel, il l'aurait probablement édictée sous la forme modifiée que lui donne le tribunal. Or, en l'espèce le cumul de périodes d'inadmissibilité de 25 ans est directement lié à l'objectif poursuivi par le législateur par l'édiction de l'art. 745.51, comme le démontrent le texte de loi de même que les débats parlementaires. Le texte de l'art. 745.51 est clair en ce qui concerne la durée des périodes d'inadmissibilité susceptibles d'être cumulées par le tribunal : pour un meurtre au premier degré, ces périodes sont forcément de 25 ans en vertu de l'al. 745a) du *Code criminel*. De surcroît, les débats parlementaires illustrent clairement que l'intention du législateur était de permettre au tribunal de procéder au cumul de périodes d'inadmissibilité par bonds de 25 ans. Le législateur a d'ailleurs expressément rejeté une proposition d'amendement qui aurait conféré au tribunal un pouvoir discrétionnaire

provision with the modifications that would result from applying the technique of reading in as the trial judge did.

The declaration of invalidity must have immediate effect given the seriousness of the infringement of the right of every individual not to be subjected to cruel and unusual punishment. The declaration must also strike down the impugned provision retroactively to the date it was enacted, in view of the continuing nature of the infringement of the right guaranteed by s. 12 of the *Charter*. The applicable law is therefore the law that existed prior to that date. The 25-year parole ineligibility periods imposed on B for each of the 6 counts of first degree murder must thus be served concurrently. As a result, B may not apply for parole until he has served a total ineligibility period of 25 years, in accordance with s. 745(a). The Parole Board of Canada remains the ultimate arbiter of whether B can be released on parole at the end of the ineligibility period.

Cases Cited

Applied: *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; **considered:** *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; **referred to:** *Sherman Estate v. Donovan*, 2021 SCC 25, [2021] 2 S.C.R. 75; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. Zinck*, 2003 SCC 6, [2003] 1 S.C.R. 41; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. B.W.P.*, 2006 SCC 27, [2006] 1 S.C.R. 941; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Lacelle Belec v. R.*, 2019 QCCA 711; *R. v. Paré*, 2011 QCCA 2047; *R. v. Malmö-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *R. v. Simmonds*, 2018 BCCA 205, 362 C.C.C. (3d) 215; *Québec (Attorney General) v. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 SCC 32, [2020] 3 S.C.R. 426; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Ward v. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2021

dans la détermination de la durée totale de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. En conséquence, il est impossible de conclure que le législateur aurait probablement adopté la disposition attaquée avec les modifications qui découleraient de l'application de la technique de l'interprétation large comme l'a fait le juge de première instance.

La déclaration d'invalidité doit avoir un effet immédiat en raison de la gravité de la violation du droit de toute personne à la protection contre l'infliction d'une peine cruelle et inusitée. La déclaration doit également invalider rétroactivement la disposition contestée à compter de la date de l'adoption de celle-ci considérant le caractère continu de la violation du droit prévu à l'art. 12 de la *Charte*. Le droit applicable est donc celui qui existait antérieurement à cette date. Les périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de 25 ans auxquelles est assujéti B pour chacun des 6 chefs de meurtre au premier degré doivent en conséquence être purgées concurremment. Ainsi, conformément à l'al. 745a), B ne pourra présenter de demande de libération conditionnelle avant d'avoir purgé un temps d'épreuve total de 25 ans. La Commission des libérations conditionnelles du Canada demeure l'arbitre qui décidera ultimement si B pourra obtenir une libération conditionnelle à la fin de la période d'inadmissibilité.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; **arrêt examiné :** *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; **arrêts mentionnés :** *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25, [2021] 2 R.C.S. 75; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. Zinck*, 2003 CSC 6, [2003] 1 R.C.S. 41; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. B.W.P.*, 2006 CSC 27, [2006] 1 R.C.S. 941; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Lacelle Belec c. R.*, 2019 QCCA 711; *R. c. Paré*, 2011 QCCA 2047; *R. c. Malmö-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *R. c. Simmonds*, 2018 BCCA 205, 362 C.C.C. (3d) 215; *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32, [2020] 3 R.C.S. 426; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Ward c. Québec*

SCC 43, [2021] 3 S.C.R. 176; *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *R. v. Wiles*, 2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385; *R. v. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Bourque*, 2014 NBQB 237, 427 N.B.R. (2d) 259; *R. v. Saretzky*, 2017 ABQB 496; *R. v. Ostamas*, 2016 MBQB 136, 329 Man. R. (2d) 203; *R. v. Wilmott*, [1967] 1 C.C.C. 171; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245; *Vinter v. United Kingdom* [GC], No. 66069/09, July 9, 2013 (HUDOC); *Murray v. Netherlands* [GC], No. 10511/10, April 26, 2016 (HUDOC); *Hutchinson v. United Kingdom* [GC], No. 57592/08, January 17, 2017 (HUDOC); *Kafkaris v. Cyprus* [GC], No. 21906/04, February 12, 2008 (HUDOC); *Bodein v. France*, No. 40014/10, November 13, 2014 (HUDOC); *Life Imprisonment Case* (1977), 45 BVerfGE 187 (Germany); *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957 (1991); *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010); *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012); *R. v. McLoughlin*, [2014] EWCA Crim 188, [2014] 1 W.L.R. 3964; *R. v. Millard*, 2018 ONSC 1299; *R. v. Granados-Arana*, 2017 ONSC 6785, 356 C.C.C. (3d) 340; *R. v. Husbands*, [2015] O.J. No. 2673 (QL), 2015 CarswellOnt 7677 (WL), rev'd 2017 ONCA 607, 353 C.C.C. (3d) 317; *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223; *R. v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Albashir*, 2021 SCC 48, [2021] 3 S.C.R. 531; *R. v. Sullivan*, 2022 SCC 19, [2022] 1 S.C.R. 460; *Ontario (Attorney General) v. G.*, 2020 SCC 38, [2020] 3 S.C.R. 629; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *R. v. Thomas*, [1990] 1 S.C.R. 713; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v.*

(Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse), 2021 CSC 43, [2021] 3 R.C.S. 176; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385; *R. c. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Bourque*, 2014 NBBR 237, 427 R.N.-B. (2e) 259; *R. c. Saretzky*, 2017 ABQB 496; *R. c. Ostamas*, 2016 MBQB 136, 329 Man. R. (2d) 203; *R. c. Wilmott*, [1967] 1 C.C.C. 171; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245; *Vinter c. Royaume-Uni* [GC], n° 66069/09, 9 juillet 2013 (HUDOC); *Murray c. Pays-Bas* [GC], n° 10511/10, 26 avril 2016 (HUDOC); *Hutchinson c. Royaume-Uni* [GC], n° 57592/08, 17 janvier 2017 (HUDOC); *Kafkaris c. Chypre* [GC], n° 21906/04, 12 février 2008 (HUDOC); *Bodein c. France*, n° 40014/10, 13 novembre 2014 (HUDOC); *Life Imprisonment Case* (1977), 45 BVerfGE 187 (Allemagne); *Harmelin c. Michigan*, 501 U.S. 957 (1991); *Graham c. Florida*, 560 U.S. 48 (2010); *Miller c. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012); *R. c. McLoughlin*, [2014] EWCA Crim 188, [2014] 1 W.L.R. 3964; *R. c. Millard*, 2018 ONSC 1299; *R. c. Granados-Arana*, 2017 ONSC 6785, 356 C.C.C. (3d) 340; *R. c. Husbands*, [2015] O.J. No. 2673 (QL), 2015 CarswellOnt 7677 (WL), inf. par 2017 ONCA 607, 353 C.C.C. (3d) 317; *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223; *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48, [2021] 3 R.C.S. 531; *R. c. Sullivan*, 2022 CSC 19, [2022] 1 R.C.S. 460; *Ontario (Procureur général) c. G.*, 2020 CSC 38, [2020] 3 R.C.S. 629; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *R. c. Thomas*, [1990] 1 R.C.S. 713; *Renvoi*

Wigman, [1987] 1 S.C.R. 246; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code and another Act, S.C. 2011, c. 2.
Act to amend the Criminal Code (Capital Murder), S.C. 1960-61, c. 44, ss. 1, 2.
Act to amend the Criminal Code (judicial review of parole ineligibility) and another Act, S.C. 1996, c. 34.
Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts, S.C. 1998, c. 35.
Act to provide for the Conditional Liberation of Penitentiary Convicts, S.C. 1899, c. 49.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 12, 24(1).
Code de procédure pénale (France), arts. 720-4 para. 2, 729 para. 4.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Constitution of the Portuguese Republic, art. 30(1).
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 100, 100.1, 101(a), 102, 103, 107, 120(1), 122, 123(1), (5), (5.01), 133(3), (3.1), 135, 140(4), (5.1), (5.2), (10) to (12).
Crime (Sentences) Act 1997 (U.K.), 1997, c. 43, s. 30.
Crimes Against Humanity and War Crimes Act, S.C. 2000, c. 24, ss. 4(2), 15(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 231(2), 235, 718, 718.2(c), 718.3(4), 745, 745.51, 748, 749.
Criminal Law Amendment Act, 1977, S.C. 1976-77, c. 53.
Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976, S.C. 1974-75-76, c. 105, s. 21.
Letters Patent Constituting the Office of Governor General of Canada (1947). In *Canada Gazette*, Part I, vol. 81, p. 3014, s. XII [reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 31].
Parole Act, S.C. 1958, c. 38.
Penitentiary Act of 1868, S.C. 1868, c. 75, s. 62.
Protecting Canadians by Ending Sentence Discounts for Multiple Murders Act, S.C. 2011, c. 5, s. 5.
Rikoslaki (Finland), c. 2(c), s. 10.
Safe Streets and Communities Act, S.C. 2012, c. 1.
Sentencing Act 2002 (N.Z.), ss. 103, 104.
Straffeloven (Denmark), s. 41.
Straffeloven (Norway), s. 43.
Strafgesetzbuch (Germany), s. 57a.
Swiss Criminal Code, art. 86 para. 5.

relatif aux droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595.

Lois et règlements cités

Acte des pénitenciers de 1868, S.C. 1868, c. 75, art. 62.
Acte relatif à la libération conditionnelle des détenus aux pénitenciers, S.C. 1899, c. 49.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 12, 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 231(2), 235, 718, 718.2c), 718.3(4), 745, 745.51, 748, 749.
Code de procédure pénale (France), art. 720-4 al. 2, 729 al. 4.
Constitution de la République portugaise, art. 30(1).
Crime (Sentences) Act 1997 (R.-U.), 1997, c. 43, art. 30.
Code pénal suisse, art. 86 al. 5.
Lettres patentes constituant la charge de Gouverneur général du Canada (1947). Dans *Gazette du Canada*, partie I, vol. 81, p. 3109, art. XII [reproduites dans L.R.C. 1985, app. II, n° 31].
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2, S.C. 1974-1975-1976, c. 105, art. 21.
Loi de 1977 modifiant le droit pénal, S.C. 1976-1977, c. 53.
Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence, L.C. 1998, c. 35.
Loi modifiant le Code criminel et une autre loi, L.C. 2011, c. 2.
Loi modifiant le Code criminel (Meurtre qualifié), S.C. 1960-1961, c. 44, art. 1, 2.
Loi modifiant le Code criminel (révision judiciaire de l'inadmissibilité à la libération conditionnelle) et une autre loi en conséquence, L.C. 1996, c. 34.
Loi protégeant les Canadiens en mettant fin aux peines à rabais en cas de meurtres multiples, L.C. 2011, c. 5, art. 5.
Loi sur la libération conditionnelle de détenus, S.C. 1958, c. 38.
Loi sur la sécurité des rues et des communautés, L.C. 2012, c. 1.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, c. 20, art. 100, 100.1, 101a), 102, 103, 107, 120(1), 122, 123(1), (5), (5.01), 133(3), (3.1), 135, 140(4), (5.1), (5.2), (10) à (12).
Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, L.C. 2000, c. 24, art. 4(2), 15(1).
Rikoslaki (Finlande), c. 2(c), art. 10.
Sentencing Act 2002 (N.-Z.), art. 103, 104.
Straffeloven (Danemark), art. 41.
Straffeloven (Norvège), art. 43.
Strafgesetzbuch (Allemagne), art. 57a.

Treaties and Other International Instruments

- Charter of the United Nations*, Can. T.S. 1945 No. 7, preamble.
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221 [the *European Convention on Human Rights*], art. 3.
- International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47, preamble, art. 10.
- Rome Statute of the International Criminal Court*, Can. T.S. 2002 No. 13, arts. 5(1), 77, 110(3).

Authors Cited

- Anderson, John L. “The Label of Life Imprisonment in Australia: A Principled or Populist Approach to an Ultimate Sentence” (2012), 35 *U.N.S.W.L.J.* 747.
- Brunelle, Christian. “La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne*: de l’ubiquité à l’ambiguïté d’une notion fondamentale”, [2006] *R. du B.* (numéro thématique) 143.
- Canada. Canadian Sentencing Commission. *Sentencing Reform: A Canadian Approach*. Ottawa, 1987.
- Canada. Correctional Service. Research Branch. *A review and estimate of time spent in prison by offenders sentenced for murder*, by Mark Nafekh and Jillian Flight, November 2002 (online: https://publications.gc.ca/collections/collection_2011/scc-csc/PS83-6-27-eng.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC23_2_eng.pdf).
- Canada. Department of Justice. *A Values and Evidence Approach to Sentencing Purposes and Principles*, by Anthony N. Doob. Ottawa, 2017.
- Canada. Department of Justice. *An Analysis of the Use of the Faint Hope Clause*, by Ting Zhang and Lisa Ha. Ottawa, 2010.
- Canada. Department of Justice. *Report of a Committee Appointed to Inquire Into the Principles and Procedures Followed in the Remission Service of the Department of Justice of Canada*. Ottawa, 1956.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 145, No. 96, 3rd Sess., 40th Parl., November 15, 2010, p. 5931.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 145, No. 121, 3rd Sess., 40th Parl., February 1, 2011, pp. 7510, 7515.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 42, 3rd Sess., 40th Parl., December 9, 2010, pp. 10-11.
- Canada. Library of Parliament. Parliamentary Information and Research Service. *Bill S-6: An Act to amend the Criminal Code and another Act*, Legislative Summary 40-3-S6-E, by Robin MacKay, Legal and

Traités et autres instruments internationaux

- Charte des Nations Unies*, R.T. Can. 1945 n° 7, préambule.
- Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221 [la *Convention européenne des droits de l’homme*], art. 3.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47, préambule, art. 10.
- Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, R.T. Can. 2002 n° 13, art. 5(1), 77, 110(3).

Doctrine et autres documents cités

- Anderson, John L. « The Label of Life Imprisonment in Australia : A Principled or Populist Approach to an Ultimate Sentence » (2012), 35 *U.N.S.W.L.J.* 747.
- Brunelle, Christian. « La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l’ubiquité à l’ambiguïté d’une notion fondamentale », [2006] *R. du B.* (numéro thématique) 143.
- Canada. Bibliothèque du Parlement. Service d’information et de recherche parlementaires. *Projet de loi S-6 : Loi modifiant le Code criminel et une autre loi*, Résumé législatif 40-3-S6-F, par Robin MacKay, Division des affaires juridiques et législatives, 30 avril 2010, révisé le 6 avril 2011.
- Canada. Bureau de l’enquêteur correctionnel. Commission canadienne des droits de la personne. *Vieillir et mourir en prison : enquête sur les expériences vécues par les personnes âgées sous garde fédérale*, Ottawa, 2019.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 42, 3^e sess., 40^e lég., 9 décembre 2010, p. 10-11.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, n° 96, 3^e sess., 40^e lég., 15 novembre 2010, p. 5931.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, n° 121, 3^e sess., 40^e lég., 1^{er} février 2011, p. 7510, 7515.
- Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Réformer la sentence : une approche canadienne*, Ottawa, 1987.
- Canada. Commission des libérations conditionnelles. *Directives ministérielles sur la prérogative royale de clémence*, 31 octobre 2014 (en ligne : <https://www.canada.ca/content/dam/pbc-clcc/documents/publications/Royal-Prerogative-Of-Mercy-Ministerial-Guidelines.pdf>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC23_1_eng_fra.pdf).
- Canada. Commission des libérations conditionnelles. *Rapport de surveillance du rendement 2018-2019*, Ottawa, mis à jour 2022.

- Legislative Affairs Division, April 30, 2010, revised April 6, 2011.
- Canada. Office of the Correctional Investigator. Canadian Human Rights Commission. *Aging and Dying in Prison: An Investigation into the Experiences of Older Individuals in Federal Custody*. Ottawa, 2019.
- Canada. Parole Board. *Performance Monitoring Report 2018-2019*. Ottawa, updated 2022.
- Canada. Parole Board. *Royal Prerogative of Mercy Ministerial Guidelines*, October 31, 2014 (online: <https://www.canada.ca/content/dam/pbc-clcc/documents/publications/Royal-Prerogative-Of-Mercy-Ministerial-Guidelines.pdf>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC23_1_eng_fra.pdf).
- Canada. Senate. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 22, 3rd Sess., 40th Parl., March 2, 2011, pp. 10-11, 23-24.
- Canada. Statistics Canada. “Deaths, 2020”, in *The Daily*, January 24, 2022 (online: <https://www150.statcan.gc.ca/n1/daily-quotidien/220124/dq220124a-eng.htm>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC23_3_eng.pdf).
- Campbell, Mary E., and David Cole. “Sentencing and Parole for Persons Convicted of Murder”, in David Cole and Julian Roberts, eds., *Sentencing in Canada: Essays in Law, Policy, and Practice*. Toronto: Irwin Law, 2020, 183.
- Cole, David P., and Allan Manson. *Release from Imprisonment: The Law of Sentencing, Parole and Judicial Review*. Carswell: Toronto, 1990.
- Desrosiers, Julie, et Catherine Bernard. “L’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle: une peine inconstitutionnelle?” (2021), 25 *Can. Crim. L.R.* 275.
- Grant, Isabel, Crystal Choi and Debra Parkes. “The Meaning of Life: A Study of the Use of Parole Ineligibility for Murder Sentencing” (2020), 52 *Ottawa L. Rev.* 133.
- Henry, Jessica S. “Death-in-Prison Sentences: Overutilized and Underscrutinized”, in Charles J. Ogletree, Jr., and Austin Sarat, eds., *Life without Parole: America’s New Death Penalty?* New York: New York University Press, 2012, 66.
- Hood, Roger, and Carolyn Hoyle. *The Death Penalty: A Worldwide Perspective*, 5th ed. New York: Oxford University Press, 2015.
- Iftene, Adelina. “R. c. Bissonnette and the (Un)Constitutionality of Consecutive Periods of Parole Ineligibility for a Life Sentence: Why the QCCA Got It Right and Why Section 745.51 Should Never Be Re-Written” (2021), 69 *Crim. L.Q.* 312.
- Canada. Ministère de la Justice. *Rapport d’un comité institué pour faire enquête sur les principes et les méthodes suivis au Service des pardons du ministère de la Justice du Canada*, Ottawa, 1956.
- Canada. Ministère de la Justice. *Une analyse de l’utilisation de la disposition de la dernière chance*, par Ting Zhang et Lisa Ha, Ottawa, 2010.
- Canada. Ministère de la Justice. *Une approche des objectifs et des principes de détermination de la peine basée sur les valeurs et sur les preuves*, par Anthony N. Doob, Ottawa, 2017.
- Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 22, 3^e sess., 40^e lég., 2 mars 2011, p. 10-11, 23-24.
- Canada. Service correctionnel. Direction de la recherche. *Examen et estimation de la durée de la détention chez les délinquants condamnés pour meurtre*, par Mark Nafekh et Jillian Flight, novembre 2002 (en ligne : https://publications.gc.ca/collections/collection_2011/scc-csc/PS83-6-27-fra.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC23_2_fra.pdf).
- Canada. Statistique Canada. « Décès, 2020 », dans *Le Quotidien*, 24 janvier 2022 (en ligne : <https://www150.statcan.gc.ca/n1/daily-quotidien/220124/dq220124a-fra.htm>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC23_3_fra.pdf).
- Campbell, Mary E., and David Cole. « Sentencing and Parole for Persons Convicted of Murder », in David Cole and Julian Roberts, eds., *Sentencing in Canada : Essays in Law, Policy, and Practice*, Toronto, Irwin Law, 2020, 183.
- Cole, David P., and Allan Manson. *Release from Imprisonment : The Law of Sentencing, Parole and Judicial Review*, Carswell, Toronto, 1990.
- Desrosiers, Julie, et Catherine Bernard. « L’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle : une peine inconstitutionnelle? » (2021), 25 *Rev. can. D.P.* 275.
- Grant, Isabel, Crystal Choi and Debra Parkes. « The Meaning of Life : A Study of the Use of Parole Ineligibility for Murder Sentencing » (2020), 52 *R.D. Ottawa* 133.
- Henry, Jessica S. « Death-in-Prison Sentences : Overutilized and Underscrutinized », in Charles J. Ogletree, Jr., and Austin Sarat, eds., *Life without Parole : America’s New Death Penalty?*, New York, New York University Press, 2012, 66.
- Hood, Roger, and Carolyn Hoyle. *The Death Penalty : A Worldwide Perspective*, 5th ed., New York, Oxford University Press, 2015.

- Johnson, Robert, and Sandra McGunigall-Smith. "Life Without Parole, America's Other Death Penalty" (2008), 88 *Prison J.* 328.
- Kerr, Lisa, and Benjamin L. Berger. "Methods and Severity: The Two Tracks of Section 12" (2020), 94 *S.C.L.R.* (2d) 235.
- Kleinstuber, Ross, and Jeremiah Coldsmith. "Is life without parole an effective way to reduce violent crime? An empirical assessment" (2020), 19 *Criminol. & Pub. Pol'y* 617.
- Kommers, Donald P., and Russell A. Miller. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3rd ed. Durham, N.C.: Duke University Press, 2012.
- Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2015.
- Manson, Allan. "The Easy Acceptance of Long Term Confinement in Canada" (1990), 79 *C.R.* (3d) 265.
- Ormerod, David, and Karl Laird. *Smith, Hogan, and Ormerod's Criminal Law*, 16th ed. New York: Oxford University Press, 2021.
- Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 10th ed. Toronto: LexisNexis, 2020.
- Spencer, Derek. "How Multiple Murder Sentencing Provisions May Violate the *Charter*" (2019), 55 *C.R.* (7th) 165.
- Strange, Carolyn. "Mercy for Murderers? A Historical Perspective on the Royal Prerogative of Mercy" (2001), 64 *Sask. L. Rev.* 559.
- United Kingdom. Ministry of Justice. National Offender Management Service. *PSO 4700 — The Indeterminate Sentence Manual*, 2010.
- van Zyl Smit, Dirk. "Outlawing Irreducible Life Sentences: Europe on the Brink?" (2010), 23 *Fed. Sentencing Rep.* 39.
- Iftene, Adelina. « R. c. Bissonnette and the (Un)Constitutionality of Consecutive Periods of Parole Ineligibility for a Life Sentence : Why the QCCA Got It Right and Why Section 745.51 Should Never Be Re-Written » (2021), 69 *Crim. L.Q.* 312.
- Johnson, Robert, and Sandra McGunigall-Smith. « Life Without Parole, America's Other Death Penalty » (2008), 88 *Prison J.* 328.
- Kerr, Lisa, and Benjamin L. Berger. « Methods and Severity : The Two Tracks of Section 12 » (2020), 94 *S.C.L.R.* (2d) 235.
- Kleinstuber, Ross, and Jeremiah Coldsmith. « Is life without parole an effective way to reduce violent crime? An empirical assessment » (2020), 19 *Criminol. & Pub. Pol'y* 617.
- Kommers, Donald P., and Russell A. Miller. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3rd ed., Durham (N.C.), Duke University Press, 2012.
- Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law*, 5th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2015.
- Manson, Allan. « The Easy Acceptance of Long Term Confinement in Canada » (1990), 79 *C.R.* (3d) 265.
- Ormerod, David, and Karl Laird. *Smith, Hogan, and Ormerod's Criminal Law*, 16th ed., New York, Oxford University Press, 2021.
- Royaume-Uni. Ministry of Justice. National Offender Management Service. *PSO 4700 — The Indeterminate Sentence Manual*, 2010.
- Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 10th ed., Toronto, LexisNexis, 2020.
- Spencer, Derek. « How Multiple Murder Sentencing Provisions May Violate the *Charter* » (2019), 55 *C.R.* (7th) 165.
- Strange, Carolyn. « Mercy for Murderers? A Historical Perspective on the Royal Prerogative of Mercy » (2001), 64 *Sask. L. Rev.* 559.
- van Zyl Smit, Dirk. « Outlawing Irreducible Life Sentences : Europe on the Brink? » (2010), 23 *Fed. Sentencing Rep.* 39.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Doyon, Gagnon and Bélanger JJ.A.), 2020 QCCA 1585, 405 C.C.C. (3d) 524, 68 C.R. (7th) 1, [2020] AZ-51725265, [2020] Q.J. No. 11243 (QL), 2020 CarswellQue 13124 (WL), setting aside in part a decision of Huot J., 2019 QCCS 354, [2019] AZ-51568159, [2019] Q.J. No. 758 (QL), 2019 CarswellQue 6617 (WL). Appeal dismissed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Doyon, Gagnon et Bélanger), 2020 QCCA 1585, 405 C.C.C. (3d) 524, 68 C.R. (7th) 1, [2020] AZ-51725265, [2020] J.Q. n° 11243 (QL), 2020 CarswellQue 12129 (WL), qui a infirmé en partie une décision du juge Huot, 2019 QCCS 354, [2019] AZ-51568159, [2019] J.Q. n° 758 (QL), 2019 CarswellQue 750 (WL). Pourvoi rejeté.

François Godin and Olivier T. Raymond, for the appellant Her Majesty The Queen.

Jean-François Paré, Sylvain Leboeuf, Julie Dassylva and Stéphanie Quirion-Cantin, for the appellant the Attorney General of Quebec.

Charles-Olivier Gosselin and Nicolas Déry, for the respondent.

Ian Demers, for the intervener the Attorney General of Canada.

Milan Rupic and Katie Doherty, for the intervener the Attorney General of Ontario.

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

Micah B. Rankin, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *Christine Rideout, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Juliette Vani, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal-Laval-Longueuil.

Erin Dann and Paul Socka, for the intervener the Queen's Prison Law Clinic.

Timothy S. B. Danson and Marjan Delavar, for the interveners the Toronto Police Association, the Canadian Police Association, Karen Fraser, Jennifer Sweet, Nicole Sweet, Kim Sweet, John Sweet, J. Robert Sweet, Charles Sweet, Patricia Corcoran, Ann Parker, Ted Baylis, Sharon Baylis, Cory Baylis, Michael Leone, Doug French, Donna French and Deborah Mahaffy.

Stéphane Beaulac, for the intervener the Observatory on National Security Measures.

Eric Purtzki and Alix Tolliday, for the intervener the Independent Criminal Defence Advocacy Society.

François Godin et Olivier T. Raymond, pour l'appelante Sa Majesté la Reine.

Jean-François Paré, Sylvain Leboeuf, Julie Dassylva et Stéphanie Quirion-Cantin, pour l'appelant le procureur général du Québec.

Charles-Olivier Gosselin et Nicolas Déry, pour l'intimé.

Ian Demers, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Milan Rupic et Katie Doherty, 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.

Micah B. Rankin, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Christine Rideout, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Juliette Vani, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal-Laval-Longueuil.

Erin Dann et Paul Socka, pour l'intervenante Queen's Prison Law Clinic.

Timothy S. B. Danson et Marjan Delavar, pour les intervenants Toronto Police Association, l'Association canadienne des policiers, Karen Fraser, Jennifer Sweet, Nicole Sweet, Kim Sweet, John Sweet, J. Robert Sweet, Charles Sweet, Patricia Corcoran, Ann Parker, Ted Baylis, Sharon Baylis, Cory Baylis, Michael Leone, Doug French, Donna French et Deborah Mahaffy.

Stéphane Beaulac, pour l'intervenant l'Observatoire des mesures visant la sécurité nationale.

Eric Purtzki et Alix Tolliday, pour l'intervenante Independent Criminal Defence Advocacy Society.

Simon Borys, for the intervener the Canadian Prison Law Association.

Sameha Omer and *Daniel Kuhlen*, for the intervener the National Council of Canadian Muslims.

Stephanie DiGiuseppe and *Harshi Mann*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Danielle Robitaille and *Carly Peddle*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Mathieu St-Germain and *Jason Fraser*, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

Simon Borys, pour l'intervenante Canadian Prison Law Association.

Sameha Omer et *Daniel Kuhlen*, pour l'intervenant le Conseil national des musulmans canadiens.

Stephanie DiGiuseppe et *Harshi Mann*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Danielle Robitaille et *Carly Peddle*, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Mathieu St-Germain et *Jason Fraser*, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Background and Judicial History</u>	10
A. <i>Facts</i>	10
B. <i>Quebec Superior Court, 2019 QCCS 354 (Huot J.)</i>	13
C. <i>Quebec Court of Appeal, 2020 QCCA 1585, 405 C.C.C. (3d) 524 (Doyon, Gagnon and Bélanger J.J.A.)</i>	20
III. <u>Issues</u>	25
IV. <u>Analysis</u>	27
A. <i>History of Section 745.51 Cr. C.</i>	27
B. <i>The Parole System in Canada</i>	37
C. <i>Sentencing Objectives in Canadian Law</i>	45
D. <i>The Right Under Section 12 of the Charter Not to Be Subjected to Cruel and Unusual Punishment</i>	54
(1) <u>The Parole Ineligibility Period Constitutes Punishment</u>	56

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Contexte et historique judiciaire</u>	10
A. <i>Contexte factuel</i>	10
B. <i>Cour supérieure du Québec, 2019 QCCS 354 (le juge Huot)</i>	13
C. <i>Cour d'appel du Québec, 2020 QCCA 1585, 68 C.R. (7th) 1 (les juges Doyon, Gagnon et Bélanger)</i>	20
III. <u>Questions en litige</u>	25
IV. <u>Analyse</u>	27
A. <i>L'historique de l'art. 745.51 C. cr.</i>	27
B. <i>Le système de libération conditionnelle au Canada</i>	37
C. <i>Les objectifs de la peine en droit canadien</i>	45
D. <i>La protection contre les peines cruelles et inusitées garantie par l'art. 12 de la Charte</i>	54
(1) <u>La période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle est une peine</u>	56

(2) <u>The Two Prongs of the Right Not to Be Subjected to Cruel and Unusual Punishment</u>	(2) <u>Les deux volets de la protection contre les peines cruelles et inusitées</u>	59	59
E. <i>Does Section 745.51 Cr. C. Infringe Section 12 of the Charter?</i>	E. <i>L'article 745.51 C. cr. contrevient-il à l'art. 12 de la Charte?</i>	71	71
(1) <u>Scope of Section 745.51 Cr. C.</u>	(1) <u>La portée de l'art. 745.51 C. cr.</u>	74	74
(2) <u>Imprisonment for Life Without a Realistic Possibility of Parole Constitutes Punishment That Is Cruel and Unusual by Nature</u>	(2) <u>L'emprisonnement à perpétuité sans possibilité réaliste de libération conditionnelle constitue une peine cruelle et inusitée par nature</u>	81	81
(a) <i>Examination of the Nature of a Sentence of Imprisonment for Life Without a Realistic Possibility of Parole</i>	(a) <i>L'examen de la nature de la peine d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité réaliste de libération conditionnelle</i>	82	82
(b) <i>Effects of a Sentence of Imprisonment for Life Without a Realistic Possibility of Parole</i>	(b) <i>Les effets de la peine d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité réaliste de libération conditionnelle</i>	96	96
(c) <i>Dignity and Imprisonment for Life Without the Possibility of Parole: International and Comparative Law Perspectives</i>	(c) <i>La dignité et l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle : perspectives en droit international et en droit comparé</i>	98	98
(d) <i>Does the Judicial Discretion to Impose Consecutive Parole Ineligibility Periods Affect the Constitutionality of the Impugned Provision?</i>	(d) <i>Le pouvoir discrétionnaire du tribunal de cumuler les périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle a-t-il une incidence sur la constitutionnalité de la disposition contestée?</i>	109	109
(e) <i>Can the Royal Prerogative of Mercy Save the Impugned Provision?</i>	(e) <i>La prérogative royale de clémence peut-elle sauvegarder la disposition contestée?</i>	112	112
F. <i>Is the Infringement of Section 12 of the Charter Justified Under Section 1 of the Charter?</i>	F. <i>L'atteinte à l'art. 12 de la Charte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la Charte?</i>	120	120
G. <i>Appropriate Remedy</i>	G. <i>La réparation convenable</i>	122	122
V. <u>Conclusion</u>	V. <u>Conclusion</u>	139	139

English version of the judgment of the Court delivered by

Le jugement de la Cour a été rendu par

THE CHIEF JUSTICE —

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] The crimes committed by the respondent in the Great Mosque of Québec on the fateful day of January 29, 2017 were of unspeakable horror and left deep and agonizing scars in the heart of the Muslim community and of Canadian society as a whole. We cannot help but feel sympathy for the victims and their loved ones for their irreparable losses and their indescribable pain.

[2] It is in the context of those crimes that this Court must rule on the constitutional limits on the state's power to punish offenders. The appeal requires us to weigh fundamental values of our society enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and to reaffirm our commitment to upholding the rights it guarantees to every individual, including the vilest of criminals.

[3] More specifically, the question before the Court is whether s. 745.51 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“Cr. C.”), which was introduced in 2011 by the *Protecting Canadians by Ending Sentence Discounts for Multiple Murders Act*, S.C. 2011, c. 5, s. 5, is contrary to ss. 7 and 12 of the *Charter*. The impugned provision authorizes the imposition of consecutive parole ineligibility periods in cases involving multiple murders. In the context of first degree murders, the application of this provision allows a court to impose a sentence of imprisonment without eligibility for parole for a period of 50, 75, 100 or even 150 years. In practice, the exercise of the court's discretion will inevitably result in imprisonment for life without a realistic possibility of parole for every offender concerned who has been convicted of multiple first degree murders. Such a criminal sentence is one whose severity is without precedent

I. Introduction

[1] Les crimes commis à la Grande Mosquée de Québec par l'intimé le jour funeste du 29 janvier 2017 sont d'une horreur indicible et ont laissé de profondes et douloureuses cicatrices dans le cœur de la communauté musulmane et de la société canadienne dans son ensemble. Nous ne pouvons qu'éprouver de la sympathie envers les victimes et leurs proches pour leurs pertes irréparables et leurs souffrances indescriptibles.

[2] C'est dans le contexte de ces crimes que notre Cour est appelée à se prononcer sur les limites constitutionnelles du pouvoir de l'État d'infliger des châtements aux contrevenants. Le pourvoi requiert que l'on soupèse des valeurs fondamentales de notre société qui sont inscrites dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et que l'on réaffirme notre engagement envers la protection des droits que celle-ci garantit à toute personne, y compris aux criminels les plus vils.

[3] Plus particulièrement, notre Cour est saisie de la question de savoir si l'art. 745.51 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« C. cr. »), introduit en 2011 par la *Loi protégeant les Canadiens en mettant fin aux peines à rabais en cas de meurtres multiples*, L.C. 2011, c. 5, art. 5, contrevient aux art. 7 et 12 de la *Charte*. La disposition contestée autorise le cumul de périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle en cas de meurtres multiples. Lorsqu'il s'agit de meurtres au premier degré, l'application de cette disposition permet au tribunal d'infliger une peine d'emprisonnement sans possibilité de libération conditionnelle pour une période de 50, 75, 100, voire 150 ans. En réalité, l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal résulte inévitablement en un emprisonnement à vie sans possibilité réaliste de libération conditionnelle pour tout contrevenant visé qui a été reconnu coupable de meurtres multiples au

in this country's history since the abolition of the death penalty and corporal punishment in the 1970s.

[4] For the reasons that follow, I conclude that s. 745.51 *Cr. C.* is contrary to s. 12 of the *Charter* and is not saved under s. 1. In light of this conclusion, it will not be necessary to consider the alleged infringement of s. 7 of the *Charter*.

[5] Section 12 of the *Charter* guarantees the right not to be subjected to cruel and unusual punishment or treatment. In essence, its purpose is to protect human dignity and ensure respect for the inherent worth of each individual. This Court recently affirmed, albeit in a different context, that human dignity transcends the interests of the individual and concerns society at large (*Sherman Estate v. Donovan*, 2021 SCC 25, [2021] 2 S.C.R. 75, at para. 33). In this sense, the significance of this appeal extends well beyond its particular facts.

[6] Section 12 of the *Charter* prohibits the state from imposing a punishment that is grossly disproportionate in relation to the situation of a particular offender and from having recourse to punishments that, by their very nature, are intrinsically incompatible with human dignity.

[7] The provision challenged in this case allows the imposition of a sentence that falls into this latter category of punishments that are cruel and unusual by nature. All offenders subjected to stacked 25-year ineligibility periods under s. 745.51 *Cr. C.* are doomed to be incarcerated for the rest of their lives without a realistic possibility of being granted parole. The impugned provision, taken to its extreme, authorizes a court to order an offender to serve an ineligibility period that exceeds the life expectancy of any human being, a sentence so absurd that it would bring the administration of justice into disrepute.

[8] A sentence of imprisonment for life without a realistic possibility of parole is intrinsically incompatible with human dignity. Such a sentence is degrading insofar as it negates, in advance and irreversibly, the

premier degré. Il s'agit d'une peine pour des infractions criminelles dont la sévérité est sans précédent dans l'histoire du pays depuis l'abolition de la peine de mort et des châtiments corporels dans les années 1970.

[4] Pour les motifs qui suivent, je conclus que l'art. 745.51 *C. cr.* est contraire à l'art. 12 de la *Charte* et n'est pas sauvegardé par l'article premier. Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner l'allégation de violation de l'art. 7 de la *Charte*.

[5] L'article 12 de la *Charte* confère une protection contre les peines et traitements cruels et inusités. Fondamentalement, cette disposition a pour objet de protéger la dignité humaine et d'assurer le respect de la valeur inhérente à chaque personne. Notre Cour a récemment affirmé, dans un contexte différent, que la dignité humaine transcende les intérêts individuels et concerne la société en général (*Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25, [2021] 2 R.C.S. 75, par. 33). En ce sens, la portée du présent pourvoi dépasse largement les faits qui lui sont propres.

[6] L'article 12 de la *Charte* interdit à l'État d'infliger des peines qui sont exagérément disproportionnées par rapport à la situation d'un contrevenant en particulier et de recourir à des peines qui s'avèrent, par leur nature même, intrinsèquement incompatibles avec la dignité humaine.

[7] La disposition contestée dans la présente affaire permet l'infliction d'une peine qui entre dans cette dernière catégorie de peines cruelles et inusitées par nature. Tous les contrevenants assujettis à un cumul de périodes d'inadmissibilité de 25 ans chacune en vertu de l'art. 745.51 *C. cr.* sont destinés à être incarcérés pour le restant de leurs jours, sans possibilité réaliste d'obtenir une libération conditionnelle. Poussée à l'extrême, la disposition contestée autorise le tribunal à ordonner à un contrevenant de purger un temps d'épreuve qui dépasse l'espérance de vie de toute personne humaine, une peine dont l'absurdité est de nature à déconsidérer l'administration de la justice.

[8] La peine d'emprisonnement à vie sans possibilité réaliste de libération conditionnelle est intrinsèquement incompatible avec la dignité humaine. Une telle peine est dégradante dans la mesure où elle

penological objective of rehabilitation. This objective is intimately linked to human dignity in that it conveys the conviction that every individual is capable of repenting and re-entering society. This conclusion that a sentence of imprisonment for life without a realistic possibility of parole is incompatible with human dignity is not only reinforced by the effects that such a sentence may have on all offenders on whom it is imposed, but also finds support in international and comparative law.

[9] To ensure respect for the inherent dignity of every individual, s. 12 of the *Charter* requires that Parliament leave a door open for rehabilitation, even in cases where this objective is of secondary importance. In practical terms, this means that every inmate must have a realistic possibility of applying for parole, at the very least earlier than the expiration of an ineligibility period of 50 years, which is the minimum ineligibility period resulting from the exercise of judicial discretion under the impugned provision in cases involving first degree murders.

II. Background and Judicial History

A. *Facts*

[10] Given that these reasons concern the constitutionality of s. 745.51 *Cr. C.* and that the resulting principles will apply to many multiple murder cases, I do not think it would be appropriate to refer at length to the horrible circumstances of this case, which were summarized well by the trial judge and widely publicized in the media. However, out of respect for the victims of this tragedy, it must be said that hatred, racism, ignorance and Islamophobia were behind the appalling acts committed by the respondent on that fateful day of January 29, 2017, when he sowed terror and death in the Great Mosque of Québec.

[11] Forty-six people, including four children, had gathered in that place of worship for evening

anéantit, de manière anticipée et irréversible, l'objectif pénologique de réinsertion sociale. Cet objectif est intimement lié à la dignité humaine en ce qu'il véhicule la conviction que chaque individu possède la capacité nécessaire pour se repentir et réintégrer la société. Cette conclusion selon laquelle la peine d'emprisonnement à vie sans possibilité réaliste de libération conditionnelle est contraire à la dignité humaine est non seulement renforcée par les effets que sont susceptibles d'engendrer une telle peine sur l'ensemble des contrevenants qui y sont assujettis, mais elle trouve également appui en droit international et en droit comparé.

[9] Pour assurer le respect de la dignité inhérente à chaque individu, l'art. 12 de la *Charte* commande que le Parlement laisse entrouverte la porte donnant accès à la réhabilitation, et ce, même dans les situations où cet objectif revêt une importance secondaire. Sur le plan pratique, cela signifie que tout détenu doit bénéficier d'une possibilité réaliste de demander la libération conditionnelle à tout le moins avant l'expiration d'un temps d'épreuve de 50 ans, lequel correspond à la période d'inadmissibilité minimale résultant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal en vertu de la disposition contestée en cas de meurtres au premier degré.

II. Contexte et historique judiciaire

A. *Contexte factuel*

[10] Comme les présents motifs concernent la constitutionnalité de l'art. 745.51 *C. cr.* et que leurs enseignements s'appliqueront à de nombreuses affaires de meurtres multiples, je considère qu'il ne serait pas approprié de rappeler longuement les circonstances odieuses de l'espèce qu'a bien résumées le premier juge et qui ont été amplement médiatisées. Toutefois, par respect pour les victimes de cette tragédie, il importe de souligner que la haine, le racisme, l'ignorance et l'islamophobie sont au cœur des gestes révoltants commis par l'intimé ce funeste jour du 29 janvier 2017, lorsqu'il a semé la terreur et la mort dans la Grande Mosquée de Québec.

[11] Quarante-six personnes, dont quatre enfants, s'étaient réunies dans ce lieu de culte pour la prière

prayer. The respondent burst in and, armed with a semi-automatic rifle and a pistol, opened fire on the worshippers. In less than two minutes, he caused the death of six innocent people, Khaled Belkacemi, Ibrahima and Mamadou Tanou Barry, Abdelkrim Hassane, Azzeddine Soufiane and Aboubaker Thabti, seriously injured five others and left the survivors of the killings, and the victims' loved ones, with deep and permanent psychological scars.

[12] On March 26, 2018, the respondent pleaded guilty to the 12 charges laid against him, including 6 counts of first degree murder, an indictable offence provided for in ss. 231(2) and 235 *Cr. C.* As a consequence, he was automatically sentenced to imprisonment for life. The Crown then asked the court to apply s. 745.51 *Cr. C.* and sentence the respondent to 6 consecutive parole ineligibility periods of 25 years, for a total of 150 years. The trial judge thus had to determine the length of the parole ineligibility period to be imposed on the respondent, and also had to rule on the constitutionality of s. 745.51 *Cr. C.*

B. *Quebec Superior Court, 2019 QCCS 354 (Huot J.)*

[13] In particularly detailed reasons, the trial judge held that s. 745.51 *Cr. C.* infringed ss. 12 and 7 of the *Charter* and that it could not be saved under s. 1. As a remedy for the unconstitutionality of the provision, he applied the technique of reading in and ordered the respondent to serve an ineligibility period of 40 years before applying for parole.

[14] Before ruling on the constitutionality of the impugned provision, the trial judge first asked [TRANSLATION] “whether there is a factual basis in this case to justify” such a constitutional analysis and concluded that there was (para. 472 (CanLII)). In his view, a certain parole ineligibility period had to be served consecutively having regard to the character of the respondent, the nature of the offences, the circumstances surrounding their commission, and the principles of sentencing. In this case, a period of

du soir. L'intimé y a fait irruption et, armé d'une carabine semi-automatique et d'un pistolet, il a fait feu en direction des fidèles. En moins de deux minutes, l'assaillant a provoqué la mort de six personnes innocentes, Khaled Belkacemi, Ibrahima et Mamadou Tanou Barry, Abdelkrim Hassane, Azzeddine Soufiane et Aboubaker Thabti, en plus d'en blesser grièvement cinq autres et de causer des séquelles psychologiques profondes et permanentes chez les survivants de la tuerie, ainsi que chez les proches des victimes.

[12] Le 26 mars 2018, l'intimé a plaidé coupable aux 12 chefs d'accusation portés contre lui, notamment 6 meurtres au premier degré, des actes criminels prévus au par. 231(2) et à l'art. 235 *C. cr.* En conséquence, il a écopé automatiquement d'une peine d'emprisonnement à perpétuité. Le ministère public a alors demandé au tribunal d'appliquer l'art. 745.51 *C. cr.* et de condamner l'intimé à 6 périodes consécutives d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de 25 ans, pour un total de 150 ans. Il incombait donc au juge du procès de déterminer la durée de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle à infliger à l'intimé, et de se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 745.51 *C. cr.*

B. *Cour supérieure du Québec, 2019 QCCS 354 (le juge Huot)*

[13] Dans une décision particulièrement étoffée, le premier juge conclut que l'art. 745.51 *C. cr.* viole les art. 12 et 7 de la *Charte* et qu'il ne peut être sauvegardé par l'article premier. Pour remédier à l'inconstitutionnalité de la disposition, le juge recourt à l'interprétation large et ordonne à l'intimé de purger un temps d'épreuve de 40 ans avant de demander la libération conditionnelle.

[14] Avant de se pencher sur la constitutionnalité de la disposition en litige, le premier juge se demande d'abord « s'il existe, en l'espèce, un fondement factuel justifiant » une telle analyse constitutionnelle et conclut par l'affirmative (par. 472 (CanLII)). De l'avis du juge, une certaine période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle doit être purgée de façon consecutive, compte tenu du caractère de l'intimé, de la nature des infractions, des circonstances entourant leur perpétration et des principes de détermination de

more than 25 but less than 50 years would be appropriate. The judge noted, however, that s. 745.51 *Cr. C.* limited his exercise of discretion to the imposition of consecutive periods of 25 years each. He found that, in the circumstances, he had to review the constitutionality of the provision under ss. 7 and 12 of the *Charter*.

[15] To determine whether s. 745.51 *Cr. C.* created a sentence that constituted cruel and unusual punishment within the meaning of s. 12, the trial judge applied the analytical framework developed in *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, although he observed that the impugned provision did not impose a minimum sentence (para. 810). He concluded at the first step of that analysis that, in the absence of the impugned provision, a total parole ineligibility period of between 35 and 42 years would be just and appropriate in this case (para. 843). At the second step of the analysis, which involves considering the effect of the prescribed sentence on the offender, he found that the imposition of 2 consecutive ineligibility periods of 25 years each would violate the respondent's s. 12 rights and held that [TRANSLATION] “[s]uch sentences are grossly disproportionate and totally incompatible with human dignity” (para. 980). In his view, Canadian society would consider any sentence that denied the offender a reasonable prospect of conditional release in the last years of his life to be abhorrent and intolerable. Section 745.51 *Cr. C.* would therefore result in the imposition of a grossly disproportionate sentence on the respondent and, for this reason, constituted cruel and unusual punishment.

[16] The trial judge then turned to the analysis under s. 7 of the *Charter* and concluded that the impugned provision was overbroad and had effects that were grossly disproportionate to its objective, thereby infringing the respondent's liberty and security interests in a manner contrary to the principles of fundamental justice. In his analysis, he rejected the protection of hope as a principle of fundamental justice but found that fundamental justice does include the protection of human dignity, a principle that s. 745.51 *Cr. C.* violated.

la peine. En l'occurrence, une période supérieure à 25 ans, mais inférieure à 50 ans, serait indiquée. Le juge constate toutefois que l'art. 745.51 *C.cr.* limite l'exercice de son pouvoir discrétionnaire à l'infliction de périodes consécutives de 25 ans chacune. Dans les circonstances, le juge considère qu'il lui incombe d'analyser la constitutionnalité de la disposition au regard des art. 7 et 12 de la *Charte*.

[15] Pour déterminer si l'art. 745.51 *C. cr.* crée une peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12, le premier juge applique le cadre d'analyse élaboré dans l'arrêt *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, bien qu'il constate que la disposition contestée n'impose pas de peine minimale (par. 810). Au terme de la première étape de cette analyse, le juge conclut qu'une période totale d'inadmissibilité à la libération conditionnelle variant entre 35 et 42 ans serait juste et appropriée en l'espèce, abstraction faite de la disposition contestée (par. 843). Concernant la deuxième étape de l'analyse, qui consiste à examiner l'effet de la peine prescrite sur le contrevenant, le juge statue que l'infliction de 2 périodes d'inadmissibilité consécutives de 25 ans chacune viole les droits garantis à l'intimé par l'art. 12. Le juge estime que « [d]e telles peines sont exagérément disproportionnées et totalement incompatibles avec la dignité humaine » (par. 980). À son avis, toute peine qui nie au contrevenant une possibilité raisonnable de mise en liberté sous condition dans les dernières années de sa vie serait considérée odieuse et intolérable par la société canadienne. En conséquence, l'art. 745.51 *C. cr.* a pour effet d'infliger à l'intimé une peine exagérément disproportionnée et, de ce fait, constitue une peine cruelle et inusitée.

[16] Le premier juge procède ensuite à l'analyse fondée sur l'art. 7 de la *Charte* et conclut que la disposition contestée a une portée excessive et produit des effets exagérément disproportionnés par rapport à son objet, de sorte qu'elle porte atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité de l'intimé d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Dans son analyse, le juge rejette la protection de l'espoir comme principe de justice fondamentale, mais il inclut à ce chapitre la protection de la dignité humaine, un principe avec lequel l'art. 745.51 *C. cr.* est en porte-à-faux.

[17] Regarding s. 1 of the *Charter*, the judge found that the Crown had not shown that the limits on the s. 7 and 12 rights were reasonable and justified in a free and democratic society.

[18] In the end, the judge noted that the appropriate remedy where a declaration of unconstitutionality is made is generally the invalidity of the legislative provision in question. However, he found that the impugned provision was substantially constitutional and peripherally problematic, so the defect could be remedied by applying the technique of reading in. In his view, because the violation stemmed from an omission from the provision, the essential conditions for reading in were met in this case. He therefore interpreted s. 745.51 *Cr. C.* as granting courts a discretion to choose the length of the additional ineligibility period to impose on an offender, which could be less than 25 years.

[19] The trial judge accordingly imposed on the respondent the mandatory minimum sentence of imprisonment for life for the 6 counts of first degree murder and, applying the technique of reading in to s. 745.51 *Cr. C.*, ordered that the respondent serve a 25-year parole ineligibility period on each of the first 5 counts of which he had been convicted and that these periods be served concurrently. For the sixth count, the judge ordered that the respondent serve a minimum period of 15 years before being able to apply for parole and that this period be consecutive to the other periods he had ordered, for a total ineligibility period of 40 years.

C. *Quebec Court of Appeal, 2020 QCCA 1585, 405 C.C.C. (3d) 524 (Doyon, Gagnon and Bélanger JJA.)*

[20] In a unanimous decision, the Court of Appeal allowed the respondent's appeal, declared s. 745.51 *Cr. C.* invalid on the basis that it was contrary to ss. 12 and 7 of the *Charter* and found that the trial judge had erred by arrogating the discretion to reformulate

[17] En ce qui concerne l'article premier de la *Charte*, le juge considère que le ministère public n'a pas réussi à démontrer que les restrictions apportées aux droits prévus aux art. 7 et 12 sont raisonnables et justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[18] En définitive, le juge rappelle que l'invalidité de la disposition de la loi est généralement la réparation convenable en cas de déclaration d'inconstitutionnalité. Cependant, il estime que la disposition contestée est substantiellement constitutionnelle et marginalement problématique, et qu'elle peut en conséquence être corrigée en recourant à la technique de l'interprétation large. Selon le juge, les conditions essentielles pour recourir à l'interprétation large sont réunies en l'espèce, puisque la violation découle d'une omission dans le texte de la disposition. Le premier juge interprète donc l'art. 745.51 *C. cr.* comme ayant pour effet de conférer au tribunal le pouvoir discrétionnaire de choisir la durée de la période d'inadmissibilité additionnelle à infliger au contrevenant, période qui pourrait être inférieure à 25 ans.

[19] Le premier juge inflige donc à l'intimé la peine minimale obligatoire d'emprisonnement à perpétuité à l'égard des 6 chefs d'accusation de meurtre au premier degré et, conformément à l'interprétation large qu'il donne à l'art. 745.51 *C. cr.*, il assortit chacune des déclarations de culpabilité relatives aux 5 premiers chefs d'une période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de 25 ans, périodes qui devront être purgées concurremment par l'intimé. Pour ce qui est du sixième chef, le juge condamne l'intimé à purger une période minimale de 15 ans avant de pouvoir demander une libération conditionnelle, de manière consécutive aux autres périodes ordonnées, et ce, pour un temps d'épreuve total de 40 ans.

C. *Cour d'appel du Québec, 2020 QCCA 1585, 68 C.R. (7th) 1 (les juges Doyon, Gagnon et Bélanger)*

[20] Dans un arrêt unanime, la Cour d'appel accueille le pourvoi de l'intimé, déclare l'art. 745.51 *C. cr.* invalide parce que contraire aux art. 12 et 7 de la *Charte* et conclut que le premier juge a fait erreur en s'arrogeant le pouvoir discrétionnaire de reformuler

s. 745.51 *Cr. C.* and, in so doing, ordering that the respondent serve a parole ineligibility period that had no basis in law.

[21] In its analysis under s. 12 of the *Charter*, the Court of Appeal began by considering the constitutionality of the provision by looking at various scenarios that might arise as a result of the application of s. 745.51 *Cr. C.* It concluded that the imposition of a parole ineligibility period that greatly exceeds the life expectancy of any human being is degrading because of its absurdity, and hence incompatible with human dignity. The Court of Appeal reached the same conclusion regarding the imposition of consecutive ineligibility periods totalling 75 years, an order that is unlikely to be carried out given that the minimum age at which an offender who started a sentence at the age of 18 could apply for parole would be 93. Likewise, the imposition of a sentence of imprisonment without eligibility for parole for 50 years does not satisfy the fundamental test of proportionality in sentencing. Although the Court of Appeal rejected the argument that loss of hope entails the unconstitutionality of the provision, it expressed the opinion that an individual who is rehabilitated after 25 years in prison must be able to apply for parole; if not, the sentence would have all the attributes of a totally disproportionate sentence. In the Court of Appeal's view, the fact that the imposition of consecutive ineligibility periods is discretionary could not save s. 745.51 *Cr. C.*, because in almost every case the sentence authorized by the section will be either grossly disproportionate or unacceptable by nature.

[22] Regarding s. 7 of the *Charter*, the Court of Appeal found that the impugned provision was overbroad and that its effects were disproportionate, as could be seen from the s. 12 analysis. However, the court declined to answer the question whether the protection of human dignity is a principle of fundamental justice.

[23] The possibility of imposing consecutive 25-year periods was not a minimal impairment of the *Charter* rights and was not justified in a free and democratic

le texte de l'art. 745.51 *C. cr.* et en ordonnant, par le fait même, que l'intimé purge un temps d'épreuve non prévu par la loi.

[21] Dans son analyse fondée sur l'art. 12 de la *Charte*, la Cour d'appel se penche d'abord sur la constitutionnalité de la disposition en observant différents scénarios susceptibles de se produire par suite de l'application de l'art. 745.51 *C. cr.* La cour conclut que l'infliction d'une période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle dépassant largement l'espérance de vie de toute personne humaine est dégradante par son absurdité et, partant, contraire à la dignité humaine. La cour parvient au même résultat en ce qui concerne le cumul de périodes d'inadmissibilité totalisant 75 ans, une ordonnance qui est peu probable de se réaliser, considérant que, pour un contrevenant âgé de 18 ans au début de sa peine, l'âge minimal auquel ce dernier pourrait demander une libération conditionnelle serait 93 ans. De même, l'infliction d'une peine d'emprisonnement sans possibilité de libération conditionnelle avant 50 ans ne permet pas de respecter le critère fondamental de la proportionnalité des peines. Bien que la Cour d'appel écarte l'argument voulant que la perte d'espoir entraîne l'inconstitutionnalité de la disposition, elle exprime l'opinion que l'individu réhabilité après 25 ans d'emprisonnement doit pouvoir demander sa libération conditionnelle, sans quoi la peine posséderait tous les attributs d'une peine totalement disproportionnée. Selon la Cour d'appel, le fait que le cumul des périodes d'inadmissibilité constitue une peine discrétionnaire ne peut sauvegarder l'art. 745.51 *C. cr.*, car dans presque tous les cas de figure la peine autorisée par cette disposition sera soit exagérément disproportionnée, soit par nature inacceptable.

[22] En ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte*, la Cour d'appel est d'avis que la disposition attaquée a une portée excessive et produit des effets disproportionnés, comme le démontre l'analyse fondée sur l'art. 12. La cour refuse toutefois de se prononcer sur la question de savoir si la protection de la dignité humaine constitue un principe de justice fondamentale.

[23] La possibilité de cumuler des périodes de 25 ans ne constitue pas une atteinte minimale aux droits protégés par la *Charte* et n'est pas justifiée

society within the meaning of s. 1. Given the constitutional invalidity of the provision, the Court of Appeal addressed the appropriate remedy and concluded that reading in was inappropriate in this case. The means chosen by Parliament — the fixed periods of 25 years — were so inextricably bound up with the legislative objectives that they could not be disregarded without unduly intruding on the legislative sphere. In the Court of Appeal's view, the trial judge had usurped Parliament's role in interpreting the provision as granting courts a discretion to choose the appropriate parole ineligibility period.

[24] The Court of Appeal accordingly declared s. 745.51 *Cr. C.* unconstitutional, noting that the declaration was to take effect immediately, and ordered that the respondent serve a 25-year parole ineligibility period on each count and that these periods be served concurrently.

III. Issues

[25] This appeal raises the following issues:

1. Does s. 745.51 *Cr. C.* infringe s. 12 of the *Charter*?
2. Does s. 745.51 *Cr. C.* infringe s. 7 of the *Charter*?
3. If s. 12 or s. 7 is infringed, can the impugned provision be saved under s. 1 of the *Charter*?
4. In the event that the impugned provision cannot be saved under s. 1 of the *Charter*, what is the appropriate remedy?

[26] For the reasons that follow, I am of the view that s. 745.51 *Cr. C.* infringes s. 12 of the *Charter* and cannot be saved under s. 1. In light of this conclusion, there is no need to consider the alleged infringement of s. 7 of the *Charter*. The provision must be declared to be of no force or effect retroactively to the time it was enacted.

dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de son article premier. Vu l'inconstitutionnalité de la disposition, la Cour d'appel se prononce sur la réparation convenable et conclut que le recours à la technique de l'interprétation large est inapproprié en l'espèce. Les périodes fixes de 25 ans, moyen retenu par le législateur, sont si inextricablement liées aux objectifs législatifs qu'elles ne peuvent être mises de côté sans empiéter indûment sur le domaine législatif. Selon la Cour d'appel, le premier juge a usurpé le rôle du législateur en interprétant la disposition comme ayant pour effet d'octroyer aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de fixer la période appropriée d'inadmissibilité à la libération conditionnelle.

[24] En conséquence, la Cour d'appel déclare l'art. 745.51 *C. cr.* inconstitutionnel, précisant que cette déclaration prend effet immédiatement, et elle ordonne que l'intimé purge de façon concurrente une période de temps d'épreuve de 25 ans pour chacun des chefs.

III. Questions en litige

[25] Les questions en litige soulevées par le présent pourvoi sont les suivantes :

1. L'article 745.51 *C. cr.* contrevient-il à l'art. 12 de la *Charte*?
2. L'article 745.51 *C. cr.* contrevient-il à l'art. 7 de la *Charte*?
3. S'il y a violation de l'art. 12 ou de l'art. 7, la disposition contestée peut-elle être sauvegardée par application de l'article premier de la *Charte*?
4. Dans l'éventualité où la disposition attaquée ne peut être sauvegardée par l'article premier de la *Charte*, quelle est la réparation convenable?

[26] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que l'art. 745.51 *C. cr.* contrevient à l'art. 12 de la *Charte* et ne peut être sauvegardé par l'article premier. Vu cette conclusion, il est inutile d'examiner l'allégation de violation de l'art. 7 de la *Charte*. La disposition doit être déclarée rétroactivement inopérante au moment de son adoption.

IV. AnalysisA. *History of Section 745.51 Cr. C.*

[27] It is helpful to begin the analysis by outlining the manner in which the treatment of people convicted of murder in Canada has changed over time, since these changes inform our understanding of the impugned provision.

[28] Until 1961, there was no legal classification of types of murder in this country. Any person convicted of murder was sentenced to death, and the sentence was carried out unless the Governor General, acting on the advice of Cabinet, commuted it to life imprisonment. In actual fact, the royal prerogative of mercy was exercised frequently and operated flexibly at that time (Library of Parliament, *Bill S-6: An Act to amend the Criminal Code and another Act*, Legislative Summary 40-3-S6-E, April 30, 2010, at pp. 4-5; Correctional Service of Canada, *A review and estimate of time spent in prison by offenders sentenced for murder*, November 2002 (online)).

[29] In 1961, Parliament established a distinction between capital murder and non-capital murder. The former, which included murder that was planned and deliberate, was punishable by death by hanging in the case of an offender 18 years of age or older. The latter, which was similar to second degree murder, was punishable by imprisonment for life (*Act to amend the Criminal Code (Capital Murder)*, S.C. 1960-61, c. 44, ss. 1 and 2; Library of Parliament, at pp. 5-6).

[30] From 1961 to 1976, offenders whose sentences had been commuted and those whose crimes fell into the second category — non-capital murder — could apply for parole following a minimum period of incarceration (Correctional Service of Canada).

[31] In July 1976, Parliament abolished the death penalty for *Criminal Code* offences (*Criminal Law Amendment Act (No. 2)*, 1976, S.C. 1974-75-76,

IV. AnalyseA. *L'historique de l'art. 745.51 C. cr.*

[27] Il convient de débiter l'analyse en retraçant la manière dont le traitement réservé aux personnes condamnées pour meurtre au Canada a évolué au fil du temps, car cette évolution éclaire notre compréhension de la disposition contestée.

[28] Jusqu'en 1961, il n'existait en droit aucune catégorisation de types de meurtres au pays. Tout individu reconnu coupable de meurtre était condamné à la peine de mort et la sentence était exécutée, à moins que le gouverneur général, sur recommandation du conseil des ministres, ne la commue en emprisonnement à perpétuité. De fait, la prérogative royale de clémence était utilisée fréquemment et avec souplesse à cette époque (Bibliothèque du Parlement, *Projet de loi S-6 : Loi modifiant le Code criminel et une autre loi*, Résumé législatif 40-3-S6-F, 30 avril 2010, p. 5; Service correctionnel du Canada, *Examen et estimation de la durée de la détention chez les délinquants condamnés pour meurtre*, novembre 2002 (en ligne)).

[29] En 1961, le Parlement a établi une distinction entre les meurtres qualifiés et les meurtres non qualifiés. Les premiers, qui incluent les meurtres prémédités et commis de propos délibéré, étaient passibles de la peine de mort par pendaison lorsque l'infraction était perpétrée par une personne âgée de 18 ans ou plus. Les seconds, qui s'apparentaient aux meurtres au deuxième degré, étaient punissables de l'emprisonnement à perpétuité (*Loi modifiant le Code criminel (Meurtre qualifié)*, S.C. 1960-1961, c. 44, art. 1 et 2; Bibliothèque du Parlement, p. 6).

[30] De 1961 à 1976, les contrevenants dont la peine avait été commuée et ceux dont le crime relevait de la seconde catégorie — les meurtres non qualifiés — pouvaient demander une libération conditionnelle après une période minimale d'incarcération (Service correctionnel du Canada).

[31] En juillet 1976, le Parlement a aboli la peine de mort à l'égard des infractions prévues au *Code criminel* (*Loi de 1976 modifiant le droit pénal*,

c. 105).¹ As a result of a political compromise, it replaced the death penalty with a mandatory minimum life sentence for the two categories of murder now defined in the *Criminal Code*: first degree murder and second degree murder. In the case of second degree murder, the parole ineligibility period varied from 10 to 25 years. For first degree murder, the parole ineligibility period was 25 years without regard to the number of victims. There was no provision at that time concerning the imposition of consecutive ineligibility periods in cases involving multiple murders.

[32] The mandatory 25-year parole ineligibility period for first degree murder was presumably established to satisfy proponents of the death penalty (A. Manson, “The Easy Acceptance of Long Term Confinement in Canada” (1990), 79 C.R. (3d) 265, at p. 266). Indeed, it was particularly severe when compared with the ineligibility periods provided for in other Western countries at the time for similar offences (Manson, at pp. 266-67). Moreover, from 1961 to 1976, the average time served in prison for the offence of capital murder had been 15.8 years, well below the newly enacted 25-year period of imprisonment (Correctional Service of Canada).

[33] When the death penalty was abolished, Parliament also established a right to judicial review of the parole ineligibility period, commonly known as the “faint hope” clause (*Criminal Law Amendment Act (No. 2)*, 1976, s. 21). This clause allowed persons who had been sentenced to life in prison for first or second degree murder without eligibility for parole for more than 15 years to apply for a review of their parole ineligibility period once they had been incarcerated for at least 15 years. The clause was added to the *Criminal Code* in the hope of encouraging the rehabilitation of offenders serving long prison sentences and, as a result, of creating a safer prison

n° 2, S.C. 1974-1975-1976, c. 105)¹. Aux termes d’un compromis politique, le législateur a remplacé la peine de mort par une peine minimale obligatoire d’emprisonnement à perpétuité pour les deux catégories de meurtres définies au *Code criminel* que nous connaissons aujourd’hui : les meurtres au premier degré et les meurtres au deuxième degré. En ce qui concerne les meurtres au deuxième degré, la période d’inadmissibilité à la libération conditionnelle variait entre 10 et 25 ans. Pour ce qui était des meurtres au premier degré, la période d’inadmissibilité à la libération conditionnelle était de 25 ans, sans égard au nombre de victimes. Aucune disposition ne prévoyait alors l’infliction de périodes d’inadmissibilité consécutives en cas de meurtres multiples.

[32] La période obligatoire d’inadmissibilité à la libération conditionnelle de 25 ans pour les meurtres au premier degré a vraisemblablement été instaurée pour satisfaire les partisans de la peine de mort (A. Manson, « The Easy Acceptance of Long Term Confinement in Canada » (1990), 79 C.R. (3d) 265, p. 266). En effet, elle est particulièrement sévère si on la compare aux périodes d’inadmissibilité prévues à l’époque dans les autres pays occidentaux à l’égard d’infractions similaires (Manson, p. 266-267). En outre, de 1961 à 1976, la durée de détention moyenne pour l’infraction de meurtre qualifié s’élevait à 15,8 ans, une durée bien inférieure à la période d’emprisonnement de 25 ans nouvellement édictée (Service correctionnel du Canada).

[33] Lors de l’abolition de la peine de mort, le Parlement a également établi un droit à la révision judiciaire de la période d’inadmissibilité à la libération conditionnelle, communément appelé la disposition de la « dernière chance » (*Loi de 1976 modifiant le droit pénal*, n° 2, art. 21). Cette disposition permettait aux personnes qui avaient été condamnées à une peine d’emprisonnement à perpétuité pour meurtre au premier ou au deuxième degré, sans possibilité de libération conditionnelle pendant plus de 15 ans, de demander la révision de leur période d’inadmissibilité à la libération conditionnelle, à la condition que ces personnes soient incarcérées depuis au moins

¹ The death penalty continued to apply for service offences until 1999 (*An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 1998, c. 35).

¹ La peine de mort est demeurée en vigueur à l’égard d’infractions d’ordre militaire jusqu’en 1999 (*Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d’autres lois en conséquence*, L.C. 1998, c. 35).

environment. As well, it tempered the increased harshness of parole ineligibility periods (Department of Justice Canada, *An Analysis of the Use of the Faint Hope Clause* (2010), at p. 1; Library of Parliament, at pp. 3-4).

[34] In 1996, Parliament amended the faint hope clause such that, among other things, persons convicted of multiple murders would no longer be able to apply for judicial review (*An Act to amend the Criminal Code (judicial review of parole ineligibility) and another Act*, S.C. 1996, c. 34). Then, in 2011, Parliament passed legislation that abolished the clause for all intents and purposes by making it inapplicable to anyone who committed a murder on or after the day on which the legislation came into force (*An Act to amend the Criminal Code and another Act*, S.C. 2011, c. 2).

[35] The impugned provision was also introduced into the *Criminal Code* in 2011 (*Protecting Canadians by Ending Sentence Discounts for Multiple Murders Act*, s. 5). The relevant subsection of s. 745.51 *Cr. C.* reads as follows:

745.51 (1) At the time of the sentencing under section 745 of an offender who is convicted of murder and who has already been convicted of one or more other murders, the judge who presided at the trial of the offender or, if that judge is unable to do so, any judge of the same court may, having regard to the character of the offender, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission, and the recommendation, if any, made pursuant to section 745.21, by order, decide that the periods without eligibility for parole for each murder conviction are to be served consecutively.

[36] Given the fact that the impugned provision concerns the imposition of consecutive parole ineligibility periods, a discussion of the parole system is in order. It should be noted, however, that this appeal does not

15 ans. Cette disposition de la dernière chance avait été ajoutée au *Code criminel* dans l'espoir de favoriser la réadaptation des contrevenants purgeant de longues peines d'emprisonnement et, par voie de conséquence, de créer un environnement carcéral plus sécuritaire. Au surplus, elle tempérait la sévérité accrue des périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle (Ministère de la Justice du Canada, *Une analyse de l'utilisation de la disposition de la dernière chance* (2010), p. 5; Bibliothèque du Parlement, p. 3-4).

[34] En 1996, le Parlement a modifié la disposition de la dernière chance, notamment pour retirer aux personnes déclarées coupables de meurtres multiples la possibilité de demander une révision judiciaire (*Loi modifiant le Code criminel (révision judiciaire de l'inadmissibilité à la libération conditionnelle) et une autre loi en conséquence*, L.C. 1996, c. 34). Puis, en 2011, le Parlement a édicté une loi qui a, à toutes fins utiles, aboli la disposition de la dernière chance en la rendant inapplicable aux personnes commettant un meurtre à partir de la date d'entrée en vigueur de cette loi (*Loi modifiant le Code criminel et une autre loi*, L.C. 2011, c. 2).

[35] La disposition contestée a elle aussi été introduite dans le *Code criminel* en 2011 (*Loi protégeant les Canadiens en mettant fin aux peines à rabais en cas de meurtres multiples*, art. 5). Le paragraphe pertinent de l'art. 745.51 *C. cr.* est rédigé ainsi :

745.51 (1) Au moment de prononcer la peine conformément à l'article 745, le juge qui préside le procès du délinquant qui est déclaré coupable de meurtre et qui a été déclaré coupable d'un ou plusieurs autres meurtres — ou en cas d'empêchement, tout juge du même tribunal — peut, compte tenu du caractère du délinquant, de la nature de l'infraction et des circonstances entourant sa perpétration ainsi que de toute recommandation formulée en vertu de l'article 745.21, ordonner que les périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle pour chaque condamnation pour meurtre soient purgées consécutivement.

[36] Étant donné que la disposition contestée concerne le cumul de périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle, une présentation du système de libération conditionnelle s'impose. Il convient

relate to the process by which an offender may apply for parole at the end of the ineligibility period.

B. *The Parole System in Canada*

[37] The parole system involves a process that is independent of and distinct from the sentencing process (*Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392, at para. 1). Before this system was set up in the last century, there was no general sentence review mechanism in Canada. During the pre-Confederation period, the only relief an offender could obtain was the reduction of a prison sentence or commutation of a death sentence by way of the royal prerogative of mercy (D. P. Cole and A. Manson, *Release from Imprisonment: The Law of Sentencing, Parole and Judicial Review* (1990), at p. 159).

[38] In 1868, *The Penitentiary Act of 1868*, S.C. 1868, c. 75, s. 62, introduced a sentence remission mechanism that enabled prisoners to obtain a reduction in the length of their sentence upon proof of good behaviour (Cole and Manson, at p. 163). But it was not until 1899 that the first administrative parole mechanism came into existence through the enactment of what was known as the *Ticket of Leave Act* (*An Act to provide for the Conditional Liberation of Penitentiary Convicts*, S.C. 1899, c. 49), under which prisoners who met the eligibility criteria could be conditionally released (Cole and Manson, at pp. 164-66).

[39] In the 1950s, Parliament appointed an advisory committee to inquire into the use of the royal prerogative of mercy and into the parole system (Department of Justice Canada, *Report of a Committee Appointed to Inquire Into the Principles and Procedures Followed in the Remission Service of the Department of Justice of Canada* (1956) (“Fauteux Report”). The committee made its recommendations in 1956, and the most important of them were implemented in 1958 through the enactment of the first modern parole legislation, the *Parole Act*, S.C. 1958, c. 38. That Act created an independent agency, now known as the Parole Board of Canada (“Board”), that had the power to review

cependant de préciser que le présent pourvoi ne porte pas sur le processus permettant au contrevenant de demander une telle libération à la fin de la période d’inadmissibilité.

B. *Le système de libération conditionnelle au Canada*

[37] Le système de libération conditionnelle met en place un processus indépendant et distinct de celui de la détermination de la peine (*Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392, par. 1). Avant sa mise en place, au cours du siècle dernier, il n’existait aucun mécanisme général de révision de la peine au Canada. Lors de la période précédant la Confédération, un contrevenant pouvait seulement voir sa peine d’emprisonnement réduite ou sa peine de mort commuée par l’exercice de la prérogative royale de clémence (D. P. Cole et A. Manson, *Release from Imprisonment : The Law of Sentencing, Parole and Judicial Review* (1990), p. 159).

[38] En 1868, l’*Acte des pénitenciers de 1868*, S.C. 1868, c. 75, art. 62, instaure un mécanisme de remise de peine qui permet aux détenus de réduire la durée de leur peine sur preuve de bonne conduite (Cole et Manson, p. 163). Ce n’est toutefois qu’en 1899 que le premier mécanisme administratif de libération conditionnelle voit le jour par suite de l’édiction de ce qu’on appelait le « *Ticket of Leave Act* » (*Acte relatif à la libération conditionnelle des détenus aux pénitenciers*, S.C. 1899, c. 49). Cette loi permettait aux détenus qui satisfaisaient aux critères d’admissibilité d’obtenir une libération sous réserve de conditions (Cole et Manson, p. 164-166).

[39] Durant les années 1950, le Parlement a mandaté un comité consultatif pour enquêter sur l’usage de la prérogative royale de clémence et sur le régime de la mise en liberté sous condition (Ministère de la Justice du Canada, *Rapport d’un comité institué pour faire enquête sur les principes et les méthodes suivis au Service des pardons du ministère de la Justice du Canada* (1956) (« Rapport Fauteux »)). En 1956, le comité a présenté ses recommandations, dont les plus importantes se sont concrétisées par l’adoption, en 1958, de la première loi moderne en matière de libération conditionnelle, la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.C. 1958, c. 38 (« *Loi*

and vary conditions for release. Major amendments were made to the *Parole Act* in 1977, the year after the death penalty was abolished. The Board's role and functions were expanded at that time (*Criminal Law Amendment Act, 1977*, S.C. 1976-77, c. 53). Finally, the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 ("*Conditional Release Act*"), was passed in 1992 to replace, among others, the *Parole Act*. The *Conditional Release Act* defines the purpose of and principles underlying conditional release, and gives particular prominence to the protection of society by making it the paramount consideration.

[40] The Board is an independent administrative tribunal whose primary role is to make decisions on conditional release (*Conditional Release Act*, ss. 103 and 107). It has exclusive jurisdiction to grant day parole and full parole to persons serving a sentence of two years or more in Canada (ss. 122 and 123(1)). Offenders with fixed-term sentences are generally eligible to apply for full parole after serving the lesser of one third of their sentence and seven years (s. 120(1)). That being said, offenders who have been convicted of first or second degree murder are not eligible for full parole until they have served 25 years or 10 to 25 years, respectively, of their sentence (s. 745(a) and (c) *Cr. C.*).

[41] There is no guarantee that offenders will be granted parole when their ineligibility period expires (*R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at para. 34; M. E. Campbell and D. Cole, "Sentencing and Parole for Persons Convicted of Murder", in D. Cole and J. Roberts, eds., *Sentencing in Canada: Essays in Law, Policy, and Practice* (2020), 183, at pp. 185-87). Offenders must prove to the Board that they no longer represent a danger to society and that it is therefore no

sur la libération conditionnelle »). Cette loi a créé un organisme indépendant investi du pouvoir d'examiner et de modifier les conditions de mise en liberté sous condition, organisme qui porte aujourd'hui le nom de Commission des libérations conditionnelles du Canada (« Commission »). En 1977, l'année qui a suivi l'abolition de la peine de mort, d'importantes modifications ont été apportées à la *Loi sur la libération conditionnelle*. Le rôle et les fonctions de la Commission ont alors été élargis (*Loi de 1977 modifiant le droit pénal*, S.C. 1976-1977, c. 53). En 1992, la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20 (« *Loi sur la mise en liberté sous condition* ») est finalement adoptée, remplaçant notamment la *Loi sur la libération conditionnelle*. La *Loi sur la mise en liberté sous condition* définit l'objectif et les principes qui sous-tendent la mise en liberté sous condition, et met à l'avant-plan la protection de la société en en faisant son critère prépondérant.

[40] La Commission est un tribunal administratif indépendant, dont la fonction principale consiste à prendre des décisions en matière de mise en liberté sous condition (*Loi sur la mise en liberté sous condition*, art. 103 et 107). Elle a compétence exclusive pour accorder la semi-liberté et la libération conditionnelle totale aux personnes qui purgent une peine de deux ans ou plus au Canada (art. 122 et par. 123(1)). Un contrevenant qui purge une peine d'une durée déterminée est, de manière générale, admis à présenter une demande de libération conditionnelle totale après qu'il a purgé le tiers de sa peine à concurrence de sept ans (par. 120(1)). Cela dit, les contrevenants déclarés coupables de meurtre au premier ou au deuxième degré ne sont admissibles à une libération conditionnelle totale qu'après un temps d'épreuve de 25 ans ou de 10 à 25 ans respectivement (al. 745a) et c) *C. cr.*).

[41] À l'expiration du temps d'épreuve, la libération conditionnelle n'est pas garantie au contrevenant (*R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, par. 34; M. E. Campbell et D. Cole, « Sentencing and Parole for Persons Convicted of Murder », dans D. Cole et J. Roberts, dir., *Sentencing in Canada : Essays in Law, Policy, and Practice* (2020), 183, p. 185-187). Ce dernier doit prouver à la Commission qu'il ne représente plus un danger pour la société et que, en

longer necessary to keep them in custody (*Conditional Release Act*, s. 102). Parole is a statutory privilege and not a right (*Nur*, at para. 98).

[42] The Board exercises a discretion when it makes a decision with respect to parole. In exercising that discretion, the Board is guided by its purpose: “to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by means of decisions on the timing and conditions of release that will best facilitate the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens” (*Conditional Release Act*, s. 100; see also *Nur*, at para. 98). The *Conditional Release Act*’s primary emphasis is on protecting the public (see *R. v. Zinck*, 2003 SCC 6, [2003] 1 S.C.R. 41, at para. 19), and since 2012 this concern has been formally recognized as the paramount consideration in decisions on release (*Safe Streets and Communities Act*, S.C. 2012, c. 1; *Conditional Release Act*, s. 100.1).

[43] The Board’s broad discretion means that it may attach conditions to an offender’s release (*Conditional Release Act*, s. 133(3)), including to protect victims who have safety concerns (s. 133(3.1)). The Board may also suspend or revoke the parole of an offender who breaches the conditions imposed (s. 135). Where the Board decides not to grant parole, it generally reviews the case every two years (s. 123(5)). However, this is done only every five years in the case of offenders who have been convicted of murder or another offence involving violence (s. 123(5.01)).

[44] Victims are taken into consideration in the parole process. To determine whether an offender presents an “undue risk to society” (*Conditional Release Act*, s. 102), the Board is to consider, among other things, the nature and gravity of the offence as well as information obtained from victims (s. 101(a)). Victims may apply to attend parole hearings and may

conséquence, son maintien en détention n’est plus requis (*Loi sur la mise en liberté sous condition*, art. 102). La libération conditionnelle est un privilège d’origine législative et non un droit (*Nur*, par. 98).

[42] La Commission exerce un pouvoir discrétionnaire lorsqu’elle prend une décision en matière de libération conditionnelle. L’exercice de ce pouvoir est guidé par l’objectif de la Commission, soit « contribuer au maintien d’une société juste, paisible et sûre en favorisant, par la prise de décisions appropriées quant au moment et aux conditions de leur mise en liberté, la réadaptation et la réinsertion sociale des délinquants en tant que citoyens respectueux des lois » (*Loi sur la mise en liberté sous condition*, art. 100; voir aussi *Nur*, par. 98). La *Loi sur la mise en liberté sous condition* insiste principalement sur la protection du public (voir *R. c. Zinck*, 2003 CSC 6, [2003] 1 R.C.S. 41, par. 19) et, depuis 2012, cette préoccupation est formellement reconnue comme étant le critère prépondérant dans la prise de décisions en matière de mise en liberté (*Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c. 1; *Loi sur la mise en liberté sous condition*, art. 100.1).

[43] En vertu de son large pouvoir discrétionnaire, la Commission peut assortir la mise en liberté de conditions (*Loi sur la mise en liberté sous condition*, par. 133(3)), notamment pour protéger les victimes ayant des préoccupations quant à leur sécurité (par. 133(3.1)). La Commission peut également suspendre ou révoquer la libération conditionnelle d’un contrevenant qui ne respecte pas les conditions auxquelles il est assujéti (art. 135). Lorsque la Commission refuse la libération conditionnelle, elle procède de manière générale au réexamen du dossier aux deux ans (par. 123(5)). Toutefois, cet examen a lieu aux cinq ans seulement dans le cas des contrevenants condamnés pour meurtre ou pour une autre infraction accompagnée de violence (par. 123(5.01)).

[44] Les victimes sont prises en compte dans le processus de libération conditionnelle. Pour déterminer si le contrevenant présente un « risque inacceptable pour la société » (*Loi sur la mise en liberté sous condition*, art. 102), la Commission considère notamment la nature et la gravité de l’infraction, ainsi que les renseignements obtenus des victimes (al. 101a)). Les

present statements to the Board (s. 140(4), (5.1), (5.2) and (10) to (12)). Although such hearings can awaken painful memories for victims and for their loved ones, they do serve to reiterate the suffering an offender has caused and to condemn the acts committed once again (D. Spencer, “How Multiple Murder Sentencing Provisions May Violate the *Charter*” (2019), 55 C.R. (7th) 165).

C. Sentencing Objectives in Canadian Law

[45] Before I begin the s. 12 analysis, an overview of the objectives of sentencing will be essential to the adjudication of the case before the Court. In Canadian law, the fundamental purpose of sentencing is to protect society and to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more objectives, including denunciation, deterrence and rehabilitation, which it will be helpful to discuss (s. 718 *Cr. C.*).

[46] First of all, the penological objective of denunciation requires that a sentence express society’s condemnation of the offence that was committed. The sentence is the means by which society communicates its moral values (*R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 81). This objective must be weighed carefully, as it could, on its own, be used to justify sentences of unlimited severity (C. C. Ruby, *Sentencing* (10th ed. 2020), at §1.22).

[47] As for the objective of deterrence, it has two forms. The first, specific deterrence, is meant to discourage the offender before the court from reoffending. The second, general deterrence, is intended to discourage members of the public who might be tempted to engage in the criminal activity for which the offender has been convicted (*R. v. B.W.P.*, 2006 SCC 27, [2006] 1 S.C.R. 941, at para. 2). When this objective is being pursued, the offender is punished more harshly in order to send a message to the public or, in other words, to serve as an example. General deterrence is an objective that must be weighed by a court, but the effectiveness of which

victimes peuvent demander d’assister aux audiences sur la mise en liberté et déposer une déclaration à la Commission (par. 140(4), (5.1), (5.2) et (10) à (12)). Si ces audiences sont susceptibles d’éveiller des souvenirs douloureux chez les victimes et leurs proches, elles permettent toutefois de rappeler les souffrances causées par le contrevenant, et de condamner à nouveau les actes commis (D. Spencer, « How Multiple Murder Sentencing Provisions May Violate the *Charter* » (2019), 55 C.R. (7th) 165).

C. Les objectifs de la peine en droit canadien

[45] Avant d’entreprendre l’analyse fondée sur l’art. 12, un survol des objectifs de la peine s’impose pour trancher le litige dont notre Cour est saisie. En droit canadien, le prononcé des peines a pour objectif essentiel de protéger la société et de contribuer, parallèlement à d’autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d’une société juste, paisible et sûre par l’infliction de sanctions justes qui visent un ou plusieurs objectifs, dont la dénonciation, la dissuasion et la réinsertion sociale, sur lesquels il convient de se pencher (art. 718 *C. cr.*).

[46] Tout d’abord, l’objectif pénologique de dénonciation exige que la peine exprime la réprobation de la société à l’égard de l’infraction commise. La peine représente le moyen par lequel la société communique ses valeurs morales (*R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 81). Cet objectif doit être soupesé avec prudence, car il pourrait, à lui seul, justifier des peines dont la sévérité est sans limites (C. C. Ruby, *Sentencing* (10^e éd. 2020), §1.22).

[47] L’objectif de dissuasion, pour sa part, se décline en deux formes. La première, la dissuasion spécifique, vise à décourager le contrevenant lui-même de récidiver. La deuxième, la dissuasion générale, a pour but de décourager les membres du public qui pourraient être tentés de se livrer à l’activité criminelle dont le contrevenant a été déclaré coupable (*R. c. B.W.P.*, 2006 CSC 27, [2006] 1 R.C.S. 941, par. 2). Dans la poursuite de cet objectif, le contrevenant est puni plus sévèrement afin de communiquer un message à la population, en d’autres termes pour servir d’exemple. La dissuasion générale est un objectif qui doit être soupesé par le tribunal, mais dont l’efficacité a souvent été remise

has often been questioned. These legitimate reservations notwithstanding, the fact remains that the certainty of punishment, together with the entire range of criminal sanctions, does produce a certain deterrent effect, albeit one that is difficult to evaluate, on possible offenders (Ruby, at §1.31; Canadian Sentencing Commission, *Sentencing Reform: A Canadian Approach* (1987), at pp. 136-38).

[48] Lastly, the objective of rehabilitation is designed to reform offenders with a view to their reintegration into society so that they can become law-abiding citizens. This penological objective presupposes that offenders are capable of gaining control over their lives and improving themselves, which ultimately leads to a better protection of society. M. Manning and P. Sankoff note that rehabilitation “is probably the most economical in the long run and the most humanitarian objective of punishment” (*Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (5th ed. 2015), at ¶1.155). Along the same lines, I would reiterate my comment in *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, that “[r]ehabilitation is one of the fundamental moral values that distinguish Canadian society from the societies of many other nations in the world” (para. 4).

[49] The relative importance of each of the sentencing objectives varies with the nature of the crime and the characteristics of the offender (*R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 329). There is no mathematical formula for determining what constitutes a just and appropriate sentence. That is why this Court has described sentencing as 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).

[50] But sentencing must in all circumstances be guided by the cardinal principle of proportionality. The sentence must be severe enough to denounce the offence but must not exceed “what is just and appropriate, given the moral blameworthiness of the offender and the gravity of the offence” (*R. v.*

en question. En dépit de ces réserves légitimes, il demeure que la certitude d’être puni, de même que l’ensemble des sanctions pénales, produisent néanmoins un certain effet dissuasif, quoique difficilement mesurable, chez les contrevenants potentiels (Ruby, §1.31; Commission canadienne sur la détermination de la peine, *Réformer la sentence : une approche canadienne* (1987), p. 150-151).

[48] Enfin, l’objectif de réinsertion sociale vise à réformer le contrevenant en vue de sa réintégration dans la société, afin qu’il devienne un citoyen respectueux des lois. Cet objectif pénologique présuppose chez l’individu une capacité de prendre sa vie en main et de s’améliorer, avec pour conséquence ultime une meilleure protection de la société. Les auteurs M. Manning et P. Sankoff soulignent que la réhabilitation [TRADUCTION] « constitue probablement à long terme la solution la plus économique sur le plan financier et l’objectif pénologique le plus humain » (*Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law* (5^e éd. 2015), ¶1.155). Dans ce même ordre d’idées, je réitère, comme je l’ai affirmé dans l’arrêt *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, que « [c]et objectif fait partie des valeurs morales fondamentales qui distinguent la société canadienne de nombreuses autres nations du monde » (par. 4).

[49] L’importance relative de chacun des objectifs de la peine varie selon la nature du crime et les particularités du contrevenant (*R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 329). Il n’existe aucune formule mathématique permettant de déterminer ce qui constitue une peine juste et appropriée. C’est pourquoi notre Cour a décrit la détermination de la peine comme 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).

[50] Cependant, la détermination de la peine doit en toutes circonstances être guidée par le principe cardinal de la proportionnalité. La peine doit être suffisamment sévère pour dénoncer l’infraction, sans excéder « ce qui est juste et approprié compte tenu de la culpabilité morale du délinquant et de la

Nasogaluak, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, at para. 42; see also *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 37). Proportionality in sentencing is considered to be an essential factor in maintaining public confidence in the fairness and rationality of the criminal justice system. The application of this principle assures the public that the offender deserves the punishment received (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 533, per Wilson J., concurring).

[51] It follows that “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). In a similar vein, Vaclair J.A. aptly stated that [TRANSLATION] “striving for exemplarity to the detriment of evidence of the merit of rehabilitation objectives is incompatible with the principle of individualization” (*Lacelle Belec v. R.*, 2019 QCCA 711, at para. 30 (CanLII), citing *R. v. Paré*, 2011 QCCA 2047, at para. 48 (CanLII), per Doyon J.A.). Proportionality has a restraining function, and in this sense serves to guarantee that a sentence is individualized, just and appropriate.

[52] The principle of proportionality is so fundamental that it has a constitutional dimension under s. 12 of the *Charter*, which forbids the imposition of a sentence that is so grossly disproportionate as to be incompatible with human dignity (*Nasogaluak*, at para. 41; *Ipeelee*, at para. 36). However, proportionality as a sentencing principle has no constitutional status as such, since it is not recognized to be a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* (*R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 160; *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180, at para. 71).

[53] Nor do the other sentencing principles and objectives have their own constitutional status. It follows that “Parliament is entitled to modify and abrogate them as it sees fit, subject only to s. 12 of the *Charter*” (*Safarzadeh-Markhali*, at para. 71).

gravité de l’infraction » (*R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206, par. 42; voir aussi *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 37). La proportionnalité des peines est considérée comme un facteur essentiel au maintien de la confiance du public dans l’équité et la rationalité du système de justice pénal et criminel. L’application de ce principe permet d’assurer au public que le contrevenant mérite la punition qui lui a été infligée (*Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 533, la juge Wilson, motifs concordants).

[51] Ainsi, « 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). De même, le juge Vaclair affirme avec justesse que « la recherche de l’exemplarité au détriment des éléments de preuve qui démontrent le mérite des objectifs de réhabilitation est incompatible avec le principe d’individualisation » (*Lacelle Belec c. R.*, 2019 QCCA 711, par. 30 (CanLII), citant *R. c. Paré*, 2011 QCCA 2047, par. 48 (CanLII), le juge Doyon). La proportionnalité joue un rôle restrictif et, en ce sens, elle est garante d’une peine qui est individualisée, juste et appropriée.

[52] Le principe de la proportionnalité est si fondamental qu’il possède une dimension constitutionnelle consacrée à l’art. 12 de la *Charte*, lequel interdit l’infliction d’une peine exagérément disproportionnée au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine (*Nasogaluak*, par. 41; *Ipeelee*, par. 36). En tant que principe de détermination de la peine, le principe de proportionnalité ne bénéficie toutefois d’aucune protection constitutionnelle en tant que tel, n’étant pas reconnu comme un principe de justice fondamentale visé à l’art. 7 de la *Charte* (*R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 160; *R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180, par. 71).

[53] Les autres principes et objectifs de la détermination de la peine ne font pas non plus l’objet d’une protection constitutionnelle autonome. Il s’ensuit que « [l]e législateur peut les modifier et les abroger à son gré, sous réserve du seul respect de l’art. 12 de la *Charte* » (*Safarzadeh-Markhali*, par. 71).

D. *The Right Under Section 12 of the Charter Not to Be Subjected to Cruel and Unusual Punishment*

[54] Section 12 of the *Charter*, which appears under the heading “Legal Rights”, provides that “[e]veryone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.” Although these reasons apply to both punishment and treatment, I will, for the sake of brevity, refer solely to punishment.

[55] It will therefore be appropriate, first, to determine whether the parole ineligibility period constitutes punishment and, second, to clarify the two prongs of the protection afforded by this constitutional guarantee.

(1) The Parole Ineligibility Period Constitutes Punishment

[56] Section 12 of the *Charter* grants individuals a right not to be subjected to cruel and unusual punishment. A precondition for applying this section is therefore that the impugned action constitute punishment. Such is the case here.

[57] State action is considered to be punishment for the purposes of s. 12 if 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” (*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).

[58] The length of parole ineligibility is part of an offender’s punishment (*Shropshire*, at para. 23; see also *Zinck*, at para. 31). It is a consequence of conviction and has a significant impact on the offender’s interests in liberty and security of the person. What is more, the parole ineligibility period furthers the objectives of denunciation and deterrence that underlie a sentence (*Shropshire*, at paras. 21-23; *M. (C.A.)*, at para. 64; *R. v. Simmonds*, 2018 BCCA 205, 362 C.C.C. (3d) 215, at para. 10). It follows that the imposition of consecutive parole ineligibility periods

D. *La protection contre les peines cruelles et inusitées garantie par l’art. 12 de la Charte*

[54] L’article 12 de la *Charte*, qui figure au chapitre des garanties juridiques, prévoit que « [c]hacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités. » Bien que les présents motifs s’appliquent tant aux peines qu’aux traitements, par souci de concision, je ferai uniquement référence aux peines.

[55] Il convient donc, dans un premier temps, de déterminer si la période d’inadmissibilité à la libération conditionnelle est une peine, puis, dans un deuxième temps, de clarifier les deux volets de la protection conférée par cette garantie constitutionnelle.

(1) La période d’inadmissibilité à la libération conditionnelle est une peine

[56] L’article 12 de la *Charte* protège les individus contre les peines cruelles et inusitées. La condition préalable à l’application de cette disposition est donc que la mesure contestée constitue une peine. C’est le cas en l’espèce.

[57] Une mesure imposée par l’État est considérée comme une peine visée à l’art. 12 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 » (*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).

[58] La durée de l’inadmissibilité à la libération conditionnelle fait partie du châtiment (*Shropshire*, par. 23; voir aussi *Zinck*, par. 31). Elle découle de la déclaration de culpabilité et a des conséquences importantes sur le droit du contrevenant à la liberté et à la sécurité de sa personne. Au surplus, la période d’inadmissibilité à la libération conditionnelle répond aux objectifs de dénonciation et de dissuasion qui sous-tendent une peine (*Shropshire*, par. 21-23; *M. (C.A.)*, par. 64; *R. c. Simmonds*, 2018 BCCA 205, 362 C.C.C. (3d) 215, par. 10). Il s’ensuit que le cumul

authorized by s. 745.51 *Cr. C.* constitutes punishment, the constitutionality of which must be determined under s. 12 of the *Charter*.

(2) The Two Prongs of the Right Not to Be Subjected to Cruel and Unusual Punishment

[59] For a proper understanding of the two prongs of the protection afforded by s. 12 of the *Charter*, it is necessary to refocus the analysis on the purpose of this provision. This Court recently stated that the 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; the Court was unanimous on this point). Although dignity is not recognized as an independent constitutional right, it is a fundamental value that serves as a guide for the interpretation of all *Charter* rights (*Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at para. 77). Generally speaking, the concept of dignity evokes the idea that every person has intrinsic worth and is therefore entitled to respect (*Ward v. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2021 SCC 43, [2021] 3 S.C.R. 176, at para. 56; *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l’hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, at para. 105). This respect is owed to every individual, irrespective of their actions (see C. Brunelle, “La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne*: de l’ubiquité à l’ambiguïté d’une notion fondamentale”, [2006] *R. du B.* (numéro thématique) 143, at pp. 150-51).

[60] Against this backdrop, the two prongs of the right not to be subjected to cruel and unusual punishment may now be considered. Section 12 protects, first, against the imposition of a punishment that is so excessive as to be incompatible with human dignity and, second, against the imposition of a punishment that is intrinsically incompatible with human dignity (*R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at pp. 1072-74; L. Kerr and B. L. Berger, “Methods and Severity: The

de périodes d’inadmissibilité à la libération conditionnelle autorisé par l’art. 745.51 *C. cr.* constitue une peine, dont la constitutionnalité doit être évaluée au regard de l’art. 12 de la *Charte*.

(2) Les deux volets de la protection contre les peines cruelles et inusitées

[59] Pour bien saisir les deux volets de la protection offerte par l’art. 12 de la *Charte*, il est nécessaire de recentrer l’analyse sur l’objet de cette disposition. Notre Cour a récemment dit de l’art. 12 qu’il a pour objet « 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, unanime sur ce point). Bien que la dignité ne soit pas reconnue comme un droit constitutionnel autonome, cette valeur fondamentale guide l’interprétation de l’ensemble des droits garantis par la *Charte* (*Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 77). De manière générale, la notion de dignité évoque l’idée selon laquelle chaque personne possède une valeur intrinsèque et a, de ce fait, droit au respect (*Ward c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2021 CSC 43, [2021] 3 R.C.S. 176, par. 56; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l’hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 105). Ce respect est dû à chaque individu, sans égard à ses agissements (voir C. Brunelle, « La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l’ubiquité à l’ambiguïté d’une notion fondamentale », [2006] *R. du B.* (numéro thématique) 143, p. 150-151).

[60] Sur cette toile de fond, il convient maintenant de se pencher sur les deux volets de la protection contre les peines cruelles et inusitées. L’article 12 protège contre l’infliction d’une peine excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine, d’une part, et contre l’infliction d’une peine intrinsèquement incompatible avec la dignité humaine, d’autre part (*R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1072-1074; L. Kerr et B. L. Berger, « Methods and

Two Tracks of Section 12” (2020), 94 *S.C.L.R.* (2d) 235, at pp. 235-36). This distinction is often blurred, and it would be helpful in the context of this appeal to clarify certain points in this regard.

[61] The first form of cruel and unusual punishment involves punishment whose effect is grossly disproportionate to what would have been appropriate (*Smith*, at p. 1072). A punishment oversteps constitutional limits when it is grossly disproportionate, and not merely excessive (*Smith*, at p. 1072). A grossly disproportionate sentence is cruel and unusual in that 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.

[62] Determining whether a punishment is grossly disproportionate requires a contextual and comparative analysis: a punishment is found to be so in the specific circumstances of a particular case, in relation to the punishment that would have been just and appropriate having regard to the offender’s personal characteristics and the circumstances surrounding the commission of the offence. However, the nature of the punishment inflicted is not problematic from a constitutional perspective. For example, it is accepted that the state may have recourse to fixed-term imprisonment or to the imposition of a fine as punishment. Such punishment is therefore not in itself cruel and unusual, but can become so if its effects make it grossly disproportionate.

[63] The case law on grossly disproportionate punishment has been developed in the context of mandatory sentences imposed without regard for the offender’s particular circumstances (e.g., mandatory minimum prison sentences in *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *Nur*; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *Smith*; a mandatory victim surcharge in *Boudreault*; a mandatory weapons prohibition order in *R. v. Wiles*, 2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895). In *Nur*, this Court noted that, to determine whether a minimum sentence is grossly disproportionate, a court must first consider “what constitutes a proportionate sentence for the offence having regard to the objectives and principles of sentencing in the

Severity : The Two Tracks of Section 12 » (2020), 94 *S.C.L.R.* (2d) 235, p. 235-236). Cette distinction est souvent occultée et il convient d’y apporter certaines précisions dans le cadre du présent pourvoi.

[61] La première forme de peines cruelles et inusitées concerne les peines dont l’effet est exagérément disproportionné par rapport à ce qui aurait été approprié (*Smith*, p. 1072). Une peine outrepassa les limites constitutionnelles lorsqu’elle est exagérément disproportionnée et non simplement excessive (*Smith*, p. 1072). Une peine exagérément disproportionnée est cruelle et inusitée dans la mesure où elle démontre un mépris total de l’État envers les circonstances propres à l’individu condamné et la proportionnalité du châtiment qu’il subit.

[62] Déterminer si une peine est exagérément disproportionnée requiert une analyse contextuelle et comparative : une peine est jugée telle dans les circonstances particulières d’un cas donné, en rapport avec la peine qui aurait été juste et appropriée au regard des caractéristiques propres au contrevenant et des circonstances entourant la commission de l’infraction. En revanche, la nature de la peine infligée ne pose pas problème d’un point de vue constitutionnel. À titre d’exemple, il est reconnu que l’État peut recourir à l’emprisonnement à durée déterminée ou à l’infliction d’une amende comme mesures punitives. De telles peines ne sont donc pas en soi cruelles et inusitées, mais elles peuvent le devenir lorsque leurs effets les rendent exagérément disproportionnées.

[63] La jurisprudence sur les peines exagérément disproportionnées s’est développée dans le domaine des peines obligatoires, infligées sans égard aux circonstances particulières du contrevenant (p. ex. : des peines d’emprisonnement minimales obligatoires dans *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *Nur*; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *Smith*; une suramende compensatoire obligatoire dans *Boudreault*; une ordonnance obligatoire interdisant à l’intéressé d’avoir une arme en sa possession dans *R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895). Dans l’arrêt *Nur*, notre Cour a rappelé que, pour déterminer si une peine minimale est exagérément disproportionnée, le tribunal doit d’abord se demander « ce qui constituerait

Criminal Code” (para. 46). The court must then ask whether the impugned provision requires it to impose a sentence that is grossly disproportionate to one that would be just and appropriate for the offender or for another offender in a reasonable hypothetical case; if the provision does so, it infringes s. 12 of the *Charter* (*Nur*, at para. 46). The *Nur* framework does not apply to discretionary sentences. Where there is no mandatory minimum sentence, the imposition of a sentence that is acceptable by its nature but that proves to be disproportionate in a particular case can be rectified by way of an appeal against sentence rather than a declaration of unconstitutionality (*Malmo-Levine*, at paras. 167-68).

une peine proportionnée à l’infraction eu égard aux objectifs et aux principes de détermination de la peine établis par le *Code criminel* » (par. 46). Il doit ensuite décider si la disposition contestée le contraint à infliger une peine totalement disproportionnée par rapport à la peine juste et appropriée pour le contrevenant ou un autre contrevenant placé dans une situation hypothétique raisonnable, auquel cas la disposition viole l’art. 12 de la *Charte* (*Nur*, par. 46). Le cadre d’analyse de l’arrêt *Nur* ne s’applique pas aux peines discrétionnaires. En l’absence de peine minimale obligatoire, l’infliction d’une peine dont la nature est acceptable, mais qui s’avère disproportionnée dans un cas particulier, peut être corrigée par un appel visant la justesse de la peine plutôt que par une déclaration d’inconstitutionnalité (*Malmo-Levine*, par. 167-168).

[64] The second prong of the protection afforded by s. 12 concerns a narrow class of punishments that are cruel and unusual by nature; these punishments will “always be grossly disproportionate” because they are intrinsically incompatible with human dignity (*Smith*, at p. 1073). These punishments are in themselves contrary to human dignity because of their “degrading and dehumanizing” nature, as this Court put it in 9147-0732 *Québec inc.* (para. 51; the Court was unanimous on this point). A degrading or dehumanizing punishment, by its very nature, outrages “our standards of decency” (*Luxton*, at p. 724).

[64] Le deuxième volet de la protection conférée par l’art. 12 vise une catégorie restreinte de peines cruelles et inusitées par nature, des peines qui sont « toujours exagérément disproportionné[es] » parce qu’intrinsèquement incompatibles avec la dignité humaine (*Smith*, p. 1074). De telles peines sont, en soi, incompatibles avec la dignité humaine en raison de leur caractère « dégradan[t] et déshumanisan[t] », pour reprendre les termes utilisés par notre Cour dans 9147-0732 *Québec inc.* (par. 51, unanime sur ce point). De par sa nature même, une peine dégradante ou déshumanisante porte atteinte « à nos normes de décence » (*Luxton*, p. 724).

[65] Since a society’s standards of decency are not frozen in time, what constitutes punishment that is cruel and unusual by nature will necessarily evolve, in accordance with the principle that our Constitution is a living tree capable of growth and expansion within its natural limits so as to meet the new social, political and historical realities of the modern world (*Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698, at para. 22; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 155-56; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 136). As Cory J. pointed out more than 30 years ago while dissenting on another point in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, “[w]hat is acceptable as punishment to a society will vary with the nature of that society, its degree of stability and its level of maturity” (p. 818).

[65] Comme les normes de décence d’une société ne sont pas figées dans le temps, ce qui constitue une peine cruelle et inusitée par nature est appelé à évoluer, conformément au principe selon lequel notre Constitution est un arbre vivant capable de croître et de se développer à l’intérieur de ses limites naturelles, de manière à répondre aux nouvelles réalités sociales, politiques et historiques du monde contemporain (*Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 22; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155-156; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), p. 136). Comme le soulignait le juge Cory il y a plus de 30 ans, alors dissident sur un autre point dans l’affaire *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, « [c]e qui est une peine acceptable pour une société dépend de la nature

Punishments that we regard as incompatible with human dignity today were common and accepted in the past. Professor A. N. Doob rightly states that “[t]he reason we no longer whip or hang people is not that we ran out of leather or rope. Rather, it is because those punishments are no longer congruent with Canadian values” (Department of Justice Canada, *A Values and Evidence Approach to Sentencing Purposes and Principles* (2017), at p. 4).

de cette dernière, de son degré de stabilité et de son niveau de maturité » (p. 818). Les châtimens que nous considérons aujourd’hui comme incompatibles avec la dignité humaine étaient répandus et acceptés à une autre époque. Le professeur A. N. Doob affirme avec justesse que « [l]a raison pour laquelle nous ne fouettons et ne pendons plus les gens n’est pas le manque de cuir ou de corde. C’est plutôt parce que ces châtimens ne sont plus en adéquation avec les valeurs canadiennes » (Ministère de la Justice du Canada, *Une approche des objectifs et des principes de détermination de la peine basée sur les valeurs et sur les preuves* (2017), p. 4).

[66] Among the punishments and treatments that have so far been held to be intrinsically incompatible with human dignity are “the infliction of corporal punishment, such as the lash, irrespective of the number of lashes imposed . . . the lobotomisation of certain dangerous offenders or the castration of sexual offenders” (*Smith*, at p. 1074). Torture also falls into this category, for it has as its end “the denial of a person’s humanity” (*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at para. 51).

[66] Parmi les peines et traitements reconnus à ce jour comme intrinsèquement incompatibles avec la dignité humaine, mentionnons « l’imposition d’un châtimen corporel comme la peine du fouet, sans égard au nombre de coups de fouet imposé [. . .], la lobotomie de certains criminels dangereux, ou la castration d’auteurs de crimes sexuels » (*Smith*, p. 1074). La torture appartient également à cette catégorie, le but ultime de ce supplice étant « de priver une personne de son humanité » (*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 51).

[67] A punishment is cruel and unusual by nature if the court is convinced that, having regard to its nature and effects, it could never be imposed in a manner consonant with human dignity in the Canadian criminal context. A punishment that is cruel and unusual by nature is “so inherently repugnant that it could never be an appropriate punishment, however egregious the offence” (*Suresh*, at para. 51). To determine whether a punishment is intrinsically incompatible with dignity, the court must determine whether the punishment is, by its very nature, degrading or dehumanizing. The effects that the punishment may have on all offenders on whom it is imposed can also inform the court and provide support for its analysis of the nature of the punishment.

[67] Une peine est cruelle et inusitée par nature si le tribunal est convaincu que, compte tenu de sa nature et de ses effets, cette peine ne pourrait jamais être infligée d’une manière conforme à la dignité humaine dans le contexte pénal canadien. Une peine cruelle et inusitée par nature est « si intrinsèquement répugnante qu’elle ne saurait jamais constituer un châtimen approprié, aussi odieuse que soit l’infraction » (*Suresh*, par. 51). Pour déterminer si une peine est intrinsèquement incompatible avec la dignité, le tribunal doit évaluer si la peine est, par sa nature, dégradante ou déshumanisante. Les effets susceptibles d’être causés à l’ensemble des contrevenants condamnés à un tel châtimen peuvent également éclairer le tribunal et appuyer son analyse de la nature de la peine.

[68] The court’s analysis must remain focused on the nature of the punishment rather than on considerations of proportionality between the punishment and the offender’s moral culpability. A punishment that is cruel and unusual by nature will by definition “always

[68] L’analyse du tribunal doit demeurer centrée sur la nature de la peine plutôt que sur des considérations de proportionnalité entre la peine et la culpabilité morale du contrevenant. En effet, une peine cruelle et inusitée par nature est, par définition, « toujours

be grossly disproportionate” (*Smith*, at p. 1073). Such a punishment must quite simply be excluded from the arsenal of sanctions available to the state, which means that the state cannot circumvent s. 12 by providing for specific exemptions for the imposition of the punishment or by making its imposition subject to judicial discretion. In other words, the mere possibility that a punishment that is cruel and unusual by nature may be imposed is enough to infringe s. 12 of the *Charter*.

[69] In sum, a punishment may infringe s. 12 for two distinct reasons, either because it is grossly disproportionate in a given case or because it is intrinsically incompatible with human dignity. Where both prongs of the protection of s. 12 are in issue in the same case, the analysis of the nature of the punishment must precede that of gross disproportionality. If the punishment that might be imposed is cruel and unusual by nature, and hence intrinsically incompatible with human dignity, it will be unnecessary — and I would even say pointless — to consider whether it is grossly disproportionate in a given case, because a punishment that is cruel and unusual by nature will “always be grossly disproportionate” (*Smith*, at p. 1073; see also Kerr and Berger, at p. 238).

[70] In their analysis under s. 12 of the *Charter*, the courts must show deference to Parliament’s policy decisions with respect to sentencing (*Lloyd*, at para. 45). The limit set by the Constitution for a sentence to be found grossly disproportionate is intended to be demanding and will be attained only rarely (*Boudreault*, at para. 45; *Lloyd*, at para. 24; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385, at p. 1417; *Lyons*, at p. 345). Likewise, the courts must be cautious and deferential when a sentence is contested on the basis that it falls into the narrow category of punishment that is cruel and unusual by nature. Nevertheless, “the final judgment as to whether a punishment exceeds constitutional limits set by the Charter is properly a judicial function” (*Lloyd*, at para. 45, quoting *R. v. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226 (Ont. Dist. Ct.), at p. 238). That is the analysis we must now undertake.

exagérément disproportionné[e] » (*Smith*, p. 1074). Une peine cruelle et inusitée par nature doit tout simplement être exclue de l’arsenal de sanctions à la disposition de l’État, ce qui signifie que ce dernier ne peut contourner les prescriptions de l’art. 12 en prévoyant certaines exemptions à l’infliction de cette peine ou en assujettissant celle-ci à la discrétion du tribunal. En d’autres termes, la simple possibilité qu’une peine cruelle et inusitée par nature puisse être infligée suffit pour enfreindre l’art. 12 de la *Charte*.

[69] En résumé, une peine peut violer l’art. 12 pour deux motifs distincts, soit parce qu’elle est exagérément disproportionnée dans un cas donné, soit parce qu’elle est intrinsèquement incompatible avec la dignité humaine. Lorsque les deux volets de la protection de l’art. 12 sont en cause dans une même affaire, l’analyse de la nature de la peine doit précéder celle de la disproportion exagérée. En effet, si la peine susceptible d’être infligée est cruelle et inusitée par nature, et donc intrinsèquement incompatible avec la dignité humaine, il n’est pas nécessaire — et je dirais même inutile — de s’interroger sur son caractère exagérément disproportionné dans un cas donné, puisqu’une peine cruelle et inusitée par nature est « toujours exagérément disproportionné[e] » (*Smith*, p. 1074; voir aussi Kerr et Berger, p. 238).

[70] Dans leur analyse de l’art. 12 de la *Charte*, les tribunaux doivent faire preuve de déférence envers les décisions de politique générale du législateur en matière de peines (*Lloyd*, par. 45). La limite fixée par la Constitution pour qu’une peine soit jugée exagérément disproportionnée se veut exigeante et ne sera atteinte qu’en de rares occasions (*Boudreault*, par. 45; *Lloyd*, par. 24; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385, p. 1417; *Lyons*, p. 345). De la même manière, les tribunaux doivent faire montre de prudence et de retenue lorsqu’une peine est contestée au motif qu’elle fait partie de la catégorie restreinte de peines cruelles et inusitées par nature. Cependant, [TRADUCTION] « le jugement définitif quant à savoir si une peine excède les limites constitutionnelles fixées par la Charte constitue à bon droit une fonction judiciaire » (*Lloyd*, par. 45, citant *R. c. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226 (C. dist. Ont.), p. 238). C’est l’analyse qu’il nous incombe maintenant d’effectuer.

E. *Does Section 745.51 Cr. C. Infringe Section 12 of the Charter?*

[71] I will begin by observing that this appeal concerns only the constitutionality, under s. 12 of the *Charter*, of a provision that allows a court to impose consecutive parole ineligibility periods in a context involving multiple murders. Specifically, in the case of first degree murders, the court is authorized, through the combined effect of ss. 745.51 and 745(a) *Cr. C.*, to add up ineligibility periods of 25 years for each murder. Whether it is unconstitutional for a court to impose any ineligibility period greater than 25 years is therefore not at issue in this case.

[72] To answer the question before the Court, I will begin by defining the scope of s. 745.51 *Cr. C.* and the punishment that flows from it. I will then inquire into the nature of that punishment to determine whether it is intrinsically incompatible with human dignity and thus cruel and unusual by nature. To support my analysis of the nature of the punishment, I will consider the potential effects of the punishment on all offenders and I will also look at international and comparative law. I will finish on this topic by discussing whether the judicial discretion and the royal prerogative of mercy affect the constitutionality of the impugned provision.

[73] For the reasons that follow, I conclude that, by allowing consecutive 25-year parole ineligibility periods to be imposed in cases involving first degree murders, s. 745.51 *Cr. C.* authorizes the imposition of sentences of imprisonment for life without a realistic possibility of parole before death for all offenders who must serve such periods consecutively. Such sentences are degrading in nature and thus incompatible with human dignity, because they deny offenders any possibility of reintegration into society, which presupposes, definitively and irreversibly, that they lack the capacity to reform and re-enter society. The conclusion that a sentence of imprisonment without a realistic possibility of parole is incompatible with human dignity is supported by an analysis of the effects that such a sentence may have on all offenders on whom it is imposed, as well as by a review of

E. *L'article 745.51 C. cr. contrevient-il à l'art. 12 de la Charte?*

[71] D'entrée de jeu, le présent pourvoi concerne uniquement la constitutionnalité, au regard de l'art. 12 de la *Charte*, d'une disposition qui permet au tribunal de cumuler des périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle dans un contexte de meurtres multiples. Plus particulièrement, en cas de meurtres au premier degré, le tribunal est autorisé, par le jeu de l'art. 745.51 et de l'al. 745a) *C. cr.*, à additionner des périodes d'inadmissibilité de 25 ans pour chaque meurtre. En conséquence, il ne s'agit pas en l'espèce de décider si l'infliction de toute période d'inadmissibilité supérieure à 25 ans est inconstitutionnelle.

[72] Pour répondre à la question dont notre Cour est saisie, je vais d'abord circonscrire la portée de l'art. 745.51 *C. cr.* et la peine qui en découle. Je procéderai ensuite à l'examen de la nature de cette peine pour déterminer si elle est intrinsèquement incompatible avec la dignité humaine et donc cruelle et inusitée par nature. Pour appuyer l'analyse de la nature de la peine, je vais me pencher sur les effets susceptibles d'être causés par le châtiment sur l'ensemble des contrevenants, ainsi que sur le droit international et le droit comparé. Enfin, je vais examiner l'incidence du pouvoir discrétionnaire du tribunal et de la prérogative royale de clémence sur la constitutionnalité de la disposition contestée.

[73] Pour les motifs qui suivent, je conclus que, par le cumul de périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de 25 ans en cas de meurtres au premier degré, l'art. 745.51 *C. cr.* autorise l'infliction de peines d'emprisonnement à vie sans possibilité réaliste de libération conditionnelle avant la mort de tous les contrevenants qui sont assujettis à un tel cumul. De telles peines sont de nature dégradante, et donc contraires à la dignité humaine, puisqu'elles retirent aux contrevenants toute possibilité de réinsertion sociale, ce qui présuppose, de manière finale et irréversible, que ces derniers ne possèdent pas la capacité de s'amender et de réintégrer la société. L'analyse des effets susceptibles d'être causés à l'ensemble des contrevenants assujettis à une peine d'emprisonnement sans possibilité réaliste de libération conditionnelle, ainsi qu'un tour d'horizon du

international and comparative law. Finally, the judicial discretion cannot save the impugned provision, and the royal prerogative of mercy does not offer a realistic possibility of release for an individual serving a sentence of imprisonment for which there is no other review mechanism.

(1) Scope of Section 745.51 Cr. C.

[74] An accused who is convicted of first or second degree murder will be sentenced to imprisonment for life (s. 235(2) *Cr. C.*) and will be eligible for full parole only after serving an ineligibility period of, respectively, 25 years or 10 to 25 years (s. 745(a) and (c) *Cr. C.*). Section 745.51 *Cr. C.* provides that the judge who presided at the trial may, by order, decide that the periods without eligibility for parole for each murder conviction are to be served consecutively, in a departure from the general principle that parole ineligibility periods are to be served concurrently (ss. 718.2(c) and 718.3(4) *Cr. C.*). According to the interpretation proposed by the parties — which we will assume to be correct for the purposes of this appeal, insofar as it is not determinative — s. 745.51 *Cr. C.* applies regardless of whether the multiple murders were committed at the same time or during separate events, and it applies in the absence of a previous conviction.

[75] I agree with the trial judge and the Court of Appeal in this case that s. 745.51 *Cr. C.* does not authorize a court to order that an offender convicted of first degree murder serve only a portion of a 25-year ineligibility period consecutively to another period imposed for another first degree murder (Sup. Ct. reasons, at para. 824; C.A. reasons, at para. 64). The provision in question allows only the imposition of consecutive 25-year periods. Parliament's intention, which I will discuss below, was clear on this point. I would add that s. 745.51 *Cr. C.* sets no ceiling for the total length of the ineligibility period a court may impose. This provision merely states the criteria that

droit international et du droit comparé, appuient la conclusion selon laquelle une telle peine est contraire à la dignité humaine. Enfin, le pouvoir discrétionnaire du tribunal ne peut sauvegarder la disposition contestée et la prérogative royale de clémence ne constitue pas une possibilité réaliste de remise en liberté pour l'individu purgeant une peine d'emprisonnement qui n'est assortie d'aucun autre mécanisme de révision.

(1) La portée de l'art. 745.51 C. cr.

[74] Lorsqu'un accusé est déclaré coupable de meurtre au premier degré ou de meurtre au deuxième degré, il est condamné à une peine d'emprisonnement à perpétuité (par. 235(2) *C. cr.*) et il ne devient admissible à une libération conditionnelle totale qu'après un temps d'épreuve de 25 ans ou de 10 à 25 ans respectivement (al. 745a) et c) *C. cr.*). L'article 745.51 *C. cr.* permet au juge qui préside le procès d'ordonner que les périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle pour chaque condamnation pour meurtre soient purgées consécutivement, par dérogation au principe général selon lequel les périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle doivent être purgées concurremment (al. 718.2c) et par. 718.3(4) *C. cr.*). Suivant l'interprétation proposée par les parties — et que nous tiendrons pour acquise pour les besoins du présent pourvoi, dans la mesure où elle n'est pas déterminante — l'art. 745.51 *C. cr.* s'applique indépendamment du fait que les meurtres multiples ont été commis lors d'une même occasion ou lors d'événements distincts, ainsi qu'en l'absence d'une condamnation antérieure.

[75] À l'instar du premier juge et de la Cour d'appel en l'espèce, je suis d'avis que l'art. 745.51 *C. cr.* n'habilite pas le tribunal à ordonner qu'un contrevenant condamné pour meurtre au premier degré purge seulement une partie de la période d'inadmissibilité de 25 ans de manière consécutive à une autre période imposée pour un autre meurtre au premier degré (motifs de la C.S., par. 824; motifs de la C.A., par. 64). La disposition en question autorise uniquement le cumul de périodes de 25 ans. L'intention du législateur, sur laquelle je reviendrai, était claire sur ce point. Je souligne d'ailleurs que l'art. 745.51 *C. cr.* ne fixe aucun plafond en ce qui concerne la

are to guide the court in exercising its discretion, to which I will return later in these reasons.

[76] In the case of multiple first degree murders, the impugned provision authorizes the imposition of sentences of imprisonment that effectively deprive all offenders who receive such sentences of a realistic possibility of being granted parole. In the scenario that is most favourable to the Crown, but that would in fact be quite rare, an 18-year-old offender who goes to prison and remains there for the next 50 years of their life could theoretically be paroled at the age of 68. For reference, it should be noted that the average life expectancy of inmates who die of natural causes is about 60 years (Office of the Correctional Investigator of Canada and Canadian Human Rights Commission, *Aging and Dying in Prison: An Investigation into the Experiences of Older Individuals in Federal Custody* (2019), at p. 57), which is far lower than the average life expectancy of the general public (for context, the average life expectancy of Canadians, both sexes combined, was 81.7 years in 2020; see Statistics Canada, “Deaths, 2020”, in *The Daily*, January 24, 2022 (online)).

[77] Therefore, at the end of the 50-year period of incarceration, some offenders will have died, while others will perhaps be released after the significant years of their life are over, making them what some authors have called “virtual lifers” (A. Iftene, “R. c. Bissonnette and the (Un)Constitutionality of Consecutive Periods of Parole Ineligibility for a Life Sentence: Why the QCCA Got It Right and Why Section 745.51 Should Never Be Re-Written” (2021), 69 *Crim. L.Q.* 312, at p. 331). For the purposes of analyzing the constitutionality of the impugned provision, this situation can be likened to a sentence of imprisonment for life without a realistic possibility of parole, in that the individual in question will never be able to re-enter society and contribute to it as an active citizen, especially given the fact that long prison sentences impair, more than they favour, the

durée totale du temps d’épreuve que peut infliger le tribunal. Cette disposition se limite à énoncer les critères guidant l’exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal, pouvoir sur lequel je reviendrai.

[76] En cas de meurtres multiples au premier degré, la disposition contestée permet l’infliction de peines d’emprisonnement qui, dans les faits, privent tous les contrevenants visés d’une possibilité réaliste d’obtenir une libération conditionnelle. Dans le scénario le plus favorable au ministère public, mais par ailleurs rarissime, un contrevenant âgé de 18 ans qui prend le chemin de la prison et qui y demeure durant les 50 années suivantes de sa vie pourrait, en théorie, obtenir sa libération conditionnelle alors qu’il sera âgé de 68 ans. À titre d’information, il convient de signaler que l’espérance de vie moyenne des détenus qui décèdent de causes naturelles est d’environ 60 ans (Bureau de l’enquêteur correctionnel du Canada et Commission canadienne des droits de la personne, *Vieillir et mourir en prison : enquête sur les expériences vécues par les personnes âgées sous garde fédérale* (2019), p. 67), chiffre qui est nettement inférieur à l’espérance de vie moyenne au sein de la population générale (à titre indicatif, l’espérance de vie moyenne au Canada, tous sexes confondus, était de 81,7 ans en 2020; voir Statistique Canada, « Décès, 2020 », dans *Le Quotidien*, 24 janvier 2022 (en ligne)).

[77] Ainsi, au terme de 50 ans d’incarcération, certains contrevenants seront décédés, tandis que d’autres seront peut-être libérés une fois les années significatives de leur vie écoulées, faisant d’eux ce que certains auteurs appellent de [TRADUCTION] « véritables condamnés à perpétuité » (A. Iftene, « R. c. Bissonnette and the (Un)Constitutionality of Consecutive Periods of Parole Ineligibility for a Life Sentence : Why the QCCA Got It Right and Why Section 745.51 Should Never Be Re-Written » (2021), 69 *Crim. L.Q.* 312, p. 331). Pour les besoins de l’analyse de la constitutionnalité de la disposition contestée, cette dernière situation est assimilable à une peine d’emprisonnement à perpétuité sans possibilité réaliste de libération conditionnelle, dans la mesure où l’individu ne pourra jamais réintégrer la société et y contribuer en tant que citoyen actif, surtout lorsque

reintegration of offenders into society (*R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at paras. 54-57; Ruby, at §1.63).

[78] As for the other possible cases, which involve the imposition of a sentence of imprisonment for life without eligibility for parole for 75, 100, 125 or even 800 years, the conclusion is self-evident: the individual is sentenced to die in prison, deprived of any possibility of one day recovering a portion of their liberty.

[79] Such cases are far from being hypothetical, as can be seen from the jurisprudence. In *R. v. Bourque*, 2014 NBQB 237, 427 N.B.R. (2d) 259, for example, a 24-year-old accused was sentenced to imprisonment for life with no possibility of applying for parole before the expiration of a 75-year ineligibility period (see also *R. v. Saretzky*, 2017 ABQB 496; *R. v. Ostamas*, 2016 MBQB 136, 329 Man. R. (2d) 203).

[80] I will therefore analyze the constitutionality of the impugned provision on the basis that it effectively authorizes the imposition of a sentence of imprisonment for life without a realistic possibility of parole.

(2) Imprisonment for Life Without a Realistic Possibility of Parole Constitutes Punishment That Is Cruel and Unusual by Nature

[81] An examination of the nature of a sentence of imprisonment for life without a realistic possibility of parole leads to the conclusion that it is incompatible with human dignity, a value that underlies the protection conferred by s. 12 of the *Charter*. This punishment is degrading in nature in that it presupposes at the time of its imposition, in a definitive and irreversible way, that the offender is beyond redemption and lacks the moral autonomy needed for rehabilitation. This alone justifies the conclusion that this punishment is cruel and unusual by nature. It will nonetheless be helpful to review in addition the effects that this sentence may have on all offenders on whom it is imposed.

l'on considère que les longues peines d'emprisonnement nuisent à la réinsertion sociale des contrevenants plus qu'elles ne la favorisent (*R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 54-57; Ruby, §1.63).

[78] En ce qui concerne les autres hypothèses, c'est-à-dire l'infliction d'une peine d'emprisonnement à vie sans possibilité de libération conditionnelle avant 75, 100, 125, voire 800 ans, la conclusion s'impose d'elle-même. L'individu est condamné à mourir en prison, privé de toute possibilité de regagner un jour une partie de sa liberté.

[79] De telles hypothèses sont loin d'être théoriques, comme en témoigne la jurisprudence. À titre d'exemple, dans l'affaire *R. c. Bourque*, 2014 NBBR 237, 427 R.N.-B. (2e) 259, un accusé âgé de 24 ans a été condamné à une peine d'emprisonnement à vie sans possibilité de demander une libération conditionnelle avant l'expiration d'un temps d'épreuve de 75 ans (voir aussi *R. c. Saretzky*, 2017 ABQB 496; *R. c. Ostamas*, 2016 MBQB 136, 329 Man. R. (2d) 203).

[80] J'entreprends donc l'analyse de la constitutionnalité de la disposition contestée en postulant qu'elle autorise, dans les faits, l'infliction d'une peine d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité réaliste de libération conditionnelle.

(2) L'emprisonnement à perpétuité sans possibilité réaliste de libération conditionnelle constitue une peine cruelle et inusitée par nature

[81] L'examen de la nature de la peine d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité réaliste de libération conditionnelle mène à la conclusion qu'elle est incompatible avec la dignité humaine, valeur qui sous-tend la protection conférée par l'art. 12 de la *Charte*. Cette peine est de nature dégradante en ce qu'elle présuppose, dès l'infliction de la peine, et ce, de manière finale et irréversible, que le contrevenant est irrécupérable et ne possède pas l'autonomie morale nécessaire pour se réhabiliter. À lui seul, ce constat permet de conclure qu'il s'agit d'une peine cruelle et inusitée par nature. Il est néanmoins pertinent de procéder, de manière complémentaire, à l'analyse des effets susceptibles d'être causés par cette peine sur l'ensemble des contrevenants qui y sont assujettis.

(a) *Examination of the Nature of a Sentence of Imprisonment for Life Without a Realistic Possibility of Parole*

[82] A sentence of imprisonment for life without a realistic possibility of parole is different in nature from a sentence of incarceration for which a review mechanism exists, in that the former deprives the offender of any prospect of reforming and re-entering society (see *Lyons*, at pp. 340-41; I. Grant, C. Choi and D. Parkes, “The Meaning of Life: A Study of the Use of Parole Ineligibility for Murder Sentencing” (2020), 52 *Ottawa L. Rev.* 133, at p. 172, citing A. Liebling, “Moral performance, inhuman and degrading treatment and prison pain” (2011), 13 *Punishm. & Soc.* 530, at p. 536). A variety of expressions, all of which allude to the fact that the offender will inevitably die behind bars, have been used to describe the nature of a sentence of life in prison without the possibility of parole (e.g., “living death sentence”, “death by incarceration”, “virtual death sentence”, “prolonged death penalty”, “delayed death penalty”, “death sentence without an execution date” and “the other death penalty”; see J. S. Henry, “Death-in-Prison Sentences: Overutilized and Underscrutinized”, in C. J. Ogletree, Jr. and A. Sarat, eds., *Life without Parole: America’s New Death Penalty?* (2012), 66, at p. 66). Once behind prison walls, the offender is doomed to remain there until death regardless of any efforts at rehabilitation, despite the devastating effects that this causes.

[83] The objective of rehabilitation is intimately linked to human dignity in that it reflects the conviction that all individuals carry within themselves the capacity to reform and re-enter society. As J. Desrosiers and C. Bernard aptly write, criminal law is based, and must be based, [TRANSLATION] “on a conception of the human being as an agent who is free and autonomous and, as a result, capable of change” (“L’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle: une peine inconstitutionnelle?” (2021), 25 *Can. Crim. L.R.* 275, at p. 303).

a) *L’examen de la nature de la peine d’emprisonnement à perpétuité sans possibilité réaliste de libération conditionnelle*

[82] La nature de la peine d’emprisonnement à perpétuité sans possibilité réaliste de libération conditionnelle est différente de celle d’une peine d’incarcération assortie d’un mécanisme de révision, en ce que la première prive le contrevenant de toute possibilité de s’amender et de réintégrer la société (voir *Lyons*, p. 340-341; I. Grant, C. Choi et D. Parkes, « The Meaning of Life : A Study of the Use of Parole Ineligibility for Murder Sentencing » (2020), 52 *R.D. Ottawa* 133, p. 172, citant A. Liebling, « Moral performance, inhuman and degrading treatment and prison pain » (2011), 13 *Punishm. & Soc.* 530, p. 536). Diverses expressions, qui évoquent toutes la mort inévitable du contrevenant derrière les barreaux, ont été employées pour décrire la nature de la peine de prison à vie sans possibilité de libération conditionnelle (p. ex. : [TRADUCTION] « condamnation à mourir à petit feu », « mort par incarcération », « sentence de mort virtuelle », « peine de mort lente », « peine de mort suspendue », « peine de mort sans date d’exécution », et « l’autre peine de mort »; voir J. S. Henry, « Death-in-Prison Sentences : Overutilized and Underscrutinized », dans C. J. Ogletree, Jr. et A. Sarat, dir., *Life without Parole : America’s New Death Penalty?* (2012), 66, p. 66). En effet, une fois entre les murs de l’établissement carcéral, le contrevenant est destiné à y rester jusqu’à son décès, et ce, sans égard à ses efforts de réhabilitation, malgré les effets dévastateurs que cela entraîne.

[83] L’objectif de réinsertion sociale est intimement lié à la dignité humaine en ce qu’il exprime la conviction que chaque individu porte en lui la capacité de se réhabiliter et de réintégrer la société. Comme l’écrivent avec justesse les auteures J. Desrosiers et C. Bernard, le droit criminel se construit, et doit se construire, « sur une conception de l’être humain comme agent libre et autonome et partant, capable de changement » (« L’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle : une peine inconstitutionnelle? » (2021), 25 *Rev. can. D.P.* 275, p. 303).

[84] It is difficult if not impossible to predict an offender's capacity for reform over a period of 50 years or more, let alone to predict whether the offender will actually be able to reform during their many years of incarceration. By depriving offenders in advance of any possibility of reintegration into society, the impugned provision shakes the very foundations of Canadian criminal law. It thereby negates the objective of rehabilitation from the time of sentencing, which has the effect of denying offenders any autonomy and imposing on them a degrading punishment that is incompatible with human dignity.

[85] To ensure respect for human dignity, Parliament must leave a door open for rehabilitation, even in cases where this objective is of minimal importance. Offenders who are by chance able to rehabilitate themselves must have access to a sentence review mechanism after having served a period of incarceration that is sufficiently long to denounce the gravity of their offence. This last point is important, as Parliament has latitude to establish sentences whose severity expresses society's condemnation of the offence committed, and while such sentences may in some circumstances have the effect of dooming offenders to die behind bars, they are not necessarily contrary to s. 12 of the *Charter*.

[86] As an illustration, in *Luxton*, this Court rejected the argument that the mandatory sentence for first degree murder infringes s. 12 of the *Charter*. The Court considered it proper for Parliament to treat this crime — the most serious of all — with an appropriate degree of severity. The 25-year parole ineligibility period reflects society's condemnation of the commission of such a crime and does not outrage our standards of decency (*Luxton*, at pp. 724-25). Because of the 25-year mandatory ineligibility period, an elderly offender who is convicted of first degree murder will thus have little or no hope of getting out of prison. As was decided in *Luxton*, that sentence is nonetheless compatible with s. 12 of the *Charter*, since it is within the purview of Parliament to sanction the most heinous crime with a sentence that sufficiently denounces the gravity of the offence, but that does

[84] Il est difficile, voire impossible de prédire la capacité d'un contrevenant de s'amender dans un horizon de 50 ans ou plus, et encore davantage de prédire s'il sera effectivement en mesure de le faire durant ses nombreuses années d'incarcération. En retirant à l'avance aux contrevenants toute possibilité de réintégrer la société, la disposition contestée ébranle les fondements mêmes du droit criminel canadien. La disposition réduit ainsi à néant l'objectif de réhabilitation dès le moment de l'infliction de la peine, ce qui a pour effet de nier toute autonomie aux contrevenants et de leur infliger une peine dégradante incompatible avec la dignité humaine.

[85] Pour 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. Si d'aventure un contrevenant parvenait à se réhabiliter, ce dernier doit avoir accès à un mécanisme de réexamen de sa peine, après avoir purgé une période d'incarcération qui est suffisamment longue pour dénoncer la gravité de l'infraction. Cette dernière précision est importante, car le Parlement dispose d'une latitude pour établir des peines dont la sévérité exprime la réprobation de la société à l'égard de l'infraction commise et, bien que ces peines puissent dans certaines circonstances avoir pour effet de condamner un contrevenant à mourir derrière les barreaux, elles ne constituent pas nécessairement une violation de l'art. 12 de la *Charte*.

[86] À titre d'illustration, dans l'arrêt *Luxton*, notre Cour a rejeté la prétention selon laquelle la peine obligatoire en cas de meurtre au premier degré viole l'art. 12 de la *Charte*. De l'avis de la Cour, le Parlement peut à bon droit traiter ce crime — le plus grave qui soit — avec un degré approprié de sévérité. La période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de 25 ans exprime la réprobation de la société à l'égard de la perpétration d'un tel crime et ne constitue pas une atteinte à nos normes de décence (*Luxton*, p. 724-725). Un contrevenant reconnu coupable de meurtre au premier degré à un âge avancé n'aura donc que peu ou pas d'espoir de sortir de prison, vu la période de temps d'épreuve obligatoire de 25 ans. Mais, comme il a été jugé dans l'arrêt *Luxton*, cette peine demeure conforme à l'art. 12 de la *Charte*, car elle relève du pouvoir du Parlement de sanctionner le

not exceed constitutional limits by depriving every offender of any possibility of parole from the outset.

[87] In the case at bar, on the other hand, the impugned provision authorizes the imposition of consecutive parole ineligibility periods of 25 years each, for each first degree murder, which has the result of depriving every offender who must serve such periods of the possibility of reforming and re-entering society. J. S. Henry rightly states that “[death-in-prison] sentences are severe and degrading because, like capital sentences, they fail to recognize the intrinsic worth of the incarcerated person. The absence of all redemptive possibility denies human dignity” (p. 76). As Martin J. observed in *Boudreault*, in which the Court struck down the victim surcharge provision, “[t]he inability of offenders to repay their full debt to society and to apply for reintegration and forgiveness strikes at the very foundations of our criminal justice system” (para. 79). Although the context of that case was different from the present one, the principle it lays down that every offender should have the opportunity to reform and be reintegrated into society is of general application. The foundations of our criminal justice system, as discussed in *Boudreault*, require respect for the inherent worth of every individual, including the vilest of criminals.

[88] Contrary to what the appellants argue, the intent here is not to have the objective of rehabilitation prevail over all the others, but rather to preserve a certain place for it in a penal system based on respect for the inherent dignity of every individual. Where the offence of first degree murder is concerned, rehabilitation is already subordinate to the objectives of denunciation and deterrence, as can be seen from the severity of the punishment.

[89] The objectives of denunciation and deterrence are already attained by imposing the harshest mandatory minimum sentence provided for in the *Criminal*

crime le plus odieux par une peine qui dénonce suffisamment la gravité de l’infraction, sans toutefois que cette peine outrepassse les limites constitutionnelles en privant d’emblée tous les contrevenants d’une possibilité de libération conditionnelle.

[87] Par contraste, la disposition contestée en l’espèce autorise le cumul de périodes d’inadmissibilité à la libération conditionnelle d’une durée de 25 ans chacune pour chaque meurtre au premier degré, ce qui a pour résultat de priver tout contrevenant visé de la possibilité de s’amender et de réintégrer la société. L’auteur Henry dit avec justesse que [TRADUCTION] « les peines [d’emprisonnement jusqu’à ce que mort s’ensuive] sont sévères et dégradantes parce que, tout comme la peine capitale, elles ne reconnaissent pas la valeur intrinsèque de la personne incarcérée. L’absence de toute possibilité de rédemption nie la dignité humaine » (p. 76). Comme le souligne la juge Martin dans l’arrêt *Boudreault*, dans lequel la Cour a invalidé la disposition portant sur la suramende compensatoire, « [l]’incapacité des contrevenants de s’acquitter entièrement de leur dette envers la société, d’obtenir la réinsertion sociale et de demander pardon va à l’encontre des fondements mêmes de notre système de justice pénale » (par. 79). Bien que le contexte de cet arrêt diffère de celui en l’espèce, son enseignement selon lequel chaque contrevenant doit bénéficier de la possibilité de s’amender et de réintégrer la société est d’application générale. Les fondements de notre système de justice pénale, dont il est question dans l’arrêt *Boudreault*, commandent de respecter la valeur inhérente de chaque individu, incluant les criminels les plus vils.

[88] Contrairement aux prétentions des parties appelantes, il ne s’agit pas ici de faire primer l’objectif de réhabilitation sur tous les autres, mais bien de lui préserver une certaine place dans un système pénal fondé sur le respect de la dignité inhérente à chaque individu. Dans le contexte de l’infraction de meurtre au premier degré, la réhabilitation est déjà subordonnée aux objectifs de dénonciation et de dissuasion, comme en témoigne la sévérité de la peine.

[89] Les objectifs de dénonciation et de dissuasion sont déjà réalisés par l’infliction de la peine minimale obligatoire la plus sévère que prévoit le *Code criminel* :

Code: imprisonment for life (s. 235 *Cr. C.*). The 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, that is, until the offender's death (*M. (C.A.)*, at para. 57). An offender who is granted parole "still carries the societal stigma of being a convicted offender who is serving a criminal sentence" (*M. (C.A.)*, at para. 62). Moreover, an offender who is granted parole on the basis that they no longer pose a danger to society remains "under the strict control of the parole system, and the offender's liberty remains significantly curtailed" (*M. (C.A.)*, at para. 62). The threat of reincarceration — should a condition be breached — hangs over the offender at all times (*Conditional Release Act*, s. 135). Contrary to popular belief, "[a] person on parole is not a free man" (*R. v. Wilmott*, [1967] 1 C.C.C. 171 (Ont. C.A.), at p. 181).

[90] The 25-year parole ineligibility period must also be placed in perspective in order to clearly illustrate its severity. It must be borne in mind that this 25-year period, although constitutional, is far from lenient. In a report published in 1987, the Canadian Sentencing Commission noted that "[t]here has been extensive criticism of the 25 year term of custody without the possibility of parole. Many see it as inhumane: inmates have no opportunity to mitigate their sentences" (p. 262). Furthermore, inmates on whom this term is imposed have no incentive to conform to prison rules (p. 262).

[91] To put this in context, in a number of countries similar to Canada — countries governed by the rule of law where the sentence of imprisonment for life exists — there is a sentence review mechanism that is accessible to life prisoners following a minimum ineligibility period shorter than the one provided for in Canadian law for first degree murder. Some European

l'emprisonnement à perpétuité (art. 235 *C. cr.*). Le 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, c'est-à-dire jusqu'à la mort du contrevenant (*M. (C.A.)*, par. 57). Le contrevenant qui obtient une libération conditionnelle « porte encore les stigmates sociétaux découlant de sa condition de condamné en train de purger une peine criminelle » (*M. (C.A.)*, par. 62). De surcroît, dans l'éventualité où le contrevenant obtient sa libération conditionnelle parce qu'il ne pose plus un danger pour la société, il demeure « assujéti à la surveillance stricte du système de libération conditionnelle, et sa liberté continue d'être considérablement restreinte » (*M. (C.A.)*, par. 62). La menace de réincarcération pèse toujours sur lui en cas de bris de condition (*Loi sur la mise en liberté sous condition*, art. 135). Contrairement à la croyance populaire, [TRADUCTION] « [l]a personne en liberté sous condition n'est pas une personne libre » (*R. c. Wilmott*, [1967] 1 C.C.C. 171 (C.A. Ont.), p. 181).

[90] La période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de 25 ans doit elle aussi être remise en perspective pour bien faire ressortir sa sévérité. En effet, il ne faut pas perdre de vue que, bien que constitutionnelle, cette période de 25 ans est loin d'être clémente. Dans un rapport publié en 1987, la Commission canadienne sur la détermination de la peine souligne que « [l]a période d'emprisonnement de 25 ans sans possibilité d'obtenir une libération conditionnelle a fait l'objet de vives critiques, beaucoup la jugeant inhumaine puisqu'elle prive les détenus de toute possibilité d'atténuer leur sentence » (p. 289). En outre, les détenus qui y sont assujettis ne sont pas incités à se conformer aux règles de l'établissement carcéral (p. 289).

[91] À titre indicatif, il existe dans plusieurs pays similaires au Canada — où règne la primauté du droit et où la peine d'emprisonnement à vie existe — un mécanisme de réexamen de la peine qui est accessible aux contrevenants condamnés à l'emprisonnement à perpétuité après un temps d'épreuve minimal inférieur à celui prescrit en droit canadien pour le

countries have adopted a sentence review mechanism that is available to offenders upon completion of various ineligibility periods: Denmark and Finland (12 years), Germany (15 years), Switzerland (15 years, exceptionally 10 years) and France (normally 18 years, up to 22 years in the case of legal recidivism, but 30 years for certain types of murder).² There are other European countries where life imprisonment quite simply does not exist. For example, Portugal's constitution includes an article that prohibits sentences of imprisonment for life (Constitution of the Portuguese Republic, art. 30(1); D. van Zyl Smit, "Outlawing Irreducible Life Sentences: Europe on the Brink?" (2010), 23 *Fed. Sentencing Rep.* 39, at p. 40), while Norway has provided that the longest prison sentence that can be imposed is 21 years, except with respect to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes, for which the maximum sentence is increased to 30 years.³

[92] This overview highlights the severity of Canada's mandatory minimum sentence for first degree murder. There can be no doubt that the preponderant objectives of this sentence are denunciation and deterrence and that the place of rehabilitation is secondary. The only effect of s. 745.51 *Cr. C.* is to completely negate the last of these objectives, which is incompatible with human dignity for the reasons set out above.

[93] The appellants stress the importance of denouncing multiple murders more strongly by imposing a sentence that reflects the value of each human life that was lost. Such a sentence is based on a retributivist approach that could, on its own, justify a sentence of unlimited severity, and even a sentence establishing a true correspondence between the crime and the punishment. However, as Desrosiers and Bernard put it, [TRANSLATION] "in a legal system based on respect for rights and freedoms, the 'eye for an eye' principle does not apply" (p. 292). The courts must establish

meurtre au premier degré. Certains pays européens ont adopté un mécanisme de réexamen des peines ouvert aux contrevenants au terme de différentes périodes d'inadmissibilité : le Danemark et la Finlande (12 ans), l'Allemagne (15 ans), la Suisse (15 ans, exceptionnellement 10 ans) et la France (18 ans en principe, jusqu'à 22 ans en cas de récidive légale, mais 30 ans pour certains types de meurtre)². Dans d'autres États européens, la peine d'emprisonnement à perpétuité n'existe tout simplement pas. À titre d'exemples, le Portugal a constitutionnalisé l'interdiction de la peine d'emprisonnement à vie (Constitution de la République portugaise, par. 30(1); D. van Zyl Smit, « Outlawing Irreducible Life Sentences : Europe on the Brink? » (2010), 23 *Fed. Sentencing Rep.* 39, p. 40), alors que la Norvège a prévu que la peine d'emprisonnement la plus sévère pouvant être infligée est de 21 ans, à l'exception du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre où la peine maximale est portée à 30 ans³.

[92] Ce survol met en relief la sévérité de la peine minimale obligatoire pour meurtre au premier degré au Canada. La dénonciation et la dissuasion sont, sans l'ombre d'un doute, les objectifs prépondérants visés par cette peine, tandis que la réhabilitation occupe une place secondaire. L'article 745.51 *C. cr.* a pour seul effet d'anéantir complètement ce dernier objectif, ce qui est contraire à la dignité humaine pour les raisons énoncées précédemment.

[93] Les parties appelantes insistent sur l'importance de dénoncer avec plus de rigueur les meurtres multiples par l'infliction d'une peine qui reflète la valeur de chaque vie humaine perdue. Une telle peine repose sur une approche rétributiviste, approche qui pourrait à elle seule justifier une peine d'une sévérité illimitée, voire justifier une peine établissant une correspondance réelle entre le crime commis et le châtiment infligé. Mais, pour reprendre les termes des auteurs Desrosiers et Bernard, « dans un système juridique fondé sur le respect des droits et libertés,

² *Straffeloven* (Danemark), s. 41; *Rikoslaki* (Finlande), c. 2(c), s. 10; *Strafgesetzbuch* (Allemagne), s. 57a; *Swiss Criminal Code*, art. 86 para. 5; *Code de procédure pénale* (France), art. 729 para. 4 and art. 720-4 para. 2.

³ *Straffeloven* (Norvège), s. 43.

² *Straffeloven* (Danemark), art. 41; *Rikoslaki* (Finlande), c. 2(c), art. 10; *Strafgesetzbuch* (Allemagne), art. 57a; *Code pénal suisse*, art. 86 al. 5; *Code de procédure pénale* (France), art. 729 al. 4 et art. 720-4 al. 2.

³ *Straffeloven* (Norvège), art. 43.

a limit on the state's power to sanction offenders, in keeping with the *Charter*.

[94] Furthermore, the objectives of denunciation and deterrence are not better served by the imposition of excessive sentences. Beyond a certain threshold, these objectives lose all of their functional value, especially when the sentence far exceeds human life expectancy. The imposition of excessive sentences that fulfil no function, like the 150-year parole ineligibility period initially sought by the Crown in this case, does nothing more than bring the administration of justice into disrepute and undermine public confidence in the rationality and fairness of the criminal justice system. And this is leaving aside the fact that the imposition of extremely severe sentences tends to normalize such sentences and to have an inflationary effect on sentencing generally (Grant, Choi and Parkes, at p. 138, citing M. Hamilton, "Extreme Prison Sentences: Legal and Normative Consequences" (2016), 38 *Cardozo L. Rev.* 59, at pp. 106-11).

[95] As the Court of Appeal aptly stated, the imposition of a parole ineligibility period that exceeds human life expectancy [TRANSLATION] "is absurd. . . . A court must not make an order that can never be carried out" (para. 93). Although such a punishment could well be popular, it is contrary to the fundamental values of Canadian society. The thirst for vengeance that can drive us when a heinous crime is committed by one of our fellow citizens cannot justify imposing a sentence that, no matter how harsh it is, can never erase the horror of what the person has done.

(b) *Effects of a Sentence of Imprisonment for Life Without a Realistic Possibility of Parole*

[96] As far as effects are concerned, offenders who have no realistic possibility of parole are deprived of any incentive to reform. As early as 1956, the Fauteux Report clearly stated that "[a]t no time should any prisoner have reason to feel that he is a forgotten

la loi du talion est inapplicable » (p. 292). Les tribunaux doivent établir une limite au pouvoir de l'État de sanctionner les contrevenants, en conformité avec la *Charte*.

[94] Par ailleurs, les objectifs de dénonciation et de dissuasion ne sont pas mieux servis par l'infliction de peines excessives. En effet, passé un certain seuil, ces objectifs perdent toute leur valeur fonctionnelle, particulièrement lorsque la peine infligée dépasse largement l'espérance de vie humaine. L'infliction de peines excessives qui ne remplissent aucune fonction, par exemple le temps d'épreuve de 150 ans réclamé initialement par le ministère public en l'espèce, a uniquement pour effet de déconsidérer l'administration de la justice et de miner la confiance du public dans la rationalité et l'équité du système de justice criminelle. Et c'est sans compter le fait que l'infliction de peines extrêmement sévères tend à banaliser de telles peines et à entraîner un effet inflationniste sur l'ensemble des peines infligées (Grant, Choi et Parkes, p. 138, citant M. Hamilton, « Extreme Prison Sentences : Legal and Normative Consequences » (2016), 38 *Cardozo L. Rev.* 59, p. 106-111).

[95] Comme l'a affirmé à juste titre la Cour d'appel, l'infliction d'une période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle qui dépasse l'espérance de vie humaine « relève de l'absurdité. [. . .] Un tribunal ne doit pas rendre une ordonnance qui ne peut jamais se réaliser » (par. 93). Bien qu'un tel châtiment soit susceptible de réjouir la galerie, il est contraire aux valeurs fondamentales de la société canadienne. La soif de vengeance qui peut nous animer lorsque nous sommes devant un crime atroce commis par l'un de nos semblables ne saurait justifier l'infliction d'une peine qui, aussi sévère soit-elle, ne pourra jamais effacer l'horreur de son geste.

(b) *Les effets de la peine d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité réaliste de libération conditionnelle*

[96] Sur le plan des effets, les contrevenants qui n'ont aucune possibilité réaliste de libération conditionnelle sont privés de tout incitatif à se réformer. Déjà en 1956, le Rapport Fauteux énonçait clairement que « [j]amais le détenu ne devrait avoir

man. . . . Prisoners should have some hope that imprisonment will end and thereby have some incentive for reformation and rehabilitation” (pp. 48-49).

[97] The psychological consequences flowing from a sentence of imprisonment for life without a realistic possibility of parole are in some respects comparable to those experienced by inmates on death row, since only death will end their incarceration. In any event, “[w]hile there may not be universal agreement that [death-in-prison] sentences are *worse* than death, it is clear that [such] sentences are uniquely severe and degrading in their own right” (Henry, at p. 75 (emphasis in original)). For offenders who are sentenced to imprisonment for life without a realistic possibility of parole, the feeling of leading a monotonous, futile existence in isolation from their loved ones and from the outside world is very hard to tolerate. Some of them prefer to put an end to their lives rather than die slowly and endure suffering that seems endless to them (R. Johnson and S. McGunigall-Smith, “Life Without Parole, America’s Other Death Penalty” (2008), 88 *Prison J.* 328, at pp. 332-36; see also R. Kleinstuber and J. Coldsmith, “Is life without parole an effective way to reduce violent crime? An empirical assessment” (2020), 19 *Criminol. & Pub. Pol’y* 617, at p. 620). Effects like these support the conclusion that a sentence of imprisonment for life without a realistic possibility of parole is degrading in nature and thus intrinsically incompatible with human dignity. It is an inherently cruel and unusual punishment that infringes s. 12 of the *Charter*.

- (c) *Dignity and Imprisonment for Life Without the Possibility of Parole: International and Comparative Law Perspectives*

[98] Support for the conclusion that this sentence is unconstitutional can also be found in international and comparative law, under which a sentence of imprisonment for life without the possibility of parole is generally considered to be incompatible with human dignity. As Brown and Rowe JJ. noted recently in

un motif de se sentir oublié. [. . .] Les prisonniers devraient avoir l’espoir que leur emprisonnement prendra fin un jour, ce qui les encouragerait à se réformer et à se réhabiliter » (p. 52).

[97] Les conséquences psychologiques découlant d’une peine d’emprisonnement à vie sans possibilité réaliste de libération conditionnelle sont, à certains égards, comparables à celles vécues par les détenus dans le couloir de la mort, puisque seul le décès mettra fin à leur incarcération. En tout état de cause, [TRADUCTION] « [b]ien que tous ne s’accordent peut-être pas pour dire que les peines [d’emprisonnement jusqu’à ce que la mort s’ensuive] sont *pires* que la mort, il est clair que ces peines sont exceptionnellement sévères et dégradantes en soi » (Henry, p. 75 (en italique dans l’original)). Pour les contrevenants condamnés à une peine d’emprisonnement à perpétuité sans possibilité réaliste de libération conditionnelle, le sentiment de mener une existence monotone, futile et isolée de leurs proches et du monde extérieur est très difficile à supporter. Certains d’entre eux préfèrent mettre fin à leurs jours plutôt que de mourir à petit feu et endurer des souffrances qui leur paraissent interminables (R. Johnson et S. McGunigall-Smith, « Life Without Parole, America’s Other Death Penalty » (2008), 88 *Prison J.* 328, p. 332-336; voir aussi R. Kleinstuber et J. Coldsmith, « Is life without parole an effective way to reduce violent crime? An empirical assessment » (2020), 19 *Criminol. & Pub. Pol’y* 617, p. 620). De tels effets appuient la conclusion selon laquelle une peine d’emprisonnement à vie sans possibilité réaliste de libération conditionnelle est de nature dégradante et donc intrinsèquement incompatible avec la dignité humaine. Il s’agit d’une peine cruelle et inusitée par nature qui viole l’art. 12 de la *Charte*.

- c) *La dignité et l’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle : perspectives en droit international et en droit comparé*

[98] Cette conclusion d’inconstitutionnalité trouve également appui en droit international et en droit comparé, la peine d’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle y étant généralement considérée comme étant contraire à la dignité humaine. Comme l’ont récemment appelé les

9147-0732 *Québec inc.*, there is a role for international and comparative law in the interpretation of *Charter* rights (para. 28). However, “this role has properly been to *support* or *confirm* an interpretation arrived at through the [purposive] approach [established in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295]; the Court has never relied on such tools to define the scope of *Charter* rights” (9147-0732 *Québec inc.*, at para. 28 (emphasis in original)).

[99] Human dignity has been the central focus in the development of the international system for the protection of human rights since the end of the Second World War. The atrocities committed during that war led to international recognition of the fundamental importance of human dignity (*Ward*, at para. 57). It was specifically stated in the preamble to the *Charter of the United Nations*, Can. T.S. 1945 No. 7, that the peoples of the United Nations were determined to “reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person”. Two decades or so later, the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47 (“ICCPR”), which Canada ratified in 1976, reiterated the importance of dignity as the foundation of fundamental rights and freedoms. The preamble to the ICCPR states that all the rights guaranteed therein “derive from the inherent dignity of the human person”. While the preamble is not binding as such in Canadian law, it does shed light on the way in which dignity is understood in relation to human rights, that is, as a value that underlies the recognized rights rather than as a right in itself.

[100] In the context of sentencing, in international law, the concept of dignity finds expression through the commitment to reintegrating offenders into society by offering them a possibility of being released. For example, art. 10 of the ICCPR states that “[a]ll persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person” (art. 10(1)) and that the “essential aim” of the penitentiary system is the “reformation” and “social rehabilitation” of prisoners (art. 10(3)). Because the

juges Brown et Rowe dans l’arrêt 9147-0732 *Québec inc.*, le droit international et le droit comparé jouent un rôle dans l’interprétation des droits garantis par la *Charte* (par. 28). Toutefois, « ce rôle a comme il se doit consisté à appuyer ou à confirmer une interprétation dégagée en appliquant la démarche [téléologique] établie dans [*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295]; la Cour n’a jamais eu recours à de tels outils pour définir la portée des droits garantis par la *Charte* » (9147-0732 *Québec inc.*, par. 28 (en italique dans l’original)).

[99] La dignité humaine est au cœur du développement du régime international de protection des droits de la personne depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Les atrocités commises pendant la guerre ont mené à la reconnaissance internationale de l’importance fondamentale de la dignité humaine (*Ward*, par. 57). Le préambule de la *Charte des Nations Unies*, R.T. Can. 1945 n° 7, énonce explicitement la résolution des peuples des Nations Unies de « proclamer à nouveau [leur] foi dans les droits fondamentaux de l’homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine ». Près de deux décennies plus tard, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47 (« PIDCP »), ratifié par le Canada en 1976, a réitéré l’importance de la dignité à titre de fondement des droits et libertés fondamentaux. Le PIDCP énonce dans son préambule que l’ensemble des droits qu’il garantit « découlent de la dignité inhérente à la personne humaine ». Si le préambule n’a en soi aucune force contraignante en droit canadien, il nous éclaire toutefois sur la façon dont la dignité est comprise en droit de la personne, c’est-à-dire comme une valeur qui sous-tend les droits reconnus plutôt que comme un droit en soi.

[100] En matière de détermination de la peine, en droit international, la notion de dignité s’exprime par la volonté de réinsérer les contrevenants dans la société en leur offrant une possibilité de remise en liberté. À titre d’exemple, l’art. 10 du PIDCP précise que « [t]oute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine » (par. 10(1)) et que le « but essentiel » du régime pénitentiaire est l’« amendement » et le « reclassement social » des

ICCPR is an international treaty ratified by Canada, Canadian law is presumed to be in conformity with the commitments set out in it (*Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 70; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245, at para. 64). The ICCPR is therefore a relevant source for the interpretation of the *Charter's* provisions (9147-0732 *Québec inc.*, at paras. 32-34).

[101] Moreover, although criminal law is, generally speaking, a matter of domestic law, it is appropriate in this case to consider the approach to reviewing sentences taken by the International Criminal Court (“ICC”) and set out in the *Rome Statute of the International Criminal Court*, Can. T.S. 2002 No. 13. Canada played an important role in the creation of that court and was the first country to incorporate the obligations flowing from that treaty into its national legislation. The ICC was established by the *Rome Statute*, which Canada ratified in July 2000. That international court conducts investigations and, where necessary, tries persons charged with “the most serious crimes of concern to the international community as a whole”: the crime of genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression (*Rome Statute*, art. 5(1)). In June 2000, one month before the ratification of that treaty, Parliament enacted the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24 (“*Crimes Against Humanity Act*”), which criminalized genocide, crimes against humanity and war crimes under domestic law.

[102] The *Crimes Against Humanity Act* sets out the sentences that apply in Canadian law and the rules on parole eligibility for these three types of crimes. If an intentional killing forms the basis of the offence, the sentence is the same as for the offence of first or second degree murder, namely imprisonment for life (s. 4(2) of the *Crimes Against Humanity Act*). In the case of parole, however, Parliament enacted rules that differ from the ones in the *Rome Statute*. The *Crimes Against Humanity Act* states that the same ineligibility periods as in the *Criminal Code* apply, that is, 25 years for first degree murder and 10 to 25

détenus (par. 10(3)). Comme le PIDCP est un traité international ratifié par le Canada, le droit canadien est présumé conforme aux engagements qu’il prévoit (*Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 70; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245, par. 64). Il représente donc une source pertinente pour l’interprétation des dispositions de la *Charte* (9147-0732 *Québec inc.*, par. 32-34).

[101] En outre, bien que le droit criminel soit, de manière générale, une question de droit interne, il convient en l’espèce de se pencher sur l’approche qui a été adoptée par la Cour pénale internationale (« CPI ») en matière de révision des peines, approche inscrite dans le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, R.T. Can. 2002 n° 13. Le Canada a joué un rôle important dans la création de cette cour et il a été le premier pays à incorporer dans sa législation nationale les obligations de ce traité. Le *Statut de Rome*, ratifié par le Canada en juillet 2000, a créé la CPI. Ce tribunal international mène des enquêtes et, le cas échéant, juge les personnes accusées des crimes « les plus graves qui touchent l’ensemble de la communauté internationale », soit le crime de génocide, les crimes contre l’humanité, les crimes de guerre et le crime d’agression (*Statut de Rome*, par. 5(1)). Un mois avant la ratification de ce traité en juin 2000, le législateur canadien a adopté la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, c. 24 (« *Loi sur les crimes contre l’humanité* »), qui a criminalisé dans le droit interne le crime de génocide, les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre.

[102] La *Loi sur les crimes contre l’humanité* prévoit les peines applicables en droit canadien et les règles relatives à l’inadmissibilité à la libération conditionnelle à l’égard de ces trois types de crimes. Lorsque le meurtre intentionnel est à l’origine de l’infraction, la peine est la même que pour l’infraction de meurtre au premier ou au deuxième degré, soit l’emprisonnement à perpétuité (par. 4(2) de la *Loi sur les crimes contre l’humanité*). En matière de libération conditionnelle, le législateur a toutefois adopté un régime distinct de celui prévu par le *Statut de Rome*. La *Loi sur les crimes contre l’humanité* indique que les mêmes

years for second degree murder (s. 15(1) of the *Crimes Against Humanity Act*). In contrast, the *Rome Statute* establishes a mechanism for reviewing the sentences for these crimes: where the ICC has imposed a term of life imprisonment (art. 77), it must review that sentence after 25 years “to determine whether it should be reduced” (art. 110(3)). The ICC’s sentence review process has to do with sentence reduction, not with parole as is the case under Canadian law. In this context, the *Rome Statute* is relevant in the instant case only insofar as, like Canadian law, it recognizes the need to give offenders, including those who have committed the most serious crimes, an opportunity for rehabilitation.

périodes d’inadmissibilité énoncées dans le *Code criminel*, soit 25 ans pour le meurtre au premier degré et 10 à 25 ans pour le meurtre au deuxième degré, s’appliquent (par. 15(1) de la *Loi sur les crimes contre l’humanité*). Le *Statut de Rome*, au contraire, établit relativement à ces crimes un mécanisme de révision de la peine qui oblige la CPI à réévaluer après 25 ans la peine d’emprisonnement à perpétuité qu’elle inflige (art. 77), « pour déterminer s’il y a lieu de la réduire » (par. 110(3)). Le processus de révision des peines de la CPI porte sur la réduction de la peine plutôt que sur la libération conditionnelle comme c’est le cas en droit canadien. Dans ce contexte, le *Statut de Rome* n’est pertinent en l’espèce que dans la mesure où, à l’instar du droit canadien, il reconnaît la nécessité d’offrir une possibilité de réhabilitation aux contrevenants, y compris ceux ayant commis les crimes les plus graves.

[103] European law also provides useful guidance on the concept of dehumanizing and degrading punishments and on the importance of rehabilitation in criminal law. However, the weight to be given to the principles of European law is limited, because decisions of international and foreign courts are not binding sources in Canadian law (9147-0732 *Québec inc.*, at paras. 35 and 43).

[103] Le droit européen apporte lui aussi un éclairage intéressant sur la notion de peines déshumanisantes et dégradantes et l’importance de la réhabilitation en droit pénal. Le poids à accorder à ses enseignements est toutefois limité, puisque les décisions des tribunaux internationaux et étrangers ne sont pas des sources contraignantes en droit canadien (9147-0732 *Québec inc.*, par. 35 et 43).

[104] The decisions of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights (“ECHR”) recognize the principle of rehabilitation in sentencing (*Vinter v. United Kingdom* [GC], No. 66069/09, at § 114, July 9, 2013 (HUDOC); *Murray v. Netherlands* [GC], No. 10511/10, at § 102, April 26, 2016 (HUDOC); *Hutchinson v. United Kingdom* [GC], No. 57592/08, at §§ 42-43, January 17, 2017 (HUDOC)). Article 3 of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221, provides that “[n]o one shall be subjected . . . to inhuman or degrading treatment or punishment”. In a number of cases, the Grand Chamber has had to consider whether a sentence of imprisonment for life without the possibility of parole is contrary to art. 3. In general terms, it has accepted that a sentence of imprisonment for life is not in itself contrary to that provision (*Kafkaris v. Cyprus* [GC], No. 21906/04, at § 97, February 12, 2008 (HUDOC); *Murray*, at § 99; *Hutchinson*, at § 42). However, it has found that, to be compatible

[104] La jurisprudence de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l’homme (« CEDH ») reconnaît le principe de réinsertion en matière de détermination de la peine (*Vinter c. Royaume-Uni* [GC], n° 66069/09, § 114, 9 juillet 2013 (HUDOC); *Murray c. Pays-Bas* [GC], n° 10511/10, § 102, 26 avril 2016 (HUDOC); *Hutchinson c. Royaume-Uni* [GC], n° 57592/08, §§ 42-43, 17 janvier 2017 (HUDOC)). L’article 3 de la *Convention européenne des droits de l’homme*, 213 R.T.N.U. 221, dispose que « [n]ul ne peut être soumis [. . .] à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». La Grande Chambre a eu à se pencher, dans différentes affaires, sur la question à savoir si la peine d’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle est contraire à l’art. 3. De façon générale, elle admet qu’une peine d’emprisonnement à vie n’est pas en soi contraire à cette disposition (*Kafkaris c. Chypre* [GC], n° 21906/04, § 97, 12 février 2008 (HUDOC); *Murray*, § 99; *Hutchinson*, § 42). Toutefois, elle

with art. 3, such a sentence must be “*de jure* and *de facto* reducible”, which means that every prisoner must have a possibility of being released (*Vinter*, at § 108; *Hutchinson*, at § 42; see also *Bodein v. France*, No. 40014/10, at § 56, November 13, 2014 (HUDOC); *Murray*, at § 99). The review process “must take account of the progress that the prisoner has made towards rehabilitation, assessing whether such progress has been so significant that continued detention can no longer be justified on legitimate penological grounds” (*Hutchinson*, at § 43; see also *Vinter*, at §§ 113-16).

[105] Comparative law is relevant as well in showing the different perspectives that exist with respect to a sentence of imprisonment for life without the possibility of parole. While the domestic law of countries similar to Canada is instructive in this regard, it is not binding in Canadian law (9147-0932 *Québec inc.*, at para. 43). In this appeal, I will therefore refer to it only for the purposes of illustration.

[106] Germany, like France and Italy, has established that sentences of imprisonment for life without the possibility of release are unconstitutional (R. Hood and C. Hoyle, *The Death Penalty: A Worldwide Perspective* (5th ed. 2015), at p. 486). It was in 1977 that Germany’s Federal Constitutional Court considered the constitutionality of the sentence of life imprisonment for murder (*Life Imprisonment Case* (1977), 45 BVerfGE 187, translated into English in D. P. Kommers and R. A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (3rd ed. 2012), at pp. 363-68). The Constitutional Court held in that case that a sentence of life imprisonment is not in itself unconstitutional (p. 367). However, it found that imprisonment without any “concrete and realistically attainable” chance to regain freedom at some later point in time is contrary to human dignity (p. 366). The state must regard each individual within society as equal in worth and may not “turn the offender into an object of crime prevention to the detriment of his or her constitutionally protected right to social worth and respect” (p. 365). The Constitutional Court maintained that rehabilitation is constitutionally required in any community that

considère que pour être compatible avec l’art. 3 une telle peine doit être « compressible *de jure* et *de facto* », c’est-à-dire que tout détenu doit avoir une possibilité de remise en liberté (*Vinter*, § 108; *Hutchinson*, § 42; voir aussi *Bodein c. France*, n° 40014/10, § 56, 13 novembre 2014 (HUDOC); *Murray*, § 99). La procédure de réexamen « doit prendre en compte les progrès du détenu sur le chemin de l’amendement et déterminer si le détenu a fait des progrès tels qu’aucun motif légitime d’ordre pénologique ne justifie plus son maintien en détention » (*Hutchinson*, § 43; voir aussi *Vinter*, §§ 113-116).

[105] Le droit comparé est lui aussi pertinent pour illustrer les différentes perspectives qui existent au sujet de la peine d’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle. Bien que le droit interne de pays similaires au Canada offre un éclairage intéressant en la matière, il n’a aucune force contraignante en droit canadien (9147-0732 *Québec inc.*, par. 43). Dans le présent pourvoi, je m’y réfère donc uniquement à titre illustratif.

[106] Tout comme la France et l’Italie, l’Allemagne a établi que les peines d’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération sont inconstitutionnelles (R. Hood et C. Hoyle, *The Death Penalty : A Worldwide Perspective* (5^e éd. 2015), p. 486). C’est en 1977 que la Cour constitutionnelle fédérale allemande s’est penchée sur la constitutionnalité de la peine d’emprisonnement à perpétuité pour meurtre (*Life Imprisonment Case* (1977), 45 BVerfGE 187, traduit vers l’anglais dans D. P. Kommers et R. A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (3^e éd. 2012), p. 363-368). Dans cet arrêt, elle a conclu qu’une peine d’emprisonnement à perpétuité n’est pas inconstitutionnelle en soi (p. 367). Elle a toutefois statué que le fait d’emprisonner une personne sans lui offrir la possibilité [TRADUCTION] « concrète et réaliste » de regagner un jour sa liberté est contraire à la dignité humaine (p. 366). L’État doit reconnaître à chaque membre de la société une valeur égale, il ne peut [TRADUCTION] « transformer un contrevenant en outil de prévention du crime au préjudice du droit de cette personne au respect et à la reconnaissance de sa valeur au sein de la société qui lui est garanti par la Constitution » (p. 365). La

establishes human dignity as its centrepiece (p. 366). That decision has had a certain impact on the development of European law with respect to life sentences (*Vinter*, at §§ 69 and 113).

[107] In contrast, other countries similar to Canada that also respect the rule of law take a more restrictive approach to parole access. In the United States, for example, imprisonment for life without the possibility of parole is considered constitutional (*Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957 (1991)) except in the case of juvenile offenders (*Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010)), including those convicted of murder (*Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012)). However, the American approach differs from the one that exists under Canadian law, since that country applies the death penalty and has a narrower interpretation of the concept of cruel and unusual punishment (*Kindler*, at p. 812). Some other countries also have legislative schemes recognizing the possibility of imposing a sentence of imprisonment without the possibility of parole. In New Zealand, the minimum parole ineligibility period for an offender convicted of murder is 10 years, or 17 years in certain specific circumstances, but there is no maximum ineligibility period (*Sentencing Act 2002* (N.Z.), ss. 103 and 104). In Australia, this type of sentence is also permitted in the various states and territories (J. L. Anderson, “The Label of Life Imprisonment in Australia: A Principled or Populist Approach to an Ultimate Sentence” (2012), 35 *U.N.S.W.L.J.* 747, at pp. 751-53 and 759-64). England and Wales, for their part, take a distinctive approach. A court has the power to order that any person given a life sentence for murder serve a parole ineligibility period with a starting point of 15 years, or 30 years in specific circumstances, or to completely exclude any possibility of release for the person (D. Ormerod and K. Laird, *Smith, Hogan, and Ormerod’s Criminal Law* (16th ed. 2021), at pp. 536-37). However, it must be noted that courts in England and Wales, as well as the ECHR, take the view that there is an actual mechanism for reviewing life sentences in English law because of the existence of the Secretary of State’s release power under s. 30 of the *Crime (Sentences) Act 1997* (U.K.), 1997, c. 43 (*R. v. McLoughlin*, [2014] EWCA Crim 188, [2014]

Cour constitutionnelle soutient que la réhabilitation est un impératif constitutionnel pour toute société qui fait de la dignité humaine le pilier de son existence (p. 366). Cette décision a eu un certain écho dans le développement du droit européen relatif aux peines à perpétuité (*Vinter*, §§ 69 et 113).

[107] Cependant, d’autres pays similaires au Canada, qui respectent eux aussi la primauté du droit, adoptent une approche plus restrictive en matière d’accès à la libération conditionnelle. Aux États-Unis, par exemple, l’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle est jugé constitutionnel (*Harmelin c. Michigan*, 501 U.S. 957 (1991)), sauf dans le cas des contrevenants juvéniles (*Graham c. Florida*, 560 U.S. 48 (2010)), y compris pour ceux condamnés pour homicide (*Miller c. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012)). L’approche américaine se distingue toutefois de celle qui prévaut en droit canadien, dans la mesure où ce pays applique la peine de mort et interprète la notion de peine cruelle et inusitée plus restrictivement (*Kindler*, p. 812). D’autres pays reconnaissent également dans leur système législatif la possibilité d’infliger une peine d’emprisonnement sans possibilité de libération conditionnelle. En Nouvelle-Zélande, la période minimale d’inadmissibilité à la libération conditionnelle en cas de condamnation pour meurtre est de 10 ans, ou de 17 ans dans certaines circonstances particulières, mais il n’existe pas de temps d’épreuve maximal (*Sentencing Act 2002* (N.-Z.), art. 103 et 104). En Australie, ce type de peine est également permis dans les différents États et territoires (J. L. Anderson, « The Label of Life Imprisonment in Australia : A Principled or Populist Approach to an Ultimate Sentence » (2012), 35 *U.N.S.W.L.J.* 747, p. 751-753 et 759-764). L’Angleterre et le Pays de Galles adoptent quant à eux une approche particulière. Le tribunal a le pouvoir d’ordonner, à l’égard de toute personne condamnée à l’emprisonnement à perpétuité pour meurtre, soit une période d’inadmissibilité à la libération conditionnelle dont le point de départ est de 15 ans, ou encore de 30 ans dans des circonstances particulières, soit l’exclusion complète de toute possibilité de libération (D. Ormerod et K. Laird, *Smith, Hogan, and Ormerod’s Criminal Law* (16^e éd. 2021), p. 536-537). Cependant, il faut noter que les tribunaux d’Angleterre et du Pays de Galles

1 W.L.R. 3964, at paras. 31-35; *Hutchinson*, at §§ 70 and 72). I will come back to this point later.

[108] In summary, although s. 12, like any other *Charter* provision, must be interpreted primarily by reference to Canadian law and history (9147-0732 *Québec inc.*, at para. 20; see also *Kindler*, at p. 812), a parallel can be drawn between the approach taken in Canadian criminal law and the approaches taken in international law and in the law of various countries similar to Canada with respect to sentences of imprisonment for life without the possibility of parole, which are generally considered to be incompatible with human dignity.

(d) *Does the Judicial Discretion to Impose Consecutive Parole Ineligibility Periods Affect the Constitutionality of the Impugned Provision?*

[109] In support of its position that s. 745.51 *Cr. C.* is constitutional, the Crown stresses the discretionary nature of the power granted to courts by this provision (see to the same effect *R. v. Millard*, 2018 ONSC 1299; *R. v. Granados-Arana*, 2017 ONSC 6785, 356 C.C.C. (3d) 340; *R. v. Husbands*, [2015] O.J. No. 2673 (QL), 2015 CarswellOnt 7677 (WL) (S.C.J.), rev'd 2017 ONCA 607, 353 C.C.C. (3d) 317, but not on this point). According to this reasoning, the imposition of a disproportionate sentence results from an erroneous exercise of judicial discretion and can therefore be rectified by way of an appeal rather than a declaration of unconstitutionality.

[110] It is true that the imposition of consecutive parole ineligibility periods is not mandatory. Section 745.51 *Cr. C.* provides that a court may order that the parole ineligibility periods applicable for each murder conviction are to be served consecutively. In exercising

ainsi que la CEDH considèrent qu'il existe en droit anglais un mécanisme véritable de réexamen des peines à perpétuité du fait de l'existence du pouvoir de libération du ministre prévu à l'art. 30 de la loi intitulée *Crime (Sentences) Act 1997* (R.-U.), 1997, c. 43 (*R. c. McLoughlin*, [2014] EWCA Crim 188, [2014] 1 W.L.R. 3964, par. 31-35; *Hutchinson*, §§ 70 et 72). Je reviendrai sur ce point plus loin.

[108] En somme, bien que, comme toute autre disposition de la *Charte*, l'art. 12 doit d'abord et avant tout être interprété au regard du droit et de l'histoire du Canada (9147-0732 *Québec inc.*, par. 20; voir aussi *Kindler*, p. 812), un parallèle peut être établi entre l'approche du droit pénal canadien et celles du droit international et du droit de différents pays similaires au Canada en ce qui concerne les peines d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle, qui sont généralement considérées comme étant incompatibles avec la dignité humaine.

d) *Le pouvoir discrétionnaire du tribunal de cumuler les périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle a-t-il une incidence sur la constitutionnalité de la disposition contestée?*

[109] Au soutien de sa position selon laquelle l'art. 745.51 *C. cr.* est constitutionnel, le ministère public insiste sur la nature discrétionnaire du pouvoir conféré au tribunal par cette disposition (voir, dans le même sens, *R. c. Millard*, 2018 ONSC 1299; *R. c. Granados-Arana*, 2017 ONSC 6785, 356 C.C.C. (3d) 340; *R. c. Husbands*, [2015] O.J. No. 2673 (QL), 2015 CarswellOnt 7677 (WL) (C.S.J.), inf. par 2017 ONCA 607, 353 C.C.C. (3d) 317, mais non sur ce point). Suivant ce raisonnement, l'infliction d'une peine disproportionnée résulte d'une application erronée de ce pouvoir discrétionnaire par le tribunal et, partant, peut être corrigée au moyen d'un appel plutôt que d'une déclaration d'inconstitutionnalité.

[110] Il est vrai que l'infliction de périodes consécutives d'inadmissibilité à la libération conditionnelle n'est pas obligatoire. L'article 745.51 *C. cr.* indique en effet que le tribunal peut ordonner le cumul des périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle

its discretion, the court must take into consideration the character of the offender, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission. In this regard, I note that the court's obligation to stack ineligibility periods in blocks of 25 years, if it chooses to exercise its discretion, is difficult to reconcile with the principles of proportionality and individualization in sentencing.

[111] In any event, I am of the view, as explained above, that the existence of a discretion cannot save a provision that authorizes the imposition of a punishment that is cruel and unusual by nature. No crime, no matter how appalling it might be, can justify imposing a punishment that is intrinsically incompatible with human dignity, like a sentence of imprisonment for life without a realistic possibility of parole. Since such a punishment must quite simply be excluded from the arsenal of punishments available to the state, the mere possibility that it may be imposed constitutes an infringement of s. 12 of the Charter. By way of analogy, a provision authorizing corporal punishment as a sentence for the commission of multiple murders — a sentence that would be imposed at a court's discretion and reserved for the vilest of criminals — could not, for obvious reasons, be held to be consistent with s. 12 of the *Charter*. The same conclusion must apply here.

(e) *Can the Royal Prerogative of Mercy Save the Impugned Provision?*

[112] Lastly, it is necessary to determine whether the impugned provision can be found to be constitutional based on the existence of the royal prerogative of mercy, since there is some debate over this question. In my view, the parole system is currently the only mechanism that offers a realistic possibility of release for individuals serving a sentence of life imprisonment under Canadian law. The royal prerogative of mercy cannot be considered a true sentence review mechanism, because it is exercised only in exceptional circumstances.

applicables pour chaque condamnation pour meurtre. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le tribunal prend en considération le caractère du contrevenant, la nature de l'infraction et les circonstances entourant sa perpétration. À cet égard, je souligne que l'obligation du tribunal de cumuler des périodes d'inadmissibilité par bonds de 25 ans, s'il choisit d'exercer son pouvoir discrétionnaire, se concilie mal avec le principe de la proportionnalité, ainsi que celui de l'individualisation des peines.

[111] Quoi qu'il en soit, je suis d'avis, comme il a été expliqué précédemment, que l'existence d'un pouvoir discrétionnaire ne saurait sauvegarder une disposition qui permet l'infliction d'une peine cruelle et inusitée par nature. En effet, aucun crime, aussi odieux soit-il, ne peut justifier l'infliction d'une peine intrinsèquement incompatible avec la dignité humaine, telle une peine d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité réaliste de libération conditionnelle. Étant donné qu'une telle peine doit purement et simplement être exclue de l'arsenal des mesures punitives à la disposition de l'État, la simple possibilité qu'elle puisse être infligée constitue une violation de l'art. 12 de la *Charte*. Par analogie, une disposition qui prévoirait l'infliction d'un châtiment corporel à titre de peine pour la commission de meurtres multiples — peine qui serait infligée à la discrétion du tribunal et réservée aux criminels les plus ignobles — ne saurait, pour des raisons évidentes, être déclarée conforme à l'art. 12 de la *Charte*. La même conclusion s'impose ici.

e) *La prérogative royale de clémence peut-elle sauvegarder la disposition contestée?*

[112] En dernier lieu, il est nécessaire de trancher la question de savoir si la disposition contestée peut être jugée constitutionnelle en raison de l'existence de la prérogative royale de clémence, puisque cette question est l'objet d'un certain débat. À mon avis, le système de libération conditionnelle constitue actuellement le seul mécanisme offrant une possibilité réaliste de remise en liberté aux individus purgeant une peine d'emprisonnement à perpétuité en droit canadien. La prérogative royale de clémence ne peut être considérée comme un véritable mécanisme de révision de la peine, puisqu'elle n'est exercée que dans des circonstances exceptionnelles.

[113] The royal prerogative of mercy gives Her Majesty the Queen an absolute discretion to grant a remission of sentence to any individual sentenced by a court, regardless of the nature or seriousness of the crime committed (ss. 748 and 749 *Cr. C.*). This prerogative arises from the former absolute power of British monarchs to pardon their subjects. Historically, the royal prerogative has had two strands and two objectives: “to show compassion by relieving an individual of the full weight of his or her sentence” and “to correct miscarriages of justice such as wrongful convictions” (*Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621, at para. 28). Before the death penalty was abolished, the royal prerogative was often used to commute that sentence (C. Strange, “Mercy for Murderers? A Historical Perspective on the Royal Prerogative of Mercy” (2001), 64 *Sask. L. Rev.* 559, at p. 561).

[114] The power to exercise this prerogative has been conferred on the person holding office as Governor General of Canada by *Letters Patent (Letters Patent Constituting the Office of Governor General of Canada)* (1947), *Canada Gazette*, Part I, vol. 81, p. 3014, s. XII (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 31)). The Governor General acts only on the advice of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness Canada, or that of at least one other minister (Parole Board of Canada, *Royal Prerogative of Mercy Ministerial Guidelines*, October 31, 2014 (online), at p. 2). The Governor General may grant two types of pardons: a free pardon and a conditional pardon (s. 748(2) *Cr. C.*).

[115] The royal prerogative of mercy is exercised “only [in] rare cases in which consideration[s] of justice, humanity and compassion override the normal administration of justice” (*Ministerial Guidelines*, at pp. 4-5). For a pardon to be granted, there must be exceptional circumstances involving substantial injustice or undue hardship (pp. 3-5). The *Ministerial Guidelines* state that pardons are available only in “truly deserving cases” (p. 3). Although it is difficult to calculate how many applications for the exercise of the royal prerogative of mercy have been granted, it would seem that the number is very limited (as an illustration, from 2014-2015 to 2018-2019, 5 applications were granted, 3 were denied and 175 were

[113] La prérogative royale de clémence que possède Sa Majesté la Reine lui confère le pouvoir discrétionnaire absolu d’accorder une remise de peine à tout individu condamné par un tribunal, et ce, peu importe la nature ou la gravité du crime commis (art. 748 et 749 *C. cr.*). Cette prérogative découle de l’ancien pouvoir absolu qu’avaient les monarques britanniques de gracier leurs sujets. Historiquement, elle comportait deux volets et visait deux objectifs, soit « faire montre de compassion en libérant un individu du plein effet de sa peine » et « rectifier des erreurs judiciaires telles les condamnations erronées » (*Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621, par. 28). Avant l’abolition de la peine de mort, elle était fréquemment utilisée pour commuer cette peine (C. Strange, « Mercy for Murderers? A Historical Perspective on the Royal Prerogative of Mercy » (2001), 64 *Sask. L. Rev.* 559, p. 561).

[114] La personne qui occupe la charge de gouverneur général du Canada est investie du pouvoir d’exercer cette prérogative en vertu des *Lettres Patentes (Lettres patentes constituant la charge de Gouverneur général du Canada)* (1947), *Gazette du Canada*, partie I, vol. 81, p. 3109, art. XII (reproduites dans L.R.C. 1985, app. II, n° 31)). Elle agit seulement sur avis du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile du Canada ou d’au moins un autre ministre (Commission des libérations conditionnelles du Canada, *Directives ministérielles sur la prérogative royale de clémence*, 31 octobre 2014 (en ligne), p. 2). Elle peut octroyer deux types de pardon : un pardon absolu et un pardon conditionnel (par. 748(2) *C. cr.*).

[115] L’exercice de la prérogative royale de clémence est réservé « seulement [aux] rares situations dans lesquelles des raisons d’équité et des considérations humanitaires l’emportent sur l’administration normale de la justice » (*Directives ministérielles*, p. 5). Le pardon ne sera accordé que dans des situations exceptionnelles de grande injustice ou de châtiment trop sévère (p. 3-5). Les *Directives ministérielles* précisent qu’il ne peut être octroyé qu’aux « personnes qui le méritent vraiment » (p. 3). S’il est difficile de chiffrer le nombre de demandes d’exercice de la prérogative royale de clémence ayant été accordées, il semblerait que ce nombre soit très limité (à titre d’illustration, de 2014-2015 à 2018-2019, 5 demandes

discontinued (Parole Board of Canada, *Performance Monitoring Report 2018-2019*, at p. 170)).

[116] This Court has established that the royal prerogative of mercy is part of the array of mechanisms by which the principle of individualization in sentencing is given effect (*Luxton*, at p. 725). However, it has never found that this discretion on its own constitutes a true sentence review mechanism. On the contrary, in *Luxton*, to support its conclusion that the sentence of imprisonment for life without eligibility for parole for 25 years is constitutional, the Court simply stated that the royal prerogative, like escorted absences from custody for humanitarian purposes, demonstrates that “Parliament has been sensitive to the particular circumstances of each offender” (p. 725). In *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, which concerned the constitutionality of a provision that limited, for life, the freedom of offenders convicted of sexual offences to be in various public places, on pain of imprisonment, this Court held that the royal prerogative of mercy does not constitute an “acceptable review process” because it is used only exceptionally (p. 798). The Court has instead found this discretion to be a mechanism of last resort in the case of unjust imprisonment (*R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223, at para. 51; *R. v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3, at para. 89).

[117] The royal prerogative of mercy in Canadian law can be distinguished from the power of the Secretary of State in English law to release prisoners on compassionate grounds under s. 30 of the *Crime (Sentences) Act 1997*. In 2014, a special constitution of the Court of Appeal of England and Wales held in *McLoughlin* that the law of England provides life prisoners with a realistic possibility of release (para. 35). The court found that the term “compassionate grounds” must be interpreted broadly, in a manner compatible with art. 3 of the *European Convention on Human Rights*, and that these grounds are not restricted to the ones listed in the “Lifer Manual”

de clémence ont été octroyées, 3 ont été refusées et 175 ont été abandonnées (Commission des libérations conditionnelles du Canada, *Rapport de surveillance du rendement 2018-2019*, p. 128)).

[116] Notre Cour a établi que la prérogative royale de clémence faisait partie de l’arsenal des mécanismes permettant de respecter le principe de l’individualisation des peines (*Luxton*, p. 725). Toutefois, elle n’a jamais reconnu que ce pouvoir discrétionnaire constituait à lui-seul un mécanisme réel de révision des peines. Au contraire, dans *Luxton*, pour appuyer sa conclusion selon laquelle la peine d’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans est constitutionnelle, la Cour a simplement indiqué que la prérogative royale, tout comme les sorties sous surveillance pour raisons humanitaires, démontre que « le Parlement s’est montré conscient de la situation particulière de chaque délinquant » (p. 725). Dans *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, où il était question de la constitutionnalité d’une disposition restreignant à perpétuité la liberté des contrevenants déclarés coupables d’infractions sexuelles de se trouver dans divers espaces publics sous peine d’emprisonnement, notre Cour a jugé que la prérogative royale de clémence ne constituait pas un « processus acceptable de contrôle », puisqu’elle n’est utilisée qu’exceptionnellement (p. 798). Notre Cour a plutôt considéré que ce pouvoir discrétionnaire représente un mécanisme de dernier recours en cas d’emprisonnement injuste (*R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223, par. 51; *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3, par. 89).

[117] La prérogative royale de clémence en droit canadien se distingue du pouvoir du ministre d’accorder une libération pour des motifs d’ordre humanitaire qui existe en droit anglais à l’art. 30 de la loi intitulée *Crime (Sentences) Act 1997*. En 2014, dans l’arrêt *McLoughlin*, une formation spéciale de la Cour d’appel de l’Angleterre et du Pays de Galles a conclu que le droit anglais offre une possibilité véritable de libération aux individus condamnés à des peines de prison à perpétuité (par. 35). La cour a statué que l’expression [TRADUCTION] « motifs d’ordre humanitaire » doit être interprétée largement, conformément à l’art. 3 de la *Convention européenne des droits de l’homme*,

(*McLoughlin*, at paras. 31-33; United Kingdom, Ministry of Justice, National Offender Management Service, *PSO 4700 — The Indeterminate Sentence Manual* (2010), at ch. 12). In 2017, the ECHR held in *Hutchinson* that English law is consistent with art. 3 of the *European Convention on Human Rights* because it establishes a true review mechanism that makes whole life prison sentences reducible (§§ 57, 70 and 72). The ECHR found that the Secretary of State has a duty to release a whole life prisoner where “continued detention can no longer be justified on legitimate penological grounds” (*Hutchinson*, at § 70). It would therefore seem that this discretion is broadly construed in English law. As a result, these principles are not relevant in interpreting the discretion conferred by the royal prerogative of mercy in Canadian law.

[118] In short, the royal prerogative of mercy, because of its exceptional nature, is at best a release mechanism based on compassion and on the existence of humanitarian grounds under Canadian law. Individuals suffering the normal consequences of a properly imposed sentence are in fact unlikely to obtain such a pardon. This is clear from the *Ministerial Guidelines*: “. . . an act of executive clemency will not be considered where the difficulties experienced by an individual applicant result from the normal consequences of the application of the law” (p. 4 (emphasis added); Sup. Ct. reasons, at paras. 963 and 967). The existence of the royal prerogative of mercy therefore creates no realistic possibility of parole for offenders serving a sentence of imprisonment for life for which there is no other review mechanism.

[119] Finally, in light of my conclusion concerning the infringement of s. 12 of the *Charter*, it will not be necessary to determine whether the impugned provision is also contrary to s. 7 (see *Lloyd*, at para. 38; *Nur*, at para. 110; *Boudreault*, at para. 95).

et que ces motifs ne se limitent pas à ceux énumérés dans le manuel sur les peines de durée indéterminée (*McLoughlin*, par. 31-33; Royaume-Uni, Ministry of Justice, National Offender Management Service, *PSO 4700 — The Indeterminate Sentence Manual* (2010), c. 12). En 2017, dans l’affaire *Hutchinson*, la CEDH a conclu que le droit anglais est conforme à l’art. 3 de la *Convention européenne des droits de l’homme*, puisqu’il établit un véritable mécanisme de réexamen qui rend compressibles les peines d’emprisonnement à perpétuité réelle (§§ 57, 70 et 72). La CEDH a considéré que le ministre a l’obligation de libérer un détenu condamné à une peine à perpétuité réelle lorsque « le maintien en détention ne peut plus se justifier par des motifs légitimes d’ordre pénologique » (*Hutchinson*, § 70). Il semblerait donc que le droit anglais interprète largement ce pouvoir discrétionnaire. En conséquence, ces enseignements ne sont pas pertinents aux fins d’interprétation du pouvoir discrétionnaire conféré par la prérogative royale de clémence en droit canadien.

[118] En somme, en raison de son caractère exceptionnel, la prérogative royale de clémence constitue, au mieux, un mécanisme de libération fondé sur la compassion et sur l’existence de motifs humanitaires en droit canadien. De fait, les individus qui subissent les conséquences normales d’une peine régulièrement infligée ne sont pas susceptibles d’obtenir un tel pardon. Les *Directives ministérielles* l’indiquent clairement : « . . . la prérogative royale ne peut être exercée si les difficultés du demandeur résultent des conséquences normales de l’application de la loi » (p. 4 (je souligne); motifs de la C.S., par. 963 et 967). L’existence de la prérogative royale de clémence ne crée donc aucune possibilité réaliste d’obtenir une libération conditionnelle pour les contrevenants assujettis à une peine d’emprisonnement à perpétuité qui n’est assortie d’aucun autre mécanisme de révision.

[119] Enfin, vu ma conclusion sur la violation de l’art. 12 de la *Charte*, il n’est pas nécessaire de déterminer si la disposition contestée contrevient également à l’art. 7 (voir *Lloyd*, par. 38; *Nur*, par. 110; *Boudreault*, par. 95).

F. *Is the Infringement of Section 12 of the Charter Justified Under Section 1 of the Charter?*

[120] In order to justify an infringement of a *Charter* right under s. 1, the state is required to show that the impugned law addresses a pressing and substantial objective and that the means chosen to achieve that objective are proportional to it (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 136-40; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 986). A law is proportionate when the following conditions are met: “(1) the means adopted are rationally connected to that objective; (2) it is minimally impairing of the right in question; and (3) there is proportionality between the deleterious and salutary effects of the law” (*Nur*, at para. 111; *Oakes*, at pp. 139-40).

[121] In this case, since the appellants have made no arguments concerning the justification for the impugned provision, they have not discharged the onus resting on them. In any event, it is hard to imagine how a punishment that is cruel and unusual by nature could be justified in a free and democratic society. I note that, in *Nur*, this Court stated that it would be difficult to show that a “grossly disproportionate” punishment under s. 12 could be “proportionate as between the deleterious and salutary effects of the law under s. 1” (para. 111).

G. *Appropriate Remedy*

[122] Having found that the impugned provision is contrary to the *Charter*, I would declare s. 745.51 *Cr. C.* to be of no force or effect immediately under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The appellants have proposed no alternative remedy in this Court.

[123] Under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution can be declared to be of no force or effect to the extent of the inconsistency. In *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, the leading case on constitutional remedies, Lamer C.J. stated that, depending on the circumstances, a court may strike

F. *L’atteinte à l’art. 12 de la Charte est-elle justifiée au regard de l’article premier de la Charte?*

[120] Pour qu’une atteinte à un droit garanti par la *Charte* soit justifiée au regard de l’article premier, l’État a le fardeau de démontrer que le texte de loi contesté répond à un objectif réel et urgent et que le moyen choisi pour réaliser cet objectif est proportionné à celui-ci (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136-140; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 986). Une loi est proportionnelle lorsque les conditions suivantes sont réunies : « (1) [...] il existe un lien rationnel entre le moyen choisi et cet objectif, (2) [...] le moyen choisi est de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et (3) [...] il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables de ses dispositions et leurs effets bénéfiques » (*Nur*, par. 111; *Oakes*, p. 139-140).

[121] En l’espèce, les parties appelantes n’ayant présenté aucun argument sur la justification de la disposition attaquée, elles ne se sont pas acquittées du fardeau qui leur incombait. Quoi qu’il en soit, il est difficile de concevoir qu’une peine cruelle et inusitée par nature puisse se justifier dans le cadre d’une société libre et démocratique. Je note que, dans l’arrêt *Nur*, notre Cour a indiqué qu’il serait difficile de démontrer qu’une peine « totalement disproportionnée » au regard de l’art. 12 puisse être « proportionnelle pour ce qui est de ses effets préjudiciables et de ses effets bénéfiques aux fins de l’article premier » (par. 111).

G. *La réparation convenable*

[122] Ayant conclu que la disposition attaquée viole la *Charte*, je suis d’avis de déclarer l’art. 745.51 *C. cr.* immédiatement inopérant en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les parties appelantes n’ont par ailleurs proposé aucune solution de rechange devant notre Cour.

[123] L’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* permet de déclarer inopérante toute disposition incompatible avec la Constitution. Dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, arrêt de principe en matière de réparations d’ordre constitutionnel, le juge en chef Lamer a précisé que le tribunal peut, selon les circonstances, invalider immédiatement la

down an inconsistent provision immediately, strike it down and temporarily suspend the declaration of invalidity, resort to the technique of reading in or that of reading down, or apply the doctrine of severance (see pp. 695-700). In exercising its discretion to determine an appropriate remedy, a court will consider not only the principle of constitutional supremacy in s. 52(1) but also the principles of the rule of law and the separation of powers (*R. v. Albashir*, 2021 SCC 48, [2021] 3 S.C.R. 531, at paras. 30 and 34; *R. v. Sullivan*, 2022 SCC 19, [2022] 1 S.C.R. 460, at para. 61).

[124] The trial judge found that the technique of reading in was appropriate in the circumstances. He therefore interpreted the provision as authorizing courts to impose consecutive ineligibility periods whose length is discretionary, [TRANSLATION] “notwithstanding the requirements of section 745 for any additional murder” (para. 1211 (emphasis deleted)). Because that interpretation allowed him to opt for an additional period of less than 25 years, he ordered that the respondent serve a total ineligibility period of 40 years before applying for parole.

[125] In this regard, I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in applying the technique of reading in as a remedy (para. 154).

[126] The technique of reading in allows a court to extend the reach of a statute so that it includes what was wrongly excluded from it (*Schachter*, at p. 698; *Ontario (Attorney General) v. G*, 2020 SCC 38, [2020] 3 S.C.R. 629, at para. 113). For example, where a statute unconstitutionally excludes a group of individuals, a court may find that the statute includes the group rather than striking it down (*Schachter*, at pp. 699-700; see also *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143). Under the second technique, reading down, a court limits the reach of a statute by declaring it to be of no force or effect to a precisely defined extent (*G*, at para. 113). Severance, in turn, allows a court to declare something

disposition incompatible, l’invalider et suspendre temporairement l’effet de la déclaration d’invalidité ou encore appliquer les techniques d’interprétation large (« *reading in* ») ou d’interprétation atténuée (« *reading down* ») ou encore la doctrine de la dissociation (voir p. 695-700). Lorsque les tribunaux se penchent sur la réparation convenable, ils prennent non seulement en considération le principe de la suprématie de la Constitution énoncé au par. 52(1), mais également ceux de la primauté du droit et de la séparation des pouvoirs dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire de réparation (*R. c. Albashir*, 2021 CSC 48, [2021] 3 R.C.S. 531, par. 30 et 34; *R. c. Sullivan*, 2022 CSC 19, [2022] 1 R.C.S. 460, par. 61).

[124] Le juge de première instance a statué que le recours à la technique de l’interprétation large était approprié dans les circonstances. Il a en conséquence interprété la disposition comme ayant pour effet d’autoriser le tribunal à cumuler des périodes d’inadmissibilité dont la durée est discrétionnaire, c’est-à-dire « nonobstant les prescriptions de l’article 745 pour tout meurtre additionnel » (par. 1211 (soulignement omis)). Cette interprétation lui permettant d’opter pour une période additionnelle inférieure à 25 ans, il a ainsi ordonné que l’intimé purge un temps d’épreuve total de 40 ans avant de demander la libération conditionnelle.

[125] À cet égard, à l’instar de la Cour d’appel, je suis d’avis que le juge de première instance a fait erreur en optant pour l’interprétation large en tant que réparation (par. 154).

[126] La technique de l’interprétation large permet au tribunal d’élargir la portée d’un texte de loi pour que celui-ci inclue ce qui en a été exclu à tort (*Schachter*, p. 698; *Ontario (Procureur général) c. G*, 2020 CSC 38, [2020] 3 R.C.S. 629, par. 113). À titre d’exemple, lorsqu’un texte de loi exclut un groupe d’individus de manière inconstitutionnelle, plutôt que d’invalider ce texte, le tribunal peut considérer que celui-ci inclut ce groupe (*Schachter*, p. 699-700; voir aussi *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143). La seconde technique, soit l’interprétation atténuée, consiste pour un tribunal à limiter la portée d’un texte de loi en déclarant celui-ci inopérant dans une mesure qu’il définit avec précision (*G*, par. 113).

“improperly included in the statute which can be severed and struck down” to be of no force or effect (*Schachter*, at p. 698; *G*, at para. 113).

[127] A court may apply these techniques only “in the clearest of cases”, and to do so, it must be able to define the offending portion of the statute in a limited manner (*Schachter*, at p. 725; see also p. 697). In *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, McLachlin C.J. stated that these alternatives to striking down are appropriate when a court is confronted with a “law that is substantially constitutional and peripherally problematic” (para. 111). It follows that it is frequently not appropriate to use any of these techniques (*G*, at para. 114).

[128] These interpretive techniques must be applied in a manner that respects Parliament’s role and is in keeping with the purpose of the statute in question. In *Schachter*, Lamer C.J. stated that “there are some cases in which to sever the offending portion would actually be more intrusive to the legislative purpose than the alternate course of striking down provisions which are not themselves offensive” (p. 697). This note of caution also applies to reading in (p. 725). In every case, the court must ensure that the interpretation it proposes is as faithful as possible to the scheme enacted by Parliament, within the requirements of the Constitution (p. 700). As this Court stated in *Ferguson*, when a court opts for one of these techniques, “it does so on the assumption that had Parliament been aware of the provision’s constitutional defect, it would likely have passed it with the alterations now being made by the court” (para. 51). Therefore, “[i]f it is not clear that Parliament would have passed the scheme with the modifications being considered by the court — or if it is probable that Parliament would *not* have passed the scheme with these modifications — then for the court to make these modifications would represent an inappropriate intrusion into the legislative sphere” (*Ferguson*, at para. 51 (emphasis in original); *G*, at para. 114). In such a context, striking down the unconstitutional provision is the least intrusive alternative (*Ferguson*, at paras. 51 and 65).

Pour ce qui est de la dissociation, cette technique permet au tribunal de déclarer inopérant un élément « que la loi inclut à tort et qui peut en être dissoci[é] et annul[é] » (*Schachter*, p. 698; *G*, par. 113).

[127] Le tribunal ne peut appliquer ces techniques que « dans les cas les plus clairs », et pour y recourir il doit être en mesure d’isoler la partie attentatoire du texte de loi (*Schachter*, p. 725; voir aussi p. 697). Dans l’arrêt *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, la juge en chef McLachlin a indiqué que le recours à ces solutions de rechange à l’invalidation est approprié en présence d’une « disposition législative substantiellement constitutionnelle et marginalement problématique » (par. 111). Il s’ensuit que le recours à l’une ou l’autre de ces techniques n’est souvent pas approprié (*G*, par. 114).

[128] L’utilisation de ces techniques d’interprétation doit demeurer respectueuse du rôle du législateur et fidèle à l’objectif visé par le texte de loi en cause. Dans l’arrêt *Schachter*, le juge en chef Lamer a précisé que, « dans certains cas, la dissociation de la partie fautive sera plus attentatoire à l’objectif législatif que l’annulation possible des dispositions qui ne sont pas fautives » (p. 697). Cette mise en garde vaut également pour l’interprétation large (p. 725). Dans tous les cas, le tribunal doit s’assurer que l’interprétation qu’il propose est aussi fidèle que possible au texte de loi adopté par le législateur, le tout conformément aux exigences de la Constitution (p. 700). Comme l’a indiqué la Cour dans l’arrêt *Ferguson*, lorsque le tribunal choisit l’une de ces techniques, « il part du principe que, si le législateur avait su que la disposition était entachée d’un vice sur le plan constitutionnel, il l’aurait probablement édictée sous la forme modifiée que lui donne maintenant le tribunal » (par. 51). En conséquence, « [s]’il n’est pas clair que le législateur aurait édicté la disposition avec les modifications envisagées par le tribunal — ou s’il est probable qu’il *ne* l’aurait *pas* fait —, le tribunal empiéterait de façon injustifiée sur le domaine législatif en les introduisant » (*Ferguson*, par. 51 (en italique dans l’original); *G*, par. 114). Dans un tel contexte, l’invalidation de la disposition inconstitutionnelle représente la solution la moins attentatoire (*Ferguson*, par. 51 et 65).

[129] In this case, the trial judge found that because the inconsistency of s. 745.51 *Cr. C.* with the Constitution [TRANSLATION] “does not in any way affect the core of this provision” (para. 1187), reading in was an appropriate way to remedy its unconstitutionality. In his view, reading into the impugned provision would advance Parliament’s objectives, namely [TRANSLATION] “to promote proportionality, ensure that multiple murderers get their ‘just deserts’ for their crimes, reinforce the objective of denunciation and protect society” (para. 1172).

[130] I agree with the Court of Appeal that the trial judge overstepped the limits of his judicial functions. The impugned provision could not be saved through the technique of reading in. By broadening the discretion conferred on the courts, the trial judge undermined Parliament’s objective. He failed to consider the fact that the imposition of consecutive 25-year ineligibility periods is directly related to Parliament’s objective in enacting s. 745.51 *Cr. C.* In this regard, the words of the provision and the parliamentary debate are indicators that can shed light on the provision’s purpose (see *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 81).

[131] First of all, the words of s. 745.51 *Cr. C.* are clear as regards the length of the ineligibility periods that a court may make consecutive: “At the time of the sentencing under section 745 . . . the judge who presided at the trial . . . may . . . by order, decide that the periods without eligibility for parole for each murder conviction are to be served consecutively”. For first degree murder, these periods must be 25 years under s. 745(a) *Cr. C.*

[132] Second, the parliamentary debate, which is very instructive in this case, clearly shows that Parliament’s intention was to authorize courts to make the ineligibility periods set out in s. 745 *Cr. C.* consecutive. For an offender convicted of more than one first degree murder, a court has no choice but to impose consecutive ineligibility periods in blocks

[129] En l’espèce, de l’avis du juge de première instance, comme l’incompatibilité constitutionnelle de l’art. 745.51 *C. cr.* « n’affecte en rien le cœur même de cette disposition » (par. 1187), le recours à l’interprétation large est approprié pour remédier à son inconstitutionnalité. Selon le premier juge, une interprétation large de la disposition contestée répond aux objectifs du législateur « [de] favoriser la proportionnalité, [de] s’assurer que les auteurs de meurtres multiples paient un “juste dû” pour leurs crimes, [de] renforcer l’objectif de dénonciation et [d’]assurer la protection de la société » (par. 1172).

[130] Tout comme la Cour d’appel, je considère que le premier juge a outrepassé les limites de ses fonctions judiciaires. La disposition contestée ne pouvait être sauvegardée par l’application de la technique de l’interprétation large. En élargissant le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal, le premier juge est allé à l’encontre de l’objectif du législateur. De fait, il a omis de considérer que le cumul de périodes d’inadmissibilité de 25 ans est directement lié à l’objectif poursuivi par le législateur par l’édiction de l’art. 745.51 *C. cr.* À cet égard, le texte de loi de même que les débats parlementaires constituent des indices qui nous éclairent sur l’objet de la disposition (voir *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 81).

[131] En premier lieu, le texte de l’art. 745.51 *C. cr.* est clair en ce qui concerne la durée des périodes d’inadmissibilité susceptibles d’être cumulées par le tribunal : « Au moment de prononcer la peine conformément à l’article 745, le juge qui préside le procès [. . .] peut [. . .] ordonner que les périodes d’inadmissibilité à la libération conditionnelle pour chaque condamnation pour meurtre soient purgées consécutivement ». Pour un meurtre au premier degré, ces périodes sont forcément de 25 ans en vertu de l’al. 745a) *C. cr.*

[132] En deuxième lieu, les débats parlementaires, qui sont fort instructifs en l’espèce, illustrent clairement que l’intention du législateur était de permettre au tribunal de cumuler les périodes d’inadmissibilité prescrites à l’art. 745 *C. cr.* Dans le cas du contrevenant déclaré coupable de plus d’un meurtre au premier degré, le tribunal n’a d’autre choix que de procéder

of 25 years (*House of Commons Debates*, vol. 145, No. 96, 3rd Sess., 40th Parl., November 15, 2010, at p. 5931; *House of Commons Debates*, vol. 145, No. 121, 3rd Sess., 40th Parl., February 1, 2011, at p. 7510). The interpretation urged by the trial judge was in fact specifically rejected by Parliament. An amendment to the bill had been proposed to give courts a discretion to determine the total length of the additional parole ineligibility period (*House of Commons Debates*, February 1, 2011, at p. 7515; see also House of Commons, Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 42, 3rd Sess., 40th Parl., December 9, 2010, at pp. 10-11). Despite that proposal, Parliament opted for ineligibility periods with a fixed length of 25 years each, leaving no room for tailoring by a court (Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 22, 3rd Sess., 40th Parl., March 2, 2011, at pp. 10-11 and 23-24).

[133] Accordingly, because it is impossible to conclude that Parliament would likely have passed the impugned provision with the modifications proposed by the trial judge, reading in was inappropriate. Parliament deliberately chose to exclude the approach adopted by the trial judge. By opting for reading in as a remedy, the trial judge thus made an inappropriate intrusion on Parliament's powers. In the circumstances, this Court has no choice but to declare s. 745.51 *Cr. C.* invalid.

[134] With regard to the temporal scope of the declaration of invalidity, the declaration must have immediate effect given the seriousness of the infringement of the right of every individual not to be subjected to cruel and unusual punishment. To stop the continuing infringement of s. 12 of the *Charter*, this declaration with immediate effect must strike down the impugned provision retroactively to the date it was enacted in 2011.

au cumul des périodes d'inadmissibilité par bonds de 25 ans (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, n° 96, 3^e sess., 40^e lég., 15 novembre 2010, p. 5931; *Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, n° 121, 3^e sess., 40^e lég., 1^{er} février 2011, p. 7510). L'interprétation préconisée par le juge de première instance a d'ailleurs été expressément rejetée par le législateur. En effet, on avait proposé d'apporter au projet de loi un amendement qui aurait conféré au tribunal un pouvoir discrétionnaire dans la détermination de la durée totale de la période additionnelle d'inadmissibilité à la libération conditionnelle (*Débats de la Chambre des communes*, 1^{er} février 2011, p. 7515; voir aussi Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 42, 3^e sess., 40^e lég., 9 décembre 2010, p. 10-11). En dépit de cette proposition, le législateur a opté pour l'infliction de périodes d'inadmissibilité d'une durée fixe de 25 ans chacune, sans possibilité de modulation par le tribunal (Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 22, 3^e sess., 40^e lég., 2 mars 2011, p. 10-11 et 23-24).

[133] En conséquence, puisqu'il est impossible de conclure que le législateur aurait probablement adopté la disposition attaquée avec les modifications proposées par le premier juge, le recours à l'interprétation large était inapproprié. Le législateur a délibérément choisi d'exclure l'approche retenue par le juge de première instance. Ainsi, en optant pour la réparation que constitue l'interprétation large, le premier juge a empiété de façon injustifiée sur les attributions du législateur. Dans les circonstances, notre Cour n'a d'autre choix que de déclarer invalide l'art. 745.51 *C. cr.*

[134] En ce qui concerne la portée temporelle de la déclaration d'invalidité, elle doit avoir un effet immédiat en raison de la gravité de la violation du droit de toute personne à la protection contre l'infliction d'une peine cruelle et inusitée. Afin de faire cesser la violation continue de l'art. 12 de la *Charte*, cette déclaration assortie d'une prise d'effet immédiate doit invalider rétroactivement la disposition contestée à compter de la date de l'adoption de celle-ci en 2011.

[135] When unconstitutional legislation is declared to be of no force or effect immediately pursuant to s. 52(1), it can no longer be enforced. Such a declaration is *generally* retroactive and renders the legislation invalid from the date it was enacted (*Albashir*, at paras. 38-39 and 43; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429, at paras. 82-83; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at para. 28). Retroactivity operates in favour of the parties by reaching back in time to annul the effects of legislation found to be unconstitutional (*Hislop*, at para. 82; see also *Boudreault*, at para. 103). It also benefits individuals who are still “within the judicial system” by allowing them to appeal on constitutional grounds (*Boudreault*, at para. 103; *R. v. Thomas*, [1990] 1 S.C.R. 713, at p. 716).

[136] However, the doctrine of *res judicata* tempers the application of the principle that remedies granted under s. 52(1) are retroactive (*Albashir*, at para. 61). *Res judicata* precludes “the re-opening of cases decided by the courts on the basis of invalid laws” (*Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 757). In the context of criminal convictions, it is generally recognized that cases that are no longer in the system cannot be reopened, even if the provisions under which the accused persons were convicted are later declared unconstitutional (*R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246, at p. 257; *Thomas*, at p. 716; *Sarson*, at paras. 25-27). However, “a ‘continuing current violation’ of a *Charter*-protected interest could give rise to a successful application for a *Charter* remedy, even where the violation began with a valid order that is legally unassailable” (*Boudreault*, at para. 107, quoting *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, at p. 630).

[137] In *Boudreault*, this Court held that the rule of law, of which the principle of *res judicata* is one pillar, will not permit “the continued infliction of cruel and unusual punishment that cannot be justified in a free and democratic society” (paras. 105-6). This is especially so where the punishment is cruel and unusual

[135] Lorsqu’une disposition législative inconstitutionnelle est déclarée inopérante immédiatement, en application du par. 52(1), elle cesse à partir de ce moment de s’appliquer. Une telle déclaration a *généralement* une portée rétroactive qui invalide la disposition à partir de la date de son adoption (*Albashir*, par. 38-39 et 43; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429, par. 82-83; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 28). La rétroactivité bénéficie aux parties en ce qu’elle permet de remonter dans le temps pour annuler les effets de la disposition jugée inconstitutionnelle (*Hislop*, par. 82; voir aussi *Boudreault*, par. 103). Le bénéfice de la rétroaction permet de plus aux personnes dont l’affaire est toujours « en cours » de faire appel pour des motifs constitutionnels (*Boudreault*, par. 103; *R. c. Thomas*, [1990] 1 R.C.S. 713, p. 716).

[136] La doctrine de l’autorité de la chose jugée tempère toutefois l’application du principe selon lequel les réparations accordées en vertu du par. 52(1) ont un effet rétroactif (*Albashir*, par. 61). L’autorité de la chose jugée empêche de « rouvrir les dossiers sur lesquels les tribunaux ont statué en fonction de lois invalides » (*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 757). En matière de condamnation pénale, il est généralement établi que les dossiers qui ne sont plus en cours dans le système ne peuvent être rouverts, même si les dispositions en vertu desquelles les accusés ont été reconnus coupables ont été ultérieurement déclarées inconstitutionnelles (*R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246, p. 257; *Thomas*, p. 716; *Sarson*, par. 25-27). Les tribunaux peuvent toutefois accueillir « une demande de réparation fondée sur la *Charte* dans une situation où il y a “actuellement violation continue” d’un droit protégé par la *Charte*, même si l’atteinte tire ses origines d’une ordonnance valide et inattaquable au plan juridique » (*Boudreault*, par. 107, citant *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, p. 630).

[137] Dans l’arrêt *Boudreault*, notre Cour a conclu que la primauté du droit, dont l’un des piliers est le principe de l’autorité de la chose jugée, ne saurait autoriser « l’infliction continue d’une peine cruelle et inusitée qui ne peut se justifier dans une société libre et démocratique » (par. 105-106). Cette conclusion

by nature, as it is in the instant case, which concerns the imposition of consecutive 25-year ineligibility periods under s. 745.51 *Cr. C.* on offenders convicted of multiple first degree murders. Under this unconstitutional provision, offenders have been sentenced to imprisonment for life without eligibility for parole for 50 or even 75 years. Such a sentence is degrading in nature and thus incompatible with human dignity, as it eliminates any possibility of reintegration into society. Any offender who has been ordered under s. 745.51 *Cr. C.* to serve a parole ineligibility period of 50 years or more for multiple murders — whether the murders are first degree, second degree or a combination of the two — must be able to apply for a remedy. While some of these offenders are no longer in the judicial system, the infringement of their right guaranteed by s. 12 of the *Charter* is a continuing one, since they remain completely without access to parole. *Res judicata* cannot prevent them from bringing applications to stop this continuing infringement of s. 12 of the *Charter*. These individuals may therefore seek relief in the courts, including under s. 24(1) of the *Charter* (*Boudreault*, at para. 109; *Gamble*, at p. 649). Lastly, given that this Court has confined its analysis to the imposition of ineligibility periods of 50 years or more, nothing prevents offenders upon whom consecutive ineligibility periods totalling less than 50 years have been imposed under the provision being struck down from alleging a continuing infringement of their constitutional right, provided that the infringement is proved in each case.

[138] With regard to the respondent, given that s. 745.51 *Cr. C.* is being declared invalid immediately and that the declaration of invalidity is retroactive to the date this provision was enacted, the applicable law is the law that existed prior to that date. The 25-year parole ineligibility periods imposed on the respondent for each of the 6 counts of first degree murder must therefore be served concurrently. As a result, the respondent may not apply for parole until he has served a total ineligibility period of 25 years, in accordance with s. 745(a) *Cr. C.* The Board remains

est d'autant plus vraie dans le cas d'une peine cruelle et inusitée par nature comme en l'espèce. Dans la présente affaire, il est question du cumul de périodes d'inadmissibilité de 25 ans en cas de meurtres multiples au premier degré en vertu de l'art. 745.51 *C. cr.* En application de cette disposition inconstitutionnelle, des contrevenants ont été condamnés à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 50 ans, et même 75 ans. Une telle peine est de nature dégradante, et donc contraire à la dignité humaine, car elle anéantit toute possibilité de réinsertion sociale. Tout contrevenant qui, en vertu de l'art. 745.51 *C. cr.*, s'est vu imposer une période de temps d'épreuve de 50 ans ou plus — que ce soit pour des meurtres multiples au premier degré, au deuxième degré ou une combinaison des deux — doit pouvoir demander réparation. Si le dossier de certains d'entre eux n'est plus devant les tribunaux, la violation de leur droit garanti à l'art. 12 de la *Charte*, elle, est continue, dans la mesure où ces derniers demeurent totalement privés d'accès à la libération conditionnelle. L'autorité de la chose jugée ne peut interdire la présentation de demandes visant à faire cesser cette violation continue de l'art. 12 de la *Charte*. Ces personnes pourraient donc s'adresser aux tribunaux et demander réparation, notamment en vertu du par. 24(1) de la *Charte* (*Boudreault*, par. 109; *Gamble*, p. 649). En dernier lieu, comme notre Cour a limité son analyse à l'infliction de périodes d'inadmissibilité de 50 ans et plus, rien n'empêche les contrevenants assujettis à un cumul de moins de 50 ans en vertu de la disposition invalidée de faire valoir une violation continue de leur droit constitutionnel, à charge d'en faire la démonstration dans chaque cas.

[138] En ce qui concerne l'intimé, l'art. 745.51 *C. cr.* étant déclaré invalide immédiatement et la déclaration d'invalidité étant rétroactive à la date de l'adoption de cette disposition, le droit applicable est celui qui existait avant cette date. Les périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de 25 ans auxquelles est assujetti l'intimé pour chacun des 6 chefs de meurtre au premier degré doivent en conséquence être purgées concurremment. Ainsi, conformément à l'al. 745a) *C. cr.*, l'intimé ne pourra présenter de demande de libération conditionnelle

the ultimate arbiter of whether the respondent can be released on parole at the end of the ineligibility period.

V. Conclusion

[139] In summary, by stipulating that a court may impose consecutive 25-year parole ineligibility periods, the impugned provision authorizes the infliction of a degrading punishment that is incompatible with human dignity. Under this provision, a court has the power to sentence an offender to imprisonment for life without a realistic possibility of parole for 50, 75 or even 150 years. In other words, in the context of multiple first degree murders, all offenders to whom this provision applies are doomed to spend the rest of their lives behind bars, and the sentences of some offenders may even exceed human life expectancy.

[140] Not only do such punishments bring the administration of justice into disrepute, but they are cruel and unusual by nature and thus contrary to s. 12 of the *Charter*. They are intrinsically incompatible with human dignity because of their degrading nature, as they deny offenders any moral autonomy by depriving them, in advance and definitively, of any possibility of reintegration into society. Sentences of imprisonment for life without a realistic possibility of parole may also have devastating effects on offenders, who are left with no incentive to rehabilitate themselves and whose incarceration will end only upon their death.

[141] Parliament may not prescribe a sentence that negates the objective of rehabilitation in advance, and irreversibly, for all offenders. This penological objective is intimately linked to human dignity in that it reflects the conviction that every individual has the capacity to reform and re-enter society. For the objective of rehabilitation to be meaningful, every inmate must have a realistic possibility of applying for parole, at the very least earlier than the expiration of the minimum ineligibility period of 50 years stipulated in the impugned provision for cases involving first degree murders. What is at stake is our

avant d’avoir purgé un temps d’épreuve total de 25 ans. La Commission demeure l’arbitre qui décidera ultimement si l’intimé pourra obtenir une libération conditionnelle à la fin de la période d’inadmissibilité.

V. Conclusion

[139] En somme, en prescrivant le cumul de périodes d’inadmissibilité de 25 ans, la disposition attaquée autorise l’infliction d’une peine de nature dégradante, incompatible avec la dignité humaine. En vertu de cette disposition, un tribunal est habilité à condamner un contrevenant à l’emprisonnement à perpétuité sans possibilité réaliste de libération conditionnelle avant 50, 75, voire 150 ans. En d’autres termes, dans le contexte de meurtres multiples au premier degré, tout contrevenant visé par cette disposition est destiné à passer le reste de ses jours derrière les barreaux, la peine de certains pouvant même excéder l’espérance de vie humaine.

[140] Non seulement de telles peines déconsidèrent l’administration de la justice, mais elles sont cruelles et inusitées par nature et violent de ce fait l’art. 12 de la *Charte*. Ces peines sont intrinsèquement incompatibles avec la dignité humaine en raison de leur caractère dégradant, car elles nient l’autonomie morale des contrevenants en leur retirant, de manière anticipée et définitive, toute possibilité de réinsertion sociale. Les peines d’emprisonnement à perpétuité sans possibilité réaliste de libération conditionnelle sont de surcroît susceptibles de causer des effets dévastateurs chez les contrevenants, qui se voient ainsi privés de tout incitatif à se réhabiliter et pour qui seule la mort mettra un terme à leur incarcération.

[141] Le législateur ne peut prescrire une peine qui réduit à néant l’objectif de réhabilitation de manière anticipée et irréversible pour l’ensemble des contrevenants. Cet objectif pénologique est intimement lié à la dignité humaine, en ce qu’il exprime la conviction que chaque personne porte en elle la capacité de se réformer et de réintégrer la société. Pour que l’objectif de réinsertion sociale ne reste pas lettre morte, tout détenu doit bénéficier d’une possibilité réaliste de demander une libération conditionnelle, à tout le moins avant l’expiration de la période de temps d’épreuve minimale de 50 ans prescrite par la

commitment, as a society, to respect human dignity and the inherent worth of every individual, however appalling the individual's crimes may be.

[142] Let me be very clear. The conclusion that imposing consecutive 25-year parole ineligibility periods is unconstitutional must not be seen as devaluing the life of each innocent victim. Everyone would agree that multiple murders are inherently despicable acts and are the most serious of crimes, with consequences that last forever. This appeal is not about the value of each human life, but rather about the limits on the state's power to punish offenders, which, in a society founded on the rule of law, must be exercised in a manner consistent with the Constitution.

[143] In the circumstances, this Court has no choice but to declare s. 745.51 *Cr. C.* invalid immediately. This declaration strikes down the provision retroactively to its enactment in 2011. The applicable law is therefore the law that existed prior to that date. This means that the respondent must receive a sentence of imprisonment for life without eligibility for parole for a total period of 25 years.

[144] The respondent committed horrendous crimes that damaged the very fabric of our society. Fueled by hatred, he took the lives of six innocent victims and caused serious, even permanent, physical and psychological injuries to the survivors of the killings. He left not only families devastated but a whole community — the Muslim community in Québec and throughout Canada — in a state of anguish and pain, with many of its members still fearful for their safety today. And he left Canadians at large feeling deeply saddened and outraged in the wake of his heinous crimes that undermined the very foundations on which our society rests.

disposition contestée en cas de meurtres au premier degré. Ce qui est en jeu, c'est notre engagement, comme société, envers le respect de la dignité humaine et de la valeur inhérente à chaque personne, aussi abominables que soient les crimes qu'elle a commis.

[142] Qu'on me comprenne bien. Cette conclusion d'inconstitutionnalité du cumul de périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de 25 ans ne doit pas être perçue comme une dévalorisation de la vie de chacune des victimes innocentes. Tous conviennent que les meurtres multiples sont des actes intrinsèquement ignobles et représentent les crimes les plus graves qui soient, dont les séquelles sont permanentes. Le présent pourvoi ne porte pas sur la valeur de chaque vie humaine, mais bien sur les limites du pouvoir de l'État de punir des contrevenants, un pouvoir qui, dans une société fondée sur la primauté du droit, doit être exercé de manière conforme à la Constitution.

[143] Dans les circonstances, notre Cour n'a d'autre choix que de déclarer invalide immédiatement l'art. 745.51 *C. cr.* Cette déclaration a pour effet d'invalidier rétroactivement cette disposition à compter de son adoption en 2011. Le droit applicable est donc celui qui existait antérieurement à cette date. En conséquence, l'intimé doit se voir infliger une peine d'emprisonnement à perpétuité, sans possibilité de libération conditionnelle pour une période totale de 25 ans.

[144] L'intimé a commis des crimes horribles, qui ont endommagé notre tissu social. Motivé par la haine, il a enlevé la vie à six victimes innocentes et causé des séquelles physiques et psychologiques graves, voire permanentes, aux survivants de la tuerie. Il a non seulement laissé des familles dévastées, mais il a également suscité un état de douleur et d'angoisse au sein de toute une communauté, la communauté musulmane de Québec et de l'ensemble du Canada, dont plusieurs membres continuent de craindre pour leur sécurité. Il a en outre fait naître un profond sentiment de tristesse et d'indignation chez tous les Canadiens et les Canadiennes par suite de ses crimes haineux, qui ont ébranlé les fondements mêmes sur lesquels repose notre société.

[145] Sadly, this case is but one example of the crimes committed by multiple murderers that shock our collective conscience. Other examples include murders committed by sexual predators who place no value on the lives of their victims and who leave entire communities in a state of fear and terror until they are apprehended. So, too, is the case of terrorists who seek to destroy Canada's political order without regard to the devastation and loss of life that may result from their crimes.

[146] The horror of the crimes, however, does not negate the basic proposition that all human beings carry within them a capacity for rehabilitation and that, accordingly, punishments which fail to account for this human quality will offend the principles that underlie s. 12 of the *Charter*.

[147] All multiple murderers receive a minimum sentence of life in prison. In the current state of the law, they are eligible for parole after 25 years in the case of first degree murders. Eligibility for parole is not a right to parole. Experience has shown that the Board generally proceeds with care and caution before making a decision as important as releasing multiple murderers back into society. The protection of the public is the paramount consideration in the Board's decision-making process, but the Board also takes into account other factors such as the gravity of the offence and its impact on victims. It, perhaps, provides a measure of solace to know that compelling evidence of rehabilitation will be demanded before the perpetrators of such crimes will be released on parole.

[148] For all these reasons, the appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

*Solicitor for the appellant Her Majesty The Queen:
Director of Criminal and Penal Prosecutions, Québec.*

[145] Malheureusement, la présente affaire n'est qu'un exemple parmi d'autres des crimes qui sont commis par des meurtriers multiples et qui choquent notre conscience collective. Mentionnons également les meurtres que commettent des prédateurs sexuels qui n'accordent aucune valeur à la vie de leurs victimes et qui, tant qu'ils n'ont pas été appréhendés, laissent des communautés entières dans un état de peur et de terreur. Pensons aussi aux terroristes qui cherchent à détruire l'ordre politique du Canada, sans se soucier des dévastations et des pertes de vie que pourraient entraîner leurs crimes.

[146] Cependant, l'horreur des crimes ne nie pas la proposition fondamentale que tous les êtres humains portent en eux la capacité de se réhabiliter et qu'en conséquence, les peines qui ne tiennent pas compte de cette qualité humaine vont à l'encontre des principes qui sous-tendent l'art. 12 de la *Charte*.

[147] Tous les meurtriers multiples reçoivent une peine minimale d'emprisonnement à vie. Dans l'état actuel du droit, ces derniers sont admissibles à la libération conditionnelle après 25 ans en cas de meurtres au premier degré. L'admissibilité à la libération conditionnelle n'est pas un droit à la libération conditionnelle. L'expérience montre que la Commission procède généralement avec soin et prudence avant de prendre une décision aussi importante que celle de remettre en liberté des meurtriers multiples. La protection du public est le critère prépondérant dans le processus décisionnel de la Commission, mais celle-ci tient également compte d'autres facteurs tels que la gravité de l'infraction et son impact sur les victimes. Il peut être réconfortant, dans une certaine mesure, de savoir que des preuves convaincantes de réhabilitation sont exigées avant que les auteurs de tels crimes ne soient remis en liberté sous condition.

[148] Pour tous ces motifs, l'appel est rejeté.

Pourvoi rejeté.

*Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine :
Directeur des poursuites criminelles et pénales,
Québec.*

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

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

Solicitor for the respondent: Centre communautaire juridique de Québec, Québec.

Procureur de l'intimé : Centre communautaire juridique de Québec, Québec.

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

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

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

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

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

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

Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal-Laval-Longueuil: Juristes Power, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal-Laval-Longueuil : Juristes Power, Montréal.

Solicitors for the intervener the Queen's Prison Law Clinic: Embry Dann, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Queen's Prison Law Clinic : Embry Dann, Toronto.

Solicitors for the interveners the Toronto Police Association, the Canadian Police Association, Karen Fraser, Jennifer Sweet, Nicole Sweet, Kim Sweet, John Sweet, J. Robert Sweet, Charles Sweet, Patricia Corcoran, Ann Parker, Ted Baylis, Sharon Baylis, Cory Baylis, Michael Leone, Doug French, Donna French and Deborah Mahaffy: Danson Recht, Toronto.

Procureurs des intervenants Toronto Police Association, l'Association canadienne des policiers, Karen Fraser, Jennifer Sweet, Nicole Sweet, Kim Sweet, John Sweet, J. Robert Sweet, Charles Sweet, Patricia Corcoran, Ann Parker, Ted Baylis, Sharon Baylis, Cory Baylis, Michael Leone, Doug French, Donna French et Deborah Mahaffy : Danson Recht, Toronto.

Solicitor for the intervener the Observatory on National Security Measures: Université de Montréal — Faculté de droit, Montréal.

Procureur de l'intervenant l'Observatoire des mesures visant la sécurité nationale : Université de Montréal — Faculté de droit, Montréal.

Solicitors for the intervener the Independent Criminal Defence Advocacy Society: Melville Law Chambers, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Independent Criminal Defence Advocacy Society : Melville Law Chambers, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Prison Law Association: Borys Law, Kingston.

Procureurs de l'intervenante Canadian Prison Law Association : Borys Law, Kingston.

Solicitor for the intervener the National Council of Canadian Muslims: National Council of Canadian Muslims, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Ruby Shiller Enenajor DiGiuseppe, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Henein Hutchison, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Calgary Police Service — Legal Services Division, Calgary; York Regional Police, Aurora, Ont.

Procureur de l'intervenant le Conseil national des musulmans canadiens : Conseil national des musulmans canadiens, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Ruby Shiller Enenajor DiGiuseppe, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Henein Hutchison, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Calgary Police Service — Legal Services Division, Calgary; York Regional Police, Aurora (Ont.).

Matthew Winston Brown *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Manitoba,
Attorney General of British
Columbia, Attorney General of
Saskatchewan, Canadian Civil
Liberties Association, Empowerment
Council, Criminal Lawyers'
Association and Women's Legal
Education and Action Fund Inc.**
Interveners

INDEXED AS: R. v. BROWN**2022 SCC 18**

File No.: 39781.

2021: November 9; **2022: May 13.**Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, **Kasirer** and Jamal JJ.**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA**

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Reasonable limits — Section 33.1 of Criminal Code preventing accused from raising common law defence of self-induced intoxication akin to automatism — Whether s. 33.1 violates principles of fundamental justice or presumption of innocence — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 33.1.

At a house party, B consumed alcohol and magic mushrooms. Magic mushrooms contain psilocybin, an illegal drug that can bring about hallucinations. B lost his grip on reality and left the house. B was not simply drunk or high: while capable of physical movement, he

Please see in particular para. 72

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
procureur général du Manitoba,
procureur général de la Colombie-
Britannique, procureur général
de la Saskatchewan, Association
canadienne des libertés civiles,
Empowerment Council, Criminal
Lawyers' Association et Fonds
d'action et d'éducation juridique
pour les femmes** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. BROWN**2022 CSC 18**

N° du greffe : 39781.

2021 : 9 novembre; 2022 : 13 mai.

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 — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Limites raisonnables — Article 33.1 du Code criminel empêchant l'accusé d'invoquer la défense en common law d'intoxication volontaire s'apparentant à l'automatisme — L'article 33.1 viole-t-il les principes de justice fondamentale ou la présomption d'innocence? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 33.1.

Lors d'une fête dans une résidence privée, B a consommé de l'alcool et des champignons magiques. Les champignons magiques contiennent de la psilocybine, une drogue illégale susceptible de provoquer des hallucinations. B a perdu contact avec la réalité et est sorti de la maison. B n'était pas

was in a psychotic state and had no willed control over his actions. He broke into the nearby house of a stranger and attacked the occupant, causing permanent injuries. He then broke into another residence and the occupants called the police. B was charged with break and enter and aggravated assault, and with break and enter and mischief to property over \$5,000.

At trial, B argued that he was not guilty of the offences by reason of automatism caused by the consumption of psilocybin. Expert evidence adduced at trial confirmed that B had no voluntary control over his conduct at the time. The Crown invoked s. 33.1 of the *Criminal Code* as a means of precluding B from relying on self-induced intoxication akin to automatism as a defence to the charge of aggravated assault. Parliament added s. 33.1 to the *Criminal Code* in response to *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63. The Court in *Daviault* confirmed the common law rule that intoxication is not a defence to crimes of general intent, but a majority recognized that the *Charter* mandated an exception where intoxication is so extreme that an accused falls into a condition akin to automatism and is incapable of voluntarily committing a guilty act or of having a guilty mind. Section 33.1 was enacted to address the constitutional failings identified by the majority in *Daviault* in a manner that would properly reflect the blameworthiness of the extremely self-intoxicated accused identified by the dissent. Section 33.1 blocks the defence of automatism for general intent crimes designated in s. 33.1(3), including aggravated assault and sexual assault.

B challenged the constitutionality of s. 33.1. The *voir dire* judge concluded that s. 33.1 violates the principles of fundamental justice and the presumption of innocence guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and that the violations are not justified pursuant to s. 1 of the *Charter*. He declared s. 33.1 to be of no force and effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. As a result, B was entitled to raise the defence of extreme intoxication akin to automatism at trial. The trial judge found that the defence was an answer to both charges and entered acquittals. The Court of Appeal reversed the declaration that s. 33.1 was of no force or effect, set aside the acquittal on the count of break and enter and aggravated assault, and entered a

simplement ivre ou drogué : bien que capable de mouvements physiques, il se trouvait dans un état de psychose et n'avait aucune maîtrise de ses gestes. Il s'est introduit par effraction dans une maison située à proximité appartenant à une étrangère et a agressé l'occupante, lui infligeant des blessures permanentes. Il s'est ensuite introduit par effraction dans une autre résidence, et les occupants ont appelé la police. B a été accusé d'introduction par effraction et de voies de fait graves, ainsi que d'introduction par effraction et de méfait à l'égard d'un bien de plus de 5 000 \$.

Au procès, B affirmé qu'il n'était pas coupable des infractions, pour cause d'automatisme résultant de la consommation de psilocybine. La preuve d'expert présentée au procès a confirmé que B n'avait pas la maîtrise de ses actes au moment des faits reprochés. La Couronne a invoqué l'art. 33.1 du *Code criminel* pour empêcher B de plaider l'intoxication volontaire s'apparentant à l'automatisme comme moyen de défense contre l'accusation de voies de fait graves. Le Parlement a ajouté l'art. 33.1 au *Code criminel* en réaction à l'arrêt *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63. Dans *Daviault*, la Cour a confirmé la validité de la règle de common law suivant laquelle l'intoxication n'est pas un moyen de défense opposable aux crimes d'intention générale, mais les juges majoritaires ont reconnu qu'en raison de la *Charte*, il était nécessaire de prévoir une exception lorsque l'accusé est dans un état d'intoxication si extrême qu'il se trouve dans un état s'apparentant à l'automatisme et qu'il est incapable de commettre volontairement un acte coupable ou d'avoir une intention coupable. L'article 33.1 a été adopté afin de remédier aux lacunes constitutionnelles relevées par les juges majoritaires dans l'arrêt *Daviault* d'une manière qui tienne dûment compte des propos formulés dans cet arrêt par le juge dissident au sujet de la culpabilité d'un accusé qui s'intoxique à l'extrême volontairement. L'article 33.1 fait obstacle à la défense d'automatisme pour tous les crimes d'intention générale visés par le par. 33.1(3), dont les voies de fait graves et l'agression sexuelle.

B a contesté la constitutionnalité de l'art. 33.1. Le juge qui a tenu le voir-dire a conclu que l'art. 33.1 violait les principes de justice fondamentale et la présomption d'innocence garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, et que les violations n'étaient pas justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il a déclaré l'art. 33.1 inopérant par application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, B avait le droit d'invoquer au procès le moyen de défense de l'intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme. La juge du procès a estimé que la défense pouvait être opposée aux deux accusations, et elle a inscrit des acquittements. La Cour d'appel a infirmé le jugement qui avait déclaré l'art. 33.1 inopérant, annulé l'acquittement

conviction for that offence. The acquittal on the mischief charge was unaffected by s. 33.1 and not appealed.

Held: The appeal should be allowed. Section 33.1 of the *Criminal Code* should be declared unconstitutional and of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The acquittal on the count of unlawful break and enter of a dwelling house and committing aggravated assault therein should be restored.

This is not a drunkenness case. B consumed a drug which, taken in combination with alcohol, provoked psychotic, delusional and involuntary conduct. Criminal liability for violent conduct produced by alcohol alone, short of the psychotic state akin to automatism experienced by B, is not in issue. The outcome of the declaration of unconstitutionality with respect to s. 33.1 has no impact on the rule that intoxication short of automatism is not a defence to violent crimes of general intent, such as assault or sexual assault. While s. 33.1 is unconstitutional, there may well have been other paths for Parliament to achieve its legitimate aims connected to combatting extreme intoxicated violence. The sense that an accused who acts violently in a state of extreme self-induced intoxication is morally blameworthy is by no means beyond the proper reach of the criminal law. Protecting the victims of violent crime — particularly in light of the equality and dignity interests of women and children who are vulnerable to intoxicated sexual and domestic violence — is a pressing and substantial social purpose. And it was not impermissible for Parliament to enact legislation seeking to hold an extremely intoxicated person accountable for a violent crime when they chose to create the risk of harm by ingesting intoxicants.

Section 33.1(1) of the *Criminal Code* eliminates the defence of self-induced intoxication akin to automatism applied to the violent offences identified in s. 33.1(3) where the accused departs markedly from the standard of care described in s. 33.1(2). Section 33.1 does not create a new predicate act offence of self-induced extreme intoxication or a new criminal negligence offence. The accused faces the full stigma of conviction and the full brunt of punishment for the general intent offence pointed to in s. 33.1(3). Section 33.1 applies when three conditions are met: the accused

à l'égard du chef d'introduction par effraction et de voies de fait graves, et inscrit une déclaration de culpabilité relativement à cette infraction. L'acquittement relatif à l'accusation de méfait n'était pas visé par l'art. 33.1 et n'a pas été porté en appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L'article 33.1 du *Code criminel* est déclaré inconstitutionnel et inopérant par application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'acquittement prononcé relativement au chef d'accusation d'entrée par effraction dans une maison d'habitation et d'y avoir commis des voies de fait graves est rétabli.

Il ne s'agit pas d'une affaire d'ivresse. B a consommé une drogue qui, prise avec de l'alcool, a provoqué un comportement psychotique, délirant et involontaire. La responsabilité criminelle à l'égard d'actes violents provoqués seulement par l'alcool, qui ne relèvent pas de l'état psychotique s'apparentant à l'automatisme vécu par B, n'est pas en cause. Le sort de la déclaration d'inconstitutionnalité visant l'art. 33.1 n'a aucune incidence sur la règle voulant que l'intoxication sans automatisme ne soit pas un moyen de défense opposable aux crimes violents d'intention générale, telles les voies de fait ou l'agression sexuelle. Bien que l'art. 33.1 soit inconstitutionnel, le Parlement aurait très bien pu recourir à d'autres moyens pour réaliser ses objectifs légitimes en matière de lutte contre la violence perpétrée en état d'intoxication extrême. L'idée selon laquelle l'accusé qui se livre à des actes de violence alors qu'il se trouve dans un état d'intoxication volontaire extrême est moralement blâmable n'est pas exclue du champ d'application légitime du droit criminel. La protection des victimes de crimes violents — surtout à la lumière du droit à l'égalité et à la dignité des femmes et des enfants qui sont susceptibles d'être victimes de violences sexuelles et familiales aux mains de personnes intoxiquées — constitue un objectif social urgent et réel. Il était loisible au Parlement d'adopter une disposition législative visant à tenir des personnes extrêmement intoxiquées responsables d'un crime violent lorsqu'elles ont choisi de créer le risque de préjudice en ingérant des substances intoxicantes.

Le paragraphe 33.1(1) du *Code criminel* abolit le moyen de défense fondé sur l'intoxication volontaire s'apparentant à l'automatisme dans le cas des infractions violentes énumérées au par. 33.1(3) lorsque l'accusé s'écarte de façon marquée de la norme de diligence énoncée au par. 33.1(2). L'article 33.1 ne crée pas une nouvelle infraction sous-jacente d'intoxication volontaire extrême ou une nouvelle infraction fondée sur la négligence criminelle. L'accusé doit supporter toute l'infamie d'une déclaration de culpabilité et toute la rigueur de la

was intoxicated at the material time, the intoxication was self-induced, and the accused departed markedly from the standard of reasonable care generally recognized in Canadian society by interfering or threatening to interfere with the bodily integrity of another person. When these three things are proved, it is not a defence that the accused lacked the general intent or the voluntariness required to commit the offence named in s. 33.1(3). The requirements of s. 33.1 are not, together or separately, a measure of fault; they are conditions of liability, as the use of the word “while” in s. 33.1(2) confirms. The marked departure described in s. 33.1(2) depends on proof of two facts: that the person was in a state of self-induced intoxication that rendered them unaware of, or incapable of controlling, their behaviour, and that the violent act occurred while they were in that state. These facts are conditions of liability and not measures of fault because neither of them import a criminal negligence standard. Thus s. 33.1 deems criminal fault for the violent offence to be present based on the accused’s choice to become intoxicated. What Parliament sought was to impose liability for the charged offence, and not the act of self-induced intoxication itself.

The rights of victims of intoxicated violence, in particular the rights of women and children, should be considered at the justification stage under s. 1 of the *Charter* rather than informing the analysis of a possible breach of the accused’s rights under s. 7. Balancing competing *Charter* rights under the breach analysis should occur where the rights of the accused and another party conflict and are directly implicated by state action. The equality, dignity and security interests of vulnerable groups informed the overarching public policy goals of Parliament but they are best considered under s. 1.

Section 33.1 breaches s. 7 of the *Charter* by allowing a conviction without proof of *mens rea* or proof of voluntariness. It is a principle of fundamental justice that proof of penal negligence, in the form of a marked departure from the standard of a reasonable person, is minimally required for a criminal conviction, unless the specific nature of the crime demands subjective fault. Section 33.1 requires an intention to become intoxicated but intention to become

peine infligée pour l’infraction d’intention générale visée au par. 33.1(3). L’article 33.1 s’applique lorsque les trois conditions suivantes sont réunies : l’accusé était intoxiqué au moment des faits, cette intoxication était volontaire et l’accusé s’est écarté de façon marquée de la norme de diligence raisonnable généralement acceptée dans la société canadienne en portant atteinte ou en menaçant de porter atteinte à l’intégrité physique d’autrui. Lorsque ces trois éléments sont démontrés, l’accusé ne peut invoquer comme moyen de défense le fait qu’il n’avait pas l’intention générale ou la volonté requise pour commettre l’infraction visée au par. 33.1(3). Les conditions prévues à l’art. 33.1 ne constituent pas, ensemble ou séparément, une faute. Il s’agit des conditions de la responsabilité de l’accusé, comme le confirme l’emploi des mots « alors que » au par. 33.1(2). Pour établir l’existence de l’écart marqué décrit au par. 33.1(2), il faut faire la preuve de deux faits : la personne était dans un état d’intoxication volontaire qui la rendait inconsciente de sa conduite ou incapable de se maîtriser, et l’acte violent a été commis alors qu’elle se trouvait dans cet état. Ces faits sont des conditions à remplir pour engager la responsabilité, et non une faute, étant donné que ni l’un ni l’autre de ces éléments ne fait intervenir une norme de négligence criminelle. En conséquence, l’art. 33.1 renferme une présomption de faute criminelle à l’égard de l’infraction violente en raison du choix de l’accusé de s’intoxiquer. Ce que le Parlement voulait, c’était d’imposer une responsabilité pour l’infraction reprochée, et non pour l’intoxication volontaire en soi.

Les droits des victimes d’actes de violence commis par des personnes en état d’intoxication, en particulier les droits des femmes et des enfants, devraient être examinés à l’étape de la justification en vertu de l’article premier de la *Charte* au lieu de guider l’analyse d’une éventuelle violation des droits garantis à l’accusé par l’art. 7. La mise en balance des droits opposés garantis par la *Charte* dans le cadre de l’analyse relative à la violation de la *Charte* devrait se faire lorsque les droits de l’accusé et ceux d’une autre partie entrent en conflit et sont directement touchés par une action de l’État. Les droits à l’égalité, à la dignité et à la sécurité des groupes vulnérables sont à la base des principaux objectifs de politique sociale du Parlement, mais il est préférable de les examiner au regard de l’article premier.

L’article 33.1 contrevient à l’art. 7 de la *Charte* en permettant une déclaration de culpabilité sans preuve de *mens rea* ou preuve de volonté. Un principe de justice fondamentale veut qu’une déclaration de culpabilité criminelle exige au minimum la preuve d’une négligence pénale, sous la forme d’un écart marqué par rapport à la norme d’une personne raisonnable, sauf si la nature précise du crime exige une faute subjective. L’article

intoxicated to any degree suffices — it matters little that a person did not foresee their loss of awareness or control, and nothing is said about the licit or illicit nature of the intoxicant or its known properties. For this reason, while s. 33.1 applies to those who recklessly invite their loss of control, it also captures unexpected involuntariness, for example an unexpected reaction to a prescribed pain medication. It also imposes criminal liability where a person's intoxication carries no objective foreseeability of harm. Furthermore, instead of asking whether a reasonable person would have foreseen the risk and taken steps to avoid it and whether the failure to do so amounted to a marked departure from the standard of care expected in the circumstances, s. 33.1 deems a marked departure to be present whenever a violent act occurs while the person is in a state of extreme voluntary intoxication akin to automatism. Since s. 33.1 allows the court to convict an accused without proof of the constitutionally required *mens rea*, it violates s. 7 of the *Charter*. Section 33.1 also directs that an accused person is criminally responsible for their involuntary conduct. Because involuntariness negates the *actus reus* of the offence, involuntary conduct is not criminal, and the law recognizes that voluntariness for the conviction of a crime is a principle of fundamental justice.

Section 33.1 also breaches the right to be presumed innocent until proven guilty guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. To convict the accused, the Crown must prove all the essential elements of an offence beyond a reasonable doubt. A direction from Parliament that proof of one fact is presumed to satisfy proof of one of the essential elements of an offence can only comply with s. 11(d) if, in all cases, proof of the substituted fact leads inexorably to the conclusion that the essential element it replaces exists. Otherwise, the substitution may result in the accused being convicted, based on proof of the substituted fact, despite the existence of a reasonable doubt as to the essential element of the offence that it replaces. Section 33.1 improperly substitutes proof of self-induced intoxication for proof of the essential elements of an offence. The fault and voluntariness of intoxication are substituted for the fault and voluntariness of the violent offence. This amounts to a constitutionally improper substitution. It cannot be said that in all cases under s. 33.1, the intention to become intoxicated can be substituted for the intention to commit a violent offence.

33.1 exige l'intention de s'intoxiquer, mais l'intention de s'intoxiquer à n'importe quel degré suffit — il importe peu que l'individu n'ait pas prévu sa perte de conscience ou de maîtrise, et l'article est muet sur le caractère licite ou illicite de la substance intoxicante ou sur ses propriétés connues. Pour cette raison, bien que l'art. 33.1 s'applique à ceux qui provoquent de manière téméraire leur perte de maîtrise, il englobe également la manifestation inattendue d'un comportement involontaire, par exemple la réaction imprévue à un médicament prescrit contre la douleur. Il impose également une responsabilité criminelle lorsque l'intoxication ne s'accompagne pas de la prévisibilité objective d'un préjudice. En outre, au lieu d'inviter le tribunal à se demander si une personne raisonnable aurait prévu le risque et pris des mesures pour l'éviter et si l'omission de l'avoir fait constitue un écart marqué par rapport à la norme de diligence attendue dans les circonstances, l'art. 33.1 dispose qu'un écart marqué est réputé exister dès lors que la personne commet un acte violent alors qu'elle est dans un état d'intoxication volontaire extrême s'apparentant à l'automatisme. Puisque l'art. 33.1 permet à un tribunal de déclarer un accusé coupable sans preuve de la *mens rea* exigée par la Constitution, il viole l'art. 7 de la *Charte*. L'article 33.1 prévoit également que l'accusé est criminellement responsable de sa conduite involontaire. Comme l'absence de volonté écarte l'*actus reus* de l'infraction, la conduite involontaire n'est pas criminelle, et le droit reconnaît que l'exigence relative au caractère volontaire requis pour qu'une personne soit déclarée coupable d'un crime est un principe de justice fondamentale.

L'article 33.1 viole aussi le droit garanti à l'accusé par l'al. 11d) de la *Charte* d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable. Pour faire déclarer l'accusé coupable, la Couronne doit prouver hors de tout doute raisonnable tous les éléments essentiels d'une infraction. Une directive du Parlement selon laquelle la preuve d'un fait est présumée être la preuve de l'un des éléments essentiels d'une infraction ne peut être conforme à l'al. 11d) que si, dans tous les cas, la preuve du fait substitué mène inexorablement à la conclusion que l'élément essentiel qu'il remplace existe. Sinon, l'accusé risque d'être déclaré coupable, sur le fondement de la preuve du fait substitué, malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à l'élément essentiel de l'infraction ainsi remplacé. L'article 33.1 substitue irrégulièrement la preuve de l'intoxication volontaire à la preuve des éléments essentiels d'une infraction. La faute et la volonté de s'intoxiquer sont substituées à la faute et à l'intention de commettre l'infraction violente. Cela constitue une substitution irrégulière sur le plan constitutionnel. Il est impossible d'affirmer que, dans tous les cas prévus à l'art. 33.1, on peut substituer l'intention de s'intoxiquer à l'intention de commettre une infraction violente.

Parliament had before it a record that highlighted the strong correlation between alcohol and drug use and violent offences, in particular against women, and brought to the fore of Parliament's attention the equality, dignity, and security rights of all victims of intoxicated violence. Parliament's protective public goals cannot be understated: these interests bear meaningful attention at both principal steps in the s. 1 analysis. But the Crown must show on a balance of probabilities that the limits of ss. 7 and 11(d) brought by s. 33.1 are reasonable and demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*. Given the patent risk that s. 33.1 may result in the conviction of an accused person who had no reason to believe that their voluntary intoxication would lead to a violent consequence, s. 33.1 fails at the proportionality step and thus cannot be saved under s. 1.

With respect to pressing and substantial purpose, the purpose of a provision must be properly identified with a view to justifying the infringement of the *Charter*, otherwise the exercise is not helpful for the balancing mandated by s. 1. In enacting s. 33.1, Parliament blocked the defence of automatism for the extremely intoxicated offender for two legitimate purposes: to protect the victims of extremely intoxicated violence, with particular attention to women and children whose equal place in society is compromised by sexual assault and other violent crimes of general intent in such circumstances; and to call offenders to answer for their choice to voluntarily ingest intoxicants where that choice creates a risk of violent crime. The protective purpose is sufficiently pressing and substantial to warrant limiting *Charter* rights — the protection of the public from intoxicated offenders is of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. As for the accountability objective, it rests on a philosophical idea that one should not be able to create the conditions of one's own criminal defence to block liability for the crime committed. An individual is responsible for their involuntary state because that person's choice to ingest intoxicants and become extremely intoxicated ultimately creates a risk of violence. Stated in this manner, accountability in this context is pressing and substantial and fits appropriately within the *Oakes* analysis.

Le Parlement disposait d'un dossier faisant ressortir la forte corrélation qui existe entre la consommation d'alcool et de drogues et la perpétration d'infractions violentes, en particulier contre les femmes, et le dossier a attiré l'attention du Parlement sur les droits à l'égalité, à la dignité et à la sécurité de toutes les victimes d'actes de violence commis par des individus en état d'intoxication. Les objectifs de protection du public visés par le Parlement ne doivent pas être sous-estimés : ces enjeux méritent une attention particulière aux deux principales étapes de l'analyse fondée sur l'article premier. La Couronne doit toutefois démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les limites imposées à l'art. 7 et à l'al. 11d) par l'art. 33.1 sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte*. Étant donné le risque manifeste que l'art. 33.1 entraîne la déclaration de culpabilité d'un accusé qui n'avait aucune raison de croire que son intoxication volontaire donnerait lieu à des actes violents, l'art. 33.1 échoue à l'étape de la proportionnalité et ne peut donc être sauvegardé en vertu de l'article premier.

En ce qui concerne l'objectif urgent et réel, il faut cerner correctement l'objectif d'une disposition afin de justifier l'atteinte à la *Charte*, sinon l'opération n'est pas utile pour la mise en balance exigée par l'article premier. En adoptant l'art. 33.1, le Parlement a refusé au contrevenant extrêmement intoxiqué la défense d'automatisme pour réaliser deux objectifs légitimes : protéger les victimes d'actes de violence commis par un contrevenant en état d'intoxication extrême, en portant une attention particulière aux femmes et aux enfants dont le droit à la place égale dans la société est compromis par les agressions sexuelles et d'autres crimes violents d'intention générale en pareilles circonstances; et obliger les contrevenants à répondre de leur choix d'ingérer volontairement des substances intoxicantes, lorsque ce choix risque de donner lieu à un crime violent. L'objectif de protection est suffisamment urgent et réel pour justifier la restriction de droits garantis par la *Charte* — la protection du public contre les contrevenants en état d'intoxication est d'une importance suffisante pour justifier la dérogation à un droit ou à une liberté protégée par la Constitution. Quant à l'objectif de responsabilisation, il repose sur l'idée philosophique qu'un individu ne devrait pas être en mesure de créer les conditions de sa propre défense au criminel pour se soustraire à la responsabilité du crime commis. Un individu est responsable de son absence de volonté parce que son choix d'ingérer des substances intoxicantes et de devenir extrêmement intoxiqué finit par créer un risque de violence. Formulée ainsi, la responsabilisation dans ce contexte est urgente et réelle, et elle cadre bien dans l'analyse prescrite par *Oakes*.

The deterrent and denunciating effects of s. 33.1 provide a rational connection to Parliament's protective objective. While it is true that s. 33.1 applies to an accused who could not have foreseen the risk of a loss of control or of bodily harm, it also extends to situations in which there was a foreseeable risk of a loss of control and harm. Thus, an individual who consumes an intoxicant with psychosis-inducing effects, including those who know they lost control of their conduct while in a drug-induced psychosis in the past, will be caught by s. 33.1. It is reasonable that Parliament would expect the provision to hold some modest deterrent effect for such individuals. This deterrent effect dissuades those contemplating this kind of intoxication and, as such, s. 33.1 is rationally connected to its protective purpose. In addition, s. 33.1 is rationally connected to the objective of holding individuals accountable, in as full a manner as possible, for the choice to become extremely intoxicated and the violence committed while in that state. It is obvious that a person foreclosed from advancing a defence that could result in an acquittal is held accountable.

Section 33.1 is, however, not minimally impairing of an accused's ss. 7 and 11(d) rights. There are less harmful means of achieving Parliament's objectives in a real and substantial manner. Options have been advanced that would trench less on the rights of the accused, including a stand-alone offence of criminal intoxication. Alternatively, a path to liability for the underlying violent offence might be based on a criminal negligence standard that would allow the trier of fact to consider whether a loss of control and bodily harm were both reasonably foreseeable at the time of intoxication. This latter option could allow an accused to be convicted for the underlying violent act and not simply negligent or dangerous intoxication while achieving the minimum objective fault standard required by the Constitution.

Section 33.1 also fails on an assessment of the relative benefits and negative effects of the law under the *Oakes* test. At the final stage under s. 1, the question is whether there is proportionality between the overall effects of the *Charter*-infringing measure and the legislative objectives. This invites the broadest assessment of the benefits of s. 33.1 to society, weighed against the cost of the limitations to ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. With respect to its salutary effects, s. 33.1 gives expression to the close and harmful association between extreme self-induced intoxication and

Les effets de dissuasion et de dénonciation de l'art. 33.1 établissent un lien rationnel avec l'objectif de protection visé par le Parlement. S'il est vrai que l'art. 33.1 s'applique à l'accusé qui ne pouvait pas prévoir le risque de perte de maîtrise ou de lésions corporelles, il s'applique également aux situations dans lesquelles il existe un risque prévisible de perte de maîtrise et de préjudice. Tomberaient ainsi sous le coup de l'art. 33.1 les individus qui consomment une substance intoxicante à effets psychogènes, y compris ceux qui savent qu'ils ont déjà, par le passé, perdu la maîtrise de leurs actes alors qu'ils se trouvaient dans un état de psychose provoqué par une drogue. Il est raisonnable que le Parlement s'attende à ce que cette disposition ait un modeste effet dissuasif sur ces individus. Cet effet dissuasif décourage ceux qui envisagent de s'intoxiquer à un degré aussi extrême de le faire, et il existe en conséquence un lien rationnel entre l'art. 33.1 et son objectif de protection. De plus, il existe un lien rationnel entre l'art. 33.1 et l'objectif consistant à tenir les individus responsables, de la manière la plus complète possible, de leur choix de devenir extrêmement intoxiqués et de la violence perpétrée alors qu'ils se trouvent dans cet état. Il est évident que lorsqu'une personne ne peut faire valoir un moyen de défense qui pourrait entraîner son acquittement, elle doit répondre de ses actes.

L'article 33.1 ne porte toutefois pas minimalement atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 et l'al. 11d). Il existe des moyens moins attentatoires de réaliser les objectifs du Parlement de façon réelle et substantielle. On a proposé des solutions qui empièteraient moins sur les droits de l'accusé, y compris une infraction autonome d'intoxication criminelle. Subsidiairement, un moyen de tenir les accusés responsables de l'infraction violente pourrait reposer sur une norme de négligence criminelle qui permettrait au juge des faits de déterminer si une perte de maîtrise et l'infliction de lésions corporelles étaient toutes deux raisonnablement prévisibles au moment de l'intoxication. Cette dernière solution pourrait permettre de déclarer l'accusé coupable de l'acte violent visé au par. 33.1(3) et non simplement d'intoxication négligente ou dangereuse, tout en respectant la norme minimale de faute objective exigée par la Constitution.

L'article 33.1 échoue aussi à l'étape de l'évaluation des avantages relatifs et des effets préjudiciables de la disposition en fonction de l'analyse prescrite dans *Oakes*. À la dernière étape de l'analyse fondée sur l'article premier, la question consiste à se demander s'il y a proportionnalité entre les effets globaux de la mesure qui porte atteinte à la *Charte* et les objectifs législatifs. Il faut pour ce faire procéder à l'évaluation la plus vaste possible des avantages de l'art. 33.1 pour la société, en les mettant en balance avec le prix à payer pour les restrictions apportées à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la

violence and affirms society's commitment to the equality and security rights of victims vulnerable to intoxicated crime. It responds meaningfully to inequality by recognizing that women and children deserve the full protection of the law and by condemning intoxicated gendered and family violence. It includes in its reach the irresponsible use and mixing of intoxicants that could lead to automatism and violence which discourages such behaviour and raises awareness about the link between extreme intoxication and violence. It contributes to public confidence in the criminal justice system, although this benefit must be balanced against recognizing society's interests in a system of law governed by the principles of fundamental justice. As well, it fosters personal responsibility in respect of voluntary intoxication, which Parliament saw as one of the root sources of violent crime.

However, s. 33.1's deleterious effects are serious and troubling. Its fundamental flaw is the risk of wrongful convictions it presents. It contravenes virtually all the criminal law principles that the law relies upon to protect the morally innocent. It enables conviction where the accused acted involuntarily, where the accused did not possess the minimum level of fault required, and where the Crown has not proven beyond a reasonable doubt the essential elements of the offence for which an accused is charged. Because s. 33.1 does not build in a criterion of objective foreseeability, it is impossible to say who, among those who voluntarily ingest intoxicants, has the degree of blameworthiness that would justify the stigma and punishment associated with the underlying offence with which they are charged. Where the intoxicant is licit, or where no reasonable person would anticipate the risk of automatism, whatever blameworthiness that comes from voluntary intoxication is relatively low and likely disproportionate to the punishment the individual would face if convicted for an offence committed in a state akin to automatism. It cannot be concluded that the morally innocent will not be punished. This is an extremely serious deleterious effect. Additionally, s. 33.1 disproportionately punishes for unintentional harm, contrary to the principle that punishment must be proportionate to the gravity of the offence.

Charte. Pour ce qui est de ses effets bénéfiques, l'art. 33.1 exprime le lien étroit et pernicieux qui existe entre l'intoxication volontaire extrême et la violence, et confirme l'engagement de la société envers les droits à l'égalité et à la sécurité des personnes qui risquent d'être victimes de crimes commis par des individus en état d'intoxication. Il répond concrètement à l'inégalité en reconnaissant que les femmes et les enfants méritent la pleine protection de la loi et en condamnant les actes de violence familiale et fondée sur le genre commis par des personnes en état d'intoxication. Il englobe la consommation irresponsable et le mélange de substances intoxicantes susceptibles de mener à un état d'automatisme et à des actes violents, ce qui décourage de tels comportements et sensibilise les citoyens à l'égard du lien qui existe entre l'intoxication extrême et la violence. Il contribue à donner confiance au public dans le système de justice criminelle, mais il faut pondérer cet avantage et la reconnaissance des intérêts de la société dans un système de droit régi par les principes de justice fondamentale. En outre, il encourage la responsabilité personnelle à l'égard de l'intoxication volontaire, ce que le Parlement voyait comme une des racines des crimes violents.

Les effets préjudiciables de l'art. 33.1 sont toutefois sérieux et troublants. Sa lacune fondamentale réside dans le fait qu'il risque de donner lieu à des déclarations de culpabilité injustifiées. Il viole pratiquement tous les principes du droit pénal sur lesquels le droit s'appuie pour protéger les personnes moralement innocentes. Il permet de déclarer l'accusé coupable dans les cas où ce dernier a agi de façon involontaire ou ne possédait pas le degré minimal de faute requis, ainsi que dans les cas où la Couronne n'a pas prouvé hors de tout doute raisonnable les éléments essentiels de l'infraction reprochée à l'accusé. Puisque l'art. 33.1 n'intègre pas un critère de prévisibilité objective, il est impossible de dire qui sont les personnes, parmi celles qui ingèrent volontairement des substances intoxicantes, qui sont suffisamment blâmables pour justifier l'opprobre et la peine associés à l'infraction visée au par. 33.1(3) dont elles sont accusées. Lorsque la substance intoxicante est licite, ou qu'aucune personne raisonnable n'anticiperait le risque d'automatisme, la culpabilité découlant d'une intoxication volontaire est relativement faible et vraisemblablement disproportionnée par rapport à la peine dont serait passible l'individu s'il était reconnu coupable d'une infraction commise alors qu'il se trouvait dans un état s'apparentant à l'automatisme. On ne peut conclure que des personnes moralement innocentes ne seront pas punies. Il s'agit là d'un effet préjudiciable extrêmement grave. En outre, l'art. 33.1 punit de façon disproportionnée ceux qui causent involontairement un préjudice, contrairement au principe selon lequel la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction.

The Crown has not discharged its burden of showing that the benefits suggested by the evidence are fairly realized by s. 33.1. There are socially and constitutionally acceptable alternatives to the *Daviault* exception that achieve the legitimate objectives of the law more fairly than in s. 33.1. In the absence of s. 33.1, the benefits tied to accountability and protection will continue to be met through the application of common law rules which prevent the defence of intoxication including to general intent crimes of violence. Parliament can further advance these goals with respect to self-induced extreme intoxication akin to automatism through other means. The weight to be accorded to the principles of fundamental justice and the presumption of innocence cannot be ignored. Section 33.1 trenches on fundamental principles at the core of Canada's criminal law system, creates a liability regime that disregards principles meant to protect the innocent, and communicates the message that securing a conviction is more important than respecting the basic principles of justice. Its impact on the principles of fundamental justice is disproportionate to its overarching public benefits. It should therefore be declared unconstitutional and of no force or effect.

La Couronne ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer que l'art. 33.1 procure de manière équitable les avantages suggérés par la preuve. Il existe des solutions de rechange socialement et constitutionnellement acceptables à l'exception découlant de l'arrêt *Daviault* qui permettent de réaliser les objectifs légitimes de la loi d'une façon plus équitable que ne le prévoit l'art. 33.1. Sans l'art. 33.1, les avantages liés à la responsabilisation et à la protection seront protégés par l'application des règles de common law qui empêchent la défense d'intoxication, y compris dans le cas des crimes de violence d'intention générale. Le Parlement peut promouvoir davantage par d'autres moyens la réalisation de ces objectifs en ce qui concerne l'intoxication volontaire extrême s'apparentant à l'automatisme. On ne saurait ignorer l'importance qu'il convient d'attribuer aux principes de justice fondamentale et à la présomption d'innocence. L'article 33.1 porte atteinte à des principes fondamentaux qui sont au cœur même du système canadien de droit pénal, il crée un régime de responsabilité qui ne tient pas compte des principes destinés à protéger les innocents et il envoie le message qu'il est plus important d'obtenir une déclaration de culpabilité que de respecter les principes de base de la justice. Son impact sur les principes de justice fondamentale est disproportionné par rapport à ses grands avantages d'intérêt public. Il doit en conséquence être déclaré inconstitutionnel et inopérant.

Cases Cited

Applied: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **considered:** *R. v. Sullivan*, 2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; **referred to:** *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513; *R. v. Luedecke*, 2008 ONCA 716, 93 O.R. (3d) 89; *R. v. Sullivan*, 2022 SCC 19, [2022] 1 S.C.R. 460; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871; *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687; *R. v. Bouchard-Lebrun*, 2011 SCC 58, [2011] 3 S.C.R. 575; *R. v. Thérault*, [1993] 2 S.C.R. 5; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Malmo-Levine*, 2003

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts examinés :** *R. c. Sullivan*, 2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; **arrêts mentionnés :** *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290; *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513; *R. c. Luedecke*, 2008 ONCA 716, 93 O.R. (3d) 89; *R. c. Sullivan*, 2022 CSC 19, [2022] 1 R.C.S. 460; *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871; *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687; *R. c. Bouchard-Lebrun*, 2011 CSC 58, [2011] 3 R.C.S. 575; *R. c. Thérault*, [1993] 2 R.C.S. 5; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Malmo-Levine*,

SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021; *R. v. Levigne*, 2010 SCC 25, [2010] 2 S.C.R. 3; *R. v. Chaulk*, 2007 NSCA 84, 257 N.S.R. (2d) 99; *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3; *R. v. Vickberg* (1998), 16 C.R. (5th) 164; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49; *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *Frank v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 1, [2019] 1 S.C.R. 3; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *R. v. Brenton* (1999), 180 D.L.R. (4th) 314; *R. v. Chan*, 2018 ONSC 3849, 365 C.C.C. (3d) 376; *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (self-induced intoxication), S.C. 1995, c. 32, preamble.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11, 15, 28.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part I, s. 33.1.

Authors Cited

Baker, Dennis, and Rainer Knopff. “*Daviault Dialogue: The Strange Journey of Canada’s Intoxication Defence*” (2014), 19 *Rev. Const. Stud.* 35.
 Canada. Department of Justice. *Self-Induced Intoxication as Criminal Fault: Information Note*. Ottawa, 1995.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 133, No. 177, 1st Sess., 35th Parl., March 27, 1995, pp. 11037-39.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 133, No. 224, 1st Sess., 35th Parl., June 22, 1995, p. 14470.
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Evidence*, No. 161, 1st Sess., 35th Parl., June 13, 1995, pp. 22-25.
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, No. 98, 1st Sess., 35th Parl., April 6, 1995, pp. 6, 17.

2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021; *R. c. Levigne*, 2010 CSC 25, [2010] 2 R.C.S. 3; *R. c. Chaulk*, 2007 NSCA 84, 257 N.S.R. (2d) 99; *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3; *R. c. Vickberg* (1998), 16 C.R. (5th) 164; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49; *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *R. c. Brenton* (1999), 180 D.L.R. (4th) 314; *R. c. Chan*, 2018 ONSC 3849, 365 C.C.C. (3d) 376; *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11, 15, 28.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, partie I, art. 33.1.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi modifiant le Code criminel (intoxication volontaire), L.C. 1995, c. 32, préambule.

Doctrine et autres documents cités

Baker, Dennis, and Rainer Knopff. « *Daviault Dialogue : The Strange Journey of Canada’s Intoxication Defence* » (2014), 19 *R. études const.* 35.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, n° 177, 1^{re} sess., 35^e lég., 27 mars 1995, p. 11037-11039.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, n° 224, 1^{re} sess., 35^e lég., 22 juin 1995, p. 14470.
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et des questions juridiques*, n° 98, 1^{re} sess., 35^e lég., 6 avril 1995, p. 6, 17.
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. *Témoignages*, n° 161, 1^{re} sess., 35^e lég., 13 juin 1995, p. 23-27.
 Canada. Ministère de la Justice. *La responsabilité criminelle pour intoxication volontaire : note explicative*, Ottawa, 1995.

- Chapman, Frances E. “*Sullivan*. Specific and General Intent be Damned: Volition Missing and *Mens Rea* Incomplete” (2020), 63 C.R. (7th) 164.
- Coughlan, Steve. “*Sullivan*: Can a Section 7 Violation Ever be Saved Under Section 1?” (2020), 63 C.R. (7th) 157.
- Dimock, Susan. “*Actio Libera in Causa*” (2013), 7 *Crim. Law and Philos.* 549.
- Ferguson, Gerry. “The Intoxication Defence: Constitutionally Impaired and in Need of Rehabilitation” (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 111.
- Gardner, John. *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2007.
- Grant, Isabel. “Second Chances: Bill C-72 and the *Charter*” (1995), 33 *Osgoode Hall L.J.* 379.
- Grant, Isabel. “The Limits of *Daviault*” (1995), 33 C.R. (4th) 277.
- Healy, Patrick. “Criminal Reports Forum on *Daviault*: Extreme Intoxication Akin to Automatism Defence to Sexual Assault — Another Round on Intoxication” (1995), 33 C.R. (4th) 269.
- Healy, Patrick. “Intoxication in the Codification of Canadian Criminal Law” (1994), 73 *Can. Bar Rev.* 515.
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. “The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter of Rights* Isn’t Such A Bad Thing After All)” (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Kelly, Lisa M., and Nadya Gill. *The punishing response to the defence of extreme intoxication*, October 13, 2020 (online: <https://policyoptions.irpp.org/fr/magazines/october-2020/the-punishing-response-to-the-defence-of-extreme-intoxication/>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC18_1_eng.pdf).
- Lawrence, Michelle S. “Voluntary Intoxication and the *Charter*: Revisiting the Constitutionality of Section 33.1 of the *Criminal Code*” (2017), 40:3 *Man. L.J.* 391.
- Parent, Hugues. “La constitutionnalité de l’article 33.1 du Code criminel: analyse et commentaires” (2022), 26 *Can. Crim. L.R.* 175.
- Plaxton, Michael, and Carissima Mathen. “What’s Right With Section 33.1” (2021), 25 *Can. Crim. L.R.* 255.
- Quigley, Tim. “A Time for Parliament to Enact an Offence of Dangerous Incapacitation” (1995), 33 C.R. (4th) 283.
- Roy, Simon. “Intoxication”, dans *JurisClasseur Québec — Collection Droit pénal — Droit pénal général*, par Marie-Pierre Robert et Simon Roy, dir. Montréal: LexisNexis, 2013, fascicule 13 (mis à jour 7 juillet 2020).
- Shaffer, Martha. “*R. v. Daviault*: A Principled Approach To Drunkenness or A Lapse of Common Sense?” (1996), 3 *Rev. Const. Stud.* 311.
- Chapman, Frances E. « *Sullivan*. Specific and General Intent be Damned : Volition Missing and *Mens Rea* Incomplete » (2020), 63 C.R. (7th) 164.
- Coughlan, Steve. « *Sullivan* : Can a Section 7 Violation Ever be Saved Under Section 1? » (2020), 63 C.R. (7th) 157.
- Dimock, Susan. « *Actio Libera in Causa* » (2013), 7 *Crim. Law and Philos.* 549.
- Ferguson, Gerry. « The Intoxication Defence : Constitutionally Impaired and in Need of Rehabilitation » (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 111.
- Gardner, John. *Offences and Defences : Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2007.
- Grant, Isabel. « Second Chances : Bill C-72 and the *Charter* » (1995), 33 *Osgoode Hall L.J.* 379.
- Grant, Isabel. « The Limits of *Daviault* » (1995), 33 C.R. (4th) 277.
- Healy, Patrick. « Criminal Reports Forum on *Daviault* : Extreme Intoxication Akin to Automatism Defence to Sexual Assault — Another Round on Intoxication » (1995), 33 C.R. (4th) 269.
- Healy, Patrick. « Intoxication in the Codification of Canadian Criminal Law » (1994), 73 *R. du B. can.* 515.
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. “The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter of Rights* Isn’t Such A Bad Thing After All)” (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Kelly, Lisa M., and Nadya Gill. *The punishing response to the defence of extreme intoxication*, October 13, 2020 (en ligne : <https://policyoptions.irpp.org/fr/magazines/october-2020/the-punishing-response-to-the-defence-of-extreme-intoxication/>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC18_1_eng.pdf).
- Lawrence, Michelle S. « Voluntary Intoxication and the *Charter* : Revisiting the Constitutionality of Section 33.1 of the *Criminal Code* » (2017), 40:3 *Man. L.J.* 391.
- Parent, Hugues. « La constitutionnalité de l’article 33.1 du Code criminel : analyse et commentaires » (2022), 26 *Rev. can. D.P.* 175.
- Plaxton, Michael, and Carissima Mathen. « What’s Right With Section 33.1 » (2021), 25 *Rev. can. D.P.* 255.
- Quigley, Tim. « A Time for Parliament to Enact an Offence of Dangerous Incapacitation » (1995), 33 C.R. (4th) 283.
- Roy, Simon. « Intoxication », dans *JurisClasseur Québec — Collection Droit pénal — Droit pénal général*, par Marie-Pierre Robert et Simon Roy, dir., Montréal, LexisNexis, 2013, fascicule 13 (mis à jour 7 juillet 2020).
- Royaume-Uni. Law Commission. *Criminal Liability : Insanity and Automatism — A Discussion Paper*, London, 2013.

Sheehy, Elizabeth. “The intoxication defense in Canada: why women should care” (1996), 23 *Contemp. Drug Probs.* 595.

Silver, Lisa. *Who is Responsible for Extreme Intoxication?*, October 7, 2021 (online: http://ablawg.ca/wp-content/uploads/2021/10/Blog_LS_Responsable_Extreme_Intoxication.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC18_2_eng.pdf).

Stuart, Don. “Parliament Should Declare a New Responsibility for Drunkenness Based on Criminal Negligence” (1995), 33 C.R. (4th) 289.

Tremblay, Mathilde. “*Charte canadienne* et intoxication volontaire: l’article 33.1 du *Code criminel* et ses solutions de rechange” (2020), 79 *R. du B.* 67.

United Kingdom. Law Commission. *Criminal Liability: Insanity and Automatism — A Discussion Paper*. London, 2013.

Shaffer, Martha. « *R. v. Daviault* : A Principled Approach To Drunkenness or A Lapse of Common Sense? » (1996), 3 *R. études const.* 311.

Sheehy, Elizabeth. « The intoxication defense in Canada : why women should care » (1996), 23 *Contemp. Drug Probs.* 595.

Silver, Lisa. *Who is Responsible for Extreme Intoxication?*, October 7, 2021 (en ligne : http://ablawg.ca/wp-content/uploads/2021/10/Blog_LS_Responsable_Extreme_Intoxication.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC18_2_eng.pdf).

Stuart, Don. « Parliament Should Declare a New Responsibility for Drunkenness Based on Criminal Negligence » (1995), 33 C.R. (4th) 289.

Tremblay, Mathilde. « *Charte canadienne* et intoxication volontaire : l’article 33.1 du *Code criminel* et ses solutions de rechange » (2020), 79 *R. du B.* 67.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Slatter, Khullar and Hughes JJ.A.), 2021 ABCA 273, 30 Alta L.R. (7th) 1, 404 C.C.C. (3d) 311, [2021] 11 W.W.R. 191, [2021] A.J. No. 1028 (QL), 2021 CarswellAlta 1808 (WL), setting aside a decision of Hollins J., 2020 ABQB 166, 9 Alta. L.R. (7th) 375, [2020] A.J. No. 294 (QL), 2020 CarswellAlta 442 (WL). Appeal allowed.

Sean Fagan and Michelle Biddulph, for the appellant.

Deborah J. Alford, for the respondent.

Michael H. Morris, Roy Lee and Rebecca Sewell, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michael Perlin and Jeffrey Wyngaarden, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Ami Kotler, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Lara Vizsolyi, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Noah Wernikowski, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Slatter, Khullar et Hughes), 2021 ABCA 273, 30 Alta L.R. (7th) 1, 404 C.C.C. (3d) 311, [2021] 11 W.W.R. 191, [2021] A.J. No. 1028 (QL), 2021 CarswellAlta 1808 (WL), qui a infirmé une décision de la juge Hollins, 2020 ABQB 166, 9 Alta. L.R. (7th) 375, [2020] A.J. No. 294 (QL), 2020 CarswellAlta 442 (WL). Pourvoi accueilli.

Sean Fagan et Michelle Biddulph, pour l’appelant.

Deborah J. Alford, pour l’intimée.

Michael H. Morris, Roy Lee et Rebecca Sewell, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Michael Perlin et Jeffrey Wyngaarden, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Ami Kotler, pour l’intervenant le procureur général du Manitoba.

Lara Vizsolyi, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Noah Wernikowski, pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Anil K. Kapoor and Dana Achtemichuk, for the intervenor the Canadian Civil Liberties Association.

Carter Martell, Anita Szigeti, Sarah Rankin and Maya Kotob, for the intervenor the Empowerment Council.

Lindsay Daviau and Eric Neubauer, for the intervenor the Criminal Lawyers' Association.

Lara Kinkartz and Megan Stephens, for the intervenor the Women's Legal Education and Action Fund Inc.

Anil K. Kapoor et Dana Achtemichuk, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Carter Martell, Anita Szigeti, Sarah Rankin et Maya Kotob, pour l'intervenant Empowerment Council.

Lindsay Daviau et Eric Neubauer, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

Lara Kinkartz et Megan Stephens, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes.

The judgment of the Court was delivered by

KASIRER J. —

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE KASIRER —

I. Overview

[1] Following a party at which he had consumed alcohol and “magic mushrooms”, Matthew Winston Brown violently attacked Janet Hamnett, a person he did not know and who had done nothing to invite the assault. At the time, Mr. Brown was in what the trial judge described as a “substance intoxication delirium” that was so extreme as to be “akin to automatism” (2020 ABQB 166, 9 Alta. L.R. (7th) 375, at para. 87). While capable of physical movement, he was in a delusional state and had no willed control over his actions. Mr. Brown's extreme intoxication akin to automatism was brought about by his voluntary ingestion of the magic mushrooms which contained a drug called psilocybin. Mr. Brown was acquitted at trial. The Alberta Court of Appeal set aside that verdict and convicted him of the general intent offence of aggravated assault.

[2] At common law, automatism is “a state of impaired consciousness, rather than unconsciousness, in which an individual, though capable of action, has

I. Aperçu

[1] À la suite d'une fête au cours de laquelle il avait consommé de l'alcool et des « champignons magiques », Matthew Winston Brown a violemment agressé Janet Hamnett, une personne qu'il ne connaissait pas et qui n'avait rien fait pour provoquer l'agression. Au moment des faits, M. Brown se trouvait dans ce que la juge du procès a qualifié de [TRADUCTION] « délire dû à une intoxication par une substance » qui était extrême au point de « s'apparenter à l'automatisme » (2020 ABQB 166, 9 Alta. L.R. (7th) 375, par. 87). Bien que capable de mouvements physiques, il se trouvait dans un état de délire et n'avait aucune maîtrise de ses gestes. L'intoxication extrême de M. Brown s'apparentant à l'automatisme avait été provoquée par l'ingestion volontaire de champignons magiques contenant une drogue appelée psilocybine. Monsieur Brown a été acquitté à son procès. La Cour d'appel de l'Alberta a annulé ce verdict et l'a déclaré coupable de voies de fait graves, une infraction d'intention générale.

[2] En common law, l'automatisme désigne « un état de conscience diminué, plutôt qu'une perte de conscience, dans lequel la personne, quoique capable

no voluntary control over that action” (*R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290, at para. 156). It is sometimes said that the effect of automatism is to provoke physical involuntariness whereby there is no connection between mind and body (see *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513, at p. 518). Examples often given include the involuntary physical movement of an individual who has suffered a heart attack or seizure. Conduct that is involuntary in this sense cannot be criminal (see *R. v. Luedecke*, 2008 ONCA 716, 93 O.R. (3d) 89, at paras. 53-56, relying in particular on *Rabey*, at p. 519, per Ritchie J., and at p. 545, per Dickson J., as he then was, dissenting but not on this point).

[3] Mr. Brown’s appeal before this Court turns on the circumstances in which persons accused of certain violent crimes can invoke self-induced extreme intoxication to show that they lacked the general intent or voluntariness ordinarily required to justify a conviction and punishment. Similar matters are at the heart of the Crown appeals in *R. v. Sullivan* and *R. v. Chan*, for which judgments are rendered simultaneously with this case (*R. v. Sullivan*, 2022 SCC 19, [2022] 1 S.C.R. 460) (the “*Sullivan and Chan* appeals”). The Court is asked in all three cases to decide upon the constitutionality of *An Act to amend the Criminal Code (self-induced intoxication)*, S.C. 1995, c. 32 (“Bill C-72”), in light of, on the one hand, the principles of fundamental justice and the presumption of innocence guaranteed to the accused by ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, on the other, Parliament’s aims to protect victims of intoxicated violence, in particular women and children, and hold perpetrators to account.

[4] These are not drunkenness cases. The accused in each of these appeals consumed drugs which, they argued, taken alone or in combination with alcohol, provoked psychotic, delusional and involuntary conduct, which are reactions not generally associated

d’agir, n’a pas la maîtrise de ses actes » (*R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, par. 156). On affirme parfois que l’automatisme a pour effet de provoquer des mouvements involontaires lorsqu’il n’y a aucun lien entre le corps et l’esprit (voir *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, p. 518). Parmi les exemples souvent cités, mentionnons le mouvement involontaire d’une personne qui a subi une crise cardiaque ou des convulsions. La conduite involontaire en ce sens ne saurait être criminelle (voir *R. c. Luedecke*, 2008 ONCA 716, 93 O.R. (3d) 89, par. 53-56, s’appuyant en particulier sur l’arrêt *Rabey*, p. 519 (le juge Ritchie), et p. 545 (le juge Dickson, plus tard juge en chef, dissident mais non sur ce point)).

[3] Le pourvoi formé par M. Brown devant notre Cour porte sur les circonstances dans lesquelles les personnes accusées de certains crimes violents peuvent invoquer l’intoxication extrême volontaire pour démontrer qu’elles n’avaient pas l’intention générale ou la volonté habituellement requise pour justifier une déclaration de culpabilité et une peine. Des questions similaires sont au cœur des pourvois formés par la Couronne dans les affaires *R. c. Sullivan* et *R. c. Chan*, où des jugements sont rendus simultanément avec le présent arrêt (*R. c. Sullivan*, 2022 CSC 19, [2022] 1 R.C.S. 460) (les « pourvois *Sullivan* et *Chan* »). Dans ces trois affaires, la Cour est invitée à se prononcer sur la constitutionnalité de la *Loi modifiant le Code criminel (intoxication volontaire)*, L.C. 1995, c. 32 (« projet de loi C-72 »), à la lumière, d’une part, des principes de justice fondamentale et de la présomption d’innocence garantis à l’accusé par l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, d’autre part, de l’objectif du Parlement de protéger les victimes — en particulier les femmes et les enfants — des actes de violence commis par des individus en état d’intoxication et d’obliger les auteurs de ces violences à répondre de leurs actes.

[4] L’ivresse n’est pas en cause dans les affaires précitées. L’accusé dans chacun de ces pourvois a consommé des drogues qui, prétendent-ils, prises seules ou avec de l’alcool, ont provoqué un comportement psychotique, délirant et involontaire,

with drunkenness. As I note below, there is good reason to believe Parliament understood that alcohol alone is unlikely to bring about the delusional state akin to automatism it sought to regulate in enacting s. 33.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. As Lauwers J.A. wrote in *R. v. Sullivan*, 2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353, “it is not clear that extreme alcohol intoxication causes non-mental disorder automatism as a matter of basic science” (para. 288). In any event, these reasons say nothing about criminal liability for violent conduct produced by alcohol alone short of the psychotic state akin to automatism experienced by Mr. Brown and spoken to by the trial judge. I specifically leave intact the common law rule that drunkenness, absent clear scientific evidence of automatism, is not a defence to general intent crimes, including crimes of violence such as sexual assault.

[5] It thus bears emphasizing that Mr. Brown was not simply drunk or high. To be plain: it is the law in Canada that intoxication short of automatism is not a defence to the kind of violent crime at issue here. The outcome of the constitutional questions in these appeals has no impact on the rule that intoxication short of automatism is not a defence to violent crimes of general intent in this country.

[6] Parliament added s. 33.1 largely in response to *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63. In that case, the Court confirmed the common law rule that intoxication is not a defence to crimes of general intent. The majority in *Daviault* recognized, however, that the *Charter* mandated an exception to the common law rule: where intoxication is so extreme that an accused falls into a condition akin to automatism, a conviction for the offence charged would violate ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. It would be unfair, reasoned the Court, to hold an individual responsible for crimes

des réactions que l’on n’associe généralement pas à l’ivresse. Comme je le signale plus loin, il y a de bonnes raisons de croire que le Parlement savait que l’alcool seul ne risque pas d’entraîner l’état de délire s’apparentant à l’automatisme qu’il cherchait à réglementer en adoptant l’art. 33.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Tel que l’a écrit le juge Lauwers dans *R. c. Sullivan*, 2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353, [TRADUCTION] « il n’est pas certain que l’intoxication alcoolique extrême entraîne un trouble d’automatisme non mental du point de vue de la science élémentaire » (par. 288). Quoiqu’il en soit, les présents motifs ne se prononcent pas sur la responsabilité criminelle à l’égard d’actes violents provoqués seulement par l’alcool, qui ne relèvent pas d’un état psychotique s’apparentant à l’automatisme vécu par M. Brown et dont a parlé le juge du procès. Je maintiens expressément la règle de common law selon laquelle l’ivresse, en l’absence d’une preuve scientifique claire d’automatisme, ne constitue pas un moyen de défense opposable aux crimes d’intention générale, y compris aux crimes violents telle l’agression sexuelle.

[5] Il convient donc de souligner que M. Brown n’était pas simplement ivre ou drogué. En clair, selon le droit au Canada, l’intoxication sans automatisme n’est pas un moyen de défense opposable au type de crime violent en cause dans l’affaire qui nous occupe. Le sort des questions constitutionnelles dans les présents pourvois n’a aucune incidence sur la règle voulant que l’intoxication sans automatisme ne soit pas un moyen de défense opposable aux crimes violents d’intention générale au Canada.

[6] Le Parlement a adopté l’art. 33.1 principalement en réaction à l’arrêt *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63. Dans cet arrêt, la Cour a confirmé la validité de la règle de common law suivant laquelle l’intoxication n’est pas un moyen de défense opposable aux crimes d’intention générale. Dans l’arrêt *Daviault*, les juges majoritaires ont toutefois reconnu qu’en raison de la *Charte*, il était nécessaire de prévoir une exception à la règle de common law. Ainsi, lorsque l’accusé est dans un état d’intoxication si extrême qu’il se trouve dans un état s’apparentant

committed while in a state of automatism, as they are incapable of voluntarily committing a guilty act or of having a guilty mind.

[7] Crown counsel in this appeal and the *Sullivan* and *Chan* appeals recall that the *Daviault* exception was met with public incomprehension and disapproval. In dissent, Sopinka J. anticipated this grievance when he wrote that those who voluntarily render themselves intoxicated and then violently cause bodily harm to others are “far from blameless” (p. 128). In order to address the constitutional failings identified by the majority of the Court in a manner that would properly reflect the blameworthiness of the extremely self-intoxicated accused identified by the dissent, Parliament enacted s. 33.1. The new provision purported to remove the defence of automatism for the extremely self-intoxicated accused and put in place a constitutionally-compliant measure of criminal fault for the underlying violent offence. The Crown and the intervening attorneys general urge us to interpret s. 33.1 as validly imposing liability for violent crimes based on a standard of criminal negligence that would answer the violations of the *Charter* pointed to in *Daviault*.

[8] But the impugned provision of the *Criminal Code* does not establish a proper measure of criminal fault by reason of intoxication. Instead, s. 33.1 imposes liability for the violent offence if an accused interferes with the bodily integrity of another “while” in a state of self-induced intoxication rendering them incapable of consciously controlling their behaviour. Section 33.1 treats extreme voluntary intoxication, foreseeable or otherwise, as a condition of liability for

à l’automatisme, il y aurait violation de l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte* si on le déclarait coupable de l’infraction reprochée. Il serait injuste, a estimé la Cour, de tenir une personne responsable de crimes commis alors qu’elle se trouvait dans un état d’automatisme, car elle est incapable de commettre volontairement un acte coupable ou d’avoir une intention coupable.

[7] Dans le présent pourvoi et les pourvois *Sullivan* et *Chan*, les procureurs de la Couronne rappellent que l’exception établie dans l’arrêt *Daviault* a suscité à l’époque l’incompréhension et la réprobation du public. Dans sa dissidence, le juge Sopinka avait anticipé ce tollé lorsqu’il a écrit que l’individu qui s’intoxique volontairement pour ensuite causer de graves lésions corporelles à autrui était « loin d’être sans reproche » (p. 128). Afin de remédier aux lacunes constitutionnelles relevées par les juges majoritaires de la Cour d’une manière qui tienne dûment compte des propos formulés dans cet arrêt par le juge dissident au sujet de la culpabilité de l’accusé qui s’intoxique à l’extrême volontairement, le Parlement a adopté l’art. 33.1. La nouvelle disposition visait à empêcher l’accusé qui est dans un état d’intoxication extrême d’invoquer la défense d’automatisme et à instaurer une certaine forme de responsabilité criminelle conforme à la Constitution pour l’infraction violente visée au par. 33.1(3). La Couronne et les procureurs généraux intervenants nous exhortent à interpréter l’art. 33.1 comme une disposition qui responsabilise légitimement les auteurs de crimes violents en appliquant une norme de négligence criminelle qui répond aux réserves formulées par notre Cour dans l’arrêt *Daviault* au sujet des violations de la *Charte*.

[8] Mais la disposition contestée du *Code criminel* ne précise pas le degré de responsabilité criminelle qu’il convient d’attribuer en cas d’intoxication. L’article 33.1 n’attribue une responsabilité à l’auteur de l’infraction violente que s’il a porté atteinte à l’intégrité physique d’autrui « alors » qu’il était dans un état d’intoxication volontaire qui le rendait incapable de se maîtriser consciemment. L’article 33.1 considère l’intoxication volontaire extrême, prévisible ou non,

the underlying violent offence and not as a measure of fault based on criminal negligence.

[9] Accordingly, the accused risks conviction for the relevant general intent offence — in Mr. Brown’s case, for aggravated assault — based on conduct that occurred while they are incapable of committing the guilty act (the *actus reus*) or of having the guilty mind (*mens rea*) required to justify conviction and punishment. They are not being held to account for their conduct undertaken as free agents, including the choice to ingest an intoxicant undertaken when neither the risk of automatism nor the risk of harm was necessarily foreseeable. Instead, the accused is called to answer for the general intent crime that they cannot voluntarily or wilfully commit, an offence for which the whole weight of the criminal law and ss. 7 and 11(d) say they may be morally innocent. To deprive a person of their liberty for that involuntary conduct committed in a state akin to automatism — conduct that cannot be criminal — violates the principles of fundamental justice in a system of criminal justice based on personal responsibility for one’s actions. On its face, not only does the text of s. 33.1 fail to provide a constitutionally compliant fault for the underlying offence set out in its third paragraph, it creates what amounts to a crime of absolute liability.

[10] I hasten to say that there may well have been other paths for Parliament to achieve its legitimate aims connected to combatting extreme intoxicated violence. The sense that an accused who acts violently in a state of extreme self-induced intoxication is morally blameworthy is by no means beyond the proper reach of the criminal law. Protecting the victims of violent crime — particularly in light of the equality and dignity interests of women and children who are vulnerable to intoxicated sexual and domestic violence — is a pressing and substantial social purpose. And as I shall endeavour to show, it was not impermissible for Parliament to enact legislation seeking to hold an extremely intoxicated person

non pas comme une faute fondée sur la négligence criminelle, mais comme une condition de la responsabilité pour l’infraction violente visée au par. 33.1(3).

[9] Par conséquent, l’accusé risque d’être déclaré coupable de l’infraction d’intention générale en cause — dans le cas de M. Brown, de voies de fait graves — en raison d’actes accomplis alors qu’il était incapable de commettre l’acte coupable (l’*actus reus*) ou d’avoir l’intention coupable (la *men rea*) requise pour justifier une déclaration de culpabilité et une peine. Un tel individu n’est pas tenu responsable d’actes qu’il a commis dans l’exercice de son libre-arbitre — y compris de son choix d’ingérer une substance intoxicante alors que ni le risque d’automatisme ni le risque de préjudice n’étaient nécessairement prévisibles. Au contraire, l’accusé est appelé à répondre du crime d’intention générale qu’il ne peut pas commettre volontairement ou délibérément, une infraction dont il peut être moralement innocent suivant le droit criminel ainsi que l’art. 7 et l’al. 11d). Priver une personne de sa liberté pour des actes involontaires commis alors qu’elle se trouvait dans un état s’apparentant à l’automatisme — des actes qui ne sauraient être criminels — viole les principes de justice fondamentale dans un système de justice criminelle fondé sur la responsabilité personnelle de chacun pour ses actes. À première vue, non seulement le libellé de l’art. 33.1 n’établit pas une faute constitutionnellement valide pour l’infraction visée à son troisième paragraphe, mais il crée ce qui équivaut à un crime de responsabilité absolue.

[10] Je m’empresse d’ajouter que le Parlement aurait très bien pu recourir à d’autres moyens pour réaliser ses objectifs légitimes en matière de lutte contre la violence perpétrée en état d’intoxication extrême. L’idée selon laquelle l’accusé qui se livre à des actes de violence alors qu’il se trouve dans un état d’intoxication volontaire extrême est moralement blâmable n’est d’aucune façon exclue du champ d’application légitime du droit criminel. La protection des victimes de crimes violents — surtout à la lumière du droit à l’égalité et à la dignité des femmes et des enfants qui sont susceptibles d’être victimes de violences sexuelles et familiales aux mains de personnes intoxiquées — constitue un

accountable for a violent crime when they chose to create the risk of harm by ingesting intoxicants.

[11] The alternatives to the constitutionally fragile s. 33.1 strike different balances between individual rights and societal interests and, no doubt, each has advantages and shortcomings as a matter of social policy. Some of these options would be manifestly fairer to the accused while achieving some, if not all, of Parliament's objectives. I am mindful that it is not the role of the courts to set social policy, much less draft legislation for Parliament, as courts are not institutionally designed for these tasks. But it is relevant to the analysis that follows that, as noted by the majority in *Daviault* itself (p. 100) and by the majority of the Court of Appeal in *Sullivan* (para. 132), it would likely be open to Parliament to establish a stand-alone offence of criminal intoxication. Others, including the *voir dire* judge in this very case (2019 ABQB 770, at para. 80 (CanLII)), have suggested liability for the underlying offence would be possible if the legal standard of criminal negligence required proof that both of the risks of a loss of control and of the harm that follows were reasonably foreseeable. In either of these ways, Parliament would be enacting a law rooted in a "moral instinct" that says a person who chooses to become extremely intoxicated may fairly be held responsible for creating a situation where they threaten the physical integrity of others (I borrow the phrase "moral instinct" from Professors M. Plaxton and C. Mathen, "What's Right With Section 33.1" (2021), 25 *Can. Crim. L.R.* 255, at p. 257).

objectif social urgent et réel. Et comme je m'efforcerai de le démontrer, il était loisible au Parlement d'adopter une disposition législative visant à tenir des personnes extrêmement intoxiquées responsables d'un crime violent lorsqu'elles ont choisi de créer le risque de préjudice en ingérant des substances intoxicantes.

[11] Les solutions de rechange afin de remédier à la fragilité constitutionnelle de l'art. 33.1 établissent un équilibre différent entre les droits individuels et les intérêts collectifs et, sans aucun doute, chacune de ces solutions présente des avantages et des inconvénients sur le plan de la politique sociale. Certaines de ces solutions seraient de toute évidence plus équitables pour l'accusé tout en permettant d'atteindre certains des objectifs du Parlement, sinon tous. Je suis conscient qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'élaborer des politiques sociales, et encore moins de rédiger des lois à l'intention du Parlement, dès lors que les tribunaux ne sont pas conçus, sur le plan institutionnel, pour de telles tâches. Il est toutefois utile pour l'analyse qui suit de rappeler, comme l'ont fait remarquer les juges majoritaires dans l'arrêt *Daviault* lui-même (p. 100), et les juges majoritaires de la Cour d'appel dans l'arrêt *Sullivan* (par. 132), qu'il serait vraisemblablement loisible au Parlement de créer une infraction autonome d'intoxication criminelle. D'autres personnes, y compris le juge qui a tenu le *voir-dire* dans le cas qui nous occupe (2019 ABQB 770, par. 80 (CanLII)), ont suggéré qu'il serait possible de tenir l'auteur de ces actes responsable de l'infraction visée au par. 33.1(3) si la norme juridique de la négligence criminelle exigeait que l'on démontre à la fois que le risque d'une perte de maîtrise et le risque du préjudice en découlant étaient raisonnablement prévisibles. Dans l'un ou l'autre scénario, le Parlement édicterait une loi qui serait fondée sur « l'instinct moral » selon lequel la personne qui choisit de s'intoxiquer à l'extrême peut légitimement être tenue responsable d'avoir créé une situation où elle menace l'intégrité physique d'autrui (j'emprunte l'expression [TRADUCTION] « instinct moral » aux professeurs M. Plaxton et C. Mathen, « What's Right With Section 33.1 » (2021), 25 *Rev. can. D.P.* 255, p. 257).

[12] Parliament did not enact a new offence of dangerous intoxication, nor did it adopt a new mode of liability for existing violent offences based on a proper standard of criminal negligence. With the utmost respect, I am bound to conclude the path Parliament chose in enacting s. 33.1 was not, from the point of view of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, constitutionally compliant. I am unable to agree with what the Minister of Justice asserted on the third reading of s. 33.1 in Parliament: “. . . the approach taken in Bill C-72 is fundamentally fair, both to the victims of violence and to those accused of crime” (*House of Commons Debates* (“Hansard”), vol. 133, No. 224, 1st Sess., 35th Parl., June 22, 1995, at p. 14470).

[13] The violations of the rights of the accused in respect of the principles of fundamental justice and the presumption of innocence occasioned by s. 33.1 are grave. Notwithstanding Parliament’s laudable purpose, s. 33.1 is not saved by s. 1 of the *Charter*. The legitimate goals of protecting the victims of these crimes and holding the extremely self-intoxicated accountable, compelling as they are, do not justify these infringements of the *Charter* that so fundamentally upset the tenets of the criminal law. With s. 33.1, Parliament has created a meaningful risk of conviction and punishment of an extremely intoxicated person who, while perhaps blameworthy in some respect, is innocent of the offence as charged according to the requirements of the Constitution.

[14] In the case of Mr. Brown, and on the strength of the findings of fact at trial, the conclusion may be plainly stated. Mr. Brown might well be reproached for choosing to drink alcohol and ingest magic mushrooms prior to the harm suffered by Ms. Hamnett, but that blame cannot ground criminal liability for the aggravated assault that occurred while he was in a state of delirium akin to automatism. On a constitutional standard, he did not commit the guilty act of aggravated assault voluntarily and he was incapable of forming even the minimally-required degree of *mens rea* required for conviction of that offence. In my respectful view, to punish him in these

[12] Le Parlement n’a ni créé une nouvelle infraction d’intoxication dangereuse ni adopté un nouveau mode de responsabilité pour des infractions violentes déjà existantes en fonction d’une norme appropriée de négligence criminelle. En toute déférence, force m’est de conclure que le chemin qu’a emprunté le Parlement en adoptant l’art. 33.1 ne respectait pas la Constitution au regard de l’art. 7 et de l’al. 11d) de la *Charte*. Je ne puis souscrire à la déclaration suivante faite par le ministre de la Justice lors de la troisième lecture de l’art. 33.1 au Parlement : « . . . le projet de loi C-72 est fondamentalement juste tant pour les victimes de violence que pour les personnes accusées de crimes violents » (*Débats de la Chambre des communes* (« Hansard »), vol. 133, n° 224, 1^{re} sess., 35^e lég., 22 juin 1995, p. 14470).

[13] Les violations des droits de l’accusé par l’art. 33.1 sur le plan des principes de justice fondamentale et de la présomption d’innocence sont graves. Malgré l’objectif louable du Parlement, l’art. 33.1 n’est pas sauvegardé par l’article premier de la *Charte*. Les objectifs légitimes consistant à protéger les victimes de tels crimes et à tenir responsables les auteurs de ces crimes qui s’intoxiquent à l’extrême volontairement, aussi impérieux soient-ils, ne justifient pas ces violations de la *Charte*, qui portent aussi radicalement atteinte aux préceptes du droit criminel. En édictant l’art. 33.1, le Parlement a créé un risque sérieux qu’une personne extrêmement intoxiquée soit déclarée coupable et punie alors que, quoiqu’elle puisse être blâmable à certains égards, elle est innocente de l’infraction qui lui est reprochée eu égard aux exigences de la Constitution.

[14] Dans le cas de M. Brown, si l’on se fie aux conclusions de fait tirées au procès, une seule conclusion s’impose. On peut très bien reprocher à M. Brown d’avoir choisi de boire de l’alcool et d’ingérer des champignons magiques avant de s’en prendre à M^{me} Hamnett, mais ces reproches ne sauraient engager sa responsabilité criminelle pour les voies de fait graves survenues alors qu’il était dans un état de délire s’apparentant à un automatisme. Selon la norme constitutionnelle applicable, il n’a pas commis de façon volontaire l’acte coupable de voies de fait graves, et il était incapable de former le degré minimal de *mens rea* requis pour pouvoir être déclaré

circumstances, however exceptional they might be, would be intolerable in a free and democratic society. The law imposes the solemn and onerous duty on this Court to declare s. 33.1 unconstitutional (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 (“*Motor Vehicle Reference*”), at p. 497). For the reasons that follow, I would set aside the judgment of the Court of Appeal, declare s. 33.1 to be of no force and effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and restore Mr. Brown’s acquittal rendered at trial.

II. Background

[15] At a friend’s house party on a January night in Calgary, Mr. Brown had six or seven mixed drinks, a few beers and consumed several one-half gram or smaller portions of magic mushrooms. He was 26 years old and in his last year of university and was aware that psilocybin in magic mushrooms is an illegal drug that can bring about hallucinations. He had tried magic mushrooms once before and believed that they generally gave a “fuzzy but positive feeling” (trial reasons, at para. 38).

[16] As Mr. Brown would testify at his trial, at around 1:30 a.m. he felt “wonky” and began to “los[e] [his] grip on reality” (A.R., vol. V, at p. 13). Without any memory of having done so, Mr. Brown removed his clothing and left the house in an agitated state at around 3:45 a.m., running naked and barefoot into the cold winter night. His friends searched for him for about 10 to 15 minutes and then called the police.

[17] In a nearby house, Janet Hamnett was awoken around 4:00 a.m. by a loud noise. When she went to investigate, Ms. Hamnett was attacked by someone she did not know who she later described as a huge presence screaming at the top of his lungs. The intruder was Mr. Brown. Ms. Hamnett fell to the ground and put her arms up as he beat her repeatedly with a broken broom handle. With her head, face and arms covered in blood, she managed to get to a bathroom and lock

coupable de cette infraction. À mon humble avis, lui infliger une peine dans ces circonstances, aussi exceptionnelles soient-elles, serait intolérable dans le cadre d’une société libre et démocratique. Le droit impose à notre Cour le devoir solennel et onéreux de déclarer l’art. 33.1 inconstitutionnel (voir le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486 (« *Renvoi sur la MVA* »), p. 497). Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis d’annuler le jugement de la Cour d’appel, de déclarer l’art. 33.1 inopérant par application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de rétablir l’acquittement de M. Brown prononcé au procès.

II. Contexte

[15] Lors d’une fête chez un ami, un soir de janvier à Calgary, M. Brown a ingurgité six ou sept boissons alcoolisées et quelques bières et consommé plusieurs portions d’un demi-gramme ou moins de champignons magiques. Âgé de 26 ans, il en était à sa dernière année d’université et savait que la psilocybine contenue dans les champignons magiques était une drogue illégale susceptible de provoquer des hallucinations. Il avait déjà essayé une fois les champignons magiques et pensait qu’ils procuraient généralement une [TRA-DUCTION] « sensation d’hébétude agréable » (motifs de première instance, par. 38).

[16] Comme M. Brown l’a déclaré à son procès, vers 1 h 30 du matin, il s’est senti [TRADUCTION] « bizarre » et a commencé à « perdre contact avec la réalité » (d.a., vol. V, p. 13). Monsieur Brown, qui n’a aucun souvenir de l’avoir fait, s’est déshabillé et est sorti de la maison dans un état d’agitation vers 3 h 45, courant nu et pieds nus dans la nuit froide, en plein hiver. Ses amis l’ont cherché pendant environ 10 à 15 minutes, puis ont appelé la police.

[17] Dans une maison située à proximité, Janet Hamnett a été réveillée vers 4 h du matin par un grand bruit. Lorsqu’elle s’est levée pour chercher d’où provenait le bruit, elle s’est fait attaquer par un inconnu qu’elle a décrit par la suite comme un individu fort imposant qui hurlait à tue-tête. L’intrus était M. Brown. Madame Hamnett est tombée au sol et a tenté de se protéger avec ses bras contre les coups répétés que lui assenait M. Brown avec un manche

the door. Mr. Brown left the house and continued into the street. When all appeared quiet Ms. Hamnett sought refuge at a neighbour's house, at which time the police were called. The attack left her with cuts and contusions, as well as broken bones in her right hand which resulted in permanent injuries. She also suffered psychological harm from the incident.

[18] At about 5:00 a.m., Mr. Brown broke into the Varshney residence a kilometer away by throwing a heavy object through the front door window. Mr. and Mrs. Varshney, who did not know Mr. Brown, heard screaming and the sound of breaking glass. They were able to take shelter in their bedroom and call the police. The police found Mr. Brown lying naked on the floor of a bathroom. He was whispering and appeared confused by his surroundings; his feet were visibly bruised and bloodied. Mr. Brown complied with police instructions and was taken for medical care. He recalled coming to in hospital then waking later in a jail cell. Mr. Brown later said he had no memory of what transpired at either of the two homes.

[19] Mr. Brown had no previous criminal record and no history of mental illness. He was charged with one count of breaking and entering Ms. Hamnett's home and committing the indictable offence of aggravated assault and one count of breaking and entering the Varshney home and committing the indictable offence of mischief to property over \$5,000.

[20] At trial, Mr. Brown argued that he was not guilty of the offences charged by reason of automatism. He claimed to have been so impaired by the consumption of psilocybin that his actions were involuntary and that he did not have the necessary *mens rea* for conviction of aggravated assault or mischief to property. Expert evidence adduced at trial confirmed that the psilocybin was the "clear causative factor" for what was described as the accused's delirium (trial reasons, at para. 73). On the basis of this evidence,

à balai brisé. La tête, le visage et les bras maculés de sang, elle a réussi à se rendre dans une salle de bain et à verrouiller la porte. Monsieur Brown est sorti dans la rue. Une fois le calme apparemment revenu, M^{me} Hamnett s'est réfugiée chez un voisin et la police a alors été appelée. Lors de l'agression, elle a subi des coupures et des contusions, ainsi que des fractures à la main droite qui ont entraîné des blessures permanentes. Elle a également subi un préjudice psychologique à la suite de l'agression.

[18] Vers 5 h du matin, M. Brown s'est introduit par effraction dans la résidence des Varshney, située à environ un kilomètre de là, après avoir fracassé la fenêtre de la porte d'entrée à l'aide d'un objet lourd. Monsieur et Madame Varshney, qui ne connaissaient pas M. Brown, ont entendu des cris et des bruits de verre brisé. Ils sont parvenus à se réfugier dans leur chambre et à appeler la police. Les policiers ont trouvé M. Brown gisant nu sur le sol d'une salle de bains. Il murmurait et semblait désorienté; ses pieds étaient visiblement meurtris et ensanglantés. Monsieur Brown a obtempéré aux ordres des policiers et a reçu des soins médicaux. Il se souvient avoir repris connaissance à l'hôpital et s'être réveillé plus tard dans une cellule de prison. Monsieur Brown a par la suite déclaré qu'il n'avait aucun souvenir de ce qui s'était passé dans l'une ou l'autre de ces deux maisons.

[19] Monsieur Brown n'avait pas de casier judiciaire et aucun antécédent de troubles mentaux. Il a été accusé d'un chef d'introduction par effraction dans le domicile de M^{me} Hamnett et d'y avoir commis l'acte criminel de voies de fait graves et d'un chef d'introduction par effraction dans le domicile des Varshney et d'y avoir commis l'acte criminel de méfait à l'égard d'un bien de plus de 5 000 \$.

[20] Au procès, M. Brown a affirmé qu'il n'était pas coupable, pour cause d'automatisme, des infractions qui pesaient contre lui. Il a soutenu que ses facultés étaient tellement affaiblies par la consommation de psilocybine que ses actes étaient involontaires et qu'il n'avait pas la *mens rea* requise pour pouvoir être déclaré coupable de voies de fait graves ou de méfait à l'égard d'un bien. La preuve d'expert présentée au procès a confirmé que la psilocybine était le [TRADUCTION] « facteur causal évident » de ce qu'on a appelé le délire de l'accusé

Mr. Brown was said to have no voluntary control over his conduct at the time.

[21] The Crown invoked s. 33.1 as a means of precluding Mr. Brown from relying on self-induced intoxication akin to automatism as a defence to the charge of aggravated assault. Mr. Brown answered that, insofar as it prevented him from raising automatism as a defence, s. 33.1 violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and could not be saved by s. 1. He said that the defence should be available to him against both charges, including the offence relating to the aggravated assault to which s. 33.1 purportedly applied.

III. Proceedings Below

A. *Alberta Court of Queen's Bench*

- (1) The Constitutional Ruling, 2019 ABQB 770 (deWit J.)

[22] In a judgment rendered following a *voir dire*, deWit J. concluded that s. 33.1 violated the principles of fundamental justice and the presumption of innocence guaranteed by the *Charter* and was not otherwise justified pursuant to s. 1.

[23] The *voir dire* judge observed that s. 33.1 “does not deal with the consequence of criminal acts” but “simply eliminates any evidence and argument regarding the *mens rea* and voluntariness of the accused” (paras. 29-30). He concluded that s. 33.1 allows for a conviction in the absence of proof that the underlying violent offence was intended or committed voluntarily, contrary to s. 7 of the *Charter* (para. 31). Instead, the provision operates akin to a regime of absolute liability. He further held that s. 33.1 enables conviction even where there is a reasonable doubt about the essential elements of the charged offence, contrary to s. 11(d) (para. 37).

(motifs de première instance, par. 73). Compte tenu de cette preuve, on a dit que M. Brown n’avait pas la maîtrise de ses actes au moment des faits reprochés.

[21] La Couronne a invoqué l’art. 33.1 pour empêcher M. Brown de plaider l’intoxication volontaire s’apparentant à l’automatisme comme moyen de défense contre l’accusation de voies de fait graves. Monsieur Brown a rétorqué que, dans la mesure où l’art. 33.1 l’empêchait d’invoquer l’automatisme comme moyen de défense, cette disposition violait l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte* et ne pouvait être sauvegardée en vertu de l’article premier. Il a affirmé qu’il devait pouvoir invoquer ce moyen de défense contre les deux accusations, y compris l’infraction relative aux voies de fait graves à laquelle l’art. 33.1 était censé s’appliquer.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine de l’Alberta*

- (1) La décision sur la constitutionnalité, 2019 ABQB 770 (le juge deWit)

[22] Dans un jugement rendu à la suite d’un *voir-dire*, le juge deWit a conclu que l’art. 33.1 violait les principes de justice fondamentale et la présomption d’innocence garantis par la *Charte*, et qu’il n’était par ailleurs pas justifié en vertu de l’article premier.

[23] Le juge qui a tenu le *voir-dire* a fait observer que l’art. 33.1 [TRADUCTION] « ne traite pas des conséquences des actes criminels », mais « exclut simplement toute preuve ou tout argument concernant la *mens rea* et le caractère volontaire des actes de l’accusé » (par. 29-30). Il a conclu que l’art. 33.1 permettait de déclarer coupable un accusé en l’absence de preuve que l’infraction violente visée au par. 33.1(3) avait été commise de façon intentionnelle ou volontaire, ce qui contrevient à l’art. 7 de la *Charte* (par. 31). Selon lui, l’art. 33.1 opère plutôt de manière semblable à un régime de responsabilité absolue. Le juge a également statué que l’art. 33.1 permettait de déclarer l’accusé coupable même lorsqu’il existait un doute raisonnable quant aux éléments essentiels de l’infraction reprochée, en contravention avec l’al. 11d) (par. 37).

[24] He then held that these limits cannot be reasonably justified in a free and democratic society. The judge did recognize that the provision had pressing and substantial objectives relevant to s. 1 of the *Charter*. Section 33.1 was not, however, minimally impairing, as there were less harmful means of assuring Parliament's protection and accountability objectives (para. 80). For the *voir dire* judge, the deleterious effects of s. 33.1 outweighed its benefits. Section 33.1's primary flaw is that it offends "sacrosanct" principles of the legal system designed to avoid convicting the morally innocent (para. 89). This negative effect outweighs the benefits of the law, especially when Parliament could have adopted a better-tailored rule bearing on the consumption of intoxicants and their effects.

[25] The *voir dire* judge declared s. 33.1 to be of no force and effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. As a result, Mr. Brown was entitled to raise the defence of extreme intoxication akin to automatism that s. 33.1 purported to exclude.

(2) Reasons for Judgment on the Merits, 2020 ABQB 166, 9 Alta. L.R. (7th) 375 (Hollins J.)

[26] At trial, Mr. Brown led evidence in support of the defence of extreme intoxication akin to automatism. Hollins J. held that every material piece of evidence supported a finding of automatism.

[27] The trial judge found that Mr. Brown was in a state of delirium due to his consumption of psilocybin, "which meant that he was not acting voluntarily in the commission of these offences nor with knowledge of his acts" (para. 34). Expert testimony was adduced that Mr. Brown's conduct was involuntary at the time of the offences and he had no conscious control over or awareness of his actions. A forensic psychologist, Dr. Thomas Dalby, stated that Mr. Brown's delirium

[24] Le juge a ensuite conclu que ces limites ne pouvaient raisonnablement se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il a toutefois reconnu que cette disposition visait des objectifs urgents et réels dont il fallait tenir compte pour l'application de l'article premier de la *Charte*. Cependant, l'art. 33.1 ne portait pas selon lui une atteinte minimale, étant donné qu'il existait des moyens moins attentatoires de réaliser les objectifs de protection et de responsabilisation visés par le Parlement (par. 80). Pour le juge qui a tenu le voir-dire, les effets préjudiciables de l'art. 33.1 l'emportaient sur ses avantages. Le principal défaut de l'art. 33.1 est le fait qu'il porte atteinte à des principes [TRADUCTION] « sacro-saints » du système juridique qui sont conçus pour éviter que des personnes moralement innocentes soient déclarées coupables (par. 89). Cet effet négatif de la disposition l'emportait sur ses avantages, d'autant plus que le Parlement aurait pu adopter une règle mieux adaptée à la consommation de substances intoxicantes et à leurs effets.

[25] Le juge qui a tenu le voir-dire a déclaré l'art. 33.1 inopérant par application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, M. Brown avait le droit d'invoquer le moyen de défense de l'intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme que l'art. 33.1 visait à exclure.

(2) Motifs de jugement sur le fond, 2020 ABQB 166, 9 Alta. L.R. (7th) 375 (la juge Hollins)

[26] Au procès, M. Brown a présenté des preuves à l'appui de la défense d'intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme. La juge Hollins a déclaré que chaque élément de preuve important permettait de conclure à l'automatisme.

[27] La juge du procès a conclu que M. Brown était en proie à un délire provoqué par sa consommation de psilocybine, [TRADUCTION] « ce qui signifie qu'il n'agissait pas volontairement lorsqu'il a commis ces infractions et qu'il n'était pas conscient de ses actes » (par. 34). On a présenté des témoignages d'experts selon lesquels la conduite de M. Brown était involontaire au moment des infractions et qu'il n'avait aucune maîtrise consciente ni conscience de

was caused by the psilocybin and that his reaction was “unanticipated” (A.R., vol. III, at p. 318). An expert in pharmacology, Dr. Mark Yarema, agreed that psilocybin can “induce a state akin to legal automatism” (A.R., vol. III, at p. 241). In his view, Mr. Brown’s actions were those of someone “who has lost touch with reality, does not have a normal level of consciousness, and does not have voluntary control over their actions” (A.R., vol. III, at p. 242).

[28] Hollins J. accepted these conclusions as well as the evidence of other witnesses who testified, including the victims, who were all credible in her view. The defence was an answer to the property-based offence at common law and was available for the charge relating to the aggravated assault given that s. 33.1 had been declared of no force and effect by her colleague, deWit J. Accordingly, she entered acquittals on both counts of the indictment.

B. *Court of Appeal of Alberta, 2021 ABCA 273, 30 Alta. L.R. (7th) 1 (Slatter, Khullar and Hughes J.J.A.)*

[29] In separate opinions written by Slatter, Khullar and Hughes J.J.A., the Court of Appeal reversed deWit J.’s declaration that s. 33.1 was of no force or effect. The court set aside the acquittal on the first count and entered a conviction on the included offence of aggravated assault. The acquittal on the mischief charge, unaffected by s. 33.1, was not appealed.

[30] Slatter and Hughes J.J.A. both held that the *voir dire* judge had erred in concluding that s. 33.1 violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

[31] For Slatter J.A., the Supreme Court had “expressly invited Parliament to do exactly what it did, namely legislate to fill the gap created by *Daviault*, contemplating that the result would comply with s. 7” (para. 14). Slatter J.A. saw no breach of the principle of voluntariness because it was acceptable

sa conduite. Un psychologue judiciaire, le D^r Thomas Dalby, a déclaré que le délire de M. Brown avait été causé par la psilocybine et que sa réaction était [TRADUCTION] « imprévue » (d.a., vol. III, p. 318). Un spécialiste en pharmacologie, le D^r Mark Yarema, a convenu que la psilocybine pouvait [TRADUCTION] « provoquer un état qui s’apparente à un automatisme au sens juridique » (d.a., vol. III, p. 241). À son avis, les actes de M. Brown étaient ceux d’une personne [TRADUCTION] « qui a perdu contact avec la réalité, qui n’a pas un niveau de conscience normal et qui n’a pas la maîtrise de ses actes » (d.a., vol. III, p. 242).

[28] La juge Hollins a accepté ces conclusions ainsi que le témoignage d’autres personnes, dont les victimes, qui étaient selon elle toutes crédibles. Ce moyen de défense pouvait être opposé à l’accusation de méfait à l’égard d’un bien en common law ainsi qu’à l’accusation de voies de fait graves, étant donné que l’art. 33.1 avait été déclaré inopérant par son collègue, le juge deWit. Elle a par conséquent prononcé l’acquittement à l’égard des deux chefs d’accusation

B. *Cour d’appel de l’Alberta, 2021 ABCA 273, 30 Alta. L.R. (7th) 1 (les juges Slatter, Khullar et Hughes)*

[29] Dans des opinions distinctes rédigées par les juges Slatter, Khullar et Hughes, la Cour d’appel a infirmé le jugement du juge deWit déclarant l’art. 33.1 inopérant. La Cour d’appel a annulé l’acquittement à l’égard du premier chef d’accusation et a inscrit une déclaration de culpabilité relativement à l’infraction incluse de voies de fait graves. L’acquittement relatif à l’accusation de méfait, laquelle n’était pas visée par l’art. 33.1, n’avait pas été porté en appel.

[30] Les juges Slatter et Hughes ont tous deux estimé que le juge ayant tenu le *voir-dire* avait commis une erreur en concluant que l’art. 33.1 violait l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte*.

[31] Pour le juge Slatter, la Cour suprême a [TRADUCTION] « expressément invité le Parlement à faire précisément ce qu’il a fait, à savoir légiférer pour combler le vide créé par l’arrêt *Daviault*, en prévoyant que le résultat serait conforme à l’art. 7 » (par. 14). Selon le juge Slatter, il n’y avait pas violation du

for Parliament to criminalize voluntary intoxication in situations where a self-created risk of harm is objectively foreseeable. He further held that there was no breach of the constitutional requirement of *mens rea* because s. 33.1 adopts the marked departure standard, which has been accepted as a sufficient measure of fault, in particular in *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3. All that is constitutionally required is an “objectively foreseeable risk of personal injury” (para. 26 (emphasis in original)). Finally, Parliament had not improperly substituted proof of extreme intoxication for proof of the essential elements of the charged offence because s. 33.1 simply “redefined” the *mens rea* for general intent offences (para. 27). Slatter J.A. concluded that by “self-administering a dangerous drug”, a person is responsible for the objectively foreseeable risks associated with self-induced intoxication (para. 30). “It follows”, he wrote, “that there is nothing unconstitutional about Parliament establishing criminal fault based on the risks inherent in self-intoxication” (para. 34).

[32] In the alternative, wrote Slatter J.A., s. 33.1 would be saved under s. 1. Protecting citizens from violent crimes and holding violent citizens accountable, as specific purposes, can be acknowledged as pressing and substantial, in addition to “the general purpose of the criminal law of protecting core social values” (para. 61). The provision has clear benefits: it affirms fundamental societal values about protecting women and children, it restores confidence in the justice system, it encourages the reporting of crime, and it denounces and deters the use of illegal substances. These outweigh any deleterious effects. “No one who is truly morally innocent is impacted”, he wrote (para. 81). He concluded that “it is demonstrably justifiable to hold persons like [Mr. Brown] accountable for their decisions to consume substances known to affect human behaviour” (para. 85). Slatter J.A. concluded that the appeal should be allowed, the declaration of

principe du caractère volontaire parce qu’il était acceptable que le Parlement criminalise l’intoxication volontaire dans des situations où le risque de préjudice que l’on crée soi-même est objectivement prévisible. Il a ajouté qu’il n’y avait pas violation de l’exigence constitutionnelle relative à la *mens rea*, parce qu’à l’art. 33.1, le Parlement a adopté la norme de l’écart marqué, qui a été acceptée comme une faute suffisante, notamment dans l’arrêt *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3. La seule exigence que prévoit la Constitution est l’existence d’un [TRADUCTION] « risque objectivement prévisible de causer des lésions corporelles » (par. 26 (souligné dans l’original)). Enfin, le Parlement n’avait pas selon lui irrégulièrement remplacé l’obligation de prouver les éléments essentiels de l’infraction reprochée par celle de démontrer l’intoxication extrême, puisque l’art. 33.1 avait simplement « redéfini » la *mens rea* exigée pour les infractions d’intention générale (par. 27). Le juge Slatter a conclu que l’individu qui [TRADUCTION] « ingère une drogue dangereuse » est responsable des risques objectivement prévisibles associés à son intoxication volontaire (par. 30). [TRADUCTION] « Il s’ensuit », a-t-il écrit, « que le Parlement n’a rien fait d’inconstitutionnel en instaurant la responsabilité criminelle fondée sur les risques inhérents à l’intoxication volontaire » (par. 34).

[32] À titre subsidiaire, a déclaré le juge Slatter, l’art. 33.1 serait sauvegardé par l’article premier. On peut reconnaître que les objectif précis de protéger les citoyens contre les crimes violents et de tenir les citoyens violents responsables de leurs actes sont urgents et réels, sans compter [TRADUCTION] « l’objectif général du droit pénal de protéger les valeurs sociales fondamentales » (par. 61). La disposition comporte des avantages évidents : elle affirme des valeurs sociales fondamentales en matière de protection des femmes et des enfants, elle rétablit la confiance dans le système de justice, elle encourage le signalement des crimes, elle dénonce la consommation de substances illégales et elle cherche à dissuader ceux qui seraient tentés d’en consommer. Ces avantages l’emportent sur tous les effets préjudiciables. [TRADUCTION] « Cette disposition ne touche pas les personnes qui sont véritablement innocentes sur le plan moral », a écrit le juge Slatter (par. 81). Il a

unconstitutionality set aside, and a conviction should be entered for aggravated assault.

[33] In concurring reasons, Hughes J.A. wrote that s. 33.1 requires a measure of fault that reflects a marked departure from the standard of care of a reasonable person. No substitution breach arose under the provision because Parliament created an alternative level of objective fault. Accused persons can still raise a reasonable doubt about whether the intoxication was self-induced or unforeseen. There is no *Charter* breach. If she were wrong in this view, Hughes J.A. would agree with her colleagues that s. 33.1 is saved by s. 1.

[34] In her reasons concurring in the result, Khullar J.A. found breaches of ss. 7 and 11(d) but decided that the provision could be upheld under s. 1. In respect of the *prima facie* breach, she relied on the reasons of Paciocco J.A. in *Sullivan* that s. 33.1 allows conviction even though the conduct of the offence was not voluntary (para. 168, citing *Sullivan*, at paras. 64-74) and, as such, it violated a principle of fundamental justice constitutionally mandated by the *Charter*. Relying further on *Sullivan*, Khullar J.A. noted that s. 33.1 fails to satisfy the minimum *mens rea* required by the *Charter* (para. 168, citing *Sullivan*, at paras. 79-94). Section 33.1 infringed s. 11(d) of the *Charter* to the extent that it allows an accused to be found guilty despite a reasonable doubt whether they had the *mens rea* required by the offence.

[35] Khullar J.A. concluded however that the provision could be saved under s. 1. She stated that the

statué que [TRADUCTION] « tenir les individus comme [M. Brown] responsables de leur décision de consommer des substances dont on sait qu’elles affectent le comportement humain peut se justifier » (par. 85). Le juge Slatter a conclu qu’il y avait lieu d’accueillir l’appel, d’annuler la déclaration d’inconstitutionnalité et d’inscrire une déclaration de culpabilité à l’égard de l’infraction de voies de fait graves.

[33] Dans ses motifs concordants, la juge Hughes a écrit que l’art. 33.1 exige une faute qui témoigne d’un écart marqué par rapport à la norme de diligence de la personne raisonnable. Aucune violation pour cause de substitution des éléments constitutifs de l’infraction ne résultait de cet article, puisque le Parlement avait créé une norme de faute objective différente. Les accusés peuvent toujours soulever un doute raisonnable sur la question de savoir si leur intoxication était volontaire ou imprévue. Il n’y avait aucune violation de la *Charte*. La juge Hughes a ajouté qu’au cas où elle aurait tort sur ce point, elle se rallierait alors à l’avis de ses collègues suivant lequel l’art. 33.1 est sauvegardé par l’article premier.

[34] Dans ses motifs concordants quant au résultat, la juge Khullar a conclu qu’il y avait eu violation de l’art. 7 et de l’al. 11d), mais a décidé que la validité de la disposition pouvait être confirmée en vertu de l’article premier. Quant à la violation *prima facie*, elle s’est fondée sur les motifs du juge Paciocco dans l’arrêt *Sullivan* suivant lesquels l’art. 33.1 permet de déclarer un accusé coupable même s’il n’a pas perpétré l’infraction de façon volontaire (par. 168, citant *Sullivan*, par. 64-74), ajoutant que l’art. 33.1 contrevenait donc à un principe de justice fondamentale constitutionnalisé par la *Charte*. S’appuyant de nouveau sur l’arrêt *Sullivan*, la juge Khullar a souligné que l’art. 33.1 ne satisfaisait pas à l’exigence de *mens rea* minimale requise par la *Charte* (par. 168, citant *Sullivan*, par. 79-94). L’article 33.1 violait l’al. 11d) de la *Charte* dans la mesure où il permet de déclarer un accusé coupable malgré l’existence d’un doute raisonnable sur la question de savoir s’il avait la *mens rea* requise pour la perpétration de l’infraction.

[35] La juge Khullar a toutefois conclu que l’art. 33.1 pouvait être sauvegardé en vertu de l’article premier.

justification analysis was a “hard and close case” but that Parliament’s choice was a defensible one in light of the options it reviewed (para. 166).

[36] For Khullar J.A., Parliament had pressing and substantial objectives relating to accountability and protection in enacting s. 33.1. She disagreed with the view, expressed by the majority in *Sullivan*, that the accountability purpose is constitutionally impermissible. She was of the view that the majority in *Sullivan* confused the purpose of the provision with its effects (para. 184). Turning to the proportionality leg of the s. 1 test, Khullar J.A. found that the means were rationally connected to these objectives. Section 33.1 serves as a deterrent and strengthens a social ethos that disapproves of excessive intoxication leading to violence.

[37] Khullar J.A. observed that the provision might have been drafted using the modified objective test described by the *voir dire* judge which would have been “less problematic” (para. 197). Parliament was, however, owed deference in its choice for the difficult moral issues. Thus, s. 33.1 passed the minimal impairment stage of the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103).

[38] At the final balancing stage, Khullar J.A. acknowledged that there are “serious and troubling negative effects of s. 33.1” in that it allows conviction for violent crimes even where the conduct constituting the *actus reus* is not voluntary and the accused does not possess the *mens rea* required for the general intent offence (para. 201). However, the important benefits outweigh these deleterious effects, including the protection of women and children that “breathes some meaning into the equality rights of victims” (para. 202). It also deters the irresponsible use and mixing of intoxicants that could lead to automatism and violent behaviour (para. 204): “Parliament is

Elle a mentionné que l’issue de l’analyse de la justification était [TRADUCTION] « une affaire difficile et serrée », mais que le choix du Parlement était défendable compte tenu des options qu’il avait examinées (par. 166).

[36] D’après la juge Khullar, en adoptant l’art. 33.1, le Parlement visait des objectifs urgents et réels de responsabilisation des auteurs de crimes et de protection des victimes. La juge Khullar n’était pas d’accord avec l’opinion — exprimée par la majorité dans *Sullivan* — selon laquelle l’objectif de responsabilisation était inacceptable sur le plan constitutionnel. Elle était d’avis que la majorité dans *Sullivan* avait confondu l’objectif de la disposition avec ses moyens (par. 184). En ce qui concerne le volet « proportionnalité » de l’analyse fondée sur l’article premier, la juge Khullar a conclu qu’il existait un lien rationnel entre les moyens employés et les objectifs en question. L’article 33.1 se veut dissuasif et renforce une éthique sociale qui réprouve toute intoxication excessive menant à des actes de violence.

[37] La juge Khullar a fait observer que cette disposition aurait pu être rédigée en appliquant le critère objectif modifié qui avait été exposé par le juge ayant tenu le voir-dire, ce qui aurait été [TRADUCTION] « moins problématique » (par. 197). Il fallait toutefois s’en remettre aux choix du Parlement sur des questions morales épineuses. L’article 33.1 franchissait donc l’étape de l’atteinte minimale de l’analyse prescrite par l’arrêt *Oakes* (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103).

[38] À l’étape finale, celle de la mise en balance des intérêts publics contradictoires, la juge Khullar a reconnu que [TRADUCTION] « l’art. 33.1 comporte des effets négatifs graves et troublants », dès lors qu’il permet de déclarer un accusé coupable d’un crime violent même lorsque les actes constituant l’*actus reus* n’étaient pas volontaires et que l’accusé ne possédait pas la *mens rea* requise pour commettre l’infraction d’intention générale (par. 201). Toutefois, les avantages importants de cet article, y compris la protection des femmes et des enfants qui [TRADUCTION] « insufflent un certain sens aux droits des victimes à l’égalité » (par. 202), l’emportent selon

entitled to craft a legislative response regardless of how often an accused would fall within s. 33.1” (para. 207).

[39] In conclusion, Khullar J.A. adopted Slatter J.A.’s disposition of the matter. The Court entered a conviction for aggravated assault.

IV. Issue

[40] The only issue is whether s. 33.1 violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and, if so, whether it can be saved under s. 1.

[41] Section 33.1 provides:

33.1 (1) It is not a defence to an offence referred to in subsection (3) that the accused, by reason of self-induced intoxication, lacked the general intent or the voluntariness required to commit the offence, where the accused departed markedly from the standard of care as described in subsection (2).

(2) For the purposes of this section, a person departs markedly from the standard of reasonable care generally recognized in Canadian society and is thereby criminally at fault where the person, while in a state of self-induced intoxication that renders the person unaware of, or incapable of consciously controlling, their behaviour, voluntarily or involuntarily interferes or threatens to interfere with the bodily integrity of another person.

(3) This section applies in respect of an offence under this Act or any other Act of Parliament that includes as an element an assault or any other interference or threat of interference by a person with the bodily integrity of another person.

elle sur ses effets préjudiciables. Cet article a en outre un effet dissuasif auprès de ceux qui consomment des substances intoxicantes ou qui les mélangent de façon irresponsable, ce qui risque d’entraîner un automatisme et des comportements violents (par. 204) : [TRADUCTION] « Il était loisible au Parlement de concevoir une mesure législative peu importe la fréquence à laquelle des accusés tomberaient sous le coup de l’art. 33.1 » (par. 207).

[39] En conclusion, la juge Khullar était d’avis de trancher l’affaire comme le proposait le juge Slatter. La Cour d’appel a inscrit une déclaration de culpabilité à l’égard de l’infraction de voies de fait graves.

IV. Question en litige

[40] La seule question à trancher est de savoir si l’art. 33.1 viole l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte* et, dans l’affirmative, s’il peut être sauvegardé en vertu de l’article premier.

[41] L’article 33.1 dispose :

33.1 (1) Ne constitue pas un moyen de défense à une infraction visée au paragraphe (3) le fait que l’accusé, en raison de son intoxication volontaire, n’avait pas l’intention générale ou la volonté requise pour la perpétration de l’infraction, dans les cas où il s’écarte de façon marquée de la norme de diligence énoncée au paragraphe (2).

(2) Pour l’application du présent article, une personne s’écarte de façon marquée de la norme de diligence raisonnable généralement acceptée dans la société canadienne et, de ce fait, est criminellement responsable si, alors qu’elle est dans un état d’intoxication volontaire qui la rend incapable de se maîtriser consciemment ou d’avoir conscience de sa conduite, elle porte atteinte ou menace de porter atteinte volontairement ou involontairement à l’intégrité physique d’autrui.

(3) Le présent article s’applique aux infractions créées par la présente loi ou toute autre loi fédérale dont l’un des éléments constitutifs est l’atteinte ou la menace d’atteinte à l’intégrité physique d’une personne, ou toute forme de voies de fait.

V. AnalysisA. *Intoxication and Criminal Liability*

[42] While Mr. Brown was convicted of aggravated assault, it is of central importance to recall that s. 33.1 blocks the defence of automatism for all general intent crimes designated in s. 33.1(3), including sexual assault and some other forms of gendered violence. Intoxicated sexual assault was in issue in *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, and *Daviault*. Domestic and sexual violence have had, as the preamble of Bill C-72 makes plain, a “particularly disadvantageous impact on the equal participation of women and children in society” and Parliament was especially concerned not to allow voluntary intoxication to “excuse” violence against women and children. It is not only important that this preoccupation be recognized as legitimate, but that it be understood as having shaped arguments challenging the provision (see I. Grant, “Second Chances: Bill C-72 and the *Charter*” (1995), 33 *Osgoode Hall L.J.* 379).

[43] The common law has developed an unsympathetic view towards offenders who argue that their intoxication rendered them incapable of forming the necessary guilty mind. In principle, intoxication does not allow the guilty to evade the stigma of proper conviction or the exacting of fair punishment in Canadian law. Intoxication short of automatism is never a defence to crimes of general intent, including manslaughter, assault, and sexual assault (see *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479 (H.L.); *Leary*, at pp. 57-60). In *Leary*, the majority determined that the recklessness involved in becoming drunk was sufficient to find the guilty mind for whatever general intent offence follows. At the time, the *Leary* rule applied to all degrees of intoxication, including extreme intoxication akin to automatism. Intoxication may only negate fault for crimes of specific intent, such as murder, by reason of the complexity of *mens rea* required for conviction. It bears repeating: The rule that intoxication is not a defence to general intent crimes remains untouched

V. AnalyseA. *Intoxication et responsabilité criminelle*

[42] Bien que M. Brown ait été déclaré coupable de voies de fait graves, il est d’une importance capitale de rappeler que l’art. 33.1 fait obstacle à la défense d’automatisme pour tous les crimes d’intention générale visés par le par. 33.1(3), dont l’agression sexuelle et d’autres formes de violence fondée sur le genre. Il était question d’agression sexuelle commise en état d’intoxication dans les affaires *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, et *Daviault*. Comme l’indique clairement le préambule du projet de loi C-72, la violence familiale et sexuelle « entrave la participation des femmes et des enfants dans la société », et le Parlement était particulièrement soucieux de ne pas permettre aux accusés d’invoquer leur intoxication volontaire pour « justifier » des actes de violence commis contre des femmes et des enfants. Il est non seulement important que l’on reconnaisse la légitimité de cette préoccupation, mais qu’on comprenne qu’elle a façonné les arguments invoqués pour contester cette disposition (voir I. Grant, « Second Chances : Bill C-72 and the *Charter* » (1995), 33 *Osgoode Hall L.J.* 379).

[43] La common law s’est montrée peu indulgente à l’égard des contrevenants qui affirment que leur intoxication les rendait incapables de former l’intention coupable nécessaire. En principe, l’intoxication ne permet pas au coupable d’échapper au caractère infamant d’une déclaration de culpabilité légitime ou à l’infliction d’une peine juste en droit canadien. L’intoxication sans automatisme ne constitue jamais un moyen de défense opposable aux crimes d’intention générale, dont l’homicide involontaire coupable, les voies de fait et l’agression sexuelle (voir *Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479 (H.L.); *Leary*, p. 57-60). Dans l’arrêt *Leary*, la majorité a estimé que l’insouciance dont fait preuve la personne qui s’enivre était une raison suffisante pour conclure à l’existence d’une intention coupable pour toute infraction d’intention générale qui s’ensuit. À l’époque, la règle énoncée dans l’arrêt *Leary* s’appliquait à tous les degrés d’intoxication, y compris l’intoxication extrême s’apparentant à l’automatisme. L’intoxication n’exonère l’accusé que dans le cas des

by this appeal, except in the case of intoxication akin to automatism.

[44] The constitutionality of the *Leary* rule was upheld in *Bernard*. In concurring reasons, Wilson J. upheld the rule on the basis that the *mens rea* for sexual assault could be inferred from the commission of the act, notwithstanding drunkenness, where the accused engaged in an “intentional and voluntary” act (p. 883). Wilson J. was quick however to distinguish the facts of *Bernard* from cases of extreme intoxication akin to automatism. Wilson J. took care to note that, in a case of true automatism, the *Leary* rule could violate the presumption of innocence by substituting the fault of becoming drunk for the fault of the charged offence (pp. 889-90).

[45] It bears recalling, then, that most degrees of intoxication do not provide a defence to crimes of general intent like the offence of aggravated assault from which Mr. Brown was convicted on appeal. Only the highest form of intoxication — that which results in a person losing voluntary control of their actions — is at issue here: extreme intoxication akin to automatism as a defence to violent crimes of general intent and, then again only intoxication that is self-induced.

[46] The defence of automatism denies the element of voluntariness and therefore negates the *actus reus* of the offence (*R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1321; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871, at p. 896). Involuntary conduct is understood to be genuinely exculpatory because, while the prohibited act was harmful, the accused lacks the capacity to answer for what they did (J. Gardner, *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law* (2007), at p. 142). A physically involuntary act,

crimes d’intention spécifique, tel le meurtre, en raison de la complexité de la *mens rea* exigée pour qu’il y ait déclaration de culpabilité. Je le répète : la règle selon laquelle l’intoxication ne constitue pas un moyen de défense opposable aux crimes d’intention générale n’est pas touchée par le présent pourvoi, sauf dans les cas d’intoxication s’apparentant à l’automatisme.

[44] La constitutionnalité de la règle énoncée dans l’arrêt *Leary* a été confirmée dans l’arrêt *Bernard*. Dans ses motifs concordants, la juge Wilson a confirmé cette règle parce que la *mens rea* requise pour qu’il y ait agression sexuelle pouvait être déduite de la perpétration de l’acte, indépendamment de l’état d’ébriété, lorsque l’accusé commet l’acte de façon « intentionnelle et volontaire » (p. 883). Toutefois, la juge Wilson s’est empressée d’établir une distinction entre les faits de l’affaire *Bernard* et les cas d’intoxication extrême s’apparentant à l’automatisme. Elle a pris soin de noter que, dans le cas d’un véritable automatisme, la règle énoncée dans l’arrêt *Leary* pouvait violer la présomption d’innocence en substituant l’intention de s’enivrer à l’intention de commettre l’infraction reprochée (p. 889-890).

[45] Il convient de rappeler que la plupart des degrés d’intoxication ne peuvent pas être opposés comme moyen de défense à des crimes d’intention générale comme les voies de fait graves dont M. Brown a été déclaré coupable en appel. Seul le degré le plus élevé d’intoxication — celui qui rend l’individu incapable de se maîtriser — est en cause en l’espèce : l’intoxication extrême s’apparentant à l’automatisme en tant que moyen de défense contre les accusations de crimes violents d’intention générale et, rappelons-le, uniquement si cette intoxication est volontaire.

[46] La défense d’automatisme nie le caractère volontaire de l’acte et écarte par conséquent l’*actus reus* de l’infraction (*R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, p. 1321; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871, p. 896). On considère que l’acte involontaire est véritablement disculpatoire parce que, même si l’acte prohibé était préjudiciable, l’accusé n’a pas la capacité de répondre de ses actes (J. Gardner, *Offences and Defences : Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law* (2007), p. 142). L’acte involontaire,

however wrongful in outward appearance, is not a guilty act that can be imputed to an accused.

[47] Automatism is reflected in involuntary movements that may be associated with heart attacks, seizures or “external” shock, or conditions such as sleepwalking or delirium, where the body moves but there is no link between mind and body (*Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386 (H.L.), at p. 409; *Rabey*, at p. 523). Physical voluntariness is a principle of fundamental justice and a requirement of all true criminal offences, central to the criminal law’s desire to avoid convicting the morally innocent (*Daviault*, at p. 74; *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687, at paras. 46–47; *R. v. Bouchard-Lebrun*, 2011 SCC 58, [2011] 3 S.C.R. 575, at para. 45). Absent a willed movement of the body, the Crown cannot prove the *actus reus* beyond a reasonable doubt (*R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, at pp. 17–18). This is distinguished from moral involuntariness, which describes scenarios where the accused retains conscious control over their body but has no realistic choice but to commit a guilty act (*Ruzic*, at para. 44).

[48] In addition, an automaton cannot form the *mens rea*, or guilty mind, if their actions are involuntary. Where an accused has no conscious awareness of their movements, they necessarily cannot intend their involuntary acts. Imposing criminal liability in the absence of proof of fault also offends the principles of fundamental justice (*Motor Vehicle Reference*, at pp. 513–15).

[49] I recall that, in *Bernard*, Wilson J. wrote that in a case of true intoxication akin to automatism, it may be improper to substitute proof of intention to become intoxicated for proof of intention to commit the violent offence (pp. 889–90). The choice to become intoxicated through legal or illegal means, a choice that many Canadians make, cannot be said to be the same as an intention to perpetrate the illegal act. The substitution violates the presumption of innocence,

aussi fautif soit-il en apparence, n’est pas un acte coupable qui peut être imputé à l’accusé.

[47] L’automatisme se manifeste par des mouvements involontaires qui peuvent être associés à des crises cardiaques, à des convulsions ou à des chocs « externes », ou encore à des états comme le somnambulisme ou le *delirium*, où le corps de l’individu peut bouger, mais où il n’y a aucune connexion entre l’esprit et le corps (*Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386 (H.L.), p. 409; *Rabey*, p. 523). Le caractère volontaire au sens physique est un principe de justice fondamentale et une condition qui doit être respectée pour toutes les véritables infractions criminelles; il constitue un élément central de la préoccupation du droit criminel d’éviter que des personnes moralement innocentes soient condamnées (*Daviault*, p. 74; *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687, par. 46–47; *R. c. Bouchard-Lebrun*, 2011 CSC 58, [2011] 3 R.C.S. 575, par. 45). Sans mouvement corporel volontaire de l’accusé, la Couronne ne peut pas prouver l’*actus reus* hors de tout doute raisonnable (*R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, p. 17–18). Ce phénomène se distingue du caractère involontaire au sens moral, un concept qui décrit des scénarios où l’accusé conserve la maîtrise de son corps, mais n’a d’autre choix réaliste que de commettre un acte coupable (*Ruzic*, par. 44).

[48] De plus, un automate ne peut former la *mens rea* ou l’intention coupable requise si ses actes sont involontaires. L’accusé dépourvu de la maîtrise consciente de sa conduite ne peut évidemment pas avoir l’intention de commettre ses actes involontaires. Engager la responsabilité criminelle d’une personne sans preuve qu’elle a commis une faute contrevient aussi aux principes de justice naturelle (*Renvoi sur la MVA*, p. 513–515).

[49] Rappelons que dans l’arrêt *Bernard*, la juge Wilson a écrit que, dans un cas d’intoxication véritable s’apparentant à l’automatisme, il pourrait ne pas convenir de substituer la preuve de l’intention de s’intoxiquer à la preuve de l’intention de commettre l’infraction violente (p. 889–890). Le choix de s’intoxiquer par des moyens légaux ou illégaux — choix que font de nombreux Canadiens — ne peut pas être assimilé à l’intention de commettre l’acte illégal.

because a person can be convicted despite a reasonable doubt about whether the essential elements of the offence have been established (*Oakes*, at p. 134; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, at p. 656).

[50] I note that the defence has been referred to as “rare” in the case law (*Daviault*, at pp. 92-93; *Sullivan*, at para. 118). The Attorney General of Manitoba disputes that and points to instances of violence involving street drugs with known psychosis-inducing properties. It is certainly plain that intoxicated violence is a serious social problem. Whatever proportion of this phenomenon relates to involuntary conduct, it is notable that extreme intoxication akin to automatism is an exigent defence requiring the accused to show that their consciousness was so impaired as to deprive them of all willed control over their actions. This is not the same as simply waking up with no memory of committing a crime. A failure to remember does not prove that an individual was acting involuntarily. Nor is it the same as suffering a psychotic episode where physical voluntariness remains intact. But even if one were to accept that the defence is a rarity, it hardly seems conclusive to either side of the debate. It is cold comfort to the victim of extreme intoxicated violence that their plight is a rare one. And it is equally chilling to think that denying the defence to a person who is morally and physically incapable of committing a crime is somehow palatable in that it is a rare occurrence.

[51] Disagreements concerning the blameworthiness of voluntary intoxication animated the majority and minority opinions in *Daviault*, which addressed squarely the impact of the *Leary* rule and the preoccupations of Wilson J. in *Bernard* on extreme intoxication akin to automatism.

Une telle substitution porte atteinte à la présomption d’innocence, car un individu pourrait alors être déclaré coupable même s’il subsiste un doute raisonnable quant à l’établissement des éléments essentiels de l’infraction (*Oakes*, p. 134; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, p. 656).

[50] Je constate que la défense a été qualifiée de phénomène « rare » dans la jurisprudence (*Daviault*, p. 92-93; *Sullivan*, par. 118). Le procureur général du Manitoba conteste cette affirmation et cite des cas de violence mettant en cause des drogues illicites aux propriétés psychotropes connues. De toute évidence, la violence perpétrée en état d’intoxication est un grave problème social. Quelle que soit la part de ce phénomène rattachée à la conduite involontaire, il convient de signaler que l’intoxication extrême s’apparentant à l’automatisme est un moyen de défense exigeant, qui oblige l’accusé à démontrer que sa conscience était diminuée à un point tel qu’il n’avait aucun contrôle volontaire de ses actes. Ce n’est pas la même chose que le simple fait de se réveiller sans se rappeler d’avoir commis un crime. L’incapacité d’un individu à se rappeler ce qu’il a fait ne prouve pas qu’il agissait involontairement. Ce n’est pas non plus la même chose qu’un épisode psychotique où le caractère volontaire au sens physique demeure intact. Mais même si l’on acceptait que la défense est rarement invoquée, cela ne semble guère concluant pour l’un ou l’autre point de vue. Le fait qu’il arrive rarement qu’une personne soit la victime d’actes violents commis en état d’intoxication extrême constitue un bien piètre réconfort pour cette personne. Il est tout aussi effrayant de penser que le fait de refuser le moyen de défense en cause à une personne moralement et physiquement incapable de commettre un crime soit d’une façon ou d’une autre acceptable au motif que de tels actes se produisent rarement.

[51] Le désaccord quant au caractère répréhensible de l’intoxication volontaire était au cœur des opinions majoritaire et minoritaire dans l’arrêt *Daviault*, opinions qui ont abordé directement l’impact de la règle énoncée dans l’arrêt *Leary* et les préoccupations exprimées par la juge Wilson dans l’arrêt *Bernard* sur l’intoxication extrême s’apparentant à l’automatisme.

(1) *Daviault*

[52] Mr. Daviault sexually assaulted an acquaintance after drinking 7 or 8 bottles of beer and 35 ounces of brandy, an amount that would likely cause death or a coma in an ordinary person. The issue was, as a matter of law, whether evidence of extreme self-induced intoxication akin to automatism could ground a defence to the general intent crime of sexual assault. Cory J. for the majority held that the *Leary* rule offended ss. 7 and 11(d) of the *Charter* in three ways, helpfully explained by Paciocco J.A. in *Sullivan* as the “voluntariness breach”, the “improper substitution breach” and the “mens rea breach” (*Sullivan*, at para. 47; *Daviault*, at pp. 89-92).

[53] The majority was concerned that an accused in a state of extreme intoxication akin to automatism could be convicted for conduct that, by reason of its involuntary character, cannot amount to the *actus reus* of the offence, for which proof beyond a reasonable doubt must be made. This violation of the criminal law’s voluntariness principle would breach the principles of fundamental justice in s. 7 of the *Charter* (pp. 91-92). Moreover, the choice to become intoxicated cannot be properly substituted for the *mens rea* of the offence charged. Proof of voluntary intoxication does not inevitably lead to the conclusion that the accused had the requisite mental element required for conviction. The improper substitution of proof of self-induced intoxication for proof of *mens rea* of the offence is a breach of the presumption of innocence (s. 11(d)) (p. 92). Finally, the majority in *Daviault* recalled that voluntary intoxication is not a crime and the consequences of self-induced intoxication may themselves not be voluntary or foreseeable. To convict a person based on self-induced intoxication means that an accused might not have the constitutionally required minimum *mens rea* that fits the offence charged and the criminal sanction that attaches thereto. This would violate the principles of fundamental justice

(1) *L’arrêt Daviault*

[52] Monsieur Daviault a agressé sexuellement une connaissance après avoir consommé 7 ou 8 bouteilles de bière et 35 onces de brandy, une quantité d’alcool qui aurait probablement entraîné la mort ou le coma chez une personne normale. La question était de savoir si, en droit, la preuve d’une intoxication extrême volontaire s’apparentant à l’automatisme pouvait fonder un moyen de défense opposable au crime d’intention générale d’agression sexuelle. Le juge Cory, au nom de la majorité, a déclaré que la règle énoncée dans l’arrêt *Leary* violait l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte* de trois façons, que le juge Paciocco a utilement décrites ainsi dans l’arrêt *Sullivan* : la [TRADUCTION] « violation du principe du caractère volontaire », la « violation pour cause de substitution irrégulière » et la « violation pour cause de négation de la *mens rea* » (*Sullivan*, par. 47; *Daviault*, p. 89-92).

[53] Les juges majoritaires ont exprimé des préoccupations quant à la possibilité qu’un accusé se trouvant dans un état d’intoxication extrême qui s’apparente à l’automatisme puisse être condamné pour des actes qui, en raison de leur caractère involontaire, ne peuvent constituer l’*actus reus* de l’infraction, lequel requiert une preuve hors de tout doute raisonnable. Cette violation du principe du caractère volontaire en droit criminel contreviendrait aux principes de justice fondamentale visés à l’art. 7 de la *Charte* (p. 91-92). De plus, le choix de s’intoxiquer ne peut être substitué régulièrement à la *mens rea* de l’infraction reprochée. La preuve d’une intoxication volontaire n’entraîne pas inévitablement la conclusion que l’accusé possédait l’élément moral requis pour être reconnu coupable. La substitution irrégulière de la preuve d’intoxication volontaire à la preuve de la *mens rea* de l’infraction porte atteinte à la présomption d’innocence (al. 11d)) (p. 92). Enfin, dans l’arrêt *Daviault*, la majorité a rappelé que l’intoxication volontaire n’est pas un crime et que les conséquences de l’intoxication volontaire ne sont pas nécessairement volontaires ou prévisibles. Déclarer coupable une personne en raison de son intoxication volontaire signifierait que l’accusé pourrait ne pas avoir la *mens rea* minimale requise par la Constitution et correspondant à l’infraction

in s. 7 of the *Charter* and constitutes the *mens rea* breach (*ibid.*).

[54] The majority in *Daviault* thus modified the rule that intoxication is not a defence to crimes of general intent. Exceptionally, a defence of extreme intoxication akin to automatism, including self-induced extreme intoxication, could be raised by an accused, although intoxication short of automatism would still not be a defence, as it will not interfere with someone's ability to form the minimum mental element required for a general intent offence (pp. 99-101). Cory J. invited Parliament to legislate to meet what he considered to be the rare case of this degree of intoxication, noting that it was "always open to Parliament to fashion a remedy which would make it a crime to commit a prohibited act while drunk" (p. 100).

[55] In dissent, Sopinka J. said that self-induced extreme intoxication cannot be a defence for general intent crimes such as sexual assault. In his view, the principles of fundamental justice could be satisfied if there is a blameworthy mental element and the level of blameworthiness is not disproportionate to the seriousness of the offence (p. 118). Those who voluntarily consume alcohol or drugs and render themselves involuntary are not morally blameless. Sopinka J. wrote that the voluntariness principle must give way as a "perpetrator who by his or her own fault brings about the conditions should not escape punishment" (p. 121).

[56] Thus, following *Daviault*, at common law, an accused was entitled to an acquittal for a general intent offence if they could prove, on a balance of probabilities, that they committed the acts involuntarily, while

qui lui est reprochée et à la sanction criminelle qui s'y rattache. Cela violerait les principes de justice fondamentale consacrés à l'art. 7 de la *Charte* et écarterait la *mens rea* (*ibid.*).

[54] Dans l'arrêt *Daviault*, la majorité a donc modifié la règle selon laquelle l'intoxication ne constitue pas un moyen de défense opposable aux crimes d'intention générale. Exceptionnellement, l'accusé pourrait faire valoir une défense d'intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme, même lorsqu'il a lui-même provoqué son intoxication extrême. Cependant, l'intoxication sans automatisme ne constituerait toujours pas une défense, puisque l'individu pourrait quand même être en mesure de former l'élément moral minimal requis pour être reconnu coupable d'une infraction d'intention générale (p. 99-101). Le juge Cory a invité le Parlement à légiférer sur ce qu'il estimait être ce degré d'intoxication rare, en faisant observer que « le législateur a toujours la possibilité d'adopter une disposition législative qui criminaliserait la perpétration d'un acte prohibé lorsque l'auteur est en état d'ébriété » (p. 100).

[55] Le juge Sopinka, dissident, a affirmé que l'intoxication volontaire extrême ne peut constituer un moyen de défense opposable à des crimes d'intention générale comme l'agression sexuelle. À son avis, on pouvait satisfaire aux principes de justice fondamentale lorsqu'il existe un état d'esprit blâmable et que le degré du caractère répréhensible n'est pas disproportionné à la gravité de l'infraction (p. 118). La personne qui consomme volontairement de l'alcool ou des drogues au point de s'empêcher de savoir ce qu'elle fait n'est pas sans reproche sur le plan moral. Le juge Sopinka a estimé que le principe de l'acte volontaire ne devait pas s'appliquer, étant donné que « l'auteur du crime qui, par sa propre faute, est à l'origine de son état ne devrait pas échapper à la punition » (p. 121).

[56] Par conséquent, à la suite de l'arrêt *Daviault*, un accusé avait le droit, en common law, d'être acquitté relativement à une infraction d'intention générale s'il pouvait démontrer, selon la prépondérance des

in a state of extreme intoxication akin to automatism. In order to do so, the accused must adduce expert evidence.

[57] In its aftermath, the majority opinion in *Daviault* was criticized for its “alarming lack of consideration of the social context of sexual assault particularly for women and children” (I. Grant, “The Limits of Daviault” (1995), 33 C.R. (4th) 277, at p. 287; see also M. Shaffer, “R. v. *Daviault*: A Principled Approach To Drunkenness or A Lapse of Common Sense?” (1996), 3 *Rev. Const. Stud.* 311, at pp. 324-27). Professor Grant, for example, argued that alcohol is often implicated in gendered violence, and therefore strong equality protections are necessary (“Second Chances: Bill C-72 and the *Charter*”, at p. 389). She wrote that “[t]he suggestion that someone could be too drunk to be convicted of sexual assault shocked the public’s sense of justice and common sense” (p. 383).

(2) Bill C-72

[58] Within a relatively short period following the judgment of this Court in *Daviault*, Parliament added s. 33.1 to the general part (Part I — General) of the *Criminal Code*, which sought to abolish self-induced intoxication akin to automatism as a defence to general intent offences involving violence. The preamble of Bill C-72, to which I will return, emphasized Parliament’s concerns regarding intoxicated violence and its impact on the equality and security interests of women and children. It also spoke to the moral view that someone who caused harm while voluntarily intoxicated was blameworthy and should be held accountable for that harm.

[59] Before the Standing Committee on Justice and Legal Affairs in advance of the Bill’s enactment, the

probabilités, qu’il avait commis les actes en question involontairement, alors qu’il se trouvait dans un état d’intoxication extrême s’apparentant à l’automatisme. Pour ce faire, l’accusé doit produire une preuve d’expert.

[57] On a par la suite reproché à l’opinion des juges majoritaires dans l’arrêt *Daviault* [TRADUCTION] « son inquiétante absence de considération pour le contexte social de l’agression sexuelle, en particulier dans le cas des femmes et des enfants » (I. Grant, « The Limits of Daviault » (1995), 33 C.R. (4th) 277, p. 287; voir aussi M. Shaffer, « R. v. *Daviault* : A Principled Approach To Drunkenness or A Lapse of Common Sense? » (1996), 3 *R. études const.* 311, p. 324-327). La professeure Grant, par exemple, a fait valoir que l’alcool était souvent en cause dans la violence fondée sur le genre et que, par conséquent, de solides protections en matière d’égalité étaient nécessaires (« Second Chances : Bill C-72 and the *Charter* », p. 389). Elle a écrit que [TRADUCTION] « [l]’idée selon laquelle une personne peut être trop ivre pour être déclarée coupable d’agression sexuelle a choqué le sens de justice de la collectivité en plus d’aller à l’encontre du bon sens » (p. 383).

(2) Le projet de loi C-72

[58] Dans un délai relativement court après l’arrêt *Daviault* de notre Cour, le Parlement a ajouté l’art. 33.1 à la partie I (Dispositions générales) du *Code criminel*, dans le but d’abolir l’intoxication volontaire s’apparentant à l’automatisme en tant que moyen de défense opposable aux infractions d’intention générale comportant de la violence. Le préambule du projet de loi C-72, sur lequel je reviendrai, soulignait les préoccupations du Parlement face à la violence perpétrée par des personnes qui s’intoxiquent et aux conséquences de cette violence sur les droits à l’égalité et à la sécurité des femmes et des enfants. Il déclarait également, que sur le plan moral, la personne qui cause du tort à autrui alors qu’elle est dans un état d’intoxication volontaire commet un acte répréhensible dont elle devrait être tenue responsable.

[59] Avant l’adoption du projet de loi, le ministre de la Justice a déclaré devant le Comité permanent

Minister of Justice stated that in *Daviault*, Sopinka J. “wrote a strong judgment for the dissent. . . . He was able to conclude that the moral blameworthiness in the act of inducing your own intoxication was sufficient as a link to criminal liability for the harm charged in the offence” (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, No. 98, 1st Sess., 35th Parl., April 6, 1995, at p. 17). He stated that the draft amendment provided a sufficient level of fault in that self-induced intoxication to the point of automatism was a departure from the standard of care (*ibid.*). In its response to *Daviault*, Parliament thus sought to supply a link between the intention to become intoxicated and the intention to commit a crime of violence identified by the majority. It endeavoured to do so by legislating the marked departure standard described in s. 33.1(2), which was viewed as avoiding the constitutional infirmities identified by Cory J. and extending the moral and policy reasoning of Sopinka J.’s dissent.

[60] Even after *Daviault*, there is general agreement that a person acting in a state of automatism deserves an acquittal where their loss of control is truly morally blameless. But, to borrow a phrase from the United Kingdom Law Commission, there is a persistent sense shared by many that “it is not fair for there to be an acquittal where the accused may be blamed for whatever led to the loss of control” (*Criminal Liability: Insanity and Automatism — A Discussion Paper* (2013), at para. 1.117). On this view, a person whose automatism is brought about by self-induced extreme intoxication should shoulder that blame and the law should not allow them to escape liability for their violent conduct. There is a perceived difference, say, between a person who consumes a spiked drink and, as a result, loses control of their actions and another person who, because they chose to drink or take drugs to excess, falls into a state akin to automatism. At the same time, issues related to agency and automatism are complicated by other factors, including the social problem of addiction that may have a bearing on the question of moral blameworthiness (see, generally, L. Silver, *Who is Responsible for Extreme Intoxication?*, October 7, 2021 (online);

de la Justice et des questions juridiques que, dans l’arrêt *Daviault*, le juge Sopinka « a rédigé, en termes rigoureux, un jugement [. . .] dissident, concluant que dans le fait de causer sa propre intoxication, le caractère répréhensible était suffisant pour établir un lien avec la responsabilité criminelle, pour le tort causé par le délit » (*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et des questions juridiques*, n° 98, 1^{re} sess., 35^e lég., 6 avril 1995, p. 17). Il a déclaré que le projet de modification prévoyait un degré de faute suffisant en ce sens que l’intoxication volontaire voisine de l’automatisme constituait un écart par rapport à la norme de diligence (*ibid.*). Dans sa réponse à l’arrêt *Daviault*, le Parlement a donc cherché à intégrer le lien proposé par les juges majoritaires entre l’intention de s’intoxiquer et l’intention de commettre un crime violent. Il a tenté de le faire en adoptant la norme de l’écart marqué au par. 33.1(2), lequel a été perçu comme une mesure visant à corriger les lacunes constitutionnelles relevées par le juge Cory et à poursuivre le raisonnement moral et de politique sociale du juge Sopinka dans sa dissidence.

[60] Même après l’arrêt *Daviault*, on s’entend généralement pour dire que l’individu qui agit dans un état d’automatisme doit être acquitté lorsqu’on ne peut vraiment pas lui reprocher au plan moral sa perte de maîtrise. Mais, pour emprunter une expression employée par la commission du droit du Royaume-Uni, nombreux sont ceux qui estiment toujours qu’il [TRADUCTION] « n’est pas juste d’acquitter l’accusé à qui on peut reprocher ce qui a provoqué sa perte de maîtrise » (*Criminal Liability : Insanity and Automatism — A Discussion Paper* (2013), par. 1.117). Dans cette optique, il est légitime de reprocher à la personne d’avoir provoqué son automatisme par une intoxication volontaire extrême et la loi ne devrait pas lui permettre d’échapper à sa responsabilité pour ses actes violents. Il y a une différence apparente, pourrait-on dire, entre la personne qui consomme une boisson droguée à son insu et perd de ce fait la maîtrise de ses gestes et l’individu qui, parce qu’il a choisi de boire ou de consommer des drogues à l’excès, se retrouve dans un état s’apparentant à l’automatisme. Par ailleurs, d’autres facteurs complexifient la question du libre arbitre et de l’automatisme, notamment le problème social de la toxicomanie qui peut influencer sur

L. M. Kelly and N. Gill, *The punishing response to the defence of extreme intoxication*, October 13, 2020 (online)). While this bears noting, it is unnecessary to say more on this problem that does not arise on the facts of this appeal or of the *Sullivan* and *Chan* appeals before the Court.

[61] I take due note that the preamble to Bill C-72 provides that, in most cases, extreme intoxication akin to automatism is brought about not through the consumption of alcohol alone, but by the consumption of other intoxicants or a mix of alcohol and another substance. For this observation, Parliament relied upon reports and testimony by three experts in support of its conclusion that alcohol alone will not induce a state of automatism. One expert, Dr. Harold Kalant, stated that there was no scientific evidence that alcohol could cause automatism, absent an underlying health condition (*Sullivan* and *Chan* appeals, A.R., vol. VI, at pp. 93-95; see also the evidence of Dr. Kendall and Dr. Bradford in Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Evidence*, No. 161, 1st Sess., 35th Parl., June 13, 1995, at pp. 22-25). While s. 33.1 refers to intoxication generally, without formally distinguishing between licit or illicit substances, the preamble to Bill C-72 states that “the Parliament of Canada . . . is aware of scientific evidence that most intoxicants, including alcohol, by themselves, will not cause a person to act involuntarily”.

[62] Although both *Daviault* and Parliament were focussed on “drunkenness”, the parliamentary record and facts of this appeal and the *Sullivan* and *Chan* appeals suggest that the defence of extreme intoxication akin to automatism will generally not be relevant in cases involving alcohol alone. The experts in this case explained, with reference to the legal definition of automatism, that psilocybin may induce delusions, psychotic episodes, confusion and disorientation (A.R., vol. III, at pp. 241 and 315). Dr. Kalant, in

la culpabilité morale (voir, généralement, L. Silver, *Who is Responsible for Extreme Intoxication?*, 7 octobre 2021 (en ligne); L. M. Kelly et N. Gill, *The punishing response to the defence of extreme intoxication*, 13 octobre 2020 (en ligne)). Bien qu’il vaille la peine de le mentionner, il n’est pas nécessaire d’en dire davantage sur ce problème qui n’émane pas des faits du présent pourvoi ou des pourvois *Sullivan* et *Chan* dont est saisie la Cour.

[61] Je prends bonne note que le préambule du projet de loi C-72 prévoit que, dans la plupart des cas, l’intoxication extrême s’apparentant à l’automatisme est le résultat non pas de la consommation d’alcool seulement, mais de la consommation d’autres substances intoxicantes ou d’un mélange d’alcool et d’une autre substance. En faisant ce constat, le Parlement s’est fondé sur les rapports et témoignages de trois experts à l’appui de sa conclusion selon laquelle l’alcool ne provoque pas seul un état d’automatisme. Un spécialiste, le Dr Harold Kalant, a affirmé qu’aucune preuve scientifique n’établissait que l’alcool pouvait entraîner l’automatisme, en l’absence d’un problème de santé sous-jacent (pourvois *Sullivan* et *Chan*, d.a., vol. VI, p. 93-95; voir aussi les témoignages des Drs Kendall et Bradford dans Comité permanent de la Justice et des questions juridiques, *Témoignages*, n° 161, 1^{re} sess., 35^e lég., 13 juin 1995, p. 23-27). Même si l’art. 33.1 parle d’intoxication en général, sans établir de distinction formelle entre les substances licites et les substances illicites, le préambule du projet de loi C-72 déclare que « le Parlement du Canada est conscient [. . .] de l’existence de preuves scientifiques selon lesquelles la consommation de la plupart des substances intoxicantes, dont l’alcool, n’a pas en soi pour effet de faire en sorte qu’une personne agisse de façon involontaire ».

[62] Bien que l’arrêt *Daviault* et le Parlement aient mis l’accent sur l’« ivresse », l’historique parlementaire et les faits du présent pourvoi et des pourvois *Sullivan* et *Chan* tendent à indiquer que la défense d’intoxication extrême s’apparentant à l’automatisme ne sera généralement pas pertinente dans les cas où seul l’alcool est en cause. Les experts dans la présente affaire ont expliqué, en renvoyant à la définition juridique de l’automatisme, que la psilocybine peut provoquer du délire, des épisodes psychotiques, de la

contrast, testified before Parliament that, normally, alcohol progressively decreases nerve cell activity in the brain until a person becomes both unconscious and incapable of physical movement (*Sullivan and Chan* appeals, A.R., vol. VI, at p. 93), an effect which would not satisfy the state of impaired conscious and unwilld movements necessary for a true state automatism. Claims of extreme intoxication must, of course, be assessed with reference to the facts and expert evidence adduced at the trial. It would be inappropriate here to foreclose a finding of extreme intoxication through any intoxicant taken alone, if medical and scientific evidence adduced compel such a conclusion.

confusion et de la désorientation (d.a., vol. III, p. 241 et 315). Le D^r Kalant, en revanche, a affirmé devant le Parlement qu'en temps normal, l'alcool entraîne une diminution progressive de l'activité des cellules nerveuses dans le cerveau jusqu'à ce que la personne perde conscience et devienne incapable de bouger (pourvois *Sullivan* et *Chan*, d.a., vol. VI, p. 93), un effet qui ne correspond pas à l'état de conscience diminué et aux mouvements involontaires nécessaires d'un véritable état d'automatisme. Les prétentions d'intoxication extrême doivent, bien entendu, être évaluées eu égard aux faits et à la preuve d'expert produite au procès. Il serait inopportun en l'espèce d'exclure une conclusion d'intoxication extrême provoquée par n'importe quelle substance intoxicante prise seule, si la preuve médicale et scientifique dicte pareille conclusion.

[63] I now turn to the question of whether s. 33.1 infringes ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, as alleged by Mr. Brown.

[63] Passons maintenant à la question de savoir si l'art. 33.1 enfreint l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, comme le soutient M. Brown.

B. *Section 33.1 Infringes Sections 7 and 11(d)*

B. *L'article 33.1 enfreint l'art. 7 et l'al. 11d)*

(1) Principal Arguments

(1) Principaux arguments

[64] Mr. Brown says s. 33.1 violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In its reading of the provision, the Court of Appeal erred in departing from the principles set forth in *Daviault*. He says that s. 33.1 unfairly extends to situations in which there is no foreseeable risk of violence for the general intent offence to which it applies. It creates a regime for absolute liability by allowing conviction without proof beyond a reasonable doubt that the accused intentionally or voluntarily committed the offence. Section 33.1 therefore improperly substitutes intent to become intoxicated with intent to commit the violent offence. Mr. Brown adds that s. 33.1 also limits s. 7 because it mandates conviction without any contemporaneity between the *actus reus* and *mens rea* of a criminal offence.

[64] Monsieur Brown affirme que l'art. 33.1 viole l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Dans son interprétation de l'art. 33.1, la Cour d'appel a commis une erreur en s'écartant des principes énoncés dans l'arrêt *Daviault*. Selon lui, l'art. 33.1 englobe injustement des situations dans lesquelles il n'y a aucun risque prévisible de violence en ce qui concerne l'infraction d'intention générale à laquelle il s'applique. Cet article instaure un régime de responsabilité absolue en permettant au tribunal de déclarer l'accusé coupable sans preuve hors de tout doute raisonnable qu'il a commis l'infraction intentionnellement ou volontairement. L'article 33.1 substitue donc de façon irrégulière l'intention de s'intoxiquer à l'intention de commettre l'infraction violente. Monsieur Brown ajoute que l'art. 33.1 limite également la portée de l'art. 7, parce qu'il oblige le tribunal à déclarer l'accusé coupable sans qu'il y ait la moindre simultanéité entre l'*actus reus* et la *mens rea* de l'infraction criminelle.

[65] The Crown responds that, when properly interpreted, s. 33.1 complies with the *Charter*. Under the

[65] La Couronne répond que, lorsqu'on l'interprète correctement, l'art. 33.1 est conforme à la *Charte*.

Crown's reading, s. 33.1 only punishes the intentional and voluntary consumption of drugs to an extreme level, thus meeting the voluntariness requirement. There is no *mens rea* breach because s. 33.1 contains a true objective standard and includes objective foresight of harm. There is no improper substitution because s. 33.1 changes the *mens rea* needed to prove a general intent offence. Parliament was entitled to set standards of behaviour that all in society must follow.

Selon l'interprétation qu'en donne la Couronne, l'art. 33.1 ne réprime que la consommation intentionnelle et volontaire de drogues à un degré extrême, satisfaisant ainsi à l'exigence relative au caractère volontaire. Il n'y a pas de négation de la *mens rea*, car l'art. 33.1 renferme une véritable norme objective et exige la prévisibilité objective du préjudice. Il n'y a pas de substitution irrégulière, puisque l'art. 33.1 modifie la *mens rea* exigée pour établir la perpétration d'une infraction d'intention générale. Il était loisible au Parlement d'établir des normes de comportement auxquelles tous les citoyens doivent se plier.

[66] The intervening attorneys general say that s. 33.1 has cast a unique mode of liability that provides the necessary ingredients for a constitutionally valid offence. The mental element inherent in s. 33.1(2) reflects the minimum objective fault requirement along the same marked departure standard recognized in cases such as *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867, *Creighton* and *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60. Accordingly, s. 33.1 is consistent with ss. 7 and 11(d) of the *Charter* because it follows “a blueprint this Court has already endorsed as constitutional” (Condensed Book, A.G. Ontario, at p. 2). Moreover, Parliament can constitutionally preclude intoxication as a defence if it is the gravamen of the offence (*R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865, at p. 891, per Wilson J.). Here, acting on this Court's invitation in *Daviault*, Parliament has sought to impose liability for the unintended consequences of a blameworthy predicate act following, in particular, *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944.

[66] Les procureurs généraux intervenants affirment que l'art. 33.1 crée un mode de responsabilité unique qui réunit les éléments nécessaires pour une infraction conforme à la Constitution. L'élément moral inhérent au par. 33.1(2) reflète l'exigence minimale de faute objective selon la même norme de l'écart marqué qui a été reconnue dans des arrêts comme *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, *Creighton* et *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60. Par conséquent, l'art. 33.1 est conforme à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*, parce qu'il s'inspire d'un [TRADUCTION] « modèle dont notre Cour a déjà reconnu la constitutionnalité » (recueil condensé, p.g. de l'Ontario, p. 2). De plus, le Parlement peut constitutionnellement empêcher l'accusé d'invoquer l'intoxication comme moyen de défense si l'intoxication constitue l'essence de l'infraction (*R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865, p. 891, la juge Wilson). Dans le cas qui nous occupe, donnant suite à l'invitation que lui avait lancée notre Cour dans l'arrêt *Daviault*, le Parlement a cherché à imposer une responsabilité pour les conséquences non intentionnelles de l'acte répréhensible sous-jacent dans la foulée, notamment, de l'arrêt *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944.

(2) Threshold Issue: Internal Balancing Under Section 7

[67] As a preliminary matter, the Court must first decide whether the rights of victims of intoxicated violence, in particular the rights of women and children under ss. 7 and 15 of the *Charter* and alluded to in the preamble to Bill C-72, should inform the analysis of a possible breach of the accused's rights under s. 7, or whether it is appropriate to consider

(2) Question préliminaire : mise en balance interne au regard de l'art. 7

[67] À titre préliminaire, la Cour doit d'abord décider si les droits des victimes d'actes de violence commis en état d'intoxication, en particulier les droits des femmes et des enfants protégés par les art. 7 et 15 de la *Charte* et auxquels il est fait allusion dans le préambule du projet de loi C-72, devraient guider l'analyse d'une éventuelle violation des droits garantis

these interests specifically at the justification stage under s. 1.

[68] The intervenor Women’s Legal Education and Action Fund Inc. (LEAF) invites this Court to balance the rights of the accused against the rights of women and children in the s. 7 analysis. It says that, in *Daviault*, there was no consideration of competing rights at that stage, unlike the clear engagement with equality, security and dignity interests in Bill C-72. These rights are not simply other social interests that should be “relegated” to the s. 1 justification. Where courts fail to undertake balancing under s. 7 — as the majority of the Court of Appeal did not do in *Sullivan*, for example — the effect is that, wittingly or unwittingly, they favour individual rights over those of vulnerable groups who disproportionately bear the risk of intoxicated violence. Others, including the Crown and the Canadian Civil Liberties Association, depart from this view and submit that the interests of women and children are properly considered under s. 1 following *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, and *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331.

[69] LEAF invokes *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, in which this Court balanced competing *Charter* rights under the breach analysis. These cases involved situations where state action directly implicated multiple sets of *Charter* rights. In both, the procedural rights of the accused brought the *Charter* rights of another party into conflict and created the risk that both sets of rights would be undermined.

[70] In my view, the *Dagenais* and *Mills* mode of analysis does not apply and does not support the argument that balancing between the rights and interests of

à l’accusé par l’art. 7, ou s’il convient plutôt de réserver l’examen de ces droits à l’étape de la justification en vertu de l’article premier.

[68] L’intervenant le Fonds d’action et d’éducation juridique pour les femmes (FAEJ) invite notre Cour à mettre en balance les droits de l’accusé et les droits des femmes et des enfants dans l’analyse fondée sur l’art. 7. Selon lui, dans l’arrêt *Daviault*, la Cour n’a pas examiné les droits opposés à cette étape, contrairement à l’engagement clair contenu dans le projet de loi C-72 de protéger les droits à l’égalité, à la sécurité et à la dignité. Ces droits ne sont pas simplement d’autres enjeux sociaux que l’on devrait « reléguer » à l’étape de la justification en vertu de l’article premier. Lorsque les tribunaux ne procèdent pas à une mise en balance au regard de l’art. 7 — comme la majorité de la Cour d’appel a omis de le faire dans l’arrêt *Sullivan*, par exemple —, il s’ensuit que, consciemment ou non, ils favorisent les droits individuels au détriment de ceux des groupes vulnérables qui courent de façon disproportionnée le risque de subir des actes de violence commis par des individus en état d’intoxication. D’autres, dont la Couronne et l’Association canadienne des libertés civiles, soutiennent qu’il convient d’examiner les droits des femmes et des enfants à l’étape de l’article premier, selon les arrêts *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, et *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331.

[69] Le FAEJ invoque les arrêts *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, dans lesquels notre Cour a mis en balance des droits opposés garantis par la *Charte* dans le cadre de l’analyse relative à la violation de la *Charte*. Ces affaires concernent des situations dans lesquelles une mesure gouvernementale visait directement plusieurs séries de droits garantis par la *Charte*. Dans les deux affaires, les droits procéduraux de l’accusé entraient en conflit avec les droits reconnus à une autre partie par la *Charte*, et ce conflit risquait de compromettre les droits de l’un et de l’autre.

[70] À mon avis, le cadre d’analyse des arrêts *Dagenais* et *Mills* ne s’applique pas et ne permet pas non plus de soutenir que la mise en balance des

alleged perpetrators and victims of crime should take place under s. 7 in this circumstance. *Dagenais* and *Mills* apply when the *Charter* rights of two or more parties are in conflict and both are directly implicated by state action, which is not the case here. Section 33.1 affects the substantive rights of the accused subject to prosecution by the state. The equality and dignity interests of women and children are certainly engaged as potential victims of crime — but in this context, by virtue of the accused’s actions, not of some state action against them. This is qualitatively different from the balancing undertaken for example in *Mills*, where it was state action — through the application of an evidentiary rule for the production of records to the accused relating to the complainant — that directly affected both the accused and the complainant. Section 33.1 operates to constrain the ability of an accused to rely on the defence of automatism but nothing in the provision limits, by the state’s action, the rights of victims including the ss. 7, 15 and 28 *Charter* rights of women and children. These interests are appropriately understood as justification for the infringement by the state. As the preamble of Bill C-72 makes plain, the equality, dignity and security interests of vulnerable groups informed the overarching social policy goals of Parliament; they are best considered under s. 1.

[71] Considering these as societal concerns under s. 1 does not “relegate” the equality, security and dignity interests of women and children to second order importance. LEAF is correct to say that these rights are intensely important and must be given full consideration in the *Charter* analysis. Indeed, it has been usefully argued that the opportunity to consider the competing interests of vulnerable groups in the present context should find its fullest expression when a court considers the proportionality of deleterious and salutary effects of legislation under s. 1. Commenting on the justification for the breach by the majority of the Court of Appeal in *Sullivan*,

droits et intérêts des présumés auteurs de crimes et de leurs victimes devrait en l’espèce avoir lieu au regard de l’art. 7. Les arrêts *Dagenais* et *Mills* s’appliquent lorsque les droits garantis par la *Charte* à deux ou à plusieurs parties sont en conflit et sont directement touchés par une action de l’État, ce qui n’est pas le cas en l’espèce. L’article 33.1 touche les droits substantiels de la personne qui fait l’objet de poursuites par l’État. Les intérêts des femmes et des enfants en matière d’égalité et de dignité sont certainement en jeu en tant que victimes potentielles de crimes — mais, dans ce contexte, ils le sont en raison des actes de l’accusé et non à cause d’une action prise par l’État contre eux. Cette analyse est qualitativement différente de la mise en balance entreprise par exemple dans l’affaire *Mills*, où il s’agissait d’une action de l’État — l’application d’une règle de preuve régissant la communication à l’accusé de dossiers relatifs à la plaignante — qui touchait directement à la fois l’accusé et la plaignante. L’article 33.1 a pour effet de limiter la capacité de l’accusé d’invoquer le moyen de défense d’automatisme, mais rien dans cette disposition ne limite, par l’action de l’État, les droits des victimes, y compris les droits garantis aux femmes et aux enfants par les art. 7, 15 et 28 de la *Charte*. Ces intérêts sont considérés à juste titre comme justifiant l’atteinte portée par l’État. Comme l’indique clairement le préambule du projet de loi C-72, les intérêts des groupes vulnérables en matière d’égalité, de dignité et de sécurité sont à la base des principaux objectifs de politique sociale du Parlement. Il est donc préférable de les examiner au regard de l’article premier.

[71] Le fait d’examiner ces enjeux sociaux au regard de l’article premier ne « relègue » pas au second plan les intérêts des femmes et des enfants en matière d’égalité, de sécurité et de dignité. Le FAEJ a raison de dire que ces droits sont extrêmement importants et qu’il faut en tenir pleinement compte dans l’analyse relative à la *Charte*. D’ailleurs, on a utilement fait valoir que l’opportunité d’examiner les droits opposés des groupes vulnérables dans le présent contexte devait trouver sa pleine expression lorsque le tribunal examine la proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la disposition législative au regard de l’article premier.

Professor S. Coughlan writes that s. 1, as opposed to s. 7, gives a proper opportunity to “shift from an individual focus to a comparative focus”, which is methodologically more suited to balancing under s. 1 than s. 7 in this context (“*Sullivan: Can a Section 7 Violation Ever be Saved Under Section 1?*” (2020), 63 C.R. (7th) 157, at p. 159). Counsel for LEAF at the *Sullivan* and *Chan* appeals rightly urged that, as an alternative to her preferred s. 7 balancing, s. 1 should be seized upon by this Court to reinforce the accountability and protective objectives of s. 33.1 from the perspective of the particular vulnerability of women and children to the intoxicated violence (transcript, at p. 100). I agree.

Commentant l’analyse, par la majorité de la Cour d’appel dans l’arrêt *Sullivan*, de la justification de l’atteinte à des droits garantis par la *Charte*, le professeur S. Coughlan écrit que, contrairement à l’art. 7, l’article premier permet [TRADUCTION] « de passer d’un point de vue individuel à une méthode comparative », ce qui, sur le plan méthodologique, est mieux adapté à la mise en balance prévue à l’article premier qu’à celle effectuée au regard de l’art. 7 dans ce contexte (« *Sullivan : Can a Section 7 Violation Ever be Saved Under Section 1?* » (2020), 63 C.R. (7th) 157, p. 159). L’avocate qui occupait pour le FAEJ dans les pourvois *Sullivan* et *Chan* a insisté à juste titre sur le fait que, comme solution de rechange à la mise en balance fondée sur l’art. 7 qu’elle préconisait, notre Cour devait recourir à une pondération au regard de l’article premier pour renforcer les objectifs de responsabilisation et de protection de l’art. 33.1 du point de vue de la vulnérabilité particulière des femmes et des enfants à l’égard des actes de violence commis en état d’intoxication (transcription, p. 100). J’abonde dans son sens.

[72] Finally, and with due respect for other views, the basic values against arbitrariness, overbreadth and gross disproportionality are unrelated to the analysis of the *Charter* rights engaged in this appeal and the *Sullivan* and *Chan* appeals. The principles in *Bedford* speak to “failures of instrumental rationality” that reflect a legislative provision that is unconnected from or grossly disproportionate with its purpose (para. 107). By contrast, the principles of fundamental justice in this case relate to substantive and procedural standards for criminal liability that ensure the fair operation of the legal system and which are “found in the basic tenets of our legal system” (*Motor Vehicle Reference*, at p. 503). I agree on this point with Paciocco J.A. in *Sullivan* (para. 61) that the challenge here pertains to s. 7 principles of the voluntariness and *mens rea* required to justify punishment and not those matters of arbitrariness and proportionality at issue in *Bedford*. A court’s s. 7 analysis should start by asking whether a statutory provision fails to meet the requirements of the specific principle raised by the claimant before turning to the more general matter as to whether the law is arbitrary or disproportionate in light of its purpose in the *Bedford* sense (*R. v.*

[72] Enfin, et avec égards pour d’autres opinions, les valeurs fondamentales de la lutte contre l’arbitraire, la portée excessive et la disproportion exagérée n’ont rien à voir avec l’analyse des droits garantis par la *Charte* qui sont en jeu dans le présent pourvoi et les pourvois *Sullivan* et *Chan*. Les principes figurant dans l’arrêt *Bedford* concernent le [TRADUCTION] « manque de logique fonctionnelle », une expression désignant une disposition législative qui n’est pas liée à son objectif ou qui lui est totalement disproportionnée (par. 107). À l’inverse, les principes de justice fondamentale en l’espèce ont trait aux normes de fond et de procédure en matière de responsabilité criminelle qui assurent le fonctionnement équitable du système juridique qui « se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique » (*Renvoi sur la MVA*, p. 503). Sur ce point, je suis d’accord avec le juge Paciocco lorsqu’il affirme, dans l’arrêt *Sullivan* (par. 61), que le litige porte sur des principes visés à l’art. 7, en l’occurrence le caractère volontaire et la *mens rea* nécessaires pour justifier une peine, et non ces questions d’arbitraire et de proportionnalité en cause dans *Bedford*. Le tribunal qui procède à une analyse fondée sur l’art. 7 devrait d’abord se demander

Malmo-Levine, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at paras. 129 and 135-45).

si une disposition législative ne répond pas aux exigences du principe précis évoqué par le demandeur avant de passer à la question plus générale de savoir si la disposition est arbitraire ou disproportionnée au regard de son objet au sens de l'arrêt *Bedford* (*R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 129 et 135-145).

(3) Interpretation of Section 33.1

[73] Much of the argument in this appeal, as well as in the *Sullivan* and *Chan* appeals, turns on the proper interpretation of s. 33.1. Crown counsel and interveners in these appeals offer somewhat different readings of the text of s. 33.1 in support of its validity. In the *Sullivan* and *Chan* appeals, the Crown says that liability under s. 33.1 is imposed for the “predicate act of self-induced extreme intoxication when it leads to involuntary or unintended violence” (Appellant’s Condensed Book, at p. 1). That blame-worthy predicate act is said to include, according to the Crown, a constitutionally-compliant fault element of negligence requiring a marked departure from the reasonably prudent person. In this appeal, it was argued that the “self-induced” character of intoxication, alluded to in s. 33.1, incorporates voluntariness and *mens rea* components: “The act of voluntarily intoxicating oneself to an extreme level”, said the Crown, “is a marked departure from the standard of reasonable care generally recognized in Canadian society” (Respondent’s Condensed Book, at p. 1; see also transcript, at pp. 35-36). When pressed on these interpretations of s. 33.1 in oral argument in this appeal and the *Sullivan* and *Chan* appeals, counsel acknowledged that the basis for the position they espouse was not found expressly in the text of the section. But, they said, when read purposefully and as a whole, s. 33.1 both eliminates a defence and creates a new mode of liability.

[74] The Attorney General of Canada stated that s. 33.1 must be read in keeping with the presumption of constitutionality. The Attorney General argued that

(3) Interprétation de l’art. 33.1

[73] Une grande partie du débat dans le présent pourvoi, ainsi que dans les pourvois *Sullivan* et *Chan*, porte sur l’interprétation qu’il convient de donner à l’art. 33.1. Les procureurs de la Couronne et les intervenants dans tous ces pourvois proposent des interprétations quelque peu différentes du libellé de l’art. 33.1 à l’appui de sa constitutionnalité. Dans les pourvois *Sullivan* et *Chan*, la Couronne affirme que la responsabilité prévue à l’art. 33.1 vise [TRADUCTION] « l’acte sous-jacent d’intoxication volontaire extrême qui entraîne des actes de violence involontaires ou non intentionnels » (recueil condensé de l’appelant, p. 1). Cet acte répréhensible sous-jacent exigerait, selon la Couronne, un élément fautif de négligence constitutionnellement valide requérant un écart marqué par rapport à la norme de la personne raisonnable. Dans le présent pourvoi, la Couronne fait valoir que le caractère « volontaire » de l’intoxication, auquel fait allusion l’art. 33.1, suppose à la fois la volonté et la *mens rea*. Selon la Couronne, [TRADUCTION] « [I]l a fait de s’intoxiquer volontairement à un degré extrême constitue un écart marqué par rapport à la norme de diligence raisonnable généralement acceptée dans la société canadienne » (recueil condensé de l’intimée, p. 1; voir aussi transcription, p. 35-36). Pressés lors des plaidoiries d’explicitier leur interprétation de l’art. 33.1 dans le présent pourvoi et les pourvois *Sullivan* et *Chan*, les avocats ont reconnu que le fondement de la thèse qu’ils défendaient ne se trouvait pas explicitement dans le libellé de l’article. Ils ont toutefois affirmé que, lorsqu’on l’interprète téléologiquement et globalement, l’art. 33.1 a à la fois pour effet d’abolir un moyen de défense et de créer un nouveau mode de responsabilité.

[74] Le procureur général du Canada affirme que l’on doit interpréter l’art. 33.1 en tenant compte de la présomption de constitutionnalité. Il a soutenu que la

the fault targeted by s. 33.1(1) and (2) is the voluntary consumption of an intoxicant that a person knew or ought to have known creates a risk of automatism and, when violence ensues, that self-induced intoxication departs markedly from the standard of care reasonably expected in the circumstances. But in advancing that view, counsel acknowledged, at the hearing in the *Sullivan and Chan* appeals, that “you are not going to find that specifically in the section” (transcript, at p. 51). Moreover, counsel for the attorneys general of Canada, Manitoba and Saskatchewan invited the Court variously to interpret or read words into the text to overcome what was, they said, “inelegant drafting”, “hardly a model of successful drafting”, or a provision that was “oddly drafted” (*Sullivan and Chan* appeals, transcript, at pp. 56, 73 and 83).

[75] I see no ambiguity in s. 33.1 and disagree with the interpretation proposed by the Crown and the attorneys general which, with due respect for those who hold other views, falls afoul of the ordinary meaning of the provision. I would add that the interpretation proposed by the Crown in these appeals trenches on the plain reading of the text given by this Court in *Bouchard-Lebrun*, albeit in another context. This plain reading, as Paciocco and Khullar JJ.A. held, suggests strongly that Parliament fell short in its stated goal of providing a constitutionally-compliant measure of criminal fault for violent crimes of general intent based on self-induced intoxication.

[76] What does the impugned provision in fact say? Section 33.1(1) eliminates the defence of self-induced intoxication akin to automatism applied to the violent offences identified in s. 33.1(3) where the accused departs markedly from the standard of care described in s. 33.1(2). It opens with the words “[i]t is not a defence”. These words have been consistently interpreted in the context of other provisions of the *Criminal Code* as invalidating or limiting a defence (*R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021, at

faute visée par les par. 33.1(1) et (2) est la consommation volontaire d’une substance intoxicante dont l’intéressé savait ou aurait dû savoir qu’elle crée un risque d’automatisme et, lorsque la violence s’ensuit, que l’intoxication volontaire s’écarte de façon marquée de la norme de diligence à laquelle on peut raisonnablement s’attendre dans les circonstances. Mais, en faisant valoir ce point de vue, l’avocat a reconnu ce qui suit, à l’audience dans les pourvois *Sullivan et Chan* : [TRADUCTION] « vous n’allez pas trouver cela spécifiquement dans l’article » (transcription, p. 51). Par ailleurs, les avocats des procureurs généraux du Canada, du Manitoba et de la Saskatchewan ont invité la Cour à considérer comme figurant dans le texte certains mots pour corriger ce qui était, selon eux, une [TRADUCTION] « formulation inélégante », qui est « loin d’être un modèle de rédaction réussie », ou encore une disposition « bizarrement rédigée » (pourvois *Sullivan et Chan*, transcription, p. 56, 73 et 83).

[75] Je ne vois aucune ambiguïté dans l’art. 33.1 et je ne suis pas d’accord avec l’interprétation proposée par la Couronne et les procureurs généraux, interprétation qui, en toute déférence pour les tenants d’autres opinions, va à l’encontre du sens ordinaire de cette disposition. J’ajouterais que l’interprétation proposée par la Couronne dans les présents pourvois contredit l’interprétation de cette disposition, selon son sens ordinaire, retenue par notre Cour dans l’arrêt *Bouchard-Lebrun*, quoique dans un autre contexte. Ce sens ordinaire, comme les juges d’appel Paciocco et Khullar l’ont déclaré, suggère fortement que le Parlement n’a pas réussi à atteindre son objectif déclaré d’assortir les crimes violents d’intention générale commis en état d’intoxication volontaire d’une certaine forme de responsabilité criminelle conforme à la Constitution.

[76] Que dit en fait la disposition contestée? Le paragraphe 33.1(1) abolit le moyen de défense fondé sur l’intoxication volontaire s’apparentant à l’automatisme dans le cas des infractions violentes énumérées au par. 33.1(3) lorsque l’accusé s’écarte de façon marquée de la norme de diligence énoncée au par. 33.1(2). Il commence par les mots « [n]e constitue pas un moyen de défense ». Dans le contexte d’autres dispositions du *Code criminel*, ces mots ont constamment été interprétés comme invalidant ou

para. 7; *R. v. Levigne*, 2010 SCC 25, [2010] 2 S.C.R. 3). Nowhere does s. 33.1 create a new offence, with or without the same penalties, be it a predicate act offence of self-induced extreme intoxication or a new criminal negligence offence. The accused faces the full stigma of conviction and the full brunt of punishment for the general intent offence pointed to in s. 33.1(3). For Mr. Brown, that offence is the included offence of aggravated assault to count 1 of his indictment. For Mr. Sullivan, the offences are aggravated assault and assault with a weapon. For Mr. Chan, the offences are manslaughter and aggravated assault. In none of their cases were they charged with dangerous or negligent self-induced extreme intoxication causing bodily harm. Extreme voluntary intoxication may well be an instance of what many Canadians see as morally reprehensible conduct, but s. 33.1 — or any other act of Parliament for that matter — does not designate it an unlawful act.

[77] I agree with LeBel J. in *Bouchard-Lebrun* when he said that s. 33.1 applies when three conditions are met: (1) that the accused was intoxicated at the material time; (2) the intoxication was self-induced; and (3) that the accused departed markedly from the standard of reasonable care generally recognized in Canadian society by interfering or threatening to interfere with the bodily integrity of another person (para. 89). LeBel J. did not comment on the constitutionality of the provision but observed how it operated, concluding — in a manner consonant with the ordinary meaning of the text itself — that when these three things are proved, it is not a defence that the accused lacked the general intent or the voluntariness required to commit the offence named in s. 33.1(3). To that extent, the provision undoes the defence recognized in *Daviault*.

[78] The Crown is mistaken when it draws an analogy between impaired driving offences and s. 33.1.

limitant un moyen de défense (*R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021, par. 7; *R. c. Levigne*, 2010 CSC 25, [2010] 2 R.C.S. 3). L'article 33.1 ne crée nulle part une nouvelle infraction assortie ou non des mêmes peines, qu'il s'agisse d'une infraction sous-jacente d'intoxication volontaire extrême ou d'une nouvelle infraction fondée sur la négligence criminelle. L'accusé doit supporter toute l'infamie d'une déclaration de culpabilité et toute la rigueur de la peine infligée pour l'infraction d'intention générale visée au par. 33.1(3). Dans le cas de M. Brown, cette infraction est celle de voies de fait graves qui est incluse dans le premier chef de son acte d'accusation. Pour M. Sullivan, les infractions sont celles de voies de fait graves et d'agression armée. En ce qui concerne M. Chan, les infractions sont l'homicide involontaire coupable et les voies de fait graves. Dans aucune de ces affaires, les accusés n'ont été inculpés d'intoxication volontaire extrême dangereuse ou négligente causant des lésions corporelles. L'intoxication volontaire extrême peut fort bien être un exemple de ce que de nombreux Canadiens considèrent comme une conduite moralement répréhensible, mais l'art. 33.1 — ou toute autre loi fédérale d'ailleurs — ne la désigne pas comme un acte illégal.

[77] Je suis d'accord avec le juge LeBel lorsqu'il affirme, dans l'arrêt *Bouchard-Lebrun*, que l'art. 33.1 s'applique lorsque les trois conditions suivantes sont réunies : (1) l'accusé était intoxiqué au moment des faits, (2) cette intoxication était volontaire et (3) l'accusé s'est écarté de façon marquée de la norme de diligence raisonnable généralement acceptée dans la société canadienne en portant atteinte ou en menaçant de porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui (par. 89). Le juge LeBel ne s'est pas prononcé sur la constitutionnalité de cette disposition, mais a observé comment elle s'appliquait et a conclu — en se conformant au sens ordinaire du texte lui-même — que, lorsque ces trois éléments sont démontrés, l'accusé ne peut invoquer comme moyen de défense le fait qu'il n'avait pas l'intention générale ou la volonté requise pour commettre l'infraction visée au par. 33.1(3). Dans cette mesure, cette disposition supprime le moyen de défense reconnu dans l'arrêt *Daviault*.

[78] La Couronne se trompe lorsqu'elle établit une analogie entre les infractions de conduite avec

The gravamen of the offence faced by Mr. Brown does not include intoxication, unlike criminal offences for impaired driving. Counsel for Mr. Sullivan made the point plainly: “The gravamen of assault is not intoxication. Without intoxication, every element of an assault [must] be proven; without intoxication, driving is benign” (*Sullivan and Chan* appeals, R.F., at para. 44; see also *Sullivan*, at para. 65, per Paciocco J.A.).

[79] The requirements of s. 33.1 — that the accused be intoxicated at the material time and the intoxication be self-induced — are not, together or separately, a measure of fault. They are, as *Bouchard-Lebrun* makes clear, conditions of liability as the use of the word “while” in s. 33.1(2) confirms.

[80] Section 33.1(1) blocks the defence of automatism to general intent offences where the automatism was the result of self-induced intoxication and the accused departed markedly from the standard of care described in s. 33.1(2). Under s. 33.1(2), an accused departs markedly from the standard of care where:

... the person, while in a state of self-induced intoxication that renders the person unaware of, or incapable of consciously controlling, their behaviour, voluntarily or involuntarily interferes or threatens to interfere with the bodily integrity of another person.

[81] In 1995, the Minister of Justice said in the House that “[w]e are stating in Bill C-72 conclusively that intoxicating yourself to the point at which you lose conscious control and harm others is a departure from the standard of care” (Hansard, vol. 133, No. 177, 1st Sess., 35th Parl., March 27, 1995, at p. 11039). This description fits the text of the section that was enacted. The marked departure alluded to in s. 33.1(1) depends on proof of the two facts alluded to by the Minister and spoken to in s. 33.1(2). First, that the person must be in a state of *self-induced intoxication* that renders them unaware of, or incapable of controlling, their behaviour. Second, the *violent act*

facultés affaiblies et l’art. 33.1. L’intoxication ne fait pas partie de l’essence de l’infraction reprochée à M. Brown, contrairement aux infractions criminelles de conduite avec facultés affaiblies. Les avocates de M. Sullivan l’expliquent clairement ainsi : [TRA-DUCTION] « L’essence des voies de fait n’est pas l’intoxication. Sans intoxication, tous les éléments constitutifs des voies de fait [doivent] être prouvés; sans intoxication, la conduite automobile est un fait banal » (pourvois *Sullivan* et *Chan*, m.i., par. 44; voir aussi *Sullivan*, par. 65, le juge Paciocco).

[79] Les conditions prévues à l’art. 33.1 — que l’accusé soit intoxiqué au moment des faits et que l’intoxication soit volontaire — ne constituent pas, ensemble ou séparément, une faute. Elles sont, comme l’indique clairement l’arrêt *Bouchard-Lebrun*, des conditions de la responsabilité de l’accusé, comme le confirme l’emploi des mots « alors que » au par. 33.1(2).

[80] Le paragraphe 33.1(1) empêche l’accusé d’opposer la défense d’automatisme dans le cas des infractions d’intention générale lorsque l’automatisme résulte de l’intoxication volontaire de l’accusé et que celui-ci s’est écarté de façon marquée de la norme de diligence prévue au par. 33.1(2). Aux termes du par. 33.1(2), s’écarter de façon marquée de la norme de diligence la personne qui :

... alors qu’elle est dans un état d’intoxication volontaire qui la rend incapable de se maîtriser consciemment ou d’avoir conscience de sa conduite, [...] porte atteinte ou menace de porter atteinte volontairement ou involontairement à l’intégrité physique d’autrui.

[81] En 1995, le ministre de la Justice déclarait ce qui suit à la Chambre des communes : « Nous disons nettement dans le projet de loi C-72 que de s’intoxiquer au point de perdre le contrôle conscient de ses actes et de faire du tort à d’autres est une dérogation à la norme de diligence » (Hansard, vol. 133, n° 177, 1^{re} sess., 35^e lég., 27 mars 1995, p. 11039). Cette définition correspond au libellé de l’article qui a été adopté. Pour faire la preuve de l’écart marqué visé au par. 33.1(1), il faut établir les deux faits évoqués par le ministre et mentionnés au par. 33.1(2). Premièrement, la personne doit être dans un état d’intoxication volontaire qui la rend inconsciente de sa conduite ou incapable de se

must occur while they are in that state. These facts are best understood as conditions of liability and not measures of fault because neither of them import a criminal negligence standard.

[82] I disagree with the view advanced by the Attorney General of Saskatchewan and others that the adjective “self-induced” must be read so that s. 33.1 carries with it a proper criminal negligence standard. The cases say that intoxication is “self-induced” where the accused voluntarily ingests a substance that they know or ought to know is an intoxicant, in circumstances where the risk of becoming intoxicated is or should be within their contemplation (see, e.g., *R. v. Chaulk*, 2007 NSCA 84, 257 N.S.R. (2d) 99 (“*Chaulk* (2007)”), at para. 47). The term “self-induced intoxication” says nothing about whether the accused foresaw, or ought to have foreseen, the risk of extreme intoxication.

[83] Moreover, no plausible reading of the text suggests that self-induced intoxication brings with it a reasonable foreseeability of bodily harm, as the *voir dire* judge rightly wrote in this case, at paras. 36-37. In addition, I agree with Paciocco J.A. in *Sullivan* that the problem is not overcome by designating the violent act as the marked departure. This is so because, as he wrote, “moral fault cannot come from a consequence alone” (para. 94). Drawing on this Court’s judgment in *Creighton*, at p. 58, he explained that the mental fault inherent in penal negligence “lies in [the] failure to direct the mind to a risk which the reasonable person would have appreciated” (para. 94). If the marked departure from the norm was simply the violent act, the law countenances a form of absolute liability. On its face, and notwithstanding the reference to “departed markedly” in subs. (1), s. 33.1 is not a fault-creating provision but one that sets conditions of liability for intoxicated violence. The fault is that which is already required in the underlying offence mentioned in s. 33.1(3).

maîtriser. Deuxièmement, l’*acte violent* doit avoir été commis alors qu’elle se trouvait dans cet état. Il faut voir ces éléments, non pas comme une faute, mais comme des conditions à remplir pour engager la responsabilité, étant donné que ni l’un ni l’autre de ces éléments ne fait intervenir une norme de négligence criminelle.

[82] Je ne suis pas d’accord avec le point de vue avancé par le procureur général de la Saskatchewan et par d’autres, selon lequel l’adjectif « volontaire » doit être interprété comme indiquant que l’art. 33.1 établit une norme appropriée de négligence criminelle. Selon la jurisprudence, il y a intoxication « volontaire » lorsque l’accusé ingère délibérément une substance qu’il sait ou devrait savoir être une substance intoxicante, dans une situation où il envisage ou devrait envisager le risque de s’intoxiquer (voir, p. ex., *R. c. Chaulk*, 2007 NSCA 84, 257 N.S.R. (2d) 99 (« *Chaulk* (2007) »), par. 47). L’expression « intoxication volontaire » ne permet pas de déterminer si l’accusé a prévu, ou aurait dû prévoir, le risque d’intoxication extrême.

[83] De plus, aucune interprétation plausible de cette disposition ne tend à indiquer que l’intoxication volontaire comporte intrinsèquement une prévisibilité raisonnable du risque de lésions corporelles, comme l’a signalé à juste titre le juge qui a tenu le *voir-dire* en l’espèce, aux par. 36-37. J’abonde par ailleurs dans le sens du juge Paciocco lorsqu’il affirme, dans l’arrêt *Sullivan*, qu’on ne règle pas le problème en qualifiant l’acte violent d’écart marqué. C’est le cas parce que, comme il l’écrit, [TRADUCTION] « une faute morale ne peut se fonder sur une seule conséquence » (par. 94). S’appuyant sur l’arrêt rendu par notre Cour dans l’affaire *Creighton*, p. 58, il explique que la faute morale inhérente à la négligence pénale « tient à l’omission d’envisager un risque dont une personne raisonnable se serait rendu compte » (par. 94). Si l’écart marqué par rapport à la norme se limitait à l’acte violent, la loi admettrait une forme de responsabilité absolue. À sa face même et malgré les mots « s’écarte de façon marquée » que l’on trouve au par. (1), l’art. 33.1 n’est pas une disposition qui crée une faute; il s’agit plutôt d’une disposition qui établit des conditions devant être réunies pour que soit engagée la responsabilité de l’auteur d’un acte de violence commis en état d’intoxication. La faute est celle qui est déjà requise pour l’infraction mentionnée au par. 33.1(3).

[84] In oral argument in the *Sullivan* and *Chan* appeals, the Crown asserted that “nobody says that this is a pure deeming provision such that when this state of intoxication coincides with violence it results in liability” (transcript, at p. 5). This statement must be qualified. It is true that Mr. Brown, Mr. Sullivan and Mr. Chan do not suggest that s. 33.1 is a “pure” deeming provision, as they all recognize that s. 33.1 does not capture those who commit acts of automatic violence after involuntarily consuming, say, a spiked drink. However, the Crown is incorrect in a more fundamental sense. As the appellant in this appeal and the respondents in the *Sullivan* and *Chan* appeals argue, s. 33.1 deems criminal fault for the violent offence to be present based on the accused’s choice to become intoxicated. Indeed, this was the conclusion reached by deWit J. (para. 30), and Khullar J.A. (para. 168) in this case, and by Paciocco and Lauwers J.J.A. in *Sullivan* (paras. 94 and 275). It is a conclusion, too, that finds repeated support in a segment of the scholarship on s. 33.1 (see, e.g., M. S. Lawrence, “Voluntary Intoxication and the *Charter*: Revisiting the Constitutionality of Section 33.1 of the *Criminal Code*” (2017), 40:3 *Man. L.J.* 391, at pp. 403-10; S. Roy, “Intoxication”, in *JurisClasseur Québec — Collection Droit pénal — Droit pénal général* (loose-leaf), fasc. 13, at No. 18). Crown counsel in the *Sullivan* and *Chan* appeals was well aware that, if the Court did not adopt his interpretation of s. 33.1 to include a fault on the marked departure standard as contemplated in *Creighton* and similar cases, “then the provision imposes liability in the absence of [a] necessary . . . minimum fault requirement and we are into section 1” (transcript, at p. 10).

[85] Contrary to the Crown’s position, the “marked departure” standard of fault in s. 33.1(2) clearly attaches then to the violent offence, not the act of self-induced intoxication. Neither can the definition of “self-induced” supply the *mens rea* for criminal negligence, as it says nothing about risk, either by

[84] Lors des plaidoiries dans les pourvois *Sullivan* et *Chan*, la Couronne a affirmé que [TRADUCTION] « personne ne prétend qu’il s’agit d’une pure disposition créant une présomption qui ferait en sorte que, lorsque cet état d’intoxication coïncide avec la violence, la responsabilité est engagée » (transcription, p. 5). Cette affirmation doit être nuancée. Certes, MM. Brown, Sullivan et Chan ne prétendent pas que l’art. 33.1 est une « pure » disposition déterminative, car ils reconnaissent tous que cet article ne vise pas les personnes qui commettent des actes de violence en état d’automatisme après avoir consommé, disons, une boisson droguée à leur insu. Cependant, la Couronne se trompe en un sens plus fondamental. Comme le font valoir l’appelant dans le présent pourvoi et les intimés dans les pourvois *Sullivan* et *Chan*, l’art. 33.1 renferme une présomption de faute criminelle à l’égard de l’infraction violente en raison du choix de l’accusé de s’intoxiquer. C’est d’ailleurs la conclusion à laquelle sont arrivés le juge deWit (par. 30), et la juge Khullar (par. 168) en l’espèce, ainsi que les juges Paciocco et Lauwers dans l’arrêt *Sullivan* (par. 94 et 275). Il s’agit également d’une conclusion qui trouve des appuis répétés dans une partie de la doctrine sur l’art. 33.1 (voir, p. ex., M. S. Lawrence, « Voluntary Intoxication and the *Charter* : Revisiting the Constitutionality of Section 33.1 of the *Criminal Code* » (2017), 40:3 *Man. L.J.* 391, p. 403-410; S. Roy, « Intoxication », dans *JurisClasseur Québec — Collection Droit pénal — Droit pénal général* (feuilles mobiles), fasc. 13, n° 18). Le procureur de la Couronne dans les pourvois *Sullivan* et *Chan* savait fort bien que, si la Cour ne retenait pas son interprétation de l’art. 33.1 voulant que celui-ci prévoie une faute fondée sur la norme de l’écart marqué, telle qu’envisagée dans *Creighton* et d’autres décisions similaires, [TRADUCTION] « cette disposition impose alors une responsabilité sans faute minimale nécessaire, ce qui nous amène donc à l’article premier » (transcription, p. 10).

[85] Contrairement à ce que prétend la Couronne, la norme de faute fondée sur « l’écart marqué » qui est prévue au par. 33.1(2) s’applique clairement à l’infraction violente, et non à l’acte de s’intoxiquer volontairement. La définition de l’adjectif « volontaire » ne peut pas non plus fournir la *mens rea* de la

way of foreseeability of extreme intoxication or the possibility of violence.

[86] The whole of the text confirms this. Section 33.1(1) distinguishes self-induced intoxication from the prohibited offence, meaning the two cannot be the same. It provides that no defence is available where “the accused, by reason of self-induced intoxication, lacked the general intent or the voluntariness required to commit the offence”. This is telling and clearly indicates that what Parliament sought was to impose liability for the charged offence, namely the assaultive behaviour, and not the act of self-induced intoxication itself. Furthermore, in *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3, Moldaver J. interpreted the phrase “[i]t is not a defence” as precluding an independent pathway to conviction, as was similarly argued in that case (para. 82). Here, rather than an alternate route to liability, the word “defence” refers to a defence advanced by the accused that would entitle them to an acquittal.

[87] Counsel was unable to cite a single case in the 25-year history of s. 33.1 that adopted the interpretation proposed here by the Crown apart from the majority view of the Court of Appeal in this case. Counsel further acknowledged that the court in *R. v. Vickberg* (1998), 16 C.R. (5th) 164 (B.C.S.C.) — cited by LeBel J. with approval in *Bouchard-Lebrun*, at para. 89 — expressly rejected the reading of s. 33.1 he advanced (*Sullivan* and *Chan* appeals, transcript, at pp. 30-31). In my view, *Vickberg* rightly points to the failing of the Crown’s proposed interpretation and the reasoning offered in 1998 by Owen-Flood J. on this point remains compelling today: “The ‘marked departure’ language does not refer to the manner in which the accused got into the state of intoxication, [it refers to] the interference with another’s bodily integrity while in that state” (para. 69).

négligence criminelle, parce qu’elle ne nous apprend rien sur le risque, que ce soit au moyen de la prévisibilité de l’intoxication extrême ou de la possibilité de violence.

[86] C’est ce que confirme l’ensemble du texte. Le paragraphe 33.1(1) distingue l’intoxication volontaire de l’infraction prohibée, ce qui signifie qu’il s’agit de deux choses différentes. Il prévoit qu’aucun moyen de défense ne peut être invoqué lorsque « l’accusé, en raison de son intoxication volontaire, n’avait pas l’intention générale ou la volonté requise pour la perpétration de l’infraction ». Ces mots sont révélateurs et indiquent clairement l’intention du Parlement d’imposer une responsabilité à l’égard de l’infraction reprochée, en l’occurrence le comportement violent, et non à l’égard de l’intoxication volontaire en soi. Qui plus est, dans l’arrêt *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3, le juge Moldaver a interprété l’expression « ne constitue [pas] un moyen de défense » comme excluant une voie distincte vers une déclaration de culpabilité, comme cela avait été plaidé aussi dans cette affaire (par. 82). En l’espèce, le terme « moyen de défense » renvoie à une défense présentée par l’accusé qui lui donnerait droit à un acquittement, plutôt qu’à une autre route menant à la responsabilité.

[87] Le procureur n’a pas été en mesure de citer une seule décision, depuis l’adoption, il y a 25 ans, de l’art. 33.1, dans laquelle un tribunal aurait adopté l’interprétation proposée ici par la Couronne, hormis l’opinion des juges majoritaires de la Cour d’appel en l’espèce. Le procureur a également reconnu que la cour dans l’affaire *R. c. Vickberg* (1998), 16 C.R. (5th) 164 (C.S. C.-B.) — citée et approuvée par le juge LeBel dans l’arrêt *Bouchard-Lebrun*, par. 89 — avait expressément rejeté l’interprétation de l’art. 33.1 qu’il a proposée (pourvois *Sullivan* et *Chan*, transcription, p. 30-31). À mon avis, le jugement *Vickberg* fait ressortir à juste titre les failles de l’interprétation proposée par la Couronne, et le raisonnement suivi en 1998 par le juge Owen-Flood sur ce point demeure convaincant aujourd’hui : [TRADUCTION] « Les mots “écart marqué” ne s’entendent pas de la manière dont l’accusé s’est retrouvé dans un état d’intoxication[, ils désignent] l’atteinte portée par un individu à l’intégrité physique d’autrui alors qu’il se trouvait dans cet état » (par. 69).

[88] Neither can this Court “read in” that interpretation, as the Crown suggested, by relying on the marginal notes accompanying the legislation and the presumption of constitutionality. To do so would strain the meaning beyond what the text can plausibly bear. In the *Sullivan* and *Chan* appeals, Crown counsel pointed this Court to the marginal note in Bill C-72 recorded next to s. 33.1(2) in support of its interpretation (transcript, at p. 7). The marginal note may well state “Criminal fault by reason of intoxication” but, however relevant it is in interpreting parliamentary intent, it cannot displace the plain language of s. 33.1. Whatever the marginal note might suggest, the text states that fault is determined not “by reason” of intoxication but instead “while” in a state of intoxication. The Crown’s reliance on the presumption of constitutionality is also undermined by the plain meaning of the section. The presumption cannot be relied upon in service of one interpretation where statutory language to the contrary is so clear (*Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, at para. 15).

(4) Breaches of Sections 7 and 11(d) of the Charter

[89] Section 33.1 thus applies whenever a person interferes with the bodily integrity of another while in a state of extreme intoxication akin to automatism, regardless of whether a loss of awareness or control or a risk of harm was foreseeable. This breaches ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, even if one accepts Sopinka J.’s premise in *Daviault* that individuals who create the conditions for their loss of control may be in some way morally blameworthy.

(a) *Mens Rea as Required by Section 7*

[90] It is a principle of fundamental justice that proof of penal negligence, in the form of a marked departure from the standard of a reasonable person, is minimally required for a criminal conviction, unless the specific nature of the crime demands subjective fault (*Creighton*, at pp. 61-62; *Vaillancourt*, at

[88] Notre Cour ne peut pas non plus « interpoler » cette interprétation, comme le suggère la Couronne, en s’appuyant sur les notes marginales accompagnant la disposition législative et la présomption de constitutionnalité. Cela dénaturerait le sens qu’on peut attribuer au texte de manière plausible. Dans les pourvois *Sullivan* et *Chan*, le procureur de la Couronne a signalé à notre Cour la note marginale du projet de loi C-72 qui a été ajoutée à côté du par. 33.1(2) à l’appui de son interprétation (transcription, p. 7). Même si la note marginale dit « Responsabilité criminelle en raison de l’intoxication », elle ne peut supplanter le libellé clair de l’art. 33.1, quelle que soit sa pertinence pour l’interprétation de l’intention du Parlement. Peu importe ce que la note marginale peut laisser croire, le libellé de l’article indique que la faute est déterminée non pas « en raison de » l’intoxication, mais « alors que » l’accusé était en état d’intoxication. Le recours par la Couronne à la présomption de constitutionnalité est également compromis par le sens clair de l’article. La présomption ne peut justifier une interprétation qui est si clairement contredite par le libellé de la disposition législative (*Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, par. 15).

(4) Violations de l’art. 7 et de l’al. 11d) de la Charte

[89] L’article 33.1 s’applique donc chaque fois qu’une personne porte atteinte à l’intégrité corporelle d’autrui alors qu’elle est dans un état d’intoxication volontaire s’apparentant à l’automatisme, et ce, peu importe si sa perte de conscience ou de maîtrise ou le risque de causer du tort étaient prévisibles. Il y a violation de l’art. 7 et de l’al. 11d) de la *Charte*, même si l’on accepte la prémisse du juge Sopinka dans *Daviault* suivant laquelle l’individu qui a provoqué l’état à l’origine de sa perte de maîtrise peut d’une certaine manière être moralement blâmable.

a) *Mens rea requise par l’art. 7*

[90] Un principe de justice fondamentale veut qu’une déclaration de culpabilité criminelle exige au minimum la preuve d’une négligence pénale, sous la forme d’un écart marqué par rapport à la norme d’une personne raisonnable, sauf si la nature précise du crime exige une faute subjective (*Creighton*, p. 61-62;

pp. 653-54; *DeSousa*, at p. 962). If the offence takes the form of a predicate act offence, objective foreseeability of harm can be constitutionally sufficient (*DeSousa*, at p. 962).

[91] Section 33.1 requires, for its proper application, an intention to become intoxicated. As noted, the term “self-induced intoxication” has been interpreted to mean voluntarily ingesting a substance that one knows or ought to have known is an intoxicant, in circumstances where the risk of becoming intoxicated is or should be within contemplation (*Chaulk* (2007), at para. 47). Yet, as LeBel J. observed in his interpretation of s. 33.1 in *Bouchard-Lebrun*, “no distinction based on the seriousness of the effects of self-induced intoxication is drawn in this provision” (para. 91). In other words, it matters little that a person did not foresee their loss of awareness or control. Moreover, nothing is said about the licit or illicit nature of the intoxicant or its known properties. Intention to become intoxicated to any degree suffices.

[92] For this reason, while the provision applies to those who recklessly invite their loss of control, it also captures the sudden and unexpected onset of involuntariness produced by “self-induced intoxication”, for example the patient who experiences an overwhelming and unexpected reaction to a prescribed pain medication and injures another in a state of involuntariness. The patient may have intended to experience the ordinary pain relief effects of the medication, but in those circumstances it would be beyond the contemplation of a reasonable person to foresee a loss of control or awareness of their behaviour.

[93] Section 33.1 also imposes criminal liability where a person’s intoxication carries no objective foreseeability of harm. Just as it draws no distinction based on the seriousness of the effects of intoxication, neither does s. 33.1 draw any distinction based on the risk of harm, which may vary depending on the intoxicant in question. It is certainly true that some inherently risky forms of self-intoxication — such as

Vaillancourt, p. 653-654; *DeSousa*, p. 962). Si l’infraction se fonde sur un acte sous-jacent, la prévisibilité objective d’un préjudice peut être suffisante du point de vue constitutionnel (*DeSousa*, p. 962).

[91] L’intention de s’intoxiquer est une condition nécessaire à l’application correcte de l’art. 33.1. Comme je l’ai noté plus haut, l’expression « intoxication volontaire » a été interprétée comme signifiant l’ingestion volontaire d’une substance que l’on sait ou devrait savoir être une substance intoxicante, dans une situation où l’on envisage ou devrait envisager le risque de s’intoxiquer (*Chaulk* (2007), par. 47). Pourtant, ainsi que le juge LeBel l’a fait observer en interprétant l’art. 33.1 dans l’arrêt *Bouchard-Lebrun*, « cette disposition n’établit aucune distinction relative à la gravité des effets de l’intoxication volontaire » (par. 91). En d’autres termes, il importe peu que l’individu n’ait pas prévu sa perte de conscience ou de maîtrise. L’article est par ailleurs muet sur le caractère licite ou illicite de la substance intoxicante ou sur ses propriétés connues. L’intention de s’intoxiquer à n’importe quel degré suffit.

[92] Pour cette raison, bien que la disposition s’applique à ceux qui provoquent de manière téméraire leur perte de maîtrise, elle englobe également la manifestation soudaine et inattendue d’un état dans lequel l’individu ne se maîtrise pas à la suite d’une « intoxication volontaire », par exemple dans le cas du patient qui réagit de façon imprévue et incontrôlable à un médicament prescrit contre la douleur et qui blesse une autre personne alors qu’il agit involontairement. Le patient peut avoir eu l’intention de ressentir les effets ordinaires du soulagement de la douleur que procure ce médicament, mais, dans ces circonstances, il serait impossible pour une personne raisonnable de prévoir une perte de maîtrise ou de conscience de sa conduite.

[93] L’article 33.1 impose également une responsabilité criminelle lorsque l’intoxication ne s’accompagne pas de la prévisibilité objective d’un préjudice. Tout comme l’art. 33.1 ne fait aucune distinction fondée sur la gravité des conséquences de l’intoxication, il ne fait pas non plus de distinction fondée sur le risque de préjudice, risque qui peut varier selon la substance intoxicante ingérée. Il n’y a aucun doute

mixing alcohol with dangerous street drugs — may carry reasonably foreseeable harm. The difficulty is that s. 33.1 applies even where the intoxicant in question is typically known for its relaxing or therapeutic properties: [TRANSLATION] “... the provision seems capable of applying to people who have done little or nothing for which they can be reproached” (H. Parent, “La constitutionnalité de l’article 33.1 du Code criminel: analyse et commentaires” (2022), 26 *Can. Crim. L.R.* 175, at p. 190). Forms of self-intoxication that carry reasonably foreseeable harm are more blameworthy than those that do not because the individual has proceeded in spite of the known risks. Yet s. 33.1 captures both indifferently on the premise that all extreme self-intoxication is blameworthy.

[94] Additionally, even where an offence criminalizes an inherently dangerous activity, the trier of fact must not simply infer a marked departure from the standard of care (see, e.g., *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49; *Roy*). It must still be asked whether, first, a reasonable person would have foreseen the risk and taken steps to avoid it and, second, whether the failure to do so amounted to a marked departure from the standard of care expected of a reasonable person in the circumstances. As Professor Parent has observed, [TRANSLATION] “the danger of convicting a person who does not evince ‘sufficient blameworthiness to support a finding of penal liability’ is indeed real” (p. 191, quoting *Beatty*, at para. 33).

[95] Instead, s. 33.1 deems a person to have departed markedly from the standard of care expected in Canadian society whenever a violent act occurs while the person is in a state of extreme voluntary intoxication akin to automatism. This is so even where a loss of control or awareness of one’s behaviour and a risk of harm was unforeseeable and even where the accused’s conduct did not in fact depart markedly from the standard of a reasonable person. In doing so, s. 33.1 runs afoul of the principle of fundamental

que certaines formes d’intoxication volontaire intrinsèquement risquées — comme le fait de mélanger de l’alcool avec des drogues dangereuses — peuvent entraîner un préjudice raisonnablement prévisible. Le problème tient au fait que l’art. 33.1 s’applique même lorsque la substance intoxicante en question est bien connue pour ses propriétés relaxantes ou thérapeutiques : « ... la disposition semble susceptible de s’appliquer à des personnes qui n’ont pas ou peu de choses à se reprocher » (H. Parent, « La constitutionnalité de l’article 33.1 du Code criminel : analyse et commentaires » (2022), 26 *Rev. can. D.P.* 175, p. 190). Des formes d’intoxication volontaire qui présentent un risque raisonnablement prévisible de préjudice sont plus blâmables que celles ne posant pas ce risque, parce que l’individu s’est intoxiqué en dépit des risques connus. Pourtant, l’art. 33.1 vise toutes ces formes sans distinction, reposant sur la prémisse que toute intoxication volontaire extrême est blâmable.

[94] De plus, même lorsqu’une infraction criminalise une activité intrinsèquement dangereuse, le juge des faits ne peut se contenter de conclure que l’accusé s’est écarté de façon marquée de la norme de diligence applicable (voir, p. ex., *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49; *Roy*). Il doit aussi se demander, en premier lieu, si une personne raisonnable aurait prévu le risque et pris des mesures pour l’éviter et, en second lieu, si l’omission de l’avoir fait constitue un écart marqué par rapport à la norme de diligence attendue d’une personne raisonnable dans les circonstances. Comme l’a fait remarquer le professeur Parent, « le danger de condamner une personne qui n’est pas “suffisamment blâmable pour justifier une conclusion de responsabilité pénale” est bel et bien réel » (p. 191, citant *Beatty*, par. 33).

[95] L’article 33.1 dispose plutôt qu’une personne est réputée s’écarter de façon marquée de la norme de diligence à laquelle on s’attend dans la société canadienne dès lors qu’elle commet un acte violent alors qu’elle est dans un état d’intoxication volontaire extrême s’apparentant à l’automatisme. Il en est ainsi même lorsque la perte de maîtrise ou de conscience de sa conduite et le risque de préjudice n’étaient pas prévisibles, et même lorsque la conduite de l’accusé ne s’écartait en fait pas de façon marquée de la norme

justice that penal liability requires proof of fault reflecting the offence and punishment faced by the accused (*Motor Vehicle Reference*, at pp. 513-15; *Vaillancourt*, at pp. 653-54). Since s. 33.1 allows a court to convict an accused without proof of the constitutionally required *mens rea*, s. 33.1 violates s. 7 (*Daviault*, at p. 90). By allowing courts to convict individuals of a crime without proof of *mens rea*, s. 33.1 turns those offences, which carry the possibility of imprisonment, into what amounts to absolute liability offences, contrary to s. 7 of the Charter (*Motor Vehicle Reference*, at p. 515).

(b) *Voluntariness as Required by Section 7*

[96] Section 33.1 also directs that an accused person is criminally responsible for their involuntary conduct. Because involuntariness negates the *actus reus* of the offence, involuntary conduct is not criminal, and Canadian law recognizes that the requirement of voluntariness for the conviction of a crime is a principle of fundamental justice (*Luedecke*, at para. 53; *Daviault*, at pp. 91-92). Mr. Brown was convicted by the Court of Appeal of aggravated assault, for actions that he did not commit voluntarily. This breaches s. 7.

[97] There may be situations in which an accused should be answerable for their involuntary actions where they are to blame for the conditions that led to their involuntariness. In terms of physical involuntariness, Professors Plaxton and Mathen give the example of an accused experiencing an involuntary reflex and pulling the trigger of a gun deliberately and voluntarily pointed at a victim (p. 264). I disagree, however, with the view of Slatter J.A. that s. 33.1 operates in a similar manner when he wrote that “Parliament is entitled to establish criminal liability commencing at the stage that intoxicating substances are voluntarily consumed, where the risk of harm to other persons is self-created and objectively foreseeable” (para. 25, citing *Penno*, at pp. 884-85 and 904). The gravamen of s. 33.1 is the violent conduct for which an accused person is charged — in the case

de la personne raisonnable. Ce faisant, l’art. 33.1 va à l’encontre du principe de justice fondamentale suivant lequel la responsabilité pénale exige la preuve d’une faute reflétant l’infraction et la peine dont est passible l’accusé (*Renvoi sur la MVA*, p. 513-515; *Vaillancourt*, p. 653-654). Puisque l’art. 33.1 permet à un tribunal de déclarer un accusé coupable sans preuve de la *mens rea* exigée par la Constitution, l’art. 33.1 viole l’art. 7 (*Daviault*, p. 90). En autorisant les tribunaux à déclarer des individus coupables d’un crime en l’absence d’une preuve de *mens rea*, l’art. 33.1 transforme ces infractions, punissables d’emprisonnement, en ce qui équivaut à des infractions de responsabilité absolue, en contravention de l’art. 7 de la Charte (*Renvoi sur la MVA*, p. 515).

b) *La volonté exigée par l’art. 7*

[96] L’article 33.1 prévoit également que l’accusé est criminellement responsable de sa conduite involontaire. Comme l’absence de volonté écarte l’*actus reus* de l’infraction, la conduite involontaire n’est pas criminelle, et le droit canadien reconnaît que l’exigence relative au caractère volontaire requis pour qu’une personne soit reconnue coupable d’un crime est un principe de justice fondamentale (*Luedecke*, par. 53; *Daviault*, p. 91-92). Monsieur Brown a été déclaré coupable par la Cour d’appel de voies de fait graves par suite d’actes qu’il n’a pas commis volontairement. Cela constitue une violation de l’art. 7.

[97] Il peut y avoir des situations dans lesquelles l’accusé devrait répondre de ses actes involontaires lorsqu’il est à blâmer pour l’état à l’origine de sa conduite involontaire. Sur le plan physique, les professeurs Plaxton et Mathen donnent l’exemple d’un accusé qui, en raison d’un réflexe involontaire, appuie sur la gâchette d’un pistolet qu’il a délibérément et volontairement braqué sur la victime (p. 264). Or, je suis en désaccord avec l’opinion du juge Slatter selon laquelle l’art. 33.1 s’applique d’une manière similaire lorsqu’il écrit que [TRADUCTION] « le Parlement est en droit d’imposer la responsabilité criminelle à partir du moment où une personne consomme volontairement une substance intoxicante, créant ainsi elle-même un risque objectivement prévisible de causer un préjudice à autrui » (par. 25, citant *Penno*, p. 884-885 et 904). L’essence de l’infraction prévue à l’art. 33.1

of Mr. Brown, aggravated assault — and not the act of voluntarily consuming intoxicants.

[98] It may be that the voluntariness problem could be avoided if Parliament legislated an offence of dangerous intoxication or intoxication causing harm that incorporates voluntary intoxication as an essential element — in this hypothetical offence, the gravamen of the offence is the voluntary intoxication, not the involuntary conduct that follows. I recall that, in part, this was the invitation made by the majority of this Court in *Daviault* (p. 100); a suggested avenue of legislative action that had also been noted nearly twenty years before the enactment of Bill C-72 by Dickson J., as he then was, in *Leary* (“a crime of being drunk and dangerous”) (pp. 46-47). I recall too that Paciocco J.A. signaled this option in *Sullivan*, as one that would not infringe the *Charter* rights that s. 33.1 disregards: “It would criminalize”, he wrote, “the very act from which the Crown purports to derive the relevant moral fault, namely, the decision to become intoxicated in those cases where that intoxication proves, by the subsequent conduct of the accused, to have been dangerous” (para. 134). This, however, is not what Parliament enacted in that s. 33.1 exposes the accused to jeopardy for the underlying offence, not for extreme intoxication which is not, in itself, an unlawful act.

(c) *Substitution as Prohibited by Section 11(d)*

[99] Section 11(d) of the *Charter* guarantees the accused’s right to be presumed innocent until proven guilty. To convict the accused, the Crown must prove all the essential elements, including the requisite *mens rea* for the offence, beyond a reasonable doubt. As my colleague Moldaver J. explained in *Morrison*, Parliament sometimes directs that proof of one fact is presumed to satisfy proof of one of the essential elements of the offence and this kind of substitution can comply with s. 11(d). Yet as he observed, the presumption of innocence will only be satisfied if

est le comportement violent pour lequel l’accusé est inculqué — dans le cas de M. Brown, des voies de fait graves — et non l’acte de consommer volontairement des substances intoxicantes.

[98] Le problème du caractère volontaire pourrait peut-être être évité si le Parlement créait une infraction d’intoxication dangereuse ou d’intoxication causant des lésions dont l’un des éléments essentiels serait l’intoxication volontaire. Dans le cas de cette infraction hypothétique, l’essence de l’infraction est l’intoxication volontaire, et non l’acte involontaire qui s’ensuit. Je rappelle qu’il s’agit en partie de l’invitation que les juges majoritaires de notre Cour avaient formulée dans l’arrêt *Daviault* (p. 100); une mesure législative qui avait également déjà été proposée presque vingt ans avant l’adoption du projet de loi C-72 par le juge Dickson, plus tard juge en chef, dans l’arrêt *Leary* (« le délit d’ivresse associée à un comportement dangereux ») (p. 46-47). Je rappelle aussi que, dans l’arrêt *Sullivan*, le juge Paciocco a mentionné cette solution, soulignant qu’elle ne porterait pas atteinte aux droits garantis par la *Charte* dont l’art. 33.1 fait abstraction : [TRADUCTION] « On criminaliserait ainsi », a-t-il écrit, « l’acte même dont la Couronne affirme tirer la faute morale en cause, à savoir la décision de s’intoxiquer dans les cas où l’intoxication s’avère, en raison des gestes que pose par la suite l’accusé, avoir été dangereuse » (par. 134). Ce n’est toutefois pas ce que le Parlement a édicté, en ce sens que l’art. 33.1 expose l’accusé au risque d’une déclaration de culpabilité à l’égard de l’infraction visée au par. 33.1(3) et non de l’intoxication extrême, qui n’est pas en soi un acte illégal.

c) *Substitution interdite par l’al. 11d)*

[99] L’alinéa 11d) de la *Charte* garantit le droit de l’inculpé d’être présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable. Pour faire déclarer l’accusé coupable, la Couronne doit prouver hors de tout doute raisonnable tous les éléments essentiels de l’infraction, y compris la *mens rea* requise pour cette infraction. Comme mon collègue le juge Moldaver l’a expliqué dans l’arrêt *Morrison*, le Parlement prévoit parfois que la preuve d’un fait est présumée être la preuve de l’un des éléments essentiels d’une infraction, ajoutant que ce type de substitution peut être conforme à l’al. 11d).

proof of the substituted fact leads “inexorably” to the conclusion that the essential element it replaces exists (para. 52). This connection must hold true “in all cases” and not be based on a mere probability or common sense inference (para. 53). Otherwise, the substitution may result in the accused being convicted, based on proof of the substituted fact, despite the existence of a reasonable doubt as to the essential element of the offence that it replaces.

[100] Many critics of *Daviault* take the view that intoxication should aggravate, not excuse, the liability of someone who self-intoxicates and causes injury to another, even if their actions are involuntary (see discussion in P. Healy, “Criminal Reports Forum on *Daviault*: Extreme Intoxication Akin to Automatism Defence to Sexual Assault — Another Round on Intoxication” (1995), 33 C.R. (4th) 269, at p. 271). It is often argued that the fault attaching to a person who puts themselves in a situation where they lose control and cause harm to another by reason of voluntary intoxication sufficiently demonstrates fault for the violent act itself. I recall the words of the Minister in Parliament quoted above who, after referencing the dissent in *Daviault*, noted that the blameworthiness in the act of voluntary intoxication can be sufficient to link it to criminal liability for the harm charged in the offence given the seriousness of that harm.

[101] The Crown argues that s. 33.1 is not an instance of improper substitution, but instead a choice by Parliament to redefine the fault and voluntariness required for conviction of the underlying offence. Where violence ensues, the expression “self-induced intoxication” in s. 33.1 includes a voluntariness component in that the accused is properly held responsible for the free choice to become extremely intoxicated. The term “self-induced” also provides the constitutionally required *mens rea*. It should be interpreted, says the Crown, to mean that the accused knew or ought to have known that the substance was an intoxicant and that the risk of becoming intoxicated was or should have been in their contemplation. Moreover, read together, s. 33.1(1) and (2) satisfy the requirements

Pourtant, comme il l’a fait observer, la présomption d’innocence ne sera respectée que si la preuve du fait substitué mène « inexorablement » à la conclusion que l’élément essentiel qu’il remplace existe (par. 52). Ce lien doit nécessairement demeurer valable « dans tous les cas » et ne peut reposer sur une simple probabilité ni sur une déduction conforme au bon sens (par. 53). Sinon, l’accusé risque d’être déclaré coupable sur le fondement de la preuve du fait substitué, malgré l’existence d’un doute raisonnable quant à l’élément essentiel de l’infraction ainsi remplacé.

[100] De nombreux critiques de l’arrêt *Daviault* sont d’avis que l’état d’intoxication devrait alourdir la responsabilité de la personne qui s’intoxique et cause préjudice à autrui, même involontairement, et non l’exonérer (voir l’analyse dans P. Healy, « Criminal Reports Forum on *Daviault* : Extreme Intoxication Akin to Automatism Defence to Sexual Assault — Another Round on Intoxication » (1995), 33 C.R. (4th) 269, p. 271). On fait souvent valoir que la faute d’une personne qui se place dans une situation où elle perd la maîtrise de ses actes et cause du tort à autrui en raison de son intoxication volontaire constitue une preuve suffisante de la faute à l’égard de l’acte violent lui-même. Je rappelle les propos précités tenus au Parlement par le ministre qui, après avoir fait état de la dissidence dans l’arrêt *Daviault*, faisait observer que le caractère répréhensible de l’intoxication volontaire pourrait suffire à prouver la responsabilité criminelle de l’accusé à l’égard des faits reprochés dans la mise en accusation, compte tenu de la gravité du tort causé.

[101] La Couronne soutient que l’art. 33.1 ne donne pas lieu à une substitution irrégulière, mais qu’il résulte plutôt du choix du Parlement de redéfinir la faute et la volonté requises pour qu’une personne soit déclarée coupable de l’infraction visée au par. 33.1(3). Lorsque la violence s’ensuit, l’expression « intoxication volontaire » à l’art. 33.1 comporte un élément de volonté, en ce que l’accusé doit à juste titre répondre de son libre choix de s’intoxiquer à un degré extrême. L’expression « volontaire » suppose par ailleurs l’existence de la *mens rea* exigée par la Constitution. Selon la Couronne, cette expression doit être interprétée comme signifiant que l’accusé savait ou aurait dû savoir que la substance qu’il ingérait était une substance intoxicante et qu’il avait envisagé le risque

of criminal negligence of a marked departure from the standard of reasonable conduct through the voluntary act of becoming intoxicated.

[102] I disagree with the Crown. Mr. Brown is right to say that s. 33.1 improperly substitutes proof of self-induced intoxication for proof of the essential elements of an offence, contrary to s. 11(d) of the *Charter*.

[103] As noted, s. 33.1 unequivocally removes a defence that the accused lacked the general intent or voluntariness to commit the offence. Accordingly, the fault and voluntariness of intoxication are substituted by s. 33.1 for the fault and voluntariness of the violent offence. The provision has been described as “a legislated form of guilt-by-proxy” whereby the moral blameworthiness that one might associate with extreme self-induced intoxication is substituted for the *mens rea* of the violent offences of general intent which make up the charge pursuant to s. 33.1(3) (Lawrence, at p. 391; see also F. E. Chapman, “*Sullivan*. Specific and General Intent be Damned: Volition Missing and *Mens Rea* Incomplete” (2020), 63 C.R. (7th) 164, at pp. 167-71). To avoid the improper substitution problem, the trier of fact must be sure that the fault attaching to the intoxication is such that the person can fairly be held accountable for their violent conduct.

[104] Section 33.1 fails the test in *Morrison* and amounts to a constitutionally improper substitution. While an accused who loses conscious control and assaults another person after a night of substance abuse is undoubtedly morally blameworthy, s. 33.1 faces obvious difficulties. It does not discern, for example, between the accused and morally blameless individuals who voluntarily consume legal intoxicants for personal or medical purposes. It therefore cannot be said that, “in all cases” under s. 33.1, the intention to become intoxicated can be substituted for the intention to commit a violent offence. Moreover, even in the case of the accused who voluntarily ingested an illegal

de s’intoxiquer ou aurait dû l’envisager. Il résulte par ailleurs du rapprochement des par. 33.1(1) et (2) que ces dispositions satisfont à l’exigence en matière de négligence criminelle que constitue l’écart marqué par rapport à la norme de la conduite raisonnable en raison de l’acte volontaire de s’intoxiquer.

[102] Je suis en désaccord avec la Couronne. Monsieur Brown a raison d’affirmer que l’art. 33.1 substitue irrégulièrement la preuve de l’intoxication volontaire à la preuve des éléments essentiels d’une infraction, ce qui va à l’encontre de l’al. 11d) de la *Charte*.

[103] Comme je l’ai déjà signalé, l’art. 33.1 abolit sans équivoque la défense selon laquelle l’accusé n’avait pas l’intention générale ou la volonté de commettre l’infraction. L’article 33.1 substitue donc la faute et la volonté de s’intoxiquer à la faute et à l’intention de commettre l’infraction violente. Cette disposition a été qualifiée de [TRADUCTION] « forme de culpabilité par procuration prévue par la loi » qui permet de substituer la culpabilité morale que l’on peut associer à l’intoxication extrême volontaire à la *mens rea* des infractions violentes d’intention générale sur lesquelles repose l’accusation portée en vertu du par. 33.1(3) (Lawrence, p. 391; voir aussi F. E. Chapman, « *Sullivan*. Specific and General Intent be Damned : Volition Missing and *Mens Rea* Incomplete » (2020), 63 C.R. (7th) 164, p. 167-171). Pour éviter ce problème de substitution irrégulière, le juge des faits doit être convaincu que la faute associée à l’intoxication est telle que l’on puisse légitimement tenir l’individu responsable de sa conduite violente.

[104] L’article 33.1 ne satisfait pas au critère formulé dans l’arrêt *Morrison* et constitue une substitution irrégulière sur le plan constitutionnel. Même si l’accusé qui perd la maîtrise consciente de ses actes et attaque une autre personne après avoir passé la nuit à consommer abusivement des substances est sans aucun doute moralement blâmable, l’art. 33.1 se heurte à des difficultés évidentes. Il ne fait pas de distinction, par exemple, entre l’accusé et les personnes moralement irréprochables qui consomment volontairement des substances intoxicantes légales à des fins personnelles ou médicales. On ne peut donc pas dire que, « dans tous les cas » prévus à l’art. 33.1, on peut substituer l’intention de s’intoxiquer

drug like magic mushrooms, proof of self-induced intoxication does not lead inexorably to the conclusion that the accused intended to or voluntarily committed aggravated assault in all cases.

[105] In sum, the effect of s. 33.1 is to invite conviction even where a reasonable doubt remains about the voluntariness or the fault required to prove the violent offence, contrary to the presumption of innocence under s. 11(d).

(d) *Contemporaneity*

[106] As a final point, Mr. Brown asserts that s. 33.1 infringes s. 7 of the *Charter* because the violent offence occurs later in time than the intention to become intoxicated. Mr. Brown says this is contrary to rule of contemporaneity, which holds that the *actus reus* and *mens rea* must coincide. The Crown responds that symmetry is not required between the *mens rea* and the consequences of the prohibited act.

[107] Symmetry differs from contemporaneity. Symmetry refers to knowledge or foreseeability of the precise consequences of the *actus reus*. For example, in *Creighton*, McLachlin J., as she then was, held that the accused need not foresee death, the consequence, specifically — it was enough to foresee bodily harm that is neither trivial nor transitory (pp. 44-45). Contemporaneity holds that the guilty mind must concur with the prohibited act, although this principle is applied flexibly (*R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146, at p. 156). Contemporaneity has not yet been recognized as a principle of fundamental justice, and I respectfully decline to do so here. The *mens rea*, voluntariness, and improper substitution breaches remain the most accurate and relevant way of describing the way in which s. 33.1 imposes absolute liability, contrary to the principles of fundamental justice.

à l'intention de commettre une infraction violente. De plus, même dans le cas de l'accusé qui a volontairement ingéré une drogue illégale comme des champignons magiques, la preuve de l'intoxication volontaire n'entraîne pas inexorablement la conclusion que l'accusé voulait commettre ou a volontairement commis des voies de fait graves dans tous les cas.

[105] En somme, l'art. 33.1 a pour effet d'inviter le tribunal à reconnaître l'accusé coupable même lorsqu'il subsiste un doute raisonnable quant à la volonté ou à la faute requises pour prouver l'infraction violente, ce qui va à l'encontre de la présomption d'innocence prévue à l'al. 11d).

d) *Simultanéité*

[106] En dernier lieu, M. Brown affirme que l'art. 33.1 contrevient à l'art. 7 de la *Charte*, parce que l'infraction violente survient après l'intention de s'intoxiquer, ce qui, selon M. Brown, est contraire à la règle de la simultanéité, selon laquelle l'*actus reus* et la *mens rea* doivent coïncider. La Couronne rétorque qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait symétrie entre la *mens rea* et les conséquences de l'acte prohibé.

[107] Il y a une différence entre symétrie et simultanéité. On entend par symétrie la connaissance ou la prévisibilité des conséquences précises de l'*actus reus*. Par exemple, dans l'arrêt *Creighton*, la juge McLachlin, plus tard juge en chef, a estimé qu'il n'était pas nécessaire que l'accusé ait prévu expressément que ses actes causeraient la mort, ajoutant qu'il suffisait qu'il ait prévu que ses actes causeraient des lésions corporelles qui ne soient ni sans importance ni de nature passagère (p. 44-45). Pour qu'il y ait simultanéité, il doit y avoir concomitance entre l'intention coupable et l'acte prohibé, bien que ce principe soit appliqué avec souplesse (*R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146, p. 156). La simultanéité n'a pas encore été reconnue comme un principe de justice fondamentale, et je refuse, en toute déférence, de le faire dans le cas qui nous occupe. La violation pour cause de négation de la *mens rea*, la violation du principe de la volonté et la violation pour cause de substitution irrégulière demeurent la façon la plus précise et la plus utile d'expliquer comment l'art. 33.1 impose une responsabilité absolue, en violation des principes de justice fondamentale.

[108] I thus agree with the conclusion of the *voir dire* judge and with Khullar J.A., who relied on the reasons of the majority of the Court of Appeal in *Sullivan*, that s. 33.1 violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

[109] I turn to a consideration of whether s. 33.1 can be saved under s. 1.

C. *Justification Analysis*

[110] The Crown must show on a balance of probabilities that the limits on ss. 7 and 11(d) brought by s. 33.1 are reasonable and demonstrably justified under s. 1 of the *Charter* (*Oakes*, at pp. 135 and 137). The legislative goals of the provision must first be sufficiently pressing and substantial to justify curtailing a *Charter* right. There must also be proportionality between Parliament's objectives and its chosen means. Proportionality is understood to have three components: (i) rational connection to the objective, (ii) minimal impairment of the right, and (iii) proportionality between the effects of the measure and the objective (*Oakes*, at pp. 138-39; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906, at para. 58).

[111] Unlike in the appeal in *Daviault*, Parliament had before it a record related to the social problems associated with extreme intoxication and violence when enacting s. 33.1. The evidence highlighted the strong correlation between alcohol and drug use and violent offences, in particular against women, and brought to the fore of Parliament's attention the equality, dignity, and security rights of all victims of intoxicated violence with particular attention given to vulnerable groups, including women and children. In the circumstances of the three appeals before the Court, it is undeniable that Mr. Brown, Mr. Sullivan and Mr. Chan inflicted great harm upon their victims and have caused lasting physical and psychological injuries. Bill C-72's protective public goals cannot be understated: these interests bear meaningful attention at both principal steps in the s. 1 analysis.

[108] Je suis par conséquent d'accord avec la conclusion du juge ayant tenu le voir-dire et avec la juge Khullar, qui s'est appuyée sur les motifs de la majorité de la Cour d'appel dans l'arrêt *Sullivan*, que l'art. 33.1 viole l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*.

[109] Je vais maintenant me demander si l'art. 33.1 peut être sauvegardé en vertu de l'article premier.

C. *Analyse de la justification*

[110] La Couronne doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les limites imposées à l'art. 7 et à l'al. 11d) par l'art. 33.1 sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte* (*Oakes*, p. 135 et 137). Les objectifs législatifs de cette disposition doivent être suffisamment urgents et réels pour justifier la restriction d'un droit garanti par la *Charte*. Les objectifs du Parlement et les moyens qu'il a choisis doivent également être proportionnels. La proportionnalité comporte trois aspects : (i) le lien rationnel avec l'objectif, (ii) l'atteinte minimale au droit et (iii) la proportionnalité entre les effets de la mesure et l'objectif (*Oakes*, p. 138-139; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906, par. 58).

[111] Contrairement à la situation en cause dans l'affaire *Daviault*, le Parlement disposait d'un dossier sur les problèmes sociaux associés à l'intoxication extrême et à la violence lorsqu'il a adopté l'art. 33.1. Les données faisaient ressortir la forte corrélation qui existe entre la consommation d'alcool et de drogues et la perpétration d'infractions violentes, en particulier contre les femmes, et elles ont attiré l'attention du Parlement sur les droits à l'égalité, à la dignité et à la sécurité de toutes les victimes d'actes de violence commis par des individus en état d'intoxication, une attention particulière étant accordée aux groupes vulnérables, notamment les femmes et les enfants. Eu égard aux circonstances des trois pourvois dont la Cour est saisie, il est indéniable que MM. Brown, Sullivan et Chan ont infligé de graves sévices à leurs victimes et leur ont causé des blessures physiques et psychologiques durables. Les objectifs de protection du public visés par le projet de loi C-72 ne doivent pas être sous-estimés : ces intérêts méritent une attention particulière aux deux principales étapes de l'analyse fondée sur l'article premier.

[112] While s. 33.1 reflects broad Parliamentary pursuits relating to the common good, it also engages the traditional confrontation between the individual accused and the state in the context of a criminal prosecution. As we have seen, s. 33.1 challenges principles at the very core of our justice system, including the presumption of innocence, that exist to protect the morally innocent and prevent wrongful convictions. I observe that Parliament also had these considerations in mind in enacting s. 33.1. The sixth paragraph of the preamble has largely been ignored, where Parliament states its desire “to promote and help to ensure the full protection of the rights guaranteed under sections 7, 11, 15 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for all Canadians”. To be sure, this contains a further reference to the rights of victims, including women and children. But the reference to s. 7 also extends, of course, to persons accused and, more tellingly still, the reference to s. 11, including the presumption of innocence in s. 11(d), can only refer to “[a]ny person charged with an offence”. In announcing its policy goals of protecting victims of intoxicated violence, on the one hand, and the rights of the accused, on the other, Parliament appears to have foreseen in the preamble the delicate balancing task that this Court must undertake under s. 1 of the *Charter*.

[113] Invoking the goals served by s. 33.1, the Crown submits that the Alberta Court of Appeal was right to decide the provision imposes reasonable limits and is justified under s. 1. As for Mr. Brown, he argues that the provision fails at each step of the proportionality analysis. Its only valid purpose is not rationally connected to the provision, it is not minimally impairing, and the meaningful risk of wrongful convictions outweigh the salutary effects.

[114] In my respectful view, Mr. Brown significantly understates the important goals pursued by Parliament in enacting s. 33.1. That said, given the patent risk that s. 33.1 may result in the conviction of an accused person who had no reason to believe

[112] Bien que l’art. 33.1 témoigne des visées générales du Parlement à l’égard du bien commun, il fait également intervenir la confrontation traditionnelle entre l’individu accusé et l’État dans le cadre d’une poursuite criminelle. Comme nous l’avons vu, l’art. 33.1 remet en question des principes au cœur même de notre système de justice, notamment la présomption d’innocence, qui ont pour raison d’être de protéger les personnes moralement innocentes et de prévenir les déclarations de culpabilité injustifiées. Je constate que le Parlement avait ces considérations en tête lorsqu’il a adopté l’art. 33.1. On a fait largement abstraction du sixième paragraphe du préambule, dans lequel le Parlement énonce sa volonté de « promouvoir et assurer la protection des droits que les articles 7, 11, 15 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantissent à tous ». Certes, ce paragraphe mentionne aussi les droits des victimes, notamment des femmes et des enfants. Mais la mention de l’art. 7 vaut également, bien sûr, pour les personnes accusées et, ce qui est encore plus révélateur, la mention de l’art. 11, dont la présomption d’innocence garantie par l’al. 11d), ne peut viser que « [t]out inculpé ». En annonçant ses objectifs d’intérêt public de protéger les victimes d’actes de violence commis en état d’intoxication, d’une part, et les droits de l’accusé, d’autre part, le Parlement semble avoir anticipé dans le préambule la délicate mise en balance que doit effectuer notre Cour au regard de l’article premier de la *Charte*.

[113] Invoquant les objectifs de l’art. 33.1, la Couronne fait valoir que la Cour d’appel de l’Alberta a eu raison de statuer que cette disposition impose des limites raisonnables et qu’elle est justifiée en vertu de l’article premier. Quant à M. Brown, il soutient que la disposition ne satisfait à aucun des volets de l’analyse de la proportionnalité. Le seul objectif valable n’est pas rationnellement lié à la disposition, il ne constitue pas une atteinte minimale, et le risque non négligeable de déclarations de culpabilité injustifiées l’emporte sur ses effets bénéfiques.

[114] À mon humble avis, M. Brown sous-estime considérablement les importants objectifs d’intérêt public que poursuivait le Parlement en adoptant l’art. 33.1. Cela dit, étant donné le risque manifeste que l’art. 33.1 entraîne la déclaration de culpabilité

that their voluntary intoxication would lead to a violent consequence, I agree with him, and with the respondents in the *Sullivan* and *Chan* appeals, that s. 33.1 fails at the proportionality step and thus cannot be saved under s. 1. After a weighing of the salutary and deleterious effects of s. 33.1, including the risk of what I see as a wrongful conviction, I conclude that Parliament's aims come at too high a cost.

(1) Pressing and Substantial Purpose

[115] The parliamentary record, the preamble and, of course, s. 33.1 itself, all point to the two broad reasons why s. 33.1 was enacted in the period following *Daviault*: the protection of the victims of extremely intoxicated violence and a sense that the law should hold offenders accountable for the bodily harm they cause to others when, by choice, they become extremely intoxicated. With some variations, these were the purposes recognized by the *voir dire* judge and all the judges on appeal in this case.

[116] While these broad aspirations are easy enough to identify, the accused in this appeal and in the *Sullivan* and *Chan* appeals argue that the purposes of a provision must be described with greater precision when one examines whether a law that breaches the *Charter* is justified under s. 1. It is rightly said that, for the law's purpose to be "pressing and substantial", it must be characterized in light of the requirements of the *Oakes* test to be of value (*Frank v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 1, [2019] 1 S.C.R. 3, at para. 46; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 76). The purpose must be properly identified with a view to justifying the infringement of the *Charter*, otherwise the exercise is not helpful for the balancing mandated by s. 1. If the purpose is characterized too broadly and without a view to the infringement, the rational connection inquiry in *Oakes* and the balancing exercise at the core of the s. 1 analysis risk losing their *raison d'être*. One can fairly say that virtually all of substantive criminal law seeks, at some level,

d'un accusé qui n'avait aucune raison de croire que son intoxication volontaire donnerait lieu à des actes violents, je conviens avec lui, de même qu'avec les intimés dans les pourvois *Sullivan* et *Chan*, que l'art. 33.1 échoue à l'étape de la proportionnalité et ne peut donc être sauvegardé en vertu de l'article premier. Après avoir soupesé les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de l'art. 33.1, y compris le risque que constituent à mon avis des déclarations de culpabilité injustifiées, je conclus que le coût des objectifs du Parlement est trop élevé.

(1) Objectif urgent et réel

[115] L'historique parlementaire, le préambule et, bien sûr, l'art. 33.1 lui-même mettent tous en relief les raisons principales pour lesquelles cet article a été adopté après l'arrêt *Daviault* : la protection des victimes d'actes de violence commis en état d'intoxication extrême et l'idée que la loi devrait tenir les contrevenants responsables des lésions corporelles qu'ils causent à autrui quand ils font le choix de devenir extrêmement intoxiqués. Voilà, à quelques variations près, les objectifs reconnus par le juge qui a tenu le voir-dire et par tous les juges de la Cour d'appel en l'espèce.

[116] Bien qu'il soit assez facile de cerner ces aspirations générales, les accusés dans le présent pourvoi et les pourvois *Sullivan* et *Chan* soutiennent tous que les objectifs d'une disposition doivent être décrits avec une précision accrue lorsqu'on se demande si une disposition violant la *Charte* est justifiée au regard de l'article premier. On dit à juste titre que, pour que l'objectif de la disposition soit « urgent et réel », on doit le qualifier à la lumière des exigences de l'analyse établie dans *Oakes* pour qu'il soit utile aux fins de l'opération (*Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3, par. 46; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 76). Il faut cerner correctement l'objectif afin de justifier l'atteinte à la *Charte*, sinon l'opération n'est pas utile pour la mise en balance exigée par l'article premier. Si l'on donne à l'objectif une portée trop large et sans tenir compte de l'atteinte, l'analyse du lien rationnel dans *Oakes* et la mise en balance au cœur de l'analyse fondée sur l'article premier risquent de perdre leur raison d'être.

to “protect victims of crime” and “hold perpetrators accountable for their blameworthy conduct”. So characterized, s. 33.1 would inevitably be understood as rationally connected to its purpose and the measure of proportionality would be thwarted such that the s. 1 analysis would lose its explanatory value.

[117] It is not therefore enough to say, as the Attorney General of Canada does here, that “protection for victims of intoxicated crime” and “holding perpetrators of intoxicated violence accountable” defines Parliament’s purpose in enacting s. 33.1 in such a sufficiently precise a manner so as to ground the s. 1 analysis (I.F., at paras. 3 and 6). In particular, this was one of the reasons that Paciocco J.A. rejected accountability as a pressing and substantial purpose in *Sullivan*. Not only is “accountability for morally blameworthy” conduct unhelpfully broad, “accountability for morally blameworthy behaviour in a constitutionally compliant manner” is also unworkable in that the latter identification of the accountability purpose risks circular reasoning by confusing the ends of the legislation with its means. Nor is it enough to say that Parliament simply sought to legislate a standard of fault, as that would describe the purpose too narrowly and merely reiterate the means chosen to achieve the legislative ends (*K.R.J.*, at para. 63).

[118] What, then, are the objectives of s. 33.1 and are they properly identified for conducting the justification exercise under s. 1?

[119] It is plain that s. 33.1, above all things, blocks the defence of automatism for the extremely intoxicated offender that was recognized in *Daviault* as an exception to the intoxication rules. Parliament did so with two specific purposes in mind. First, it sought to protect the victims of extremely intoxicated violence, with particular attention to women and

On peut affirmer avec justesse que pratiquement tout le droit pénal substantiel vise, dans une certaine mesure, à « protéger les victimes d’actes criminels » et à « tenir les auteurs de ces actes responsables de leur comportement blâmable ». Ainsi qualifié, l’art. 33.1 serait inévitablement considéré comme ayant un lien rationnel avec son objet, et l’appréciation de la proportionnalité serait contrecarrée, de sorte que l’analyse fondée sur l’article premier perdrait sa valeur explicative.

[117] Il ne suffit donc pas de dire, comme le fait le procureur général du Canada en l’espèce, que le fait de [TRADUCTION] « protéger les victimes de crimes commis en état d’intoxication » et de « tenir les auteurs d’actes de violence commis en état d’intoxication responsables de leur conduite » définit avec suffisamment de précision l’objectif que visait le Parlement en adoptant l’art. 33.1 pour fonder l’analyse relative à l’article premier (m. interv., par. 3 et 6). En particulier, c’est l’une des raisons pour lesquelles le juge Paciocco a rejeté la responsabilisation en tant qu’objectif urgent et réel dans l’arrêt *Sullivan*. Non seulement la « responsabilité d’un comportement moralement répréhensible » est-elle inutilement large, la « responsabilité conforme à la Constitution d’un comportement moralement répréhensible » mène elle aussi à une impasse, en ce que la dernière qualification de l’objectif de responsabilisation risque de mener à un raisonnement circulaire en confondant les fins de la disposition législative et ses moyens. Il ne suffit pas non plus de dire que le Parlement ne cherchait qu’à instaurer par voie législative une norme de faute, car cela décrirait l’objectif de manière trop étroite et ne ferait que répéter les moyens choisis pour réaliser les fins législatives (*K.R.J.*, par. 63).

[118] Quels sont alors les objectifs de l’art. 33.1 et sont-ils cernés adéquatement pour permettre l’analyse de la justification au regard de l’article premier?

[119] Il est clair que, par-dessus tout, l’art. 33.1 refuse aux contrevenants extrêmement intoxiqués la défense d’automatisme en tant qu’exception aux règles sur l’intoxication reconnue dans *Daviault*. Le Parlement l’a fait en ayant deux objectifs précis en tête. D’abord, il a cherché à protéger les victimes d’actes de violence commis par un contrevenant en

children whose equal place in society is compromised by sexual assault and other violent crimes of general intent in such circumstances. Second, it sought to call offenders to answer for their choice to voluntarily ingest intoxicants, where that choice creates a risk of violent crime. Those offenders should be accountable for the harm they cause as a result of their choice to self-intoxicate and thereby create the risk of extreme intoxication. In other words, in addition to its goal of protecting victims of such crimes, Parliament wanted to explain, as a moral proposition, why the defence of automatism should not be available for those who chose to intoxicate themselves to an extreme degree and risk violent consequences. Unlike a person who becomes an automaton by reason of an external force beyond their control, a person who voluntarily becomes intoxicated in the extreme has taken a risk that they will harm others in that state. Parliament sought to have an accused answer for that choice. These are the two objectives that Parliament felt were sufficient to justify the enactment of legislation that, as we have seen, infringes *prima facie* upon ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

[120] I share the view that the protective purpose is sufficiently pressing and substantial to warrant limiting *Charter* rights. As stated by Lamer C.J. in *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683, at para. 43: “There is no question that the protection of the public from intoxicated offenders is of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom.”

[121] Paciocco J.A. explained in *Sullivan* why he viewed the accountability objective as impermissible and, as a result, cannot be considered as a “pressing and substantial objective” under the *Oakes* analysis. He wrote in part: “It cannot be that a preference for other values over constitutionally entrenched values is a pressing and substantial reason for denying constitutional rights” (para. 113).

état d’intoxication extrême, en portant une attention particulière aux femmes et aux enfants dont le droit à une place égale dans la société est compromis par les agressions sexuelles et d’autres crimes violents d’intention générale en pareilles circonstances. Ensuite, il a cherché à obliger les contrevenants à répondre de leur choix d’ingérer volontairement des substances intoxicantes, lorsque ce choix risque de donner lieu à un crime violent. Ces contrevenants devraient être tenus responsables du tort qu’ils causent en raison de leur choix de s’intoxiquer et de créer par le fait même le risque d’intoxication extrême. Autrement dit, outre son objectif de protéger les victimes de tels crimes, le Parlement voulait expliquer, sur le plan moral, pourquoi ceux et celles qui choisissent de s’intoxiquer à un degré extrême et risquent de poser des gestes violents ne devraient pas pouvoir invoquer la défense d’automatisme. Contrairement à la personne qui devient un automate en raison d’une force externe indépendante de sa volonté, la personne qui devient extrêmement intoxiquée de son plein gré a pris le risque de causer du tort à autrui dans cet état. Le Parlement a cherché à obliger l’accusé à répondre de ce choix. Voilà les deux objectifs que le Parlement jugeait suffisants pour justifier l’adoption d’une disposition législative qui, comme nous l’avons vu, viole à première vue l’art. 7 et l’al. 11 d) de la *Charte*.

[120] Je partage l’opinion selon laquelle l’objectif de protection est suffisamment urgent et réel pour justifier la restriction de droits garantis par la *Charte*. Ainsi que l’a déclaré le juge en chef Lamer dans l’arrêt *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683, par. 43 : « Il ne fait aucun doute que la protection du public contre les contrevenants en état d’intoxication est d’une importance suffisante pour justifier la dérogation à un droit ou à une liberté protégés par la Constitution. »

[121] Dans l’arrêt *Sullivan*, le juge Paciocco a expliqué pourquoi il jugeait inacceptable l’objectif de responsabilisation et, en conséquence, pourquoi celui-ci ne peut être considéré comme un « objectif urgent et réel » selon l’analyse prescrite dans l’arrêt *Oakes*. Il a notamment écrit ce qui suit : [TRADUCTION] « Une préférence envers d’autres valeurs que celles que consacre la Constitution ne saurait constituer une raison urgente et réelle de nier des droits constitutionnels » (par. 113).

[122] Respectfully, I disagree. First, as I note below, Parliament did not “reject” the constitutional values spoken to in *Daviault* when it enacted s. 33.1. As the Minister stated in the House and as evidenced by the preamble to Bill C-72, the law sought to respect both the rights of the accused and the interests of victims. More importantly, I believe that, properly construed, Parliament’s specific accountability objective in the particular circumstances of this case is neither too broad nor does it lead to circular reasoning that would defeat the usefulness of *Oakes*.

[123] The objectives that moved Parliament to enact s. 33.1 in the wake of *Daviault* are not completely encapsulated by the single goal of protecting the victims of extremely intoxicated violent crime. For Parliament, s. 33.1 also sought to express a moral view, stated in the preamble, that a person should be precluded from escaping liability for certain violent crimes by reason of their self-induced extreme intoxication. In the House, the Minister made plain when speaking to his approach based on the principle of accountability, that “[p]eople cannot be permitted to hide behind drunkenness or other forms of intoxication to escape responsibility for their criminal conduct” (Hansard, March 27, 1995, at p. 11038). Parliament’s purpose in enacting s. 33.1 reflects this idea of personal responsibility and its relevance to the availability of the defence of automatism for intoxicated violence.

[124] The objective that Parliament sought to act upon is distinct from the protective purpose of the law. In fact, it rests on a philosophical idea that one should not be able to create the conditions of one’s own criminal defence to block liability for the crime committed (see S. Dimock, “Actio Libera in Causa” (2013), 7 *Crim. Law and Philos.* 549, at p. 511 (who gives the example of the voluntarily intoxicated offender); see also, Plaxton and Mathen, at p. 257). As Professor Parent has written, in addition to protecting the public, [TRANSLATION] “the purpose of

[122] En toute déférence, je ne suis pas d’accord. Premièrement, comme je le fais remarquer plus loin, quand il a adopté l’art. 33.1, le Parlement n’a pas « rejeté » les valeurs constitutionnelles dont il est question dans l’arrêt *Daviault*. Comme l’a mentionné le ministre en Chambre et comme en témoigne le préambule du projet de loi C-72, la disposition législative visait à respecter tant les droits de l’accusé que les intérêts des victimes. Plus important encore, j’estime que, bien interprété, l’objectif spécifique de responsabilisation visé par le Parlement dans les circonstances de l’espèce n’est ni trop large, ni ne mène à un raisonnement circulaire qui contrecarrerait l’utilité de l’arrêt *Oakes*.

[123] Les objectifs qui ont poussé le Parlement à adopter l’art. 33.1 dans la foulée de l’arrêt *Daviault* ne sont pas entièrement résumés par le but unique de protéger les victimes d’un crime violent commis par des personnes en état d’intoxication extrême. Pour le Parlement, l’art. 33.1 visait également à exprimer un point de vue moral, énoncé dans le préambule, selon lequel une personne ne devrait pas pouvoir échapper à toute responsabilité pour certains crimes violents en raison de son intoxication extrême volontaire. En Chambre, le ministre a indiqué clairement, alors qu’il parlait de son approche fondée sur le principe de responsabilisation, qu’« [o]n ne peut pas permettre à des gens de prétexter l’ivresse ou d’autres formes d’intoxication pour échapper à la responsabilité de leur conduite criminelle » (Hansard, 27 mars 1995, p. 11038). L’objectif qu’avait le Parlement en adoptant l’art. 33.1 renvoie à la notion de responsabilité personnelle et à sa pertinence pour la possibilité d’invoquer la défense d’automatisme dans le cas de la violence perpétrée en état d’intoxication.

[124] L’objectif sur la base duquel le Parlement voulait agir se distingue de l’objectif de protection de la disposition législative. En fait, il repose sur l’idée philosophique qu’un individu ne devrait pas être en mesure de créer les conditions de sa propre défense au criminel pour se soustraire à la responsabilité du crime commis (voir S. Dimock, « Actio Libera in Causa » (2013), 7 *Crim. Law and Philos.* 549, p. 511 (qui donne l’exemple du contrevenant qui s’est volontairement intoxiqué); voir aussi Plaxton et Mathen, p. 257). Comme l’a écrit le professeur Parent,

section 33.1 is to *render accountable* those intoxicated individuals who interfere with the bodily integrity of another person” based on what he describes as the “*active participation* of the individual in creating the incapacity relied upon and the risk that materialized” (pp. 176 and 184 (emphasis in original)). This is the essence of the accountability objective: an individual is responsible for their involuntary state because that person’s choice to ingest intoxicants and become extremely intoxicated ultimately creates a risk of violence. The physically involuntary conduct did not arise by accident or through some external force, but by choice and, as such, Parliament saw this as conduct for which the offender must answer. The connection observed in the Parliamentary record between violence and intoxication would be attenuated, on this moral view, if people took responsibility for the choice they made to consume intoxicants and the risks that are created by that choice. Because of the danger they create through the voluntary character of their extreme intoxication, people who cause harm to others in that state are, to recall Sopinka J.’s phrase in *Daviault*, “far from blameless”. In answer to the public response to *Daviault*, s. 33.1 has the distinct public purpose of holding the voluntarily extremely intoxicated responsible for the danger they brought about.

[125] Perhaps the plainest demonstration that Parliament’s objective cannot be limited to the protective goal is found in the explanation, by the Minister, as to why the stand-alone offence was rejected as not meeting his goals. He accepted the view that the option of a new stand-alone offence of criminal intoxication would be inadequate. While it offers protection against extremely intoxicated violence, it fails to meet Parliament’s accountability objective in that the offender would not be held to answer for creating the risk of more serious underlying violent crime, with its more meaningful stigma and punishment. Even if found guilty of the new offence, the offender would not answer, by reason of their self-induced extreme intoxication, for the full extent of the harm in law, and would benefit from what the Minister described as a “drunkenness discount” (Standing Committee

en plus de protéger le public, « l’article 33.1 vise à *responsabiliser* les personnes intoxiquées qui portent atteinte à l’intégrité physique d’autrui » compte tenu de ce qu’il décrit comme la « *participation active* de l’individu dans la création de l’incapacité qu’il invoque et du risque qui s’est concrétisé » (p. 176 et 184 (en italique dans l’original)). L’essence de l’objectif de responsabilisation se situe là : un individu est responsable de son absence de volonté parce que son choix d’ingérer des substances intoxicantes et de devenir extrêmement intoxiqué finit par créer un risque de violence. La conduite physiquement involontaire ne découle pas d’un accident ou d’une quelconque force externe, mais d’un choix et, en conséquence, le Parlement a jugé que le contrevenant doit répondre de cette conduite. Le lien constaté dans l’historique parlementaire entre la violence et l’intoxication serait atténué, selon ce point de vue moral, si les gens assumaient la responsabilité du choix qu’ils ont fait de consommer des substances intoxicantes et les risques que pose ce choix. Vu le danger qu’ils créent de par le caractère volontaire de leur intoxication extrême, les gens qui causent du tort à autrui dans cet état sont « loin d’être sans reproche », pour rappeler l’expression utilisée par le juge Sopinka, dans ses motifs dissidents dans *Daviault*. En réponse à la réaction du public face à l’arrêt *Daviault*, l’art. 33.1 a pour objectif d’intérêt public distinct de tenir responsables du danger qu’elles ont créé les personnes qui s’intoxiquent volontairement à l’extrême.

[125] La démonstration peut-être la plus claire que l’objectif du Parlement ne peut être limitée à l’objet de protection réside dans l’explication qu’a donnée le ministre au sujet de la raison pour laquelle la création d’une infraction autonome a été rejetée au motif qu’elle ne permettait pas la réalisation des objectifs qu’il visait. Il a accepté l’avis qu’une nouvelle infraction autonome d’intoxication criminelle aurait représenté une solution inadéquate. Bien qu’elle eût offert une protection contre la violence perpétrée en état d’intoxication extrême, elle ne permettrait pas de réaliser l’objectif de responsabilisation visé par le Parlement en ce que le contrevenant n’aurait pas à répondre du fait d’avoir créé le risque de commettre un crime violent visé plus grave, susceptible d’entraîner une peine et un opprobre plus significatifs. Même s’il était reconnu coupable de la nouvelle infraction,

on Justice and Legal Affairs, April 6, 1995, at p. 6). He observed that “[t]he government believes that a person who becomes voluntarily intoxicated to the point of losing conscious control or awareness . . . should be held criminally accountable for that offence [i.e., the underlying assault] and for nothing less”, said the Minister in the House (Hansard, March 27, 1995, at pp. 11037-38).

en raison de son intoxication extrême volontaire, le contrevenant ne répondrait pas de toute l’étendue du préjudice en droit, et il bénéficierait de ce que le ministre a appelé un « tarif réduit pour ivresse » (« *drunkenness discount* » en anglais) (Comité permanent de la Justice et des questions juridiques, 6 avril 1995, p. 6). Le ministre a affirmé en Chambre que « [l]e gouvernement croit que l’individu qui devient volontairement intoxiqué au point de perdre le contrôle ou la conscience de ses actes [. . .] doit [. . .] être tenu criminellement responsable [c.-à-d. des voies de fait reprochées], et de rien de moins » (Hansard, 27 mars 1995, p. 11037).

[126] This distinct and particularized accountability goal can serve as an objective for the purpose of the *Oakes* test in the unusual circumstances of this case. Here, the objective concerns the choice to create a risk, and this choice is not the conduct Parliament aims to criminalize. In other words, the objective is separate from the gravamen of the offence (i.e., the assault), which ensures that the ends and the means remain distinct. Stated in this manner, accountability in this context is pressing and substantial and fits appropriately within the *Oakes* analysis. This is not just a preference for other values over rights that have been constitutionally entrenched; right or wrong, it is a policy choice, by Parliament, that accountability for creating a risk of violence and bodily harm by way of extreme voluntary intoxication takes precedence in a free and democratic society (see Coughlan, at p. 2). It is not circular to frame the accountability objective in this way; the finding that a right has been violated, as I have found here with respect to ss. 7 and 11(d), is a preliminary conclusion. An “infringement” in this context is a limit that is not justified (*K.R.J.*, at paras. 91-92 and 115-16). The infringement question is only answered once the *prima facie* breaches have been considered in light of the broader public interest considerations mandated by *Oakes*.

[126] Cet objectif distinct et détaillé de responsabilisation peut servir d’objet pour les besoins de l’analyse prescrite par l’arrêt *Oakes* dans les circonstances inusitées de la présente affaire. En l’espèce, l’objet concerne le choix de créer un risque, et ce choix n’est pas la conduite que le Parlement cherche à criminaliser. Autrement dit, l’objet se distingue de l’essence de l’infraction (c.-à-d. les voies de fait), ce qui fait en sorte que la fin et les moyens demeurent distincts. Formulée ainsi, la responsabilisation dans ce contexte est urgente et réelle, et elle cadre bien dans l’analyse prescrite par *Oakes*. Il ne s’agit pas seulement d’une préférence envers d’autres valeurs aux dépens de droits constitutionnalisés; qu’il ait raison ou tort, le Parlement a fait le choix de politique générale que la responsabilité d’avoir créé un risque de violence et de lésions corporelles par le biais de l’intoxication volontaire extrême prime dans une société libre et démocratique (voir Coughlan, p. 2). Cette formulation de l’objectif de responsabilisation n’est pas circulaire; la conclusion selon laquelle un droit a été violé, conclusion à laquelle je suis arrivé en l’espèce à l’égard de l’art. 7 et de l’al. 11d), est de nature préliminaire. L’« atteinte » dans ce contexte est une restriction qui n’est pas justifiée (*K.R.J.*, par. 91-92 et 115-116). On ne peut répondre à la question de l’atteinte qu’une fois que les violations *prima facie* ont été examinées eu égard aux considérations d’intérêt public générales prescrites par l’arrêt *Oakes*.

[127] To be clear, this conclusion rests on the specific concerns Parliament had when enacting s. 33.1. This case engages unusual issues and should not be seen as allowing governments to justify attempts to expand

[127] En clair, cette conclusion repose sur les préoccupations particulières qu’avait le Parlement lors de l’adoption de l’art. 33.1. L’affaire qui nous occupe soulève des enjeux inhabituels, et on ne devrait pas

criminal liability as a routine matter. The accountability objective must, as here, be defined with precision, distinct from the means and, importantly, be sufficiently compelling from a societal perspective to warrant the overriding of rights.

(2) Proportionality

(a) *Rational Connection*

[128] At this stage, the Crown must show, first, that s. 33.1 is rationally connected to holding individuals accountable, in as full a manner as possible, for the choice to become extremely intoxicated and the violence committed while in that state and, second, that it is rationally connected to protecting vulnerable groups from extremely intoxicated violence. There must be “a causal connection between the infringement and the benefit sought on the basis of reason or logic” (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 153).

[129] Mr. Brown focussed his criticism on the connection between s. 33.1 and the protection of vulnerable groups, as did Mr. Chan and Mr. Sullivan. In Mr. Brown’s submission, the protective purpose relies on an unrealizable deterrent effect of s. 33.1 for its value. Since a person cannot necessarily foresee the possibility that they will find themselves in a state of automatism or that they will commit an act of violence while in that state, s. 33.1 can have no meaningful deterrent effect. In short, deterrence has no effect on the automaton.

[130] I agree with the Court of Appeal in this case that the deterrent and denunciating effects of s. 33.1 provide a rational connection to Parliament’s protective objective.

[131] I recognize Paciocco J.A.’s criticism that s. 33.1 fails to offer meaningful deterrence in support of Parliament’s protective purpose. In *Sullivan*, he wrote that “[e]ffective deterrence requires foresight . . . of the penal consequence” (para. 121). “I am not

considérer qu’elle permet aux gouvernements de justifier des tentatives d’élargir couramment la responsabilité criminelle. L’objectif de responsabilisation doit, comme en l’espèce, être défini avec précision, se distinguer des moyens et, surtout, être suffisamment impérieux d’un point de vue social pour justifier la violation de droits.

(2) La proportionnalité

a) *Lien rationnel*

[128] À ce stade, la Couronne doit démontrer, premièrement, qu’il existe un lien rationnel entre l’art. 33.1 et le fait de tenir des individus responsables, de la manière la plus complète possible, du choix de s’intoxiquer à l’extrême et de la violence perpétrée alors qu’ils se trouvaient dans cet état, puis, deuxièmement, qu’il existe un lien rationnel entre cette disposition et le fait de protéger les groupes vulnérables de la violence perpétrée dans un état d’intoxication extrême. Il doit y avoir « un lien causal, fondé sur la raison ou la logique, entre la violation et l’avantage recherché » (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 153).

[129] À l’instar de MM. Chan et Sullivan, M. Brown fait porter principalement ses critiques sur le lien entre l’art. 33.1 et la protection des groupes vulnérables. Selon M. Brown, l’intérêt de l’objectif de protection tient à l’effet dissuasif de l’art. 33.1, effet qui n’est pas réalisable. Puisqu’une personne ne peut pas nécessairement prévoir la possibilité de se retrouver dans un état d’automatisme ou de commettre un acte de violence alors qu’elle se trouve dans cet état, l’art. 33.1 ne peut avoir d’effet dissuasif significatif. Bref, la dissuasion ne peut avoir d’effet sur un automate.

[130] Je suis d’accord avec la Cour d’appel en l’espèce pour dire que les effets de dissuasion et de dénonciation de l’art. 33.1 établissent un lien rationnel avec l’objectif de protection visé par le Parlement.

[131] Je reconnais la critique du juge Paciocco selon laquelle l’art. 33.1 ne produit pas d’effet dissuasif significatif appuyant l’objectif de protection visé par le Parlement. Dans l’arrêt *Sullivan*, le juge Paciocco écrit que, [TRADUCTION] « [p]our être efficace, la

persuaded”, he continued, “that a reasonable person would anticipate the risk that, by becoming voluntarily intoxicated, they could lapse into a state of automatism and unwilfully commit a violent act” (*ibid.*).

[132] It is no doubt true that the deterrent effect of the provision would be more immediately felt if one could be sure that the accused understood the risk of violence associated with extreme self-induced intoxication and that this element is lacking in s. 33.1. However, in keeping with its moral view of fault expressed in the preamble, Parliament’s focus was on the choice to become extremely intoxicated. Section 33.1’s deterrent value should also be considered in relation to individuals at the time they make that choice. While it is true that s. 33.1 applies to an accused who could not have foreseen the risk of a loss of control or of bodily harm, it also extends to situations in which there was a foreseeable risk of a loss of control and harm. Thus, an individual who consumes an intoxicant with psychosis-inducing effects, including those who know they lost control of their conduct while in a drug-induced psychosis in the past, will be caught by s. 33.1. It is reasonable that Parliament would expect the provision to hold some modest deterrent effect for such individuals. This deterrent effect acts [TRANSLATION] “upstream”, as Professor Parent writes (p. 187), to dissuade those contemplating this kind of intoxication. As such, s. 33.1 is rationally connected to its protective purpose.

[133] Courts should exercise caution before concluding that a measure in like circumstances is ineffective simply because they could imagine a way in which it would be more effective. To my mind, the Crown has met the rational connection test for Parliament’s protective purpose.

[134] In addition, s. 33.1 is rationally connected to the objective of holding individuals accountable, in as full a manner as possible, for the choice to become

dissuasion exige que l’on puisse prévoir [. . .] des conséquences pénales » (par. 121). [TRANSLATION] « Je ne suis pas convaincu », poursuit-il, « qu’une personne raisonnable anticiperait le risque que, en s’intoxiquant volontairement, elle puisse se retrouver dans un état d’automatisme et commettre involontairement un acte violent » (*ibid.*).

[132] Il est sans doute vrai que l’effet dissuasif de la disposition serait plus immédiat si l’on pouvait avoir la certitude que les accusés sont conscients du risque de violence associé à l’intoxication volontaire extrême, et que cet élément ne figure pas à l’art. 33.1. Toutefois, conformément à sa vision morale de la faute exprimée dans le préambule, le Parlement a insisté sur le choix de s’intoxiquer à l’extrême. La valeur dissuasive de l’art. 33.1 devrait aussi être examinée en fonction de l’individu au moment où il fait ce choix. S’il est vrai que l’art. 33.1 s’applique à l’accusé qui ne pouvait pas prévoir le risque de perte de maîtrise ou de lésions corporelles, il s’applique également aux situations dans lesquelles il existe un risque prévisible de perte de maîtrise et de préjudice. Tomberaient ainsi sous le coup de l’art. 33.1 les individus qui consomment une substance intoxicante à effets psychogènes, y compris ceux qui savent qu’ils ont déjà, par le passé, perdu la maîtrise de leurs actes alors qu’ils se trouvaient dans un état de psychose provoqué par une drogue. Il est raisonnable que le Parlement s’attende à ce que cette disposition ait un modeste effet dissuasif sur ces individus. Cet effet dissuasif agit « en amont », comme l’a écrit le professeur Parent (p. 187), en dissuadant ceux qui envisagent de s’intoxiquer à un degré aussi extrême. En conséquence, il existe un lien rationnel entre l’art. 33.1 et son objectif de protection.

[133] Les tribunaux devraient faire preuve de prudence avant de conclure qu’une mesure donnée est inefficace dans des circonstances de ce genre simplement parce qu’ils pourraient imaginer d’autres moyens de la rendre plus efficace. À mon avis, la Couronne a satisfait au critère du lien rationnel avec l’objectif de protection visé par le Parlement.

[134] De plus, il existe un lien rationnel entre l’art. 33.1 et l’objectif consistant à tenir les individus responsables, de la manière la plus complète

extremely intoxicated and the violence committed while in that state. It is obvious that where a person is foreclosed from advancing a defence that could result in an acquittal, that person is held accountable for something they otherwise would not be.

(b) *Minimal Impairment*

[135] The state must show that the impugned provision impairs rights as little as reasonably possible in furtherance of the legislative objective (*RJR-MacDonald*, at para. 160; *Oakes*, at p. 139). The law should only fail minimal impairment when there are less harmful means of achieving the objectives “in a real and substantial manner” (*K.R.J.*, at para. 70; *Hutterian Brethren*, at para. 55). It is understood that the courts show some deference to legislatures at this stage of the analysis. The question is whether s. 33.1 falls within a range of reasonable alternatives open to Parliament to achieve its objectives; if it is within this range, it should not fail the minimal impairment test merely because, in the Court’s view, an alternative would have been better suited to the objective (see *RJR-MacDonald*, at para. 160). This is particularly so where the impugned measure seeks to strike a balance between competing and legitimate social values (*Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, at para. 439, per McLachlin C.J., concurring). This is the circumstance here: the debate surrounding the enactment of s. 33.1 and its application to Mr. Sullivan, Mr. Chan and Mr. Brown has brought to the fore the challenge Parliament faced in striking a balance between the rights of the accused and the stake society has in the equality and dignity interests of the victims of intoxicated violence.

[136] I have no hesitation imagining less impairing options. Many scholars have advanced options that would trench less on the rights of the accused (see, e.g., D. Stuart, “Parliament Should Declare a New

possible, de leur choix de devenir extrêmement intoxiqués et de la violence perpétrée alors qu’ils se trouvent dans cet état. Il est évident que, lorsqu’une personne ne peut faire valoir un moyen de défense qui pourrait entraîner son acquittement, elle doit répondre d’actes dont elle n’aurait autrement pas eu à répondre.

b) *Atteinte minimale*

[135] L’État doit démontrer que la disposition contestée porte atteinte à des droits aussi peu que cela est raisonnablement possible dans la poursuite de l’objectif législatif (*RJR-MacDonald*, par. 160; *Oakes*, p. 139). On ne devrait conclure qu’une disposition ne satisfait pas au critère de l’atteinte minimale que dans les cas où il existe un autre moyen moins attentatoire de réaliser l’objectif « de façon réelle et substantielle » (*K.R.J.*, par. 70; *Hutterian Brethren*, par. 55). Il est entendu que les tribunaux font preuve d’une certaine déférence à l’égard du législateur à cette étape de l’analyse. La question est de savoir si l’art. 33.1 se situe à l’intérieur d’une gamme de mesures raisonnables dont le Parlement disposait pour réaliser ses objectifs; s’il se situe à l’intérieur de cette gamme, on ne devrait pas conclure que ce choix ne satisfait pas au critère de l’atteinte minimale simplement parce que, de l’avis de la Cour, une autre solution aurait été mieux adaptée à l’objectif (voir *RJR-MacDonald*, par. 160). C’est le cas particulièrement lorsque la mesure contestée tente d’établir un équilibre entre des valeurs sociales légitimes, mais opposées (*Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 439, motifs concordants de la juge en chef McLachlin). C’est le cas en l’espèce : le débat entourant l’adoption de l’art. 33.1 et son application à MM. Sullivan, Chan et Brown a mis en lumière le défi auquel le Parlement était confronté lorsqu’il tentait de trouver un équilibre entre les droits de l’accusé et l’intérêt que la société porte à l’égalité et à la dignité des victimes d’actes de violence commis en état d’intoxication.

[136] Je peux aisément imaginer d’autres solutions moins attentatoires. De nombreux auteurs de doctrine ont proposé des solutions qui empiéteraient moins sur les droits de l’accusé (voir, p. ex., D. Stuart,

Responsibility for Drunkenness Based on Criminal Negligence” (1995), 33 C.R. (4th) 289; T. Quigley, “A Time for Parliament to Enact an Offence of Dangerous Incapacitation” (1995), 33 C.R. (4th) 283; M. Tremblay, “*Charte canadienne* et intoxication volontaire: l’article 33.1 du *Code criminel* et ses solutions de rechange” (2020), 79 *R. du B.* 67, at p. 98; G. Ferguson, “The Intoxication Defence: Constitutionally Impaired and in Need of Rehabilitation” (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 111). Paciocco J.A. concluded that a stand-alone offence of criminal intoxication would achieve similar objectives as s. 33.1 and would arguably improve on the protective purpose by making deterrence more focused on the intoxication itself (paras. 132-34). It is certainly true, as the Minister said in Parliament, that the lesser stigma and lesser penalties associated with a new offence would punish intoxicated perpetrators less severely for their wrongs than would a conviction for the underlying offence. But it is an alternative to the consequence of allowing the extremely intoxicated offender to escape punishment altogether.

[137] Apart from the stand-alone offence, others have proposed alternative paths to liability for the underlying violent offence based on a criminal negligence standard more carefully crafted than that advanced by s. 33.1. One example is that proposed by the *voir dire* judge. He accepted Parliament’s goal of holding people accountable for a violent act when they have departed from a minimum standard of care by voluntarily consuming intoxicants (para. 79). However, he observed that this standard could be achieved in a less impairing way if s. 33.1 incorporated a true objective fault standard that clearly attaches to the act of self-induced intoxication, which would allow the trier of fact to consider whether a loss of control and bodily harm were both reasonably foreseeable at the time of intoxication (para. 80). He concluded that this would “truly be a link between the *mens rea* of becoming intoxicated and the *mens rea* for the underlying offence” (*ibid.*). This would align with the principle in *DeSousa* and *Creighton* that specific consequences need not always be foreseen

« Parliament Should Declare a New Responsibility for Drunkenness Based on Criminal Negligence » (1995), 33 C.R. (4th) 289; T. Quigley, « A Time for Parliament to Enact an Offence of Dangerous Incapacitation » (1995), 33 C.R. (4th) 283; M. Tremblay, « *Charte canadienne* et intoxication volontaire : l’article 33.1 du *Code criminel* et ses solutions de rechange » (2020), 79 *R. du B.* 67, p. 98; G. Ferguson, « The Intoxication Defence : Constitutionally Impaired and in Need of Rehabilitation » (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 111). Le juge Paciocco a conclu qu’une infraction autonome d’intoxication criminelle permettrait d’atteindre des objectifs semblables à ceux de l’art. 33.1 et améliorerait sans doute l’objectif de protection en faisant en sorte que la dissuasion soit davantage axée sur l’intoxication elle-même (par. 132-134). Il est certes vrai, comme l’a déclaré le ministre devant le Parlement, qu’une nouvelle infraction moins stigmatisante et assortie de peines moins lourdes aurait pour effet de punir moins sévèrement les contrevenants pour les torts qu’ils ont commis en état d’intoxication que si ceux-ci étaient reconnus coupables de l’infraction visée au par. 33.1(3). Mais il s’agit d’une solution de rechange aux conséquences qu’entraîne le fait de permettre à un contrevenant extrêmement intoxiqué d’échapper à toute sanction.

[137] Outre la création d’une infraction autonome, certaines personnes ont proposé d’autres moyens de tenir les accusés responsables de l’infraction violente visée au par. 33.1(3) en appliquant une norme de négligence criminelle élaborée plus soigneusement que celle proposée à l’art. 33.1. Le juge qui a tenu le *voir-dire* en a donné un exemple. Il a accepté la légitimité de l’objectif du Parlement de tenir les individus responsables des actes violents qu’ils commettent lorsqu’ils s’écartent d’une norme de diligence minimale en consommant volontairement des substances intoxicantes (par. 79). Il a toutefois fait observer que cette norme pourrait être respectée par un moyen moins attentatoire si l’on prévoyait à l’art. 33.1 une véritable norme de faute objective clairement associée à l’action de s’intoxiquer volontairement, ce qui permettrait au juge des faits de déterminer si une perte de maîtrise et l’infliction de lésions corporelles étaient toutes deux raisonnablement prévisibles au moment de l’intoxication (par. 80). Il a conclu qu’on établirait ainsi [TRADUCTION] « un lien véritable

provided there is an objectively foreseeable risk of bodily harm.

[138] In terms of the minimal impairment analysis, the stand-alone offence fails to meet Parliament's full objective and thus was not a viable alternative. It would have labelled Mr. Brown's offence as one of negligent or dangerous intoxication, rather than stigmatize him for the aggravated assault. The stand-alone offence might also have led to lesser sentences, and, as noted above, the option was criticized as proposing a "drunkenness discount". Indeed, Parliament rejected the stand-alone offence because it would fail to recognize the true harm committed by an offender and would send the message that an offender should not be held accountable for the harm that is inherent in the underlying offence (see, e.g., Department of Justice, *Self-Induced Intoxication as Criminal Fault: Information Note* (1995), at p. 5). This would be a particular failure in respect of Parliament's goal to hold perpetrators to account in as full a manner as possible for the choice to become extremely intoxicated and the violence committed while in that state (see P. Healy, "Intoxication in the Codification of Canadian Criminal Law" (1994), 73 *Can. Bar Rev.* 515, at pp. 541-42; E. Sheehy, "The intoxication defense in Canada: why women should care" (1996), 23 *Contemp. Drug Probs.* 595, at p. 618). In the circumstances, it is difficult to conclude that the stand-alone offence would have achieved the objectives in a "real and substantial manner".

[139] The alternative proposed by the *voir dire* judge could however allow an accused to be convicted for the underlying violent act and not simply negligent or dangerous intoxication. Incorporating a true marked departure standard into s. 33.1 would allow it to achieve the minimum objective fault standard required by the Constitution (in the case of offences that are not

entre la *mens rea* de l'intoxication et la *mens rea* de l'infraction reprochée » (*ibid.*). On respecterait ainsi le principe énoncé dans les arrêts *DeSousa* et *Creighton* suivant lequel il n'est pas nécessaire d'avoir envisagé de conséquences précises dès lors qu'il existe un risque objectivement prévisible de causer des lésions corporelles.

[138] En ce qui concerne l'analyse de l'atteinte minimale, l'infraction autonome ne permet pas de réaliser pleinement l'objectif du Parlement et elle n'est donc pas une solution viable. En effet, l'infraction commise par M. Brown aurait été qualifiée d'intoxication négligente ou dangereuse, au lieu d'exposer ce dernier à l'opprobre d'une accusation de voies de fait graves. L'infraction autonome aurait également pu donner lieu à des peines moins sévères et, pour cette raison, on a reproché à cette solution de proposer un « tarif réduit pour ivresse ». En fait, le Parlement a écarté la solution consistant à établir une infraction autonome parce qu'elle ne reconnaîtrait pas le véritable tort commis par le contrevenant et laisserait entendre que ce dernier ne devrait pas être tenu responsable du préjudice inhérent à l'infraction visée au par. 33.1(3) (voir, p. ex., ministère de la Justice, *La responsabilité criminelle pour intoxication volontaire : note explicative* (1995), p. 5-6). Cela constituerait un échec particulier en ce qui concerne l'objectif du Parlement de tenir les agresseurs responsables de la manière la plus complète possible de leur choix de devenir extrêmement intoxiqués et de la violence perpétrée alors qu'ils se trouvent dans cet état (voir P. Healy, « Intoxication in the Codification of Canadian Criminal Law » (1994), 73 *R. du B. can.* 515, p. 541-542; E. Sheehy, « The intoxication defense in Canada : why women should care » (1996), 23 *Contemp. Drug Probs.* 595, p. 618). Dans ces circonstances, il est difficile de conclure que l'infraction autonome permettrait de réaliser de tels objectifs « d'une manière réelle et substantielle ».

[139] La solution de rechange proposée par le juge qui a tenu le *voir-dire* permettrait toutefois de déclarer l'accusé coupable de l'acte violent visé au par. 33.1(3) et non simplement d'intoxication négligente ou dangereuse. L'incorporation d'une véritable norme d'écart marqué à l'art. 33.1 ferait en sorte que cette disposition respecte la norme minimale de faute

constitutionally required to contain subjective fault, per *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633). Indeed, Khullar J.A. recognized that this alternative would be “less problematic”.

[140] I am aware that Parliament is entitled to deference in this analysis. Indeed, in crafting a new legislative response to the problem of intoxicated violence, it is up to Parliament to decide how to balance its objectives while also respecting *Charter* rights as much as possible (see, e.g., P. W. Hogg and A. A. Bushell, “The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures” (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75; D. Baker and R. Knopff, “*Daviault* Dialogue: The Strange Journey of Canada’s Intoxication Defence” (2014), 19 *Rev. Const. Stud.* 35, at p. 41). Parliament may also wish to study and regulate according to the nature and properties of the intoxicant. The common effects of the intoxicant, its legality, and the circumstances in which it was obtained and consumed may be relevant to a marked departure standard.

[141] In light of these alternatives, in particular that proposed by the *voir dire* judge, which would have achieved Parliament’s accountability objective in a real and substantial manner, I conclude that s. 33.1 is not minimally impairing. Parliament’s objectives of protection and accountability would have been partially met by the stand-alone offence and even more completely met had Parliament properly followed through on its announced design for a law based on a constitutionally-compliant standard of criminal negligence. But I acknowledge that this is a close call and that experts who have studied the alternatives are not of a single view. Professor Parent has, for example, proposed no less than four variations on the criminal negligence theme, all designed to ensure that the objective fault required by a remodeled s. 33.1 would ensure that punishment for the general intent offence would only be imposed on those deserving the stigma of a criminal conviction (p. 191).

objective exigée par la Constitution (dans le cas des infractions dont la Constitution n’exige pas qu’elles comportent une faute subjective, selon l’arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633). D’ailleurs, la juge Khullar a reconnu que cette solution de rechange serait [TRADUCTION] « moins problématique ».

[140] Je suis conscient qu’il convient de faire preuve de déférence envers le Parlement dans cette analyse. De fait, pour ce qui est de l’élaboration d’une nouvelle réponse législative au problème de la violence perpétrée en état d’intoxication, c’est au Parlement qu’il incombe de décider de l’équilibre à trouver entre les objectifs qu’il vise tout en respectant dans toute la mesure du possible les droits garantis par la *Charte* (voir, p. ex., P. W. Hogg et A. A. Bushell, « The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75; D. Baker et R. Knopff, « *Daviault* Dialogue : The Strange Journey of Canada’s Intoxication Defence » (2014), 19 *R. études const.* 35, p. 41). Le Parlement souhaite peut-être également étudier et encadrer cet enjeu selon la nature et les propriétés de la substance intoxicante. Les effets communs de la substance intoxicante, sa légalité et les circonstances dans lesquelles elle a été obtenue peuvent être des facteurs pertinents relativement à la norme de l’écart marqué.

[141] À la lumière de ces solutions de rechange, en particulier celle proposée par le juge qui a tenu le *voir-dire*, laquelle aurait permis de réaliser l’objectif de responsabilisation visé par le Parlement de manière réelle et substantielle, je conclus que l’art. 33.1 ne porte pas une atteinte minimale. Les objectifs de protection et de responsabilisation visés par le Parlement auraient été réalisés en partie par l’infraction autonome et réalisés de façon encore plus complète si le Parlement avait donné suite adéquatement à son projet de disposition fondé sur une norme de négligence criminelle conforme à la Constitution. Mais je reconnais qu’il s’agit d’une décision épineuse et que les experts qui ont étudié les solutions de rechange ne sont pas tous du même avis. Par exemple, le professeur Parent propose pas moins de quatre variantes du thème de la négligence criminelle, toutes conçues pour que la faute objective exigée par un art. 33.1 remodelé fasse en sorte que seules les personnes qui méritent l’opprobre d’une déclaration de culpabilité au criminel soient punies pour les infractions d’intention générale (p. 191).

[142] While I conclude that s. 33.1 is not minimally impairing of an accused's ss. 7 and 11(d) rights, I recognize that Parliament is entitled to a degree of deference in measuring the reasonable character of policy alternatives. But even if those who defend the law as minimally impairing were right, I am unequivocally of the view that s. 33.1 must fail on the last branch of the proportionality test which reveals the most profound failings of the provision. Mindful that the proportionality analysis is holistic and depends on a close connection between the final two stages of *Oakes* (*Hutterian Brethren*, at para. 191, per LeBel J.), I turn now to an explanation of why s. 33.1 must also fail on an assessment of the relative benefits and negative effects of the law under the *Oakes* test.

(c) *Proportionality Between Effects and Objectives*

[143] At the final stage under s. 1, the question is whether there is proportionality between the overall effects of the *Charter*-infringing measure and the legislative objectives (*Oakes*, at p. 139; *Hutterian Brethren*, at paras. 72-73). This invites the broadest assessment of the benefits of s. 33.1 to society, weighed against the cost of the limitations to ss. 7 and 11(d) of the *Charter* (see *K.R.J.*, at para. 77; *Bedford*, at para. 123; *Carter*, at para. 122). Balancing requires a court to “transcend the law’s purpose and engage in a robust examination of the law’s impact on Canada’s free and democratic society ‘in direct and explicit terms’” (*K.R.J.*, at para. 79).

[144] Mr. Brown says that the Court of Appeal erred in minimizing the deleterious effects of s. 33.1 in that the provision would allow for wrongful convictions based on involuntary acts and the absence of even reasonable foreseeability of the consequences of those acts. In response, the Crown asks this Court to accept the proportionality analysis of the Court of Appeal, in particular the analysis of Khullar J.A. It says that

[142] Si je conclus que l’art. 33.1 ne porte pas minimalement atteinte aux droits garantis à l’accusé par l’art. 7 et l’al. 11d), je reconnais que le Parlement a droit à une certaine déférence dans l’appréciation du caractère raisonnable des solutions de rechange en matière de politiques. Toutefois, même si ceux et celles qui défendent la disposition au motif qu’elle équivaut à une atteinte minimale avaient raison, j’estime sans équivoque que l’art. 33.1 échoue au dernier volet du critère de la proportionnalité, qui révèle les failles les plus profondes de la disposition. Étant conscient que le critère de la proportionnalité est de nature holistique et repose sur un lien étroit entre les deux dernières étapes de l’analyse prescrite par l’arrêt *Oakes* (*Hutterian Brethren*, par. 191, le juge LeBel), j’aborde maintenant la question de savoir pourquoi l’art. 33.1 échoue aussi à l’étape de l’évaluation des avantages relatifs et des effets préjudiciables de la disposition en fonction de l’analyse prescrite dans *Oakes*.

c) *Proportionnalité entre les effets et les objectifs*

[143] À la dernière étape de l’analyse fondée sur l’article premier, la question consiste à se demander s’il y a proportionnalité entre les effets globaux de la mesure qui porte atteinte à la *Charte* et les objectifs législatifs (*Oakes*, p. 139; *Hutterian Brethren*, par. 72-73). Il faut pour ce faire procéder à l’évaluation la plus vaste possible des avantages de l’art. 33.1 pour la société, en les mettant en balance avec le prix à payer pour les restrictions apportées à l’art. 7 et à l’al. 11d) de la *Charte* (voir *K.R.J.*, par. 77; *Bedford*, par. 123; *Carter*, par. 122). Pour effectuer cette mise en balance, le tribunal doit « transcender l’objectif de la règle de droit et se livrer à un examen rigoureux de l’incidence de la règle de droit sur la société libre et démocratique [TRADUCTION] “d’une manière directe et explicite” » (*K.R.J.*, par. 79).

[144] Monsieur Brown affirme que la Cour d’appel a commis une erreur en minimisant les effets préjudiciables de l’art. 33.1, en ce sens que cette disposition ouvrirait la porte à des déclarations de culpabilité injustifiées fondées sur des actes involontaires en l’absence d’une prévisibilité même raisonnable des conséquences de tels actes. En réponse, la Couronne demande à notre Cour d’accepter l’analyse de la

her emphasis on the gendered nature of intoxicated violence and Parliament's efforts to address that problem in s. 33.1 should be adopted, notwithstanding the abridgment of the ss. 7 and 11(d) *Charter* rights of the accused which the Crown argues Mr. Brown has overstated.

[145] In my view, Mr. Brown is right on this point. In the result, the meaningful benefits of s. 33.1 do not outweigh the costs, in particular to what the *voir dire* judge describes as the “sacrosanct principles” integral to our criminal justice system, including the presumption of innocence (para. 89).

(i) Salutary Effects

[146] By including general intent crimes of sexual and domestic violence within s. 33.1(3), the amendments to the *Criminal Code* do help to ensure the rights of women and children to equal protection and benefit of the law as guaranteed by the *Charter*, as promised in the preamble. The provision gives expression to the close and harmful association between extreme self-induced intoxication and violence. By removing the defence in s. 33.1(1), it ensures that the morally blameworthy conduct of self-induced extreme intoxication is not an excuse at law for that violence, which is a plain social good. Section 33.1 voices society's strong intolerance for such behaviour, and affirms society's commitment to the equality and security rights of victims vulnerable to intoxicated crime.

[147] The “recognition of the dignity and self-worth of women and children” was well described by Khullar J.A., who wrote that this “breathes some meaning” into equality rights in the *Charter*, and properly took notice of this as a beneficial effect

proportionnalité qu’a effectuée la Cour d’appel, en particulier l’analyse de la juge Khullar. Selon la Couronne, la Cour devrait faire sienne l’importance que la juge Khullar accorde à la nature genrée des actes de violence commis en état d’intoxication et aux mesures prises par le Parlement pour s’attaquer à ce problème à l’art. 33.1, malgré la restriction apportée aux droits garantis à l’accusé par l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte*, restriction dont, soutient la Couronne, M. Brown aurait exagéré l’ampleur.

[145] À mon avis, M. Brown a raison sur ce point. Au final, les avantages concrets de l’art. 33.1 ne l’emportent pas sur le coût à payer, en particulier en ce qui concerne ce que le juge qui a tenu le voir-dire a appelé les [TRADUCTION] « principes sacro-saints » qui font partie intégrante de notre système de justice criminelle, notamment la présomption d’innocence (par. 89).

(i) Effets bénéfiques

[146] En incluant des crimes d’intention générale de violence sexuelle et familiale au par. 33.1(3), les modifications apportées au *Code criminel* contribuent à assurer le droit des femmes et des enfants à la protection égale et au même bénéfice de la loi qui leur est garanti par la *Charte*, comme le promet le préambule. La disposition exprime le lien étroit et pernicieux qui existe entre l’intoxication volontaire extrême et la violence. En supprimant le moyen de défense au par. 33.1(1), elle fait en sorte que l’acte moralement répréhensible que constitue l’intoxication volontaire extrême ne peut pas être utilisé légalement pour justifier la violence, ce qui constitue de toute évidence une mesure qui favorise l’intérêt public. L’article 33.1 témoigne de la forte intolérance de la société à l’égard de tels comportements et confirme l’engagement de la société envers les droits à l’égalité et à la sécurité des personnes qui risquent d’être victimes de crimes commis par des individus en état d’intoxication.

[147] La juge Khullar a bien décrit la [TRADUCTION] « reconnaissance de la dignité et de la valeur intrinsèque des femmes et des enfants » lorsqu’elle a écrit que cette reconnaissance « donne un certain sens » aux droits à l’égalité consacrés dans la *Charte*, et elle

of s. 33.1 in the justification analysis (para. 202). Others have rightly observed that violence against vulnerable groups is “one way in which women are denied full participation in society, furthering women’s inequality” (Grant, “Second Chances: Bill C-72 and the *Charter*”, at p. 388). Section 33.1 responds meaningfully to that inequality by recognizing that women and children deserve the full protection of the law and by condemning intoxicated gendered and family violence. I would add that by considering equality as a broad social interest under s. 1 rather than under s. 7 as she did, Khullar J.A. did not devalue its importance as a justification for the *Charter* violation. Not only is s. 7 unsuited, in this case, to the balancing of competing rights, s. 1 is the proper locus for considering how much society, including the victims of crime, benefit from the impugned law (see *Bedford*, at para. 125; Coughlan, at p. 157). I agree too with Khullar J.A. that a benefit of s. 33.1 is that the accountability promised in the preamble advances dignity and equality interests that unpunished intoxicated violence threatens (paras. 202-4).

[148] Section 33.1 also provides societal benefit through its communicative and deterrent effects. Khullar J.A. recognized not only that s. 33.1 contributes to a social ethos of disapproval of extreme self-induced intoxication, she wrote that it “serves the important role of signalling to people that they must be aware and cautious that their alcohol and drug use may lead to consequences they do not intend and cannot control” (para. 206). Similarly, the interveners the Attorney General of Saskatchewan and LEAF argue that s. 33.1 denounces wrongful behaviour and, as a result, recognizes the dignity and equality interests of victims. Because s. 33.1 includes in its reach the irresponsible use and mixing of intoxicants that could lead to automatism and violence, the law discourages such behaviour and also raises awareness about the link between extreme intoxication and

l’a à bon droit reconnue en tant qu’effet bénéfique de l’art. 33.1 dans l’analyse de la justification (par. 202). D’autres ont à juste titre fait observer que la violence à l’égard des groupes vulnérables est [TRADUCTION] « l’un des facteurs qui a pour effet de priver les femmes de leur pleine participation dans la société, exacerbant ainsi leur situation d’inégalité » (Grant, « Second Chances : Bill C-72 and the *Charter* », p. 388). L’article 33.1 répond concrètement à cette inégalité en reconnaissant que les femmes et les enfants méritent la pleine protection de la loi, et en condamnant les actes de violence familiale et fondée sur le genre commis par des personnes en état d’intoxication. J’ajouterais qu’en considérant l’égalité comme un intérêt social général au sens de l’article premier plutôt qu’au sens de l’art. 7 comme elle l’a fait, la juge Khullar n’en a pas dévalorisé l’importance en tant que justification de la violation de la *Charte*. Non seulement l’art. 7 ne se prête-t-il pas à la mise en balance de droits concurrents, c’est à l’article premier qu’il faut recourir pour déterminer dans quelle mesure la société, notamment les victimes d’actes criminels, bénéficient de la disposition contestée (voir *Bedford*, par. 125; Coughlan, p. 157). Je suis également d’accord avec la juge Khullar pour dire qu’un des avantages de l’art. 33.1 est le fait que la responsabilisation promise dans le préambule contribue à promouvoir les droits à la dignité et à l’égalité compromis par les actes de violence commis en état d’intoxication (par. 202-204).

[148] L’article 33.1 est également bénéfique pour la société sur les plans de la communication et de la dissuasion. La juge Khullar a non seulement reconnu que l’art. 33.1 renforçait le consensus social qui réproouve l’intoxication extrême volontaire, mais également qu’il [TRADUCTION] « joue un rôle important en indiquant aux gens qu’ils doivent être prudents et être conscients que leur consommation d’alcool et de drogues peut entraîner des conséquences qu’ils n’ont pas voulues et qu’ils ne peuvent pas contrôler » (par. 206). De même, les intervenants le procureur général de la Saskatchewan et le FAEJ soutiennent que l’art. 33.1 dénonce des comportements fautifs et que, ce faisant, il reconnaît les droits à la dignité et à l’égalité des victimes. Comme l’art. 33.1 englobe la consommation irresponsable et le mélange de substances intoxicantes susceptibles de mener à un état

violence. This benefit is not negated by the fact that some deterrence is already provided by the common law rule on intoxication or that the deterrent effect is mitigated by the fact that it needs to take hold before the offender loses control. And while I recognize that deterrence might also come if a stand-alone offence of dangerous intoxication was enacted, I nevertheless agree that these meaningful benefits are properly ascribed to s. 33.1.

[149] In addition, as the Attorney General of Manitoba submits, s. 33.1 contributes to public confidence in the criminal justice system. In *Creighton*, McLachlin J. observed that it would “offend common notions of justice to acquit a person who has killed another of manslaughter and find him guilty instead of aggravated assault on the ground that death, as opposed to harm, was not foreseeable” (p. 54). Similarly, it was reasonable for Parliament to conclude, as suggested in the record, that it offended the public’s common notions of justice that, to take the example of *Daviault*, a highly intoxicated accused who intentionally ingested half-a-dozen beers and a bottle of brandy might completely escape liability for sexually assaulting an elderly, disabled woman. That said, given that s. 33.1 infringes the *Charter* as it does, it is best not to overstate the confidence to the public that its protective and accountability purposes might foster. It is too easy to lose sight of the fact that, as Wallace J. wrote in *R. v. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), “society’s interests must also include a system of law, governed by the principles of fundamental justice” (para. 32). Principles of fundamental justice are recognized as such because they form basic tenets of the legal system in which there is some “general acceptance among reasonable people” that the principle is vital or fundamental to societal notions of justice (*Malmo-Levine*, at para. 112 (emphasis deleted); *Motor Vehicle Reference*, at p. 503; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at pp. 590-91 and 607). In denying the presumption of innocence, s. 33.1 unwittingly serves to compromise the full

d’automatisme et à des actes violents, il décourage de tels comportements et sensibilise également les citoyens quant au lien qui existe entre l’intoxication extrême et la violence. Cet avantage n’est pas neutralisé par le fait que la règle de common law visant l’intoxication a déjà un certain effet dissuasif ou que l’effet dissuasif est atténué par le fait qu’il doit opérer avant que le contrevenant ne perde la maîtrise de ses actes. Et bien que je reconnaisse que l’on pourrait également assurer la dissuasion en adoptant une infraction autonome d’intoxication dangereuse, je conviens néanmoins que l’on peut à juste titre attribuer ces avantages importants à l’art. 33.1.

[149] De plus, comme le fait valoir le procureur général du Manitoba, l’art. 33.1 contribue à donner confiance au public dans le système de justice criminelle. Dans l’arrêt *Creighton*, la juge McLachlin a fait observer qu’il « serait contraire aux notions courantes de justice de déclarer non coupable d’homicide involontaire coupable une personne qui a ôté la vie à autrui et de la reconnaître coupable plutôt de voies de fait graves au motif que la mort, à la différence du préjudice corporel, n’était pas prévisible » (p. 54). Dans la même veine, c’est de façon raisonnable que le Parlement a conclu, comme le suggère le dossier, que le sens de la justice de la collectivité est choqué devant la possibilité, pour prendre l’exemple de l’affaire *Daviault*, qu’un accusé fortement intoxiqué ayant délibérément ingurgité une demi-douzaine de bières et une bouteille de brandy puisse échapper à toute responsabilité après avoir agressé sexuellement une femme âgée et handicapée. Cela dit, puisque l’art. 33.1 porte ainsi atteinte à la *Charte*, il est préférable de ne pas surestimer la confiance que le public pourrait avoir quant à la réalisation de ses objectifs de protection et de responsabilisation. Il est trop facile de perdre de vue le fait que, comme a écrit la juge Wallace dans l’affaire *R. c. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295 (C.J. Ont. (Div. gén.)), [TRADUCTION] « l’existence d’un système de droit régi par les principes de justice fondamentale fait également partie des intérêts de la société » (par. 32). Les principes de justice fondamentale sont reconnus comme tels parce qu’ils constituent des préceptes fondamentaux d’un système juridique dans lequel on constate l’existence d’une certaine « [acceptation générale]

promise of the confidence that Parliament designed it to promote.

[150] There is a manifest benefit to be connected with the accountability purpose of Parliament described above which, in my respectful view, the majority of the Court of Appeal in *Sullivan* should have considered as part of the full measure of the beneficial effects of s. 33.1 (see, on this point, Coughlan, at p. 158). Section 33.1 targets the offender's choice to create a risk of harm by becoming extremely intoxicated. One of the benefits of s. 33.1 is that it fosters personal responsibility in respect of voluntary intoxication that Parliament saw as one of the root sources of violent crime. To ignore that policy is to diminish one of the benefits of the impugned law which — however imperfectly — sought to impose that ethic of personal responsibility as a key to breaking the connection between intoxication and violence. I note that Lauwers J.A. did take this dimension of s. 33.1 into consideration in his justification analysis and the majority considered the matter in the alternative and that neither felt this factor, on its own, tipped the scales in the ultimate balancing under *Oakes*.

[151] At the end of the day, Parliament's own accountability objective was undone by the very means it chose to pursue it. In holding the extreme self-intoxicated offender to account, s. 33.1 does not require objective foreseeability of the risk of falling into a state of automatism, much less the risk of consequential harm. Parliament's goal may have been to impose personal responsibility for the creation of the risk of harm, but in the absence of a requirement of reasonable foreseeability, that goal is frustrated. The Minister said in the House — his point was echoed by

parmi des personnes raisonnables » que ces principes sont essentiels ou fondamentaux dans la notion de justice au sein de la société (*Malmo-Levine*, par. 112 (soulignement omis); *Renvoi sur la MVA*, p. 503; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 590-591 et 607). En écartant la présomption d'innocence, l'art. 33.1 a involontairement pour effet de compromettre en partie la promesse de confiance que le Parlement cherchait à promouvoir.

[150] Les juges majoritaires de la Cour d'appel dans l'arrêt *Sullivan* auraient dû tenir compte d'un avantage évident qu'il convient de rattacher à l'objectif de responsabilisation visé par le Parlement qui a été décrit précédemment pour apprécier toute l'étendue des effets bénéfiques de l'art. 33.1 (voir, sur ce point, Coughlan, p. 158). L'article 33.1 vise le choix du contrevenant de créer un risque de préjudice en devenant extrêmement intoxiqué. L'un des avantages de l'art. 33.1 est qu'il encourage la responsabilité personnelle à l'égard de l'intoxication volontaire, ce que le Parlement voyait comme une des racines des crimes violents. Fermer les yeux sur cette politique revient à sous-estimer l'un des avantages de la disposition contestée qui — quoique de manière imparfaite — visait à imposer cette valeur de responsabilité personnelle comme moyen de rompre le lien entre l'intoxication et la violence. Je note que le juge Lauwers a tenu compte de cette facette de l'art. 33.1 dans son analyse de la justification, que les juges de la majorité ont examiné la question de façon subsidiaire, et que ni le juge Lauwers, ni la majorité n'ont estimé que, à lui seul, ce facteur faisait pencher la balance dans la pondération ultime selon l'arrêt *Oakes*.

[151] En fin de compte, l'objectif de responsabilisation visé par le Parlement a été sapé par les moyens mêmes qu'il a choisis pour le réaliser. En engageant la responsabilité du contrevenant qui s'intoxique à l'extrême, l'art. 33.1 n'exige pas la prévisibilité objective du risque de sombrer dans un état d'automatisme, encore moins le risque de préjudice qui s'ensuit. Le Parlement avait peut-être pour objectif d'imposer une responsabilité personnelle pour la création du risque de préjudice, mais, faute d'une condition de prévisibilité raisonnable,

the Crown in this appeal and the *Sullivan* and *Chan* appeals — that s. 33.1 “provides for the link between the fault in self-induced intoxication and the harm or fault in the criminal conduct which forms the basis of the charge” (Hansard, March 27, 1995, at p. 11038). With great respect, that link is not found in s. 33.1, suggesting strongly that Parliament failed to satisfy its own announced purpose.

(ii) Deleterious Effects

[152] The fundamental flaw of s. 33.1 is the risk of wrongful convictions it presents. By denying even a small fraction of accused persons the ability to raise a reasonable doubt as to the voluntariness or *mens rea* elements of the offence charged, s. 33.1 permits an individual to be convicted, and subject to the stigma, liberty restrictions and other consequences of a criminal conviction, for involuntary conduct. Section 33.1 runs counter to the fundamental organizing principles that are necessary to allow individuals to face the power of the state in the criminal justice system fairly, in particular the all-important presumption of innocence. It enables conviction for conduct that an accused person was not aware of and could not control and therefore cannot be a “guilty act” as defined by the underlying offences. This result follows even where individuals ingest alcohol or drugs in common-place situations where there is no subjective or objective foresight of automatism or violence.

[153] I agree with the courts below that the deleterious effects of s. 33.1 are serious and troubling. As Vertes J. put it in *R. v. Brenton* (1999), 180 D.L.R. (4th) 314 (N.W.T.S.C.), in denying the defence of automatism, s. 33.1 “casts aside the fundamental principle of voluntariness as well as the presumption of innocence, values that are enshrined in the Charter and at the very core of our criminal law system as

cet objectif est contrecarré. Le ministre a affirmé en Chambre — propos repris par la Couronne dans le présent pourvoi et les pourvois *Sullivan* et *Chan* — que l’art. 33.1 « établit ce lien entre l’intoxication volontaire et le comportement criminel qui donne lieu à la mise en accusation » (Hansard, 27 mars 1995, p. 11038-11039). En toute déférence, ce lien ne se trouve pas à l’art. 33.1, ce qui donne fortement à penser que le Parlement n’est pas parvenu à réaliser son propre objectif déclaré.

(ii) Effets préjudiciables

[152] La lacune fondamentale de l’art. 33.1 réside dans le fait qu’il risque de donner lieu à des déclarations de culpabilité injustifiées. En refusant ne serait-ce qu’à une petite fraction des accusés la possibilité de soulever un doute raisonnable quant aux éléments constitutifs de l’infraction reprochée que sont la volonté et la *mens rea*, l’art. 33.1 permet de déclarer une personne coupable, de l’exposer à l’opprobre, de restreindre ses libertés, sans parler des autres conséquences d’une déclaration de culpabilité au criminel, et ce, pour des gestes involontaires. L’article 33.1 va à l’encontre des principes directeurs fondamentaux — en particulier la très importante présomption d’innocence — qui sont nécessaires pour permettre aux individus d’affronter de façon équitable le pouvoir de l’État au sein du système de justice criminelle. Il permet de reconnaître coupable un accusé pour un acte dont il n’était pas conscient et qu’il ne pouvait pas maîtriser, et qui ne peut donc pas répondre à la définition d’« acte coupable » au sens de l’infraction visée au par. 33.1(3). On arrive à ce résultat même lorsque l’individu consomme de l’alcool ou des drogues dans des situations courantes où l’on ne peut prévoir subjectivement ou objectivement un risque d’automatisme ou de violence.

[153] Je conviens avec les juridictions inférieures que les effets préjudiciables de l’art. 33.1 sont sérieux et troublants. Pour citer les propos tenus par le juge Vertes dans l’affaire *R. c. Brenton* (1999), 180 D.L.R. (4th) 314 (C.S.T.-N.-O.), en écartant le moyen de défense d’automatisme, l’art. 33.1 [TRADUCTION] « écarte le principe fondamental de la volonté ainsi que la présomption d’innocence, qui constituent

developed over many centuries” (para. 122). In *Dunn*, Wallace J. concluded that there are few infringements that could be more serious because “[w]hen an accused can be convicted without proof that he intended his actions or without proof that his actions were voluntary, then absolute liability has become a component of Canadian criminal justice, the presumption of innocence is eroded and principles of fundamental justice are seriously compromised” (para. 54). In *Sullivan*, Paciocco J.A. wrote compellingly that “the deleterious effects of s. 33.1 include the contravention of virtually all the criminal law principles that the law relies upon to protect the morally innocent, including the venerable presumption of innocence” (para. 153), and Lauwers J.A. said that fundamental rights of the accused under ss. 7 and 11(d) are “severely limited” (para. 287). In this case, Khullar J.A. acknowledged that the negative effects on the rights of the accused are “serious and troubling” (para. 201). This is particularly true when one recalls that Parliament failed to respect its own promise, made in the preamble to Bill C-72, to provide “full protection” to the ss. 7 and 11 rights of the accused.

[154] It is not unfair to say that the narrow compass of s. 33.1 limits these negative effects. Section 33.1 only applies, as we have seen, to the violent offences of general intent named in s. 33.1(3). It is also not unfair to say that the burden of showing automatism presents a high hurdle for the accused and that the law only applies to certain intoxicants that have the properties that can bring about a state akin to automatism. While these considerations may limit the number of offenders who face these negative consequences, it is best to recognize that the narrow compass argument is two-edged. If it is indeed true that s. 33.1 does not apply to alcohol alone, for example — a point I need not decide here — then some of the benefits ascribed to the law by the Crown were already assured by the aspects of the *Leary* rule that denied the defence of

des valeurs consacrées par la Charte et qui sont au cœur même de notre système de droit pénal, tel qu’il s’est développé au fil des siècles » (par. 122). Dans l’affaire *Dunn*, la juge Wallace a estimé qu’il existe peu de violations aussi graves, car [TRADUCTION] « lorsqu’on peut déclarer un accusé coupable sans qu’il soit prouvé qu’il avait l’intention de commettre les actes qui lui sont reprochés ou que ceux-ci étaient volontaires, on fait de la responsabilité absolue une des caractéristiques de la justice pénale canadienne, on affaiblit la présomption d’innocence et l’on compromet sérieusement les principes de justice fondamentale » (par. 54). Dans l’arrêt *Sullivan*, le juge Paciocco explique de façon convaincante que [TRADUCTION] « parmi les effets préjudiciables de l’art. 33.1, il faut mentionner la violation de pratiquement tous les principes du droit pénal sur lesquels le droit s’appuie pour protéger les personnes moralement innocentes, y compris la sacro-sainte présomption d’innocence » (par. 153). Le juge Lauwers a dit que les droits fondamentaux garantis à l’accusé par l’art. 7 et l’al. 11d) sont [TRADUCTION] « sévèrement restreints » (par. 287). En l’espèce, la juge Khullar a reconnu que les effets négatifs sur les droits de l’accusé sont [TRADUCTION] « sérieux et troublants » (par. 201). Cela est particulièrement vrai lorsqu’on se rappelle que le Parlement n’a pas respecté sa propre promesse, faite dans le préambule du projet de loi C-72, de protéger pleinement les droits garantis aux accusés par les art. 7 et 11.

[154] Il n’est pas injustifié de dire que le champ d’application étroit de l’art. 33.1 limite ces effets négatifs. L’article 33.1 ne s’applique, comme nous l’avons vu, qu’aux infractions violentes d’intention générale visées au par. 33.1(3). Il n’est pas non plus injustifié d’affirmer que le fardeau de démontrer l’automatisme représente un obstacle de taille pour l’accusé et que la disposition s’applique uniquement à certaines substances intoxicantes aux propriétés susceptibles de provoquer un état voisin de l’automatisme. Bien que les considérations susmentionnées puissent limiter le nombre de contrevenants qui s’exposent à ces conséquences fâcheuses, il vaut mieux reconnaître que l’argument fondé sur l’étroitesse du champ d’application est à double tranchant. S’il est effectivement vrai que l’art. 33.1 ne s’applique pas à

most forms of intoxication for crimes of general intent that *Daviault* left intact.

[155] But even if its compass is narrow and its application rare, s. 33.1 limits not just one but three fundamental rights of the accused. It enables conviction where the accused acted involuntarily, where the accused did not possess the minimum level of fault required, and where the Crown has not proven beyond a reasonable doubt the essential elements of the offence for which an accused is charged. These limitations operate to put in place a regime of absolute liability that undermines many of the core beliefs used to structure our system of criminal law. It is difficult to imagine more serious limitations than the denial of voluntariness, *mens rea*, and the presumption of innocence all in one. An accused may be morally blameworthy in some measure for voluntarily consuming intoxicants but that blame is not the measure of guilt at law for the underlying offences set out in s. 33.1(3). With great respect, I cannot agree with Slatter J.A., who said in the balancing of salutary and deleterious effects, that “[n]o one who is truly morally innocent is impacted [by s. 33.1]” (para. 81).

[156] I acknowledge that some, pointing in particular to Sopinka J.’s dissent in *Daviault*, have argued that s. 33.1 does not create a true offence of absolute liability since extreme voluntary intoxication can bring with it a degree of fault. Contrary to the person who falls into a state of involuntariness by reason of an uncontrollable epileptic fit, for example, the voluntarily extremely intoxicated offender is [TRANSLATION] “directly responsible for their lack of voluntariness” (Parent, at p. 197). But as I have endeavoured to show, it is not enough that s. 33.1 captures only the blameworthiness associated with extreme self-intoxication when s. 33.1 fails to consider whether the offender

l’alcool seul, par exemple — un point que je n’ai pas à trancher en l’espèce — alors certains des avantages attribués à la disposition par la Couronne étaient déjà assurés par les aspects de la règle établie dans l’arrêt *Leary* qui empêchaient d’invoquer comme moyen de défense la plupart des formes d’intoxication dans le cas des crimes d’intention générale, et qui avaient été maintenus par l’arrêt *Daviault*.

[155] Cependant, malgré l’étroitesse de son champ d’application et son application rare, l’art. 33.1 restreint non pas un, mais trois droits fondamentaux de l’accusé. Il permet de déclarer coupable l’accusé dans les cas où ce dernier a agi de façon involontaire ou ne possédait pas le degré minimal de faute requis, ainsi que dans les cas où la Couronne n’a pas prouvé hors de tout doute raisonnable les éléments essentiels de l’infraction reprochée à l’accusé. Ces limites ont pour effet d’instaurer un régime de responsabilité absolue qui mine bon nombre des convictions fondamentales qui ont servi à structurer notre système de droit pénal. On a du mal à imaginer une série de limites plus graves que la négation de la volonté, de la *mens rea* et de la présomption d’innocence d’un seul coup. Un accusé peut être moralement blâmable dans une certaine mesure pour avoir consommé volontairement des substances intoxicantes, mais, en droit, ce blâme ne saurait servir de critère de culpabilité à l’égard des infractions visées au par. 33.1(3). En toute déférence, je ne peux me rallier à l’opinion exprimée par le juge Slatter, dans le cadre de la mise en balance des effets bénéfiques et des effets préjudiciables, suivant laquelle [TRADUCTION] « [n]ulle personne véritablement innocente sur le plan moral n’est affectée [par l’article 33.1] » (par. 81).

[156] Je reconnais que certains, soulignant en particulier l’avis dissident du juge Sopinka dans l’arrêt *Daviault*, ont fait valoir que l’art. 33.1 ne crée pas une véritable infraction de responsabilité absolue, car l’intoxication extrême volontaire comporte une faute. Contrairement à la personne qui perd la maîtrise de ses actes par suite d’une crise d’épilepsie incontrôlable, par exemple, le contrevenant extrêmement intoxiqué est « directement responsable de son absence de volonté » (Parent, p. 197). Mais comme je me suis employé à le démontrer, il ne suffit pas que l’art. 33.1 englobe seulement la culpabilité associée à l’intoxication extrême volontaire lorsque l’art. 33.1 ne tient

knew or ought to have known that there was a risk they would lose control of their actions and thereby risk causing harm to others. Because s. 33.1 does not build in a criterion of objective foreseeability, it is impossible to say who, among those who voluntarily ingest intoxicants, has the degree of blameworthiness that would justify the stigma and punishment associated with the underlying offence with which they are charged.

[157] Where the intoxicant is licit, or where no reasonable person would anticipate the risk of automatism, whatever blameworthiness that comes from voluntary intoxication is relatively low and likely disproportionate to the punishment the individual would face if convicted for an offence committed in a state akin to automatism (see *Creighton*, at pp. 48-49, citing *Martineau*, at p. 647). While Mr. Brown ingested an illicit drug, the trial judge found, based on expert evidence, that his reaction to the drug was not reasonably foreseeable. Even if the ingestion of magic mushrooms is not morally innocent in the broadest sense, to convict Mr. Brown for aggravated assault in light of the voluntariness and minimal *mens rea* requirements fixed by the *Charter* would, in my view, account to a wrongful conviction for the offence as charged.

[158] One is hard pressed to disagree with the trial judge in *R. v. Chan*, 2018 ONSC 3849, 365 C.C.C. (3d) 376, who observed that “Parliament is entitled to express the view that extreme self-intoxication is morally blameworthy behaviour” (para. 152). But I respectfully disagree with him where he wrote “the morally innocent will not be punished” (para. 156). Mr. Brown may not have been blameless in deciding to consume the magic mushrooms, but he is not guilty of the crime with which he was charged according to the requirements of the *Charter*.

[159] The *voir dire* judge in Mr. Brown’s case was right to speak of the principles breached by s. 33.1

pas compte de la question de savoir si le contrevenant savait ou aurait dû savoir qu’il risquait de perdre la maîtrise de ses actes et, par le fait même, de causer du tort à autrui. Puisque l’art. 33.1 n’intègre pas un critère de prévisibilité objective, il est impossible de dire qui sont les personnes, parmi celles qui ingèrent volontairement des substances intoxicantes, qui sont suffisamment blâmables pour justifier l’opprobre et la peine associés à l’infraction visée au par. 33.1(3) dont elles sont accusées.

[157] Lorsque la substance intoxicante est licite, ou qu’aucune personne raisonnable n’anticiperait le risque d’automatisme, la culpabilité découlant d’une intoxication volontaire est relativement faible et vraisemblablement disproportionnée par rapport à la peine dont serait passible l’individu s’il était reconnu coupable d’une infraction commise alors qu’il se trouvait dans un état voisin de l’automatisme (voir *Creighton*, p. 48-49, citant *Martineau*, p. 647). Bien que M. Brown ait ingéré une drogue illicite, la juge du procès a conclu, sur le fondement de la preuve d’expert, que sa réaction à la drogue n’était pas raisonnablement prévisible. Même si l’ingestion de champignons magiques n’est pas moralement innocente au sens le plus large de cette expression, déclarer M. Brown coupable de voies de fait graves à la lumière des conditions relatives à la volonté et à la *mens rea* minimale établies par la *Charte* constituerait, selon moi, une déclaration de culpabilité injustifiée pour l’infraction reprochée.

[158] Il est difficile d’être en désaccord avec le juge du procès dans l’affaire *R. c. Chan*, 2018 ONSC 3849, 365 C.C.C. (3d) 376, qui a fait remarquer que [TRADUCTION] « le Parlement peut se dire d’avis que l’intoxication extrême volontaire est un comportement moralement répréhensible » (par. 152). Je ne suis toutefois pas d’accord avec lui quand il écrit que [TRADUCTION] « la personne moralement innocente ne sera pas punie » (par. 156). Monsieur Brown n’avait peut-être pas un comportement irréprochable en décidant de consommer les champignons magiques, mais il n’est pas coupable suivant les exigences de la *Charte* du crime dont il a été inculpé.

[159] Le juge qui a tenu le voir-dire dans le cas de M. Brown avait raison de qualifier de « sacro-saints »

as “sacrosanct”. In the *Motor Vehicle Reference*, Lamer J., as he then was, wrote that the principle that the innocent must not be punished “has long been recognized as an essential element of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in the dignity and worth of the human person and on the rule of law” (p. 513).

[160] The idea that a conviction in the absence of the required proof of blameworthiness threatens a system of criminal justice founded on the dignity and worth of the human person has been a recurring theme in our jurisprudence (see, e.g., *Oakes*, at p. 136; *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153, at p. 1175; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906, at p. 918). Where a person is punished who did not know or could not know they are committing an offence, wrote Wilson J. in *Hess*, that state action inflicts a grave injury on that person’s dignity and self-worth. Two comments, however, help explain the full message of this idea. First, the measure of moral innocence extends not just to the requirement of proof of subjective fault but, as Wilson J. suggests, it leaves room for offences where blameworthiness is measured on a modified objective basis, anticipating developments in the law coming later in cases such as *Creighton*. Section 33.1 does not do even this and, in my view, the possibility of a fairly crafted rule on criminal liability for harm caused by self-induced intoxication remains open to Parliament. Second, and importantly, the recognition of the “dignity and self-worth” of the accused does not come at the expense of the dignity and self-worth of the victims of crime, a value alluded to in the preamble of Bill C-72. Nor is the victim’s dignity interest consigned to a second-order status if, in the balancing mandated by s. 1, s. 33.1 is struck down because of its overarching deleterious effects of state action.

[161] The *voir dire* judge rightly recognized that these principles exist to ensure that the morally innocent are not convicted (para. 89). Section 33.1 creates the risk that a person will be convicted of

les principes qui sont violés par l’art. 33.1. Dans le *Renvoi sur la MVA*, le juge Lamer (plus tard juge en chef) a écrit que le principe selon lequel un innocent ne doit pas être puni « est depuis longtemps reconnu comme un élément essentiel d’un système d’administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit » (p. 513).

[160] L’idée suivant laquelle une déclaration de culpabilité prononcée en l’absence de la preuve requise de culpabilité morale menace un système de justice criminelle fondé sur la dignité et la valeur de la personne humaine est un thème récurrent de notre jurisprudence (voir, p. ex., *Oakes*, p. 136; *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153, p. 1175; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906, p. 918). Lorsqu’on punit une personne qui ne savait pas ou ne pouvait pas savoir qu’elle commettait une infraction, a écrit la juge Wilson dans l’arrêt *Hess*, l’État inflige ainsi une grave atteinte à sa dignité et à sa valeur personnelle. Deux commentaires, cependant, expliquent en partie tout le message derrière cette idée. Tout d’abord, le degré d’innocence sur le plan moral vaut non seulement pour l’obligation de prouver une faute subjective, mais aussi, comme le suggère la juge Wilson, pour les infractions pour lesquelles on détermine la culpabilité selon un critère objectif modifié, ce qui présage les développements ultérieurs du droit dans des affaires comme l’arrêt *Creighton*. On ne trouve rien de tel à l’art. 33.1 et, à mon avis, il est toujours loisible au Parlement d’élaborer une règle soigneusement conçue en matière de responsabilité pénale pour sanctionner les torts causés par une intoxication volontaire. Ensuite, et surtout, la reconnaissance de la « dignité et [de la] valeur personnelle » de l’accusé ne se fait pas au détriment de la dignité et de la valeur personnelle des victimes d’actes criminels, valeur à laquelle fait allusion le préambule du projet de loi C-72. Le droit de la victime à la dignité n’est pas non plus relégué au second plan si, dans la mise en balance exigée par l’article premier, l’art. 33.1 est invalidé en raison de ses effets préjudiciables primordiaux de l’action étatique.

[161] Le juge qui a tenu le voir-dire a reconnu à juste titre que ces principes ont pour raison d’être de s’assurer que les personnes moralement innocentes ne soient pas déclarées coupables (par. 89). L’article

the underlying offence on the basis of proof of the blameworthiness associated with extreme intoxication, without regard to the objective foreseeability of harm. It holds a person to answer for their involuntary conduct. It does so without due regard to the presumption of innocence which protects against arbitrary exercise of power by the state. Potentially, s. 33.1 could apply to anyone who voluntarily consumes an intoxicant, even if they do so with restraint or for medical reasons where the reasonable person would not have foreseen even trivial or transitory physical harm. This is an extremely serious deleterious effect.

[162] An additional deleterious effect is that s. 33.1 disproportionately punishes for unintentional harm, contrary to the principle that punishment be proportionate to the gravity of the offence. Section 33.1 requires the offender to face full responsibility of the underlying crime even though the *actus reus* and *mens rea* of the violent offence are not met. They are exposed, at sentence, to the full brunt of punishment for that offence, subject to the sentencing judge's exercise of discretion, according to law. This must be the focus of the deleterious effects analysis since, under s. 33.1(3), it is the violent offence for which the accused is convicted and punished. It bears repeating: the gravamen of Mr. Brown's charged offence is not extreme intoxication, it is the violent assault that he is said to have committed while he did not have the capacity for voluntary action.

[163] In saying this, I have not lost sight of the often-cited public outcry that followed *Daviault* which the Minister of Justice of the day said was one of the driving forces behind the enactment of s. 33.1. But public outcries do not in themselves justify unconstitutional laws. And to my mind, that response was focused on the ultimate effect of allowing the defence of automatism to act as a source of *impunity* for the violent intoxicated offender by allowing them, in

33.1 crée le risque de déclarer une personne coupable de l'infraction visée au par. 33.1(3) sur la base d'une preuve de la culpabilité associée à l'intoxication extrême, sans égard à la prévisibilité objective du préjudice. Il oblige l'individu à répondre de ses actes involontaires, et ce, sans tenir dûment compte de la présomption d'innocence qui protège l'accusé contre l'exercice arbitraire des pouvoirs de l'État. L'article 33.1 pourrait potentiellement s'appliquer à toute personne qui consomme volontairement une substance intoxicante, même si elle le fait avec modération ou pour des raisons médicales alors que la personne raisonnable n'aurait pas prévu des lésions corporelles, même des lésions sans importance ou de nature passagère. Il s'agit là d'un effet préjudiciable extrêmement grave.

[162] Un autre effet préjudiciable de l'art. 33.1 est qu'il punit de façon disproportionnée ceux qui causent involontairement un préjudice, contrairement au principe selon lequel la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction. L'article 33.1 oblige le contrevenant à assumer l'entière responsabilité du crime visé au par. 33.1(3) même si les exigences de l'*actus reus* et de la *mens rea* de l'infraction violente ne sont pas respectées. Lors de la détermination de la peine, un contrevenant risque de subir toute la rigueur de la peine dont cette infraction le rend passible, sous réserve de l'exercice par le juge qui détermine la peine de son pouvoir discrétionnaire, conformément à la loi. L'analyse des effets préjudiciables doit être axée sur ces facteurs puisque, aux termes du par. 33.1(3), c'est l'infraction violente pour laquelle l'accusé est déclaré coupable et puni. Il vaut la peine de le répéter : l'essence de l'infraction reprochée à M. Brown n'est pas son intoxication extrême, mais l'agression violente qu'il aurait commise alors qu'il n'avait pas la capacité d'agir volontairement.

[163] Cela dit, je ne perds pas de vue le tollé général, maintes fois souligné, qu'a provoqué l'arrêt *Daviault* et qui, selon le ministre de la Justice de l'époque, est l'un des facteurs ayant motivé l'adoption de l'art. 33.1. Mais l'indignation publique ne justifie pas en soi des lois inconstitutionnelles. Et, à mon sens, cette intervention du législateur visait d'abord et avant tout à apporter une réponse au fait que la défense d'automatisme accordait l'*impunité* aux accusés ayant commis des

the words of the Minister of Justice in Parliament in 1995, “to escape the consequences [of the] law” (Hansard, March 27, 1995, at p. 11038). But if s. 33.1 were properly tailored to the blameworthiness of the accused — if it, for example, punished dangerous intoxication or criminally negligent intoxication leading to objectively foreseeable loss of control and non-trivial, non-transitory bodily harm — the accused would not escape the consequences of the law and the accountability and protective goals of Parliament would have been met. This Court’s task is not to solve the problem for Parliament of the right balance between competing interests. But it is fair to surmise that there are socially and constitutionally acceptable alternatives to the complete immunity that achieve the legitimate objectives of the law more fairly than in s. 33.1.

(iii) Weighing the Salutory and Deleterious Effects

[164] As this Court held in *Bedford*, at the final stage of the s. 1 analysis, the negative impact of the law is weighed against the beneficial impact of the law in terms of achieving its goal for the greater public good. The impacts are weighed both qualitatively and quantitatively. As with the previous stages of the justification analysis, the state continues to bear the burden of showing that the breaches are justified having regard to Parliament’s goals. The Crown is well placed to call the social science and expert evidence required to justify the law’s impact in societal terms (*Bedford*, at para. 126). At the end of the day, the courts determine whether the *Charter* infringements resulting from state action are too high a price to pay for the benefit of the law.

[165] In my respectful view, the Crown has not discharged its burden of showing that the benefits suggested by the evidence are fairly realized by s. 33.1. The Crown warns of widespread sexual and intimate

actes de violence alors qu’ils étaient intoxiqués en leur permettant, selon les mots employés par le ministre de la Justice devant le Parlement en 1995, « [d’]échapper aux conséquences prévues par la loi » (Hansard, 27 mars 1995, p. 11038). Mais si l’art. 33.1 était convenablement adapté à la culpabilité de l’accusé — s’il punissait, par exemple, l’intoxication dangereuse ou l’intoxication par négligence criminelle entraînant, de manière objectivement prévisible, une perte de maîtrise ou des lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère —, l’accusé n’échapperait pas aux conséquences de la loi, et les objectifs de responsabilisation et de protection visés par le Parlement seraient réalisés. Il n’appartient pas à notre Cour de résoudre à la place du Parlement le problème du juste équilibre à trouver entre les droits concurrents en présence. Il est toutefois juste de postuler qu’il existe des solutions de rechange socialement et constitutionnellement acceptables à l’immunité totale qui permettent de réaliser les objectifs légitimes de la loi d’une façon plus équitable que ne le prévoit l’art. 33.1.

(iii) Mise en balance des effets bénéfiques et des effets préjudiciables

[164] Comme notre Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Bedford*, à l’étape finale de l’analyse fondée sur l’article premier, le tribunal soupèse l’effet préjudiciable de la disposition et son effet bénéfique en fonction de la réalisation de l’objectif de la loi dans l’intérêt public supérieur. L’effet est apprécié sur les plans qualitatif et quantitatif. Comme pour les étapes précédentes de l’analyse de la justification, il incombe toujours à l’État de démontrer que les violations sont justifiées eu égard aux objectifs du Parlement. La Couronne est bien placée pour présenter une preuve relevant des sciences humaines ainsi que le témoignage d’experts qui justifient les répercussions de la disposition sur l’ensemble de la société (*Bedford*, par. 126). En fin de compte, le tribunal détermine si les violations de la *Charte* résultant de l’intervention de l’État constituent un prix trop élevé à payer par rapport aux avantages que comporte la loi.

[165] À mon humble avis, la Couronne ne s’est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer que l’art. 33.1 procure de manière équitable les avantages suggérés par la preuve. La Couronne signale

partner violence, with the implication that such gendered violence will go undeterred in the absence of s. 33.1. I accept that such violence exists in the severe magnitude described by the Crown. But even the current common law precludes an accused from relying on voluntary intoxication as a complete answer to crime in a broad sweep of instances of intoxicated violence. It is not the case that in the absence of what amounts to a rule of absolute liability in s. 33.1 such violence will go unpunished or undeterred. Rather, in relation to the evidence presented by the Crown, in the absence of s. 33.1, the benefits tied to accountability and protection will continue to be met, to a not unmeaningful extent, through the application of common law rules which prevent the defence of intoxication including to general intent crimes of violence. This would be truer still if a more fairly crafted rule than s. 33.1 was enacted by Parliament.

[166] The limits imposed on the most fundamental *Charter* rights in our system of criminal justice outweigh societal benefits that are already in part realized, and which Parliament can advance through other means. The weight to be accorded to the principles of fundamental justice and the presumption of innocence cannot be ignored here. In *Oakes*, Dickson C.J. explained that different rights and freedoms carry different weight: “Some limits on rights and freedoms protected by the *Charter* will be more serious than others in terms of the nature of the right or freedom violated, the extent of the violation, and the degree to which the measures which impose the limit trench upon the integral principles of a free and democratic society” (pp. 139-40). Some rights, such as the protections in ss. 7 and 11(d), will not be easily outweighed by collective interests under s. 1. That is the case here, as s. 33.1 trenches on fundamental principles at the very core of our criminal law system, including the presumption of innocence upon which the fairness of the system itself depends. Section 33.1 creates a liability regime that disregards principles meant to protect the innocent, and communicates the message that securing a conviction is more important than respecting basic principles of justice. Balancing the salutary and deleterious effects of the law, I

qu’il y a de nombreux cas de violence sexuelle et de violence entre partenaires intimes, laissant entendre que l’on ne dissuadera pas les auteurs de ces actes de violence fondée sur le genre si l’on supprime l’art. 33.1. Je reconnais l’ampleur de ce phénomène que décrit la Couronne. Mais même la common law empêche pour le moment l’accusé d’invoquer son intoxication volontaire comme défense complète dans un large éventail d’actes de violence commis en état d’intoxication. Il est faux de dire que, sans une disposition qui équivaut à une règle de responsabilité absolue à l’art. 33.1, ce type de violence se poursuivra en toute impunité ou sans dissuasion. Au contraire, selon la preuve présentée par la Couronne, sans l’art. 33.1, les avantages liés à la responsabilisation et à la protection seront protégés, dans une mesure non négligeable, par l’application des règles de common law qui empêchent la défense d’intoxication, y compris dans le cas des crimes de violence d’intention générale. Cela serait encore plus vrai si le Parlement adoptait une règle plus équitable que l’art. 33.1.

[166] Les limites imposées aux droits les plus fondamentaux de la *Charte* dans notre système de justice criminelle l’emportent sur les avantages pour la société qui sont déjà en partie réalisés et que le Parlement peut promouvoir par d’autres moyens. On ne saurait ignorer ici l’importance qu’il convient d’attribuer aux principes de justice fondamentale et à la présomption d’innocence. Dans l’arrêt *Oakes*, le juge en chef Dickson a expliqué que les droits et libertés n’ont pas tous la même importance : « La gravité des restrictions apportées aux droits et libertés garantis par la *Charte* variera en fonction de la nature du droit ou de la liberté faisant l’objet d’une atteinte, de l’ampleur de l’atteinte et du degré d’incompatibilité des mesures restrictives avec les principes inhérents à une société libre et démocratique » (p. 139-140). Certains droits, comme les protections offertes par l’art. 7 et l’al. 11d), ne seront pas aisément supplantés par les intérêts de la collectivité visés par l’article premier. C’est le cas en l’espèce, puisque l’art. 33.1 porte atteinte à des principes fondamentaux qui sont au cœur même de notre système de droit pénal, notamment la présomption d’innocence dont dépend l’équité du système lui-même. L’article 33.1 crée un régime de responsabilité qui ne tient pas compte des principes destinés à protéger les innocents, et il

respectfully conclude that the impact on the principles of fundamental justice is disproportionate to its overarching public benefits. For these reasons, the limits s. 33.1 places on ss. 7 and 11(d) of the *Charter* cannot be justified in a free and democratic society.

VI. Conclusion

[167] I would answer the constitutional questions as follows: s. 33.1 of the *Criminal Code* infringes ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and the infringements are not justified under s. 1 of the *Charter*. I would allow Mr. Brown's appeal. Section 33.1 should be declared unconstitutional and of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The trial judge concluded in this case, based on the evidence brought before her by the defence, that Mr. Brown was in a state of extreme intoxication akin to automatism. That finding was not challenged on appeal. His acquittal on the count of break and enter and committing aggravated assault was wrongly set aside because the Court of Appeal erred in deciding that s. 33.1 is constitutional. As a result, I would restore Mr. Brown's acquittal.

[168] The judgment of the Court of Appeal should be set aside. The acquittal entered by Hollins J. on the count of unlawful break and enter of a dwelling house and committing aggravated assault therein should be restored; the acquittal for unlawful break and enter of a dwelling house and committing mischief to property over \$5,000 should be left undisturbed.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Evans & Fagan, Calgary; Greenspan Humphrey Weinstein, Toronto.

envoie le message qu'il est plus important d'obtenir une déclaration de culpabilité que de respecter ces principes de base de la justice. En mettant en balance les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de la disposition en question, je conclus, en toute déférence, que l'impact de cette disposition sur les principes de justice fondamentale est disproportionné par rapport à ses grands avantages d'intérêt public. Pour ces motifs, les limites que l'art. 33.1 impose à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte* ne peuvent se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique.

VI. Dispositif

[167] Je suis d'avis de répondre comme suit aux questions constitutionnelles : l'art. 33.1 du *Code criminel* contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*, et les contraventions ne sont pas justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi formé par M. Brown. L'article 33.1 doit être déclaré inconstitutionnel et inopérant par application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La juge du procès a conclu en l'espèce, sur la foi de la preuve présentée devant elle par la défense, que M. Brown était dans un état d'intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme. Cette conclusion n'a pas été contestée en appel. Son acquittement relatif au chef d'accusation d'entrée par effraction et de voies de fait graves a été annulé à tort parce que la Cour d'appel a fait erreur en jugeant l'art. 33.1 constitutionnel. Je rétablirais donc l'acquittement de M. Brown.

[168] Le jugement de la Cour d'appel doit être annulé. L'acquittement prononcé par la juge Hollins relativement au chef d'accusation d'entrée par effraction dans une maison d'habitation et d'y avoir commis des voies de fait graves doit être rétabli; l'acquittement relatif à l'accusation d'entrée par effraction dans une maison d'habitation et d'avoir commis un méfait à l'égard d'un bien de plus 5 000 \$ ne doit pas être modifié.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Evans & Fagan, Calgary; Greenspan Humphrey Weinstein, Toronto.

Solicitor for the respondent: Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

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

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Kapoor Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Kapoor Barristers, Toronto.

Solicitors for the intervener the Empowerment Council: Martell Defence, Toronto; Anita Szigeti Advocates, Toronto; McKay Ferg, Calgary.

Procureurs de l'intervenant Empowerment Council : Martell Defence, Toronto; Anita Szigeti Advocates, Toronto; McKay Ferg, Calgary.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Rosen & Company Barristers, Toronto; Neubauer Law, Oshawa.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Rosen & Company Barristers, Toronto; Neubauer Law, Oshawa.

Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund Inc.: WeirFoulds, Toronto; Megan Stephens Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes : WeirFoulds, Toronto; Megan Stephens Law, Toronto.



Please see in particular para. 29

SUPREME COURT OF CANADA

CITATION: **R. v. Brunelle, 2024**
SCC 3

APPEAL HEARD: February 8, 2023
JUDGMENT RENDERED: January
26, 2024
DOCKET: 39917

BETWEEN:

**Daniel Brunelle, Siobol Chounlamountry, Simon Girard, Frédéric Thompson,
Jonathan Verret-Casaubon, Jérémie Béliveau-Laliberté, Bernard Mailhot,
Alexandre Bouchard, Yves Fernand Buonora, Denis Bilodeau, Carl Chevarie,
Terrence Willard, Keven Faucher, Guillaume Fleurent, Éric Guerrier, Danny
Guilbeault, Tammy Lamontagne, Olivier Lamothe, André Lauzier, Ambrose
Mahoney, Yannick Manseau-Dufresne, Maxime Ménard, Louis-Philippe Noël,
Éric Normandin, Robin Roy, Gail Denise Caron, Jérôme Fleury, Henry
Bergeron, Alexandre Livernois-Grenier, Laurent Michel and Shanny Plante**
Appellants

and

His Majesty The King
Respondent

- and -

**Director of Public Prosecutions, Attorney General of Ontario, Attorney
General of Quebec, Attorney General of British Columbia, Attorney General
of Alberta, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association québécoise
des avocats et avocates de la défense and Association des avocats de la défense
de Montréal-Laval-Longueuil**
Interveniers

OFFICIAL ENGLISH TRANSLATION: Reasons of O'Bonsawin J.

CORAM: Wagner C.J. and Karakatsanis, Rowe, Martin, Kasirer, Jamal and O’Bonsawin JJ.

REASONS FOR JUDGMENT: (paras. 1 to 124) O’Bonsawin J. (Wagner C.J. and Karakatsanis, Martin, Kasirer and Jamal JJ. concurring)

CONCURRING REASONS: (paras. 125 to 130) Rowe J.

NOTE: This document is subject to editorial revision before its reproduction in final form in the *Canada Supreme Court Reports*.

**Daniel Brunelle, Siobol Chounlamountry, Simon Girard,
Frédéric Thompson, Jonathan Verret-Casabon,
Jérémy Béliveau-Laliberté, Bernard Mailhot, Alexandre Bouchard,
Yves Fernand Buonora, Denis Bilodeau, Carl Chevarie,
Terrence Willard, Keven Faucher, Guillaume Fleurent,
Éric Guerrier, Danny Guilbeault, Tammy Lamontagne,
Olivier Lamothe, André Lauzier, Ambrose Mahoney,
Yannick Manseau-Dufresne, Maxime Ménard, Louis-Philippe Noël,
Éric Normandin, Robin Roy, Gail Denise Caron, Jérôme Fleury,
Henry Bergeron, Alexandre Livernois-Grenier,
Laurent Michel and Shanny Plante**

Appellants

v.

His Majesty The King

Respondent

and

**Director of Public Prosecutions,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General of Alberta,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Association québécoise des avocats et avocates de la défense and
Association des avocats de la défense de Montréal-Laval-Longueuil**

Intervenors

Indexed as: R. v. Brunelle

2024 SCC 3

File No.: 39917.

2023: February 8; 2024: January 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Stay of proceedings — Abuse of process — Residual category — Standing — Some 30 persons arrested during large-scale police operation — Accused persons filing motion for stay of proceedings on basis that police investigation and operation were vitiated by abuse of process in residual category resulting from accumulation of infringements of their constitutional rights, even though several of them were not victims of any of these infringements — First instance judge granting stay of proceedings but Court of Appeal setting it aside — Whether all accused had standing to seek stay of proceedings — Whether first instance judge erred in finding abuse of process in residual category and in entering stay of proceedings for all accused — Analytical framework that applies where allegation of abuse of process in residual category is based on infringement of other constitutional rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).

During a large-scale police operation arising out of an investigation into allegations of organized narcotics trafficking, 31 persons were arrested. They were divided into four different groups for separate trials. The accused in group 1, who were to be tried first, filed a motion for a stay of proceedings under s. 24(1) of the *Charter*

on the basis that the police investigation and operation that led to the court proceedings against them were vitiated by an abuse of process. Specifically, they alleged that an accumulation of infringements of their constitutional rights under ss. 8 and 10(b) of the *Charter* met the threshold for establishing an abuse of process in the residual category for all of them, even though several of them were not the victims of any of these infringements. The accused in groups 2, 3 and 4 filed motions similar to the one filed by group 1.

The first instance judge entered a stay of proceedings for all of the accused in group 1. He held that the police practice of postponing the exercise by the accused of the right to retain and instruct counsel without delay until they were taken to the police station infringed the right of all of the accused in that group under s. 10(b) of the *Charter*. Relying on the cumulative effect of these infringements, which he considered to be the most serious ones, and other infringements and violations of the prescribed procedures, the judge held that there had been an abuse of process in the residual category. Groups 2, 3 and 4 and the Crown agreed that the decision rendered with respect to group 1 was applicable to those groups, and a stay of proceedings was also entered for them. The Court of Appeal allowed the Crown's appeals, set aside the two judgments and ordered that a new trial be held, including a new hearing on the motion, on the ground that some of the accused did not have standing to obtain a stay of proceedings and that the first instance judge had failed to determine whether each accused's s. 10(b) right had been infringed before finding an abuse of process under s. 7. The accused appeal to the Court.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Karakatsanis, Martin, Kasirer, Jamal and O'Bonsawin JJ.: It is appropriate to hold a new trial for group 1 and for groups 2, 3 and 4, including new hearings on the motions for a stay of proceedings. All of the accused had standing to apply for a stay of proceedings under s. 24(1) of the *Charter* even though some of them were not the victims of any of the infringements constituting the alleged abuse of process or of any breach of trial fairness. However, the first instance judge erred in failing to determine whether each accused's right under s. 10(b) of the *Charter* had been infringed, a determination that had to be made in order to decide whether the allegation of abuse of process in the residual category was well founded. The first instance judge also erred in entering a stay of proceedings for all of the accused without first considering whether there were less drastic remedies that could have fully redressed the prejudice to the integrity of the justice system that he thought he had identified.

Two types of state conduct meet the threshold for establishing abuse of process: conduct that compromises trial fairness ("main category") and conduct that, without necessarily threatening the fairness of the accused's trial, nevertheless undermines the integrity of the justice system ("residual category"). Abuse of process in the main category engages the *Charter* provisions aimed at protecting trial fairness for accused persons, namely ss. 8 to 14 of the *Charter*, as well as the principles of fundamental justice set out in s. 7. Abuse of process in the residual category, on the

other hand, engages only the principles of fundamental justice in s. 7 of the *Charter*, which protect accused persons from any state conduct that is unfair or vexatious to such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the justice system, regardless of the impact of the conduct on the accused's other constitutional rights or on the fairness of their trial. When abuse of process is found in either category and a *Charter* guarantee has been infringed, s. 24(1) of the *Charter* gives a court of competent jurisdiction the power to grant such remedy as it considers appropriate and just in the circumstances. A stay of proceedings will be ordered only where the situation meets the high threshold of being one of the clearest of cases. This requires three conditions to be met: (1) there must be prejudice to the accused's right to a fair trial or to the integrity of the justice system that will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial or by its outcome; (2) there must be no alternative remedy capable of redressing the prejudice; (3) where there is still uncertainty over whether a stay of proceedings is warranted after steps 1 and 2, the court is required to balance the interests in favour of granting a stay against the interest that society has in having a final decision on the merits.

An accused has standing to apply for a remedy under s. 24(1), including a stay of proceedings, where the accused's allegations set out the essential elements that will have to be shown in order to establish that one of their *Charter* rights has been infringed. The existence of directly personal prejudice is not one of the essential elements that must be shown to establish an infringement of the s. 7 right on the basis of an abuse of process in the residual category. Impairment of the accused's other rights

or of the fairness of their trial, although relevant, is not determinative, because the type of prejudice addressed by the principles of fundamental justice in s. 7 goes well beyond personal prejudice; all that must be found is that there is state conduct with repercussions on a larger scale, that is, conduct that causes prejudice to the integrity of the justice system in the eyes of society.

However, for a court to find that an accused's s. 7 right has been infringed as a result of an abuse of process in the residual category, there must be a sufficient causal connection between the abusive conduct and the proceedings against the accused. This connection will be considered sufficient where the criminal proceedings against the accused are tainted by the abusive conduct, which will be the case where abusive conduct occurred in the course of the investigation or police operation targeting the accused or the criminal proceedings against them. This requirement is consistent with the purpose of the doctrine of abuse of process in the residual category, which is to enable courts to protect the integrity of the justice system by dissociating themselves from state conduct that constitutes an abuse of the judicial process. It is also consistent with the applicable framework for granting a stay of proceedings under s. 24(1), whose three cumulative conditions allow for the screening of applications for stays of proceedings to ensure that this remedy is available only in the clearest of cases, which excludes cases in which the proceedings against the accused are not already tainted by abusive conduct.

When an infringement of s. 7 of the *Charter* is alleged together with an infringement of one or more procedural guarantees, the order of priority that a court should follow will depend on the factual record, on the nature of the *Charter* rights at play and on how they intersect. In the abuse of process context, both s. 7 and the specific procedural guarantees in ss. 8 to 14 of the *Charter* are intended to protect individuals from conduct that is vexatious to such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the justice system. Section 7 plays a role complementary to that of ss. 8 to 14 by providing residual protection against abuse of process that goes beyond the protection offered by the specific guarantees in ss. 8 to 14. It is therefore not uncommon for s. 7 of the *Charter* to be invoked at the same time as one or more other procedural guarantees. Indeed, abusive state conduct may take all sorts of forms, and abuse of process in the residual category can be based on an accumulation of incidents or state misconduct. Furthermore, there is no reason why such incidents or misconduct cannot take the form of infringements of a procedural *Charter* guarantee and, consequently, why the alleged abuse of process cannot result from an accumulation of infringements of one or more guarantees. It follows that the frameworks for analyzing s. 7 and ss. 8 to 14 can coexist, and it is entirely appropriate to use the framework developed for the purposes of s. 7 to analyze any accumulation of infringements of one or more procedural guarantees in order to determine whether the infringements as a whole meet the threshold for establishing abuse of process, that is, prejudice to the integrity of the justice system. Of course, the framework applicable to each of these guarantees will remain relevant in determining whether the infringements making up the accumulation of infringements

actually occurred. In fact, this determination will logically have to be made before the court decides whether there has been an abuse of process in the residual category.

In this case, each of the accused has standing to apply for a remedy under s. 24(1) of the *Charter*, since all of them assert that they were directly targeted by the police investigation and operation that resulted in the alleged abusive conduct. The abuse of process alleged by the accused results from an accumulation of infringements of rights guaranteed by ss. 8 and 10(b) of the *Charter* that reflects a situation of blatant disregard for their rights by the police. In these circumstances, the framework developed for the purposes of s. 7 of the *Charter* for analyzing abuse of process in the residual category should be adopted to determine whether the alleged infringements as a whole meet the threshold for establishing abuse of process. However, this exercise makes it necessary to apply the framework for each of the provisions at issue, ss. 8 and 10(b), to determine whether the allegations of infringements are well founded. Once each of the alleged infringements has been examined, it will then be possible to determine whether all of the infringements, considered together, amount to conduct that is vexatious to such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the justice system.

The first instance judge in this case erred in law in finding that the allegations that the s. 10(b) right to retain and instruct counsel without delay had been infringed were well founded with respect to all of the accused in group 1 solely on the basis of the police practice of systematically postponing the exercise of this right

without first considering the particular circumstances of each arrest. The first instance judge had to correctly apply the s. 10(b) framework in relation to each of the accused and draw the necessary conclusions, which he did not do. This error on its own justifies holding a new hearing on the motion for a stay of proceedings for group 1, because the first instance judge's conclusion that the right of the accused to retain and instruct counsel without delay had been infringed was an essential underpinning of his ultimate conclusion that the s. 7 right of the accused in group 1 had been infringed as a result of an abuse of process in the residual category. Since the fate of the accused in groups 2, 3 and 4 depends on the fate of those in group 1, new hearings must also be held on the motion for a stay of proceedings for groups 2, 3 and 4.

Lastly, the first instance judge erred in entering a stay of proceedings for all of the accused without considering less drastic remedies for each of them. The three conditions that must be met for a stay of proceedings to be granted are cumulative, and none of them is optional. The judge failed to ensure that the second condition was met in this case.

Per Rowe J.: There is agreement with the majority as to the result and in large measure as to its statement of the law and its application of the law in the instant case. However, greater clarity is warranted with respect to the methodology to be used when an accused seeks a stay of proceedings under s. 24(1) of the *Charter* for alleged infringements of their rights protected under ss. 8 to 14 and also seeks a stay under s. 24(1) for abuse of process under s. 7. Courts should apply a consistent approach to

the analysis where s. 7 and ss. 8 to 14 of the *Charter* are relied on by an accused in order to obtain a stay of proceedings. The appropriate order of operations is as follows: where a right under ss. 8 to 14 is relied on, along with s. 7, reviewing courts should address the specific right first, including (if necessary) under s. 1; and if there is no infringement of the specific right, or if the infringement is justified under s. 1, only then should reviewing courts have regard to s. 7, and, if necessary, s. 1 once again.

Cases Cited

By O'Bonsawin J.

Considered: *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Castro*, 2001 BCCA 507, 47 C.R. (5th) 391; *R. v. Taylor*, 2014 SCC 50, [2014] 2 S.C.R. 495; **referred to:** *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566; *Brind'Amour v. R.*, 2014 QCCA 33; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; *Brunette v. Legault Joly Thiffault, s.e.n.c.r.l.*, 2018 SCC 55, [2018] 3 S.C.R. 481; *R. v. Albashir*, 2021 SCC 48; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R.L. Crain Inc. v. Couture* (1983), 6 D.L.R. (4th) 478; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *R. v.*

Conway, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. J.J.*, 2022 SCC 28; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. McColman*, 2023 SCC 8; *R. v. Bellusci*, 2012 SCC 44, [2012] 2 S.C.R. 509; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Martel*, C.Q. Trois-Rivières, Nos. 400-01-064968-118, 400-01-064969-116, 400-01-064970-114, January 27, 2016; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579.

By Rowe J.

Referred to: *R. v. J.J.*, 2022 SCC 28; *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Gagnéux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *R. v. Pan*, 2001 SCC 42, [2001] 2 S.C.R. 344; *R. v. Cawthorne*, 2016 SCC 32, [2016] 1 S.C.R. 983; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16,

[2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. MacDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 305.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8 to 14, 24.

Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 487(2) [repl. c. 25, s. 191], 487.01.

Authors Cited

Bachand, Frédéric. “Le droit d’agir en justice” (2020), 66 *McGill L.J.* 109.

Cromwell, Thomas A. *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada*. Toronto: Carswell, 1986.

Paciocco, David M. “The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept” (1991), 15 *Crim. L.J.* 315.

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated October 2023, release 2).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Thibault, Hogue and Beaupré JJ.A.), 2021 QCCA 1317, 75 C.R. (7th) 74, [2021] AZ-51792396, [2021] J.Q. n° 10437 (Lexis), 2021 CarswellQue 13674 (WL), setting aside the stays of proceedings entered by Dumas J., 2019 QCCS 6006, [2019] AZ-51792549, [2019] J.Q. n° 28228 (Lexis), 2019 CarswellQue 18981 (WL), and 2018 QCCS 6155, [2018] AZ-51792548, [2018] J.Q. n° 23911 (Lexis), 2018 CarswellQue 20267 (WL), and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Tristan Desjardins and Michel Lebrun, for the appellants.

Nicolas Abran, Pauline Lachance, Benoit Larouche and Julien Beauchamp-Laliberté, for the respondent.

Mathieu Stanton and Éric Marcoux, for the intervener the Director of Public Prosecutions.

Holly Loubert and Vallery Bayly, for the intervener the Attorney General of Ontario.

François Hénault and Catheryne Bélanger, for the intervener Attorney General of Quebec.

Micah B. Rankin and Rome Carot, for the intervener Attorney General of British Columbia.

Andrew Barg, for the intervener Attorney General of Alberta.

Andrew Burgess, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Ariane Gagnon-Rocque and Maude Cloutier, for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Molly Krishtalka, Alexandra Belley-McKinnon and Geoffroy Huet, for the
intervener Association des avocats de la défense de Montréal-Laval-Longueuil.

English version of the judgment of Wagner C.J. and Karakatsanis, Martin,
Kasirer, Jamal and O’Bonsawin JJ. delivered by

O’BONSAWIN J. —

I. Overview

[1] The courts have a duty to protect the integrity of the justice system by dissociating themselves from state conduct that constitutes an abuse of the judicial process. This type of abusive conduct may take all sorts of forms. In this case, the alleged abuse of process is unusual in that it results from an accumulation of infringements of the rights guaranteed by ss. 8 and 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, infringements of which several but not all of the 31 appellants were the victims. These infringements allegedly occurred in the course of a large-scale police investigation and operation known as [TRANSLATION] “Project Nandou” that led to the arrest of the 31 appellants.

[2] The unusual nature of the alleged abuse of process raises two main questions. The first relates to the standing of the appellants who, for one reason or another, were not the victims of any of the infringements constituting the abuse or of any breach of trial fairness. In the absence of any personal prejudice, it must be asked

whether these appellants were entitled to apply for a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

[3] The Superior Court answered this question in the affirmative and, after finding that there had been an abuse of process in the residual category under s. 7 of the *Charter*, entered a stay of proceedings for all of the appellants under s. 24(1). On appeal, the Quebec Court of Appeal ordered a new trial for all of the appellants on the ground that the Superior Court had failed to ascertain whether each of them had standing to obtain a stay of proceedings. The Court of Appeal was of the view that if the Superior Court had done so, it would have concluded that some appellants did not have standing to obtain a remedy under s. 24(1).

[4] The Court of Appeal was also of the view that ascertaining the appellants' standing required the Superior Court to determine whether each appellant's right under s. 10(b) of the *Charter* had been infringed, which it had not done. Moreover, standing had to be ascertained before the Superior Court considered whether there had been an abuse of process in the residual category under s. 7. This layering of analytical frameworks raises the second main question in this appeal: What approach should a court take in determining whether there has been an abuse of process in the residual category that, while falling under s. 7 of the *Charter*, nonetheless results from an accumulation of infringements of other *Charter* rights? Indeed, what needs to be considered is how to reconcile the relevant frameworks, that is, the s. 7 framework and the frameworks for ss. 8 and 10(b) of the *Charter*.

[5] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal, partly for the reasons given by the Court of Appeal. Unlike that court, I am of the view that all of the appellants have standing to apply for a remedy under s. 24(1) of the *Charter* even though some of them were not the victims of any of the infringements constituting the alleged abuse of process or of any breach of trial fairness. However, I agree with the Court of Appeal that the Superior Court had to determine whether each appellant's right under s. 10(b) of the *Charter* had been infringed and that it failed to do so, thereby committing a reviewable error. In light of the appellants' arguments, that determination had to be made in order to decide whether the infringements as a whole met the threshold for abuse of process in the residual category. This is therefore a situation in which the frameworks for ss. 8 and 10(b) of the *Charter* are complementary to the s. 7 framework. Finally, I am of the view that the Superior Court also erred in entering a stay of proceedings for all of the appellants without first considering less drastic remedies that could have fully redressed the prejudice to the integrity of the justice system that it thought it had identified. These errors justify holding new trials, including new hearings on the appellants' motion for a stay of proceedings and for the exclusion of evidence.

II. Factual Background

[6] The police operation at the centre of this appeal arose out of an investigation known as "Project Nandou" that began in November 2014 in the districts

of Trois-Rivières, Québec and Chicoutimi. The investigation concerned allegations of organized trafficking in narcotics, mainly cannabis.

[7] At the end of the investigation, on March 29, 2016, a first information was laid against the majority of the appellants. It charged them with having committed various indictable offences related to production of and trafficking in narcotics. Some of the appellants were also charged with criminal organization offences. After the information was laid, a number of arrest and search warrants were issued.

[8] A large-scale police operation was planned. More than 250 police officers were to take part in it. A preparatory meeting, led by Detective Toussaint, was organized to arrange how the operation would unfold. During that meeting, the detective reiterated the importance of respecting the right of those arrested to retain and instruct counsel without delay as guaranteed by s. 10(b) of the *Charter*. However, he gave no indication of when the exercise of that right should be facilitated. He said he had assumed that the arresting officers knew the rules and would know when to do so.

[9] The operation got under way the morning of March 31, 2016, shortly before 7:00 a.m. The 31 appellants were almost all arrested at their residences in the first few minutes of the operation. The others were arrested at various locations later the same day or during the days that followed.

[10] All of the appellants acknowledge that they were informed of their right to retain and instruct counsel without delay at the time they were arrested. However, the

evidence shows that they did not all respond in the same way: many indicated a desire to exercise their right as soon as they were informed of it, some did not ask to exercise their right until they were at the police station, and the others said that they did not wish to retain and instruct counsel or that they had already done so.

[11] In the end, out of the appellants who were arrested the morning of March 31, 2016, and who indicated a desire to immediately exercise their right to retain and instruct counsel without delay, only one was given an opportunity to do so while in the police vehicle. The others had to wait until they arrived at the police station. The time between being arrested and being given an opportunity to contact counsel ranged from 23 minutes to 1 hour and 6 minutes, depending on the case. No one was questioned during that time. It should also be noted that one of the appellants arrested later in the day or during the days that followed surrendered himself to the authorities at the courthouse while accompanied by his lawyer and that another of them was arrested at the airport, where he retained and instructed counsel.

[12] In the course of the Project Nandou investigation, the police obtained a number of warrants under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. Most of the warrants were authorized in the district of Trois-Rivières, but some were executed in another judicial district without being endorsed in that district.

[13] Forty-four of the warrants obtained were general warrants authorized under s. 487.01 of the *Criminal Code*, and 40 of them required the police to give notice of a

covert search to the persons concerned before the date specified in the warrant. Twenty of those warrants were executed, but no notice was given for any of them by the specified date.

[14] Following a preliminary inquiry, the 31 appellants were ordered to stand trial and later divided into 4 different groups for separate trials. On March 16, 2018, the seven appellants in group 1, who were to be tried first, filed a motion for a stay of proceedings and for the exclusion of evidence with the Superior Court. The motion contained several allegations relating to the police investigation and operation that had led to them being arrested and charged, three of which remain relevant in this appeal:

- (i) failure to facilitate the requested access to counsel at the first reasonably available opportunity during the police operation on March 31, 2016, which allegedly resulted in the infringement of the right to retain and instruct counsel without delay guaranteed by s. 10(b) of the *Charter*;
- (ii) failure to give notice of a covert search within the allotted time, which allegedly resulted in the infringement of the right to be secure against unreasonable search or seizure guaranteed by s. 8 of the *Charter*;
- (iii) execution of search warrants outside the judicial district of the authorizing justices without the warrants being endorsed within the

meaning of the former s. 487(2) of the *Criminal Code*, which also allegedly resulted in the infringement of the right to be secure against unreasonable search or seizure guaranteed by s. 8 of the *Charter*.

[15] During the hearing on their motion, the appellants in group 1 alleged that the accumulation of these infringements, some of them planned and intended by the police, reflected a situation of blatant disregard for their rights, met the threshold for establishing abuse of process and left the court with no choice but to stay the proceedings against each of them. That being said, the appellants did not focus on the breaches of trial fairness which would have resulted from the infringements, and they acknowledged that some of the infringements affected only part of the group and could not justify a stay of proceedings on their own.

III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court, 2018 QCCS 6155 (Dumas J.)*

[16] On August 27, 2018, the Superior Court judge granted the motion brought by the appellants in group 1 and stayed the proceedings against them. Dealing with the right to retain and instruct counsel without delay, the Superior Court judge found from the evidence that when an appellant indicated a desire to contact counsel, [TRANSLATION] “the systematic reply was that this would be done later” at the police station (para. 75 (CanLII)), even though there was no evidence that the police had examined the situation before postponing the exercise of the right to counsel. In the

judge's view, that practice infringed the right of all of the appellants in group 1 to retain and instruct counsel without delay because it [TRANSLATION] "amounts to a reverse onus" (para. 84; see also para. 196): the police officers should have assessed whether the immediate exercise of the appellants' right to counsel was feasible as soon as the appellants asked to exercise it, and not only when they insisted on exercising it at the scene.

[17] He added that while police officers do not have to allow a person under arrest to use a seized telephone and are not required to provide their own cell phones, there is no reason why they cannot be equipped with inexpensive cell phones to lend to such persons.

[18] The Superior Court judge then considered the failure by the police to give notice of a covert search within the allotted time. He rejected the Crown's argument that the disclosure of evidence could substitute for the notice of a covert search required in the warrants, finding rather that this position amounted to saying that [TRANSLATION] "despite a specific order by a justice, no notice of a covert search will be given if the search does not yield concrete results and the person is not charged" (para. 131). In his view, this position arose from [TRANSLATION] "institutional laxity" (para. 131).

[19] With regard to the warrants authorized in the judicial district of Trois-Rivières and executed in other districts, the Superior Court judge held that they should have been endorsed in those other judicial districts before being executed. If this had been the only infringement shown, he would have found that it was an error

made in good faith, but in the circumstances it had to be added to the other breaches already identified.

[20] Relying on the cumulative effect of these infringements and violations of the prescribed procedures, the most serious of which were the infringements relating to the right to retain and instruct counsel without delay, the Superior Court judge held that there had been an abuse of process in the residual category. He found that the case involved a [TRANSLATION] “systemic and persistent problem” and infringements that could bring the administration of justice into disrepute (paras. 216 and 219), which were so extreme that they justified entering a stay of proceedings for the seven appellants in group 1. In his opinion, continuing the proceedings would perpetuate the prejudice to the integrity of the justice system caused by the abuse and would encourage the police to carry on acting as they had in this case.

B. *Quebec Superior Court, 2019 QCCS 6006 (Dumas J.)*

[21] On September 5 and 6, 2018, the other three groups of appellants (groups 2, 3 and 4) filed motions similar to the one filed by group 1. After conferring with one another, the appellants in groups 2, 3 and 4 and the Crown consented to the evidence and arguments on group 1’s motion being entered for the hearing on the motions brought by groups 2, 3 and 4. Without waiving their right to appeal, those parties also agreed that the decision regarding group 1 was applicable to groups 2, 3 and 4.

[22] For the reasons given in the judgment rendered with respect to group 1 on August 27, 2018, and in light of the admissions made by the parties at the hearing, the Superior Court judge stayed the proceedings against the appellants in groups 2, 3 and 4 on May 7, 2019.

C. *Quebec Court of Appeal, 2021 QCCA 1317, 75 C.R. (7th) 74 (Thibault, Hogue and Beaupré JJ.A.)*

[23] On September 3, 2021, the Court of Appeal allowed the appeals, set aside the two judgments rendered by the Superior Court and ordered that a new trial be held, including a new hearing on the motion for a stay of proceedings and for the exclusion of evidence, before a different judge. In its analysis, the Court of Appeal began by noting that because the rules on standing (it used the French term “*qualité pour agir*”) (para. 55) provide that a remedy can be granted only to a person whose own constitutional rights have been infringed, it was therefore necessary to assess the situation of each appellant on a case-by-case basis. The Court of Appeal found that the Superior Court judge had erred in adopting an approach that led him to enter a stay of proceedings for all of the appellants without first assessing whether the right to retain and instruct counsel without delay guaranteed to each of them by s. 10(b) of the *Charter* had been infringed. It also noted that some of the appellants had said that they did not wish to speak to counsel after being informed of their right, while others had had an opportunity to do so immediately after being arrested.

[24] The Court of Appeal also identified several errors of law in the analysis of the “implementational” component of the right to retain and instruct counsel without delay and held that the Superior Court judge had erred by imposing a more onerous duty on the police than the law imposed on them.

[25] Finally, turning to the remedy granted, the Court of Appeal held that the Superior Court judge had erred in failing to consider less drastic remedies that could have sufficed to redress the abuse of process he had found in this case.

IV. Issues

[26] The resolution of the appeal requires an answer to the following four questions:

A. Did the appellants all have standing to apply for a remedy under s. 24(1) of the *Charter*?

B. Did the Superior Court judge err in finding that there had been an abuse of process in the residual category?

C. Did the Superior Court judge err in entering a stay of proceedings for all of the appellants?

D. Could the Crown raise, before the Court of Appeal, the Superior Court judge's failure to consider the particular circumstances of the arrest of each appellant in groups 2, 3 and 4 after consenting to judgment?

In my view, the four questions must be answered in the affirmative.

V. Analysis

[27] The law on abuse of process is well settled. The “key point” is that abuse of process “refers to Crown conduct that is egregious and seriously compromises trial fairness and/or the integrity of the justice system” (*R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at para. 50). As the preceding passage suggests, two types of state conduct meet the threshold for establishing abuse of process: conduct that compromises trial fairness (“main category”) and conduct that, without necessarily threatening the fairness of the accused’s trial, nevertheless undermines the integrity of the justice system (“residual category”) (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at para. 89; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 55; *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566, at para. 36; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 31; see also *Brind’Amour v. R.*, 2014 QCCA 33, at para. 53).

[28] While there is no actual “right against abuse of process” in the *Charter*, different guarantees will be engaged depending on the circumstances (*R. v. O’Connor*,

[1995] 4 S.C.R. 411, at para. 73). Abuse of process in the main category engages the *Charter* provisions aimed primarily at protecting trial fairness for accused persons, namely ss. 8 to 14, as well as the principles of fundamental justice set out in s. 7. Abuse of process in the residual category, on the other hand, engages only the principles of fundamental justice in s. 7, which protect accused persons from any state conduct that, while not caught by ss. 8 to 14, is nevertheless unfair or vexatious to such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the justice system (*O'Connor*, at para. 73; *Tobiass*, at para. 89; *Regan*, at para. 50; *Nixon*, at para. 41; *Babos*, at para. 31).

[29] When abuse of process is found in either category and a *Charter* guarantee has been infringed, s. 24(1) of the *Charter* gives a court of competent jurisdiction the power to grant “such remedy as [it] considers appropriate and just in the circumstances”. A wide range of remedies is available to the court (see, e.g., *O'Connor*, at para. 77). However, a stay of proceedings is by far the remedy most sought by victims of abuse of process. Since it has been characterized as the “ultimate remedy” (*Tobiass*, at para. 86), a stay of proceedings will be ordered only where the situation meets the high threshold of being one of the “clearest of cases” (*O'Connor*, at para. 69). This requires three conditions to be met:

- (1) there must be prejudice to the accused’s right to a fair trial or to the integrity of the justice system that “will be manifested, perpetuated or

aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome” (*Regan*, at para. 54; *Babos*, at para. 32);

(2) there must be no alternative remedy capable of redressing the prejudice (*Regan*, at para. 54; *Babos*, at para. 32);

(3) where there is still uncertainty over whether a stay of proceedings is warranted after steps 1 and 2, the court is required to balance the interests in favour of granting a stay, such as denouncing misconduct and preserving the integrity of the justice system, against “the interest that society has in having a final decision on the merits” (*Regan*, at para. 57; *Babos*, at para. 32).

[30] This legal framework has been refined by this Court over a period of several decades and has been applied in a variety of circumstances. Even so, this is the first time an appeal to the Court has raised the question of how the law on abuse of process in the residual category applies to a group of accused persons, all of whom apply for a stay of proceedings on the ground that an accumulation of infringements of *Charter* rights, of which several but not all of them were the victims, causes prejudice to the integrity of the justice system.

[31] Indeed, all of the appellants applied for a stay of proceedings under s. 24(1) of the *Charter* on the basis that the police investigation and operation that led to the court proceedings against them were vitiated by an abuse of process in the residual

category. Specifically, they alleged that an accumulation of infringements of their constitutional rights under ss. 8 and 10(b) of the *Charter* met the threshold for establishing an abuse of process in the residual category for all of them, even though several of them were not the victims of any of these infringements or of any breach of trial fairness. This type of allegation raises two main questions.

[32] The first question, focused on by the Crown and the Court of Appeal, relates to the standing of the appellants whose rights under ss. 8 and 10(b) of the *Charter* were not infringed and who were not the victims of any breach of trial fairness. In the absence of any personal prejudice, it must be asked whether these persons have standing to apply for a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

[33] The second question relates to the analytical framework that the Superior Court judge had to apply in determining whether there had been an abuse of process in the residual category that, while falling under s. 7 of the *Charter*, nonetheless resulted from an accumulation of infringements of ss. 8 and 10(b). When several provisions of the *Charter* are invoked together, what needs to be considered is how to reconcile the relevant frameworks, that is, the s. 7 framework and the frameworks for ss. 8 and 10(b) of the *Charter*. After this question has been answered, it will then have to be determined whether the Superior Court judge correctly applied the proper framework before finding that there had been an abuse of process in the residual category.

[34] In addition to these two main questions, the Crown argues that the Superior Court judge erred in entering a stay of proceedings for all of the appellants without

considering less drastic remedies for each of them, and the appellants argue that the Crown was precluded from raising, on appeal, the Superior Court judge's failure to consider the particular circumstances of the arrest of each appellant in groups 2, 3 and 4 after agreeing that the decision rendered with respect to group 1 was applicable to them.

[35] The following sections address these four questions, beginning with standing.

A. *Did the Appellants All Have Standing to Apply for a Remedy Under Section 24(1) of the Charter?*

[36] The appellants submit that they all have standing to apply for a remedy under s. 24(1) of the *Charter* because an accused does not need to have suffered a [TRANSLATION] “directly personal” infringement of a constitutional right in order for their right under s. 7 of the *Charter* to be infringed as a result of an abuse of process in the residual category (A.F., at para. 27). According to them, this category concerns [TRANSLATION] “the prejudice caused to the integrity of the justice system and address[es] the situation in which an accused, without being directly targeted by the abusive conduct or affected by the prejudice resulting from it, is nonetheless the subject of a prosecution involving such conduct” (para. 53). In other words, an accused can in some cases [TRANSLATION] “make an abuse of process claim without having to show that the conduct in question directly affects them” (para. 56). For the purposes of standing, s. 24(1) of the *Charter* requires only [TRANSLATION] “that a person be

charged, or that their right to life, liberty and security of the person otherwise be jeopardized, in a context where oppressive or vexatious state conduct related to the investigation or court proceedings concerning the person impinges on the integrity of the justice system to such a degree that s. 7 of the Charter is infringed” (para. 72).

[37] The Crown, for its part, argues that in order to have standing to apply for a remedy under s. 24(1), an accused must allege a personal infringement of one of their *Charter* rights. An accused who applies for a stay of proceedings on the basis of an abuse of process in the residual category must allege an infringement of their s. 7 right. To be able to do so, the accused does not need to have been personally targeted by the abusive state conduct but must be able to show that the conduct in question had a [TRANSLATION] “sufficient impact” on them (R.F., at para. 72). According to the Crown, the Court of Appeal was therefore correct in stating that the Superior Court judge had erred in failing to look at the situation of each appellant individually, especially with regard to the “implementational” component of the right to counsel. That was the only way to determine whether the abusive conduct had had a sufficient impact on each of them for the purposes of s. 7.

[38] For the reasons that follow, I conclude that all of the appellants had standing to apply for a stay of proceedings under s. 24(1). An accused has standing to apply for a remedy under s. 24(1) where they allege that one of their *Charter* rights has been infringed. The s. 7 right is one of these rights. It protects accused persons from abuse of process in the residual category. This type of abuse of process occurs where

state conduct is unfair or vexatious to such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the justice system, regardless of its impact on the accused's other constitutional rights or on the fairness of their trial.

[39] However, this does not mean that every accused will have standing to apply for a remedy under s. 24(1) of the *Charter* on the basis of any abusive state conduct, no matter what the causal connection between that conduct and the proceedings against them. To have standing, the accused must allege that the abusive conduct tainted the police investigation or operation targeting them or the court proceedings against them. In this case, each of the appellants meets this requirement, since all of them assert that they were directly targeted by the police investigation and operation that resulted in the alleged abusive conduct.

[40] Each of these elements is explained further in the paragraphs that follow. Before discussing them, however, I believe it is important to clear up some terminological confusion.

(1) Confusion Between “*Intérêt Pour Agir*” and “*Qualité Pour Agir*”

[41] In their respective factums, the Crown and the appellants use the French legal terms “*intérêt pour agir*” and “*qualité pour agir*” interchangeably (R.F., at paras. 16-17 and 53-54; A.F., at paras. 67-68). The Court of Appeal seems to have done the same (paras. 45 and 55). It is true that this Court has sometimes used these two terms, or their derivatives, in the same judgment to refer to the same idea, that is, to

what in English is called “standing” or “*locus standi*” (see, e.g., *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607, at pp. 615-18; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, at p. 243; *Brunette v. Legault Joly Thiffault, s.e.n.c.r.l.*, 2018 SCC 55, [2018] 3 S.C.R. 481, at paras. 10-11).

[42] In this case, it is the appellants’ “*intérêt pour agir*” (standing) that is being challenged by the Crown, not the “*qualité*” (capacity) in which they are acting, because each of them is acting in their own name and not in a particular “capacity” for one or more other persons (see, e.g., *Brunette*, at para. 2). Indeed, the Crown is disputing the appellants’ right to “seek particular relief” from a court, namely a stay of proceedings under s. 24(1) of the *Charter*, and to obtain a judgment on the merits of their application seeking this relief (*Finlay*, at p. 635; T. A. Cromwell, *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada* (1986), at pp. 7 and 9). This right is generally reserved to those who have a “sufficient interest” in obtaining the relief sought (*Brunette*, at para. 12). As will be explained more fully below, the “interest” or standing of an accused is considered sufficient for the purposes of an application under s. 24(1) where the accused is alleging an infringement of any of their *Charter* rights.

- (2) Standing Under Section 24(1) of the *Charter* Is Accorded to Accused Persons Alleging That Their Own Rights Have Been Infringed

[43] The starting point in determining whether a person has standing to apply for a remedy under s. 24(1) of the *Charter* is the text of this provision, which reads as follows:

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

[44] The Court has interpreted this text and has found it to mean that a person has standing to apply for a remedy under s. 24(1) where the person is “alleging a violation of their own constitutional rights” (*R. v. Albashir*, 2021 SCC 48, at para. 33; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, at para. 61; see also *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 55; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at p. 619; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 313). In other words, a person’s standing will be considered sufficient only if they are alleging an infringement of any of their *Charter* rights.

[45] Some decisions have suggested, on the basis of a literal interpretation of the text of s. 24, that an accused has standing to apply for a remedy under this provision and to obtain a judgment on the merits of the application only if the accused *establishes* that one of their *Charter* rights has been infringed (see, e.g., *Edwards*, at para. 45(1.) and (3.)). That interpretation conflates standing to bring proceedings with the merits of a claim (*Cromwell*, at p. 2; F. Bachand, “Le droit d’agir en justice” (2020), 66 *McGill L.J.* 109, at pp. 110-11; K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2nd ed.

(loose-leaf)), at § 5:10). In *Finlay*, this Court stated that it is essential to distinguish between standing, or the right to seek particular relief, and the entitlement to such relief (p. 635). This distinction was eloquently clarified by Scheibel J. in *R.L. Crain Inc. v. Couture* (1983), 6 D.L.R. (4th) 478 (Sask. Q.B.):

. . . the establishment of a violation of rights is prerequisite to the obtaining of a remedy. It is not a prerequisite to the commencing of a s. 24(1) application. There should be no doubt that in order to bring a s. 24(1) application it is necessary only that the applicant allege that his rights have been infringed or denied. [Emphasis added; p. 517.]

[46] Indeed, the focus when it comes to standing is on the allegations made by the person seeking a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. These allegations must set out the essential elements that will have to be shown in order to establish an infringement of at least one of the applicant's *Charter* rights. If they do so, the applicant will have standing to apply for a remedy under s. 24(1).

[47] The Court of Appeal found that standing could be accorded only to the appellants who were alleging an infringement of their own right to retain and instruct counsel without delay or, although the court did not expressly refer to it, their own right to be secure against unreasonable search or seizure (paras. 55 and 59). In other words, it held that the appellants who did not allege that at least one of their rights under s. 8 or 10(b) of the *Charter* had been infringed did not have standing to apply for a stay of proceedings under s. 24(1) (paras. 58-59). With respect, I cannot agree with that position, because it disregards the allegation of abuse of process in the residual category.

[48] All of the appellants alleged an infringement of their right under s. 7 of the *Charter* on the basis of an abuse of process in the residual category (A.R., vol. XI, at pp. 101-2). It is true that they argued that the abuse resulted from an accumulation of infringements of the right to be secure against unreasonable search or seizure and the right to retain and instruct counsel without delay (A.R., vol. I, at pp. 150, 154-55 and 158; see also A.R., vol. X, at pp. 55-56). It is also true that, on the face of the record, some of the appellants could not reasonably allege that they had been the victims of either of these infringements, or possibly even both. However, this did not prevent any appellant from having standing to apply to a court for a stay of proceedings under s. 24(1) of the *Charter* and to obtain a judgment from the court on the merits of their application if they had duly alleged all the essential elements that had to be shown in order to establish an infringement of their s. 7 right on the basis of an abuse of process in the residual category.

[49] I agree with the appellants that the existence of directly personal prejudice is not one of these essential elements. As will be explained more fully below, this Court has repeatedly recognized that an infringement of s. 7 of the *Charter* may result solely from the fact that state conduct causes prejudice to the integrity of the justice system, irrespective of whether the conduct had an impact on the other rights of the person alleging it or on the fairness of their trial.

- (3) Section 7 of the *Charter* Protects Accused Persons From State Conduct That Undermines the Integrity of the Justice System, Regardless of Whether There Is Personal Prejudice

[50] Indeed, under the residual category of abuse of process, “prejudice . . . is better conceptualized as an act tending to undermine society’s expectations of fairness in the administration of justice” (*Nixon*, at para. 41). As L’Heureux-Dubé J. noted in *O’Connor*, the residual category of abuse of process

does not relate to conduct affecting the fairness of the trial or impairing other procedural rights enumerated in the *Charter*, but instead addresses the panoply of diverse and sometimes unforeseeable circumstances in which a prosecution is conducted in such a manner as to connote unfairness or vexatiousness of such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process. [para. 73]

[51] In other words, impairment of the accused’s other rights or of the fairness of their trial, “although relevant, is not determinative” (*Nixon*, at para. 41), because the type of prejudice addressed by the principles of fundamental justice in s. 7 goes well beyond personal prejudice (*O’Connor*, at para. 64). All that must be found is that there is state conduct with repercussions on a larger scale, that is, conduct that causes prejudice to the integrity of the justice system in the eyes of society.

[52] Of course, the personal prejudice resulting from an alleged abuse of process in the residual category will not be without significance when it comes time to determine whether the abuse in question occurred. In fact, breaches of the fairness of an accused’s trial are often inseparable from and in addition to prejudice to the integrity of the justice system (*O’Connor*, at para. 64; see also *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at p. 1007).

[53] However, the fact remains that an accused's s. 7 right may be infringed as a result of state conduct that meets the threshold for establishing an abuse of process in the residual category without the accused having suffered any personal prejudice, such as another of their constitutional rights being impaired or the fairness of their trial being compromised.

[54] This does not mean that every accused will have standing to apply for a remedy under s. 24(1) on the basis of any state conduct that undermines the integrity of the justice system, regardless of the causal connection between the abusive conduct and the proceedings against them. For a court to find that an accused's right under s. 7 of the *Charter* has been infringed as a result of an abuse of process in the residual category, there must be a "sufficient causal connection" between the abusive conduct and the proceedings against the accused (*Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paras. 75-78). It is this connection to which I now turn.

(4) The Proceedings Against the Accused Must Have Been Tainted by the Abusive State Conduct

[55] In my opinion, the causal connection between, on the one hand, the state conduct that undermines the integrity of the justice system and, on the other, the engagement of the accused's interests protected by s. 7 of the *Charter*, that is, life, liberty and security of the person, will be considered sufficient where the criminal

proceedings against the accused are “tainted” (in French, *entachées*) by the abusive conduct (see *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667).

[56] The proceedings against an accused will be regarded as tainted where abusive conduct occurred in the course of the proceedings or in the course of a police investigation or operation that targeted the accused or otherwise served to gather evidence to prove that the accused was guilty of the charge or charges laid against them. Obviously, the abusive conduct need not have had an impact on the accused’s other *Charter* rights or on the fairness of their trial in order to meet this requirement. It need only have occurred in the course of the investigation or police operation targeting the accused or the criminal proceedings against them. In the absence of this connection, I have difficulty seeing how the accused’s life, liberty and security of the person are engaged by the abusive conduct.

[57] This requirement is consistent with the purpose of the doctrine of abuse of process in the residual category, which is to enable courts to protect the integrity of the justice system by dissociating themselves from state conduct that constitutes an abuse of the judicial process (D. M. Paciocco, “The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept” (1991), 15 *Crim. L.J.* 315, at p. 338). When there is no connection between the abusive conduct and the proceedings against the accused, the fact that the court dissociates itself from the conduct will not have the effect of preserving the integrity of the justice system.

[58] This requirement is also consistent with the applicable framework for granting a stay of proceedings under s. 24(1) of the *Charter*. This framework, which involves three cumulative conditions, is used to screen applications for stays of proceedings to ensure that this remedy is available only in the “clearest of cases”, which excludes cases in which the proceedings against the accused are not already tainted by abusive conduct.

[59] This can be confirmed simply by looking at the first condition, which reflects the fact that a stay of proceedings is a prospective remedy (*Tobiass*, at para. 91; *Regan*, at para. 54). This condition is aimed at preventing the perpetuation of prejudice to the integrity of the justice system that, if left alone, will continue to trouble the parties and the community as a whole in the future (*O’Connor*, at para. 75; *Tobiass*, at para. 91; *Regan*, at para. 54; *Nixon*, at para. 42; *Babos*, at para. 35). To this end, the court must ask whether “proceeding in light of the impugned conduct would do further harm to the integrity of the justice system” (*Babos*, at para. 38). This question cannot be divorced from the specific context of the court proceedings against each accused, since those are the proceedings for which a stay is sought (*Paciocco*, at p. 341). In other words, to meet the first condition for establishing that a stay of proceedings is an appropriate remedy, the accused must satisfy the court that carrying on with the proceedings against *them* would in itself do further harm to the integrity of the justice system.

[60] But it is only where the proceedings against an accused are tainted by abusive conduct that the accused can argue that refusing to stay the proceedings will manifest, perpetuate or aggravate prejudice to the integrity of the justice system, as required by s. 24(1) of the *Charter*. Conversely, where the proceedings against the accused are not first tainted by abusive state conduct, the accused's application for a stay of proceedings under s. 24(1) on the basis of the abuse will have no chance of success. For this reason, it is entirely logical and desirable that such an accused not have standing to apply for a stay of proceedings under s. 24(1) on the basis of that conduct.

[61] Finally, the condition requiring that the proceedings be tainted by abusive conduct is consistent with the case law. In *R. v. Castro*, 2001 BCCA 507, 47 C.R. (5th) 391, the British Columbia Court of Appeal had to determine whether the accused Mr. Castro and his co-accused had standing to apply for a stay of proceedings on the basis of an abuse of process in the residual category in a context where there was only an indirect connection between the abusive conduct and the court proceedings against them. The case concerned two related investigations: Project Escudo and Project Eye Spy. The latter was an undercover operation targeted at money laundering and drug trafficking. It led to Mr. Castro being identified as a possible drug trafficker. Project Escudo was then put in place to target Mr. Castro directly and was conducted in parallel with Project Eye Spy. The Crown argued that the accused, including Mr. Castro, did not have standing to assert the illegality of the transactions conducted as part of Project Eye Spy because Mr. Castro and his co-accused were not alleging that they had

participated in those transactions (para. 26). The Court of Appeal rejected that argument on the ground that the proceedings against Mr. Castro and his co-accused were tainted by the abusive police conduct associated with Project Eye Spy:

In summary, the appellants have standing to argue the illegality of the police conduct in Project Eye Spy because it was intended to produce and in fact produced evidence directly leading to the appellants' prosecution. The conduct formed a sufficiently close link with the prosecution that it can be reasonably argued that the prosecution is tainted with illegality. Whether this amounts to an abuse of process requiring a stay will be for the judge who hears the matter to decide in light of all the circumstances, including the legal opinions. [Emphasis added; para. 39.]

[62] *Babos* provides another illustration. In that case, one of the three forms of misconduct that Mr. Babos alleged against the Crown in support of his application for a stay of proceedings under s. 24(1) of the *Charter* for abuse of process in the residual category was a Crown attorney's use of improper means to obtain the medical records of his co-accused, Mr. Piccirilli, from the detention centre where the latter was being held pending trial. Even though that conduct was not directed at Mr. Babos and did not affect the proceedings against him in any way, it occurred during his criminal proceedings, and no one questioned the fact that, like Mr. Piccirilli, he had standing to allege it in support of his application for a stay of proceedings.

[63] It follows that one of the essential elements that must be shown for an accused to establish that their right under s. 7 of the *Charter* has been infringed as a result of an abuse of process in the residual category is that the abusive conduct tainted the proceedings against them. An accused who does not allege expressly or implicitly

that the abusive state conduct tainted the proceedings against them will therefore not have standing to apply for a remedy under s. 24(1) on the basis of such conduct.

(5) Application to the Facts

[64] In this case, all of the appellants alleged that the police conduct they characterized as abusive had tainted the proceedings against them. Indeed, all of the misconduct alleged by each of them — (i) failure to facilitate the requested access to counsel at the first reasonably available opportunity during the police operation on March 31, 2016, (ii) failure to give notice to the persons against whom a covert search warrant was executed, contrary to the terms of the warrant, and (iii) failure to have the warrants endorsed before they were executed outside the district of Trois-Rivières — took place in the course of the police investigation and operation known as Project Nandou, which directly targeted all of the appellants and served to gather evidence to prove their guilt.

[65] That being said, having standing is only the first step in an application under s. 24(1) of the *Charter*. Whether there was an abuse of process in the residual category remains an open question. However, before addressing this question, I believe it will be useful to clarify the analytical framework that applies where the existence of an abuse of process in the residual category contrary to s. 7 is based on allegations that there has been an accumulation of infringements of other *Charter* rights, in this case the rights guaranteed by ss. 8 and 10(b).

B. *Did the Superior Court Judge Err in Finding That There Had Been an Abuse of Process in the Residual Category?*

(1) The Analytical Framework That Applies Where Abuse of Process in the Residual Category Results From the Infringement of Other Charter Rights

[66] In *O'Connor*, this Court stated that both s. 7 of the *Charter* and the specific procedural guarantees set out in ss. 8 to 14 are intended to protect the individual interest of accused persons in a fair trial as well as the integrity of the justice system as a whole (paras. 64 and 73). In doing so, the Court did not recognize any “right against abuse of process” in the *Charter*. It preferred to state that, “[d]epending on the circumstances, different *Charter* guarantees may be engaged” (para. 73).

[67] Sometimes, the *Charter*’s specific procedural guarantees will be the best fit for remedying abuse of process. For example, where an accused alleges that misconduct by the Crown has prejudiced their ability to have a trial within a reasonable time, the application should be dealt with by applying the framework for s. 11(b) of the *Charter* (*O'Connor*, at para. 73).

[68] Where none of the specific procedural guarantees addresses the alleged misconduct, this Court has established that s. 7 of the *Charter* acts as a safeguard and provides accused persons with additional protection from state conduct that affects trial fairness in other ways and from “residual” conduct that otherwise undermines the integrity of the justice system (*Nixon*, at para. 36). In this sense, s. 7 plays a role complementary to that of ss. 8 to 14 by providing residual protection against abuse of

process that goes beyond the protection offered by the specific guarantees in ss. 8 to 14. This role has also been recognized many times by the Court outside the abuse of process context (*R. v. J.J.*, 2022 SCC 28, at para. 113; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443, at para. 24; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at para. 44; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at paras. 72 and 76; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, at p. 688; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 603; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 537-38).

[69] It is therefore not uncommon for s. 7 of the *Charter* to be invoked at the same time as one or more other procedural guarantees. This will be the case, for example, where alleged abusive state conduct involves more than just the infringement of a procedural guarantee set out in ss. 8 to 14. Indeed, abusive state conduct may take all sorts of forms. This Court has also specifically recognized that there may be cases in which “the nature and number of incidents, though individually unworthy of a stay, will require one when considered together” (*Babos*, at para. 73). This statement applies equally at the stage of determining whether abuse of process has occurred. Abuse of process in the residual category can thus result from an accumulation of incidents or state misconduct. Furthermore, there is no reason why such incidents or misconduct cannot take the form of infringements of a procedural *Charter* guarantee and, consequently, why the alleged abuse of process cannot result from an accumulation of infringements of one or more guarantees.

[70] In these circumstances, how are the relevant analytical frameworks to be reconciled? This Court has attempted in the past to establish the order of priority it should follow when an infringement of s. 7 of the *Charter* is alleged together with an infringement of one or more procedural guarantees (*R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 13; *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392, at para. 76; *J.J.*, at paras. 213 and 327), but because these provisions are “inextricably” intertwined (*Seaboyer*, at p. 603; *Mills*, at para. 69; *J.J.*, at para. 114) and complementary, the Court preferred to find as follows:

The appropriate methodology for assessing multiple *Charter* breaches alleged by the accused may depend on the factual record, the nature of the *Charter* rights at play, and how they intersect. This Court has repeatedly affirmed that the methodology for assessing multiple alleged *Charter* breaches is highly context- and fact-specific

(*J.J.*, at para. 115)

[71] It bears repeating that, in the abuse of process context, both s. 7 and ss. 8 to 14 of the *Charter* are intended to protect individuals from conduct that is unfair or vexatious to such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the justice system (*O'Connor*, at paras. 64 and 73). It follows that the frameworks for analyzing these provisions can coexist. Indeed, it is entirely appropriate to use the framework for abuse of process in the residual category developed for the purposes of s. 7 to analyze any accumulation of infringements of one or more procedural guarantees in order to determine whether the infringements as a whole meet the threshold for establishing abuse of process, that is, prejudice to the integrity of the justice system.

[72] Of course, the framework applicable to each of these procedural guarantees will remain relevant in determining whether the infringements making up the accumulation of infringements actually occurred. In fact, this determination will logically have to be made before the court decides whether there has been an abuse of process in the residual category. In this way, the frameworks coexist, those for the procedural guarantees being intertwined with the s. 7 framework.

[73] Before turning to the framework applicable in this case, I want to reiterate that proof of one or more infringements is not necessary to establish an abuse of process in the residual category, because the focus with this type of abuse is on *conduct* that undermines the integrity of the justice system, regardless of whether it breaches other *Charter* rights.

(2) The Framework Applicable in This Case

[74] In this case, the abuse of process alleged by the appellants results from an accumulation of infringements of *Charter* rights, specifically the right to be secure against unreasonable search or seizure and the right to retain and instruct counsel without delay, that reflects a situation of blatant disregard for their rights by the police (A.R., vol. X, at pp. 55-56; A.R., vol. XI, at pp. 15, 70-71 and 108-9). The appellants do not focus on any breach of trial fairness resulting from these infringements. Further, they acknowledge that the infringements in question, considered individually, cannot justify the remedy they seek, namely a stay of the proceedings against them (Sup. Ct. reasons (2018), at paras. 5, 133 and 150). Rather, they allege that the accumulation of

infringements and the police disregard for their rights that it reflects caused prejudice to the integrity of the justice system.

[75] In these circumstances, the framework developed for the purposes of s. 7 of the *Charter* for analyzing abuse of process in the residual category should be adopted to determine whether the alleged infringements as a whole meet the threshold for establishing abuse of process. However, this exercise makes it necessary to apply the framework for each of the provisions at issue, ss. 8 and 10(b), to determine whether the allegations of infringements are well founded. Only once each of the alleged infringements has been examined will it then be possible to determine whether all of the infringements, considered together, amount to conduct that is vexatious to such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the justice system.

[76] I pause here for a moment. The appellants argue that certain infringements were [TRANSLATION] “planned and intended” and that the accumulation of these infringements reflects “blatant disregard” for their rights (A.R., vol. I, at p. 96). The appellants also describe the alleged infringements of the right to retain and instruct counsel without delay as being [TRANSLATION] “systematic” (p. 92). Needless to say, the deliberate and widespread nature of one or more infringements of *Charter* rights is relevant in determining whether the threshold for establishing abuse of process in the residual category is met.

[77] Indeed, the Court has previously recognized the relevance of these two factors under the framework for s. 24(2) of the *Charter* at the stage of determining the seriousness of the *Charter*-infringing conduct (*R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494, at paras. 22 and 25; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 75; *R. v. McColman*, 2023 SCC 8, at para. 58). It is true that s. 24(2) is analytically distinct from ss. 8 and 10(b) in the sense that it comes into play only at the remedy stage, after an infringement has been found. However, the fact remains that the primary concern under s. 24(2), namely public confidence in the administration of justice (*Grant*, at paras. 67-68), intersects with the interest protected by s. 7 when it comes to abuse of process in the residual category, namely the integrity of the justice system (*O'Connor*, at para. 61).

(3) Application to the Facts

[78] The Superior Court judge held that the police had committed an accumulation of infringements of the rights of the appellants in group 1 under ss. 8 and 10(b) of the *Charter* and that, when considered together and in their entire context, these infringements revealed a “systemic and persistent problem” (Sup. Ct. reasons (2018), at para. 216) that was extremely serious and met the threshold for establishing abuse of process in the residual category and warranting a stay of proceedings (paras. 210, 217 and 219-20, quoting *Brind'Amour*, at para. 93). In the paragraphs that follow, I will consider whether the Superior Court judge erred in arriving at that conclusion. For this purpose, I will apply the analytical framework for each of the rights

relied upon, starting — as the Superior Court and the Court of Appeal did — with the right to retain and instruct counsel without delay. Once all the allegations of infringements have been examined, I will be able to assess whether the identified infringements as a whole meet the threshold for abuse of process in the residual category under s. 7 of the *Charter*.

[79] Before I begin, I think it is helpful to reiterate that “[a]ppellate intervention is warranted only where a trial judge misdirects him or herself in law, commits a reviewable error of fact, or renders a decision that is ‘so clearly wrong as to amount to an injustice’” (*Babos*, at para. 48, quoting *R. v. Bellusci*, 2012 SCC 44, [2012] 2 S.C.R. 509, at para. 19; *Regan*, at para. 117; *Tobiass*, at para. 87; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651, at paras. 15 and 51).

(a) *Right to Retain and Instruct Counsel Without Delay*

(i) Applicable Law

[80] Section 10(b) of the *Charter* provides that everyone has the right on arrest or detention “to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right”. In *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, Lamer C.J. summarized the three duties that this provision imposes on the police:

- (1) to inform the detainee of his or her right to retain and instruct counsel without delay and of the existence and availability of legal aid and duty counsel;

- (2) if a detainee has indicated a desire to exercise this right, to provide the detainee with a reasonable opportunity to exercise the right (except in urgent and dangerous circumstances); and
- (3) to refrain from eliciting evidence from the detainee until he or she has had that reasonable opportunity (again, except in cases of urgency or danger).

(p. 192, citing *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at pp. 1241-42; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869, at p. 890; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, at pp. 203-4.)

[81] The purpose of these three duties is to protect any person whose detention puts them in a situation of vulnerability relative to the state (*R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460, at paras. 2 and 40-41). While under the control of the police, the person suffers a deprivation of liberty and is at risk of involuntary self-incrimination (*R. v. Taylor*, 2014 SCC 50, [2014] 2 S.C.R. 495, at para. 22, citing *Bartle*, at p. 191).

[82] Although the first duty is triggered immediately upon detention (*Suberu*, at para. 41), the second and third duties arise only if the detainee indicates a desire to exercise their right to counsel. Where this is the case, the police are under a constitutional obligation to facilitate access to counsel at the first reasonably available opportunity and to refrain from eliciting evidence from the detainee until that time (*Manninen*, at pp. 1241-42; *Taylor*, at paras. 24 and 26).

[83] Whether the delay between the time a detainee indicates a desire to exercise their right and the time the detainee exercises it is reasonable is a factual and highly contextual inquiry (*Taylor*, at para. 24). Barriers to access or “exceptional circumstances” that justify briefly suspending the exercise of the right cannot be

assumed; they must be proved (para. 33; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689, at para. 74; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, at pp. 998-99). The burden is always on the Crown to prove the circumstances, exceptional or not, that make the delay reasonable (*Taylor*, at para. 24).

[84] Before applying these principles to the facts, I think it necessary to reiterate that the law does not as yet impose a specific duty on police officers to provide their own telephones to detainees or to have inexpensive devices on hand so that detainees can exercise their right to retain and instruct counsel without delay (*Taylor*, at paras. 27-28).

(ii) Application to the Facts

[85] The Superior Court judge held [TRANSLATION] “that the right to counsel and the right to be informed of that right were infringed” (Sup. Ct. reasons (2018), at para. 85) for all of the appellants in group 1 because the evidence revealed a “systematic” police practice of postponing the exercise by these persons of their right to retain and instruct counsel without delay until they were taken to the police station, without first considering the particular circumstances of each arrest (para. 75).

[86] The Crown argues that the Court of Appeal properly identified errors of law in the analysis that led the Superior Court judge to that conclusion. The Crown submits that the judge erred as regards the scope of the police duties and that his finding of a “systematic” infringement flowed directly from that error.

[87] The appellants, on the other hand, argue that the Superior Court judge made no reviewable error and that it was rather the Court of Appeal that erred by interfering with his findings of mixed fact and law in the absence of palpable and overriding errors.

[88] For the reasons that follow, I am of the view that the Superior Court judge erred in law in finding that the right to retain and instruct counsel without delay of all of the appellants in group 1 had been infringed.

[89] My conclusion is deferential to the findings of fact made by the Superior Court judge. He found that four of the seven appellants in group 1 expressed a desire to immediately exercise their right to retain and instruct counsel without delay but were told that the right would be exercised at the police station, even though the police did not first consider whether, in the circumstances, the right could be exercised immediately (Sup. Ct. reasons (2018), at paras. 49-54, 58-59 and 68). When asked why one of the appellants was not given an opportunity to retain and instruct counsel at the scene, the arresting officer replied as follows:

[TRANSLATION] . . . that's not the normal practice. That's not the way it's normally done. Normally, we go directly to headquarters and then have the person contact counsel within, you know, a reasonable time, and directly at headquarters, not at the scene with everyone who's around, as a matter of confidentiality too. [Emphasis added.]

(A.R., vol. IV, at p. 29; see also Sup. Ct. reasons (2018), at paras. 54 and 57.)

[90] In addition, as the Superior Court judge noted, the detective in charge of the “arrest” component during the preparatory meeting for the officers who were to take part in the police operation on March 31, 2016, had in fact been involved approximately two months earlier in an arrest in respect of which his colleague had been criticized for replying [TRANSLATION] “in a somewhat automatic manner”, to a detainee who had expressed his intention to exercise his right to retain and instruct counsel without delay, that the right would be exercised at the police station (para. 70, quoting *R. v. Martel*, C.Q. Trois-Rivières, Nos. 400-01-064968-118, 400-01-064969-116, 400-01-064970-114, January 27, 2016, reproduced in A.R., vol. III, at p. 1).

[91] In these circumstances, the Superior Court judge could find that there was a police practice amounting to a “reverse onus” (Sup. Ct. reasons (2018), at para. 84) whereby the police officers refused to consider the immediate exercise of the right to counsel unless the detainee specifically requested it. That finding resulted from the Superior Court judge’s exclusive assessment of the facts and is entitled to deference.

[92] However, I am of the view that the existence of that practice, without more, did not permit the Superior Court judge to infer, as he did, that the right of the seven appellants in group 1 to retain and instruct counsel without delay had been infringed.

[93] First of all, one of the seven appellants in group 1, Mr. Chounlamountry, was given an opportunity to exercise his right to counsel at the scene and declined to do so (Sup. Ct. reasons (2018), at para. 55), while two others, Mr. Girard and

Mr. Mailhot, did not ask to exercise this right at the scene (paras. 56 and 62). In the case of Mr. Girard, the Superior Court judge found from the evidence that he had said he [TRANSLATION] “would want” to exercise his right to counsel later (para. 56). It can therefore be seen simply from reading the Superior Court judge’s findings that the duty to implement the right to counsel was not even triggered for at least three of the appellants in group 1.

[94] Moreover, although I agree with the Superior Court judge that the practice he identified is improper, this does not mean that it results in an automatic breach of any of the three duties arising from the right to counsel guaranteed by s. 10(b) of the *Charter*.

[95] This Court has already recognized that, as a general rule, the police may not assume in advance that it will be impracticable for them to facilitate access to counsel. On the contrary, they must be mindful of the particular circumstances of the detention and take proactive steps to turn the right to counsel into access to counsel (*Taylor*, at para. 33). This is the case because the detainee’s ability to exercise their right depends entirely on the police (para. 25).

[96] That being said, the fact that a police officer assumes in advance that it will be reasonable to delay the implementation of the right to counsel, without regard to the circumstances of the detention, will not in itself entail an infringement of this right. After all, the central question remains whether the delay was reasonable having regard to all of the circumstances, whether those circumstances were considered by the police

or not. However, the fact that the police assume the delay will be reasonable will make it much more difficult for the Crown to show that it was in fact reasonable.

[97] *Taylor* provides an illustration of this principle. In that case, this Court had to determine whether the failure of two police officers to facilitate Mr. Taylor's access to counsel during the 20 to 30 minutes between his admission to hospital and the time a first set of blood samples was taken was an infringement of his right to retain and instruct counsel without delay. Both officers had completely forgotten about their duty to ensure that Mr. Taylor could exercise his right at the first reasonably available opportunity. Far from concluding that the oversight was in itself an infringement of s. 10(b) of the *Charter*, this Court focused instead on how the oversight affected the determination of the reasonableness of the failure:

The result of the officers' failure to even turn their minds that night to the obligation to provide this access, meant that there was virtually no evidence about whether a private phone call would have been possible, and therefore no basis for assessing the reasonableness of the failure to facilitate access. [para. 35]

[98] Yet one officer had testified that because of the hospital setting Mr. Taylor was in, there was "absolutely no way" that he could have contacted counsel in a confidential manner (para. 30). However, the Court gave little weight to her testimony, for the following reason:

... this retrospective imputation of impracticability is of limited relevance given her acknowledgement that she was only there to track the blood

samples and whether such access was possible was not part of her duties there. As a result, she too made no inquiries of the hospital staff. [para. 30]

[99] Since there was no evidence justifying the failure, this Court came to the conclusion that Mr. Taylor's right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* had been infringed before the first set of blood samples was taken (para. 37).

[100] It follows from the foregoing that the fact that the police postpone the exercise of a detainee's right to retain and instruct counsel without delay until the detainee has been taken to the police station, without first considering the particular circumstances of the arrest, does not in itself entail an infringement of the right guaranteed by s. 10(b) of the *Charter*. The central question remains whether the delay in facilitating access to counsel (in *Taylor*, it was a failure to facilitate such access (para. 35)) was reasonable in the circumstances. This is a question of fact that must be decided on the basis of the evidence in the record (paras. 24 and 32-33).

[101] In this case, as the Court of Appeal properly noted, the Superior Court judge did not, with all due respect, analyze the reasonableness of the delay between the time the appellants in group 1 indicated a desire to exercise their right to counsel and the time they were able to exercise it. His reasons dealing with the right to retain and instruct counsel without delay of the four appellants in group 1 who expressed their intention to exercise it immediately after being informed of it make no mention of the time that three of them had to wait before being able to call their counsel (Sup. Ct. reasons (2018), at paras. 49-54, 58-61 and 68).

[102] In addition, the Superior Court judge's reasons make only a passing reference to certain circumstances that were relevant to assessing the reasonableness of the delay, such as the fact that a search was in progress, the proximity of the police station, the police officers' safety, the presence of a telephone at the scene and issues relating to the confidentiality of any call made, without ever analyzing how these circumstances affected the reasonableness of the delay. In the case of one of the four appellants in question, the reasons do not even refer to any of these circumstances (para. 68). I will add that nowhere in the reasons is any account taken of the fact that accomplices were arrested at the same time.

[103] It is true that the Superior Court judge wrote the following at para. 77 of his reasons:

[TRANSLATION] In contrast to the situation encountered in *R. v. Strachan*, which had to be stabilized before the accused could exercise his constitutional right, there is no evidence of such a situation in this case. No effort was made to enable the accused to contact counsel.

[104] With respect, that paragraph does not decide the issue of the reasonableness of the time waited by the four appellants in group 1 who expressed their intention to exercise their right to counsel immediately. While the need to stabilize the scene of the arrest is one of the exceptional circumstances that justify briefly postponing the exercise of this right (*Strachan*, at pp. 998-99), it is not the only factor to be considered in assessing the reasonableness of delay.

[105] In light of the foregoing, I conclude that the Superior Court judge erred in law in finding that the allegations that the right to retain and instruct counsel without delay had been infringed were well founded with respect to all of the appellants in group 1 solely on the basis of the police practice of systematically postponing the exercise of this right without first considering the particular circumstances of each arrest. This error explains why the Superior Court judge held that the right of three appellants to retain and instruct counsel without delay had been infringed even though they had either already exercised their right or deferred its exercise after being duly informed of it. This error also explains why the judge failed to analyze the reasonableness of the delay between the time the other four appellants in group 1 indicated a desire to exercise their right to counsel and the time they were able to exercise it.

[106] Since the appellants decided to base their abuse of process claim on an accumulation of infringements, including the infringement of the right to retain and instruct counsel without delay, the Superior Court judge had to correctly apply the s. 10(b) framework in relation to each of them and draw the necessary conclusions, which he did not do.

[107] Of course, the improper police practice identified earlier itself constitutes state misconduct that is relevant in determining whether there was an abuse of process in the residual category. However, at this stage, it is impossible to say whether the Superior Court judge considered the mere existence of this misconduct to be as serious

as the accumulation of infringements of the right to retain and instruct counsel without delay that he thought he had identified. After all, the time between being arrested and being given an opportunity to contact counsel ranged from 23 minutes to 1 hour and 6 minutes, depending on the case, and the impact of the police practice on trial fairness was uncertain at best (Sup. Ct. reasons (2018), at paras. 189-91). In these circumstances, a case-by-case determination of whether the right guaranteed by s. 10(b) of the *Charter* had been infringed took on greater importance in ascertaining the seriousness of the improper police practice and, ultimately, the existence of an abuse of process in the residual category.

[108] The error of law made by the Superior Court judge dictates the outcome of the appeal for the appellants in group 1, because the judge was of the view that the infringements of the right to retain and instruct counsel without delay were the most serious infringements (Sup. Ct. reasons (2018), at para. 184). In contrast, he characterized the failure to have the warrants executed outside the district of Trois-Rivières endorsed as an [TRANSLATION] “error made in good faith” (para. 152) and specified that the failure to give notice of a covert search within the allotted time “would not on its own have made it possible to stay the proceedings” (para. 133). In these circumstances, it is unnecessary to consider the Superior Court judge’s findings with respect to these infringements of the right to be secure against unreasonable search or seizure. As the Court of Appeal recognized, the Superior Court judge’s failure to assess the reasonableness of the delay before each appellant in group 1 was given an opportunity to contact counsel justifies, [TRANSLATION] “on its own”, holding a new

hearing on the motion for a stay of proceedings and for the exclusion of evidence for group 1 (para. 56). This is because the Superior Court judge's conclusion that the right of the appellants in group 1 to retain and instruct counsel without delay had been infringed was an essential underpinning of his ultimate conclusion that their right under s. 7 of the *Charter* had been infringed as a result of an abuse of process in the residual category. Setting aside the first conclusion therefore amounts to setting aside the second.

(b) *Conclusion*

[109] In light of the reasons set out above, I conclude, as the Court of Appeal did, that the Superior Court judge erred in holding that the right of all of the appellants in group 1 to retain and instruct counsel without delay had been infringed. Because the infringements of this right were, in his view, the most serious ones, his conclusion that the appellants in group 1 were the victims of an abuse of process in the residual category must be set aside.

[110] Since the Superior Court judge did not carry out the individualized analysis required by s. 10(b) of the *Charter* to determine whether the right of the appellants in group 1 to retain and instruct counsel without delay had been infringed, this Court is faced with the choice of affirming the Court of Appeal's judgment ordering a new hearing on their motion or taking on the role of trier of fact. Given the highly circumstantial nature of the analysis, I am of the view that it is in the interests of justice for there to be a new hearing on the motion brought by the appellants in group 1.

[111] The question of whether the same holds true for the motion brought by the appellants in groups 2, 3 and 4 will be discussed below. Before answering this question, I consider it necessary to point out another error made by the Superior Court judge at the stage of determining the appropriate remedy for the appellants in group 1, in case it is held again, after the new hearing on the motion, that the threshold for establishing abuse of process in the residual category is met.

C. *Did the Superior Court Judge Err in Entering a Stay of Proceedings for All of the Appellants?*

[112] A stay of proceedings has been characterized as the “ultimate remedy” (*Tobiass*, at para. 86) because of its finality:

It is ultimate in the sense that it is final. Charges that are stayed may never be prosecuted; an alleged victim will never get his or her day in court; society will never have the matter resolved by a trier of fact.

(*Regan*, at para. 53)

[113] For these reasons, and as I noted above, this drastic remedy will be granted only where the situation meets the high threshold of being one of the “clearest of cases” (*O’Connor*, at para. 69). This requires the following three conditions to be met:

- (1) there must be prejudice to the accused’s right to a fair trial or to the integrity of the justice system that “will be manifested, perpetuated or

aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome” (*Regan*, at para. 54; *Babos*, at para. 32);

(2) there must be no alternative remedy capable of redressing the prejudice (*Regan*, at para. 54; *Babos*, at para. 32);

(3) where there is still uncertainty over whether a stay of proceedings is warranted after steps 1 and 2, the court is required to balance the interests in favour of granting a stay, such as denouncing misconduct and preserving the integrity of the justice system, against “the interest that society has in having a final decision on the merits” (*Regan*, at para. 57; *Babos*, at para. 32).

[114] These conditions are cumulative, and none of them is optional. With respect, I am of the view that the Superior Court judge failed to ensure that the second condition was met in this case.

[115] The motion brought by the appellants in group 1 specifically sought an order excluding an entire list of evidence if a stay of proceedings was not obtained for all of them (A.R., vol. I, at pp. 158-59; A.R., vol. XI, at p. 169; A.R., vol. XII, at p. 1; see also A.R., vol. XX, at pp. 18-20).

[116] Yet the Superior Court judge never mentioned this alternative to a stay of proceedings in his analysis at the stage of determining the appropriate remedy (Sup.

Ct. reasons (2018), at paras. 178-222). He simply stated that [TRANSLATION] “a stay of proceedings is the appropriate remedy in this case” (para. 217).

[117] This may have been so, but it still had to be explained why a remedy short of a stay of proceedings could not redress the prejudice to the integrity of the justice system that the judge thought he had identified (see, e.g., *Brind’Amour*, at paras. 102-3).

[118] I would add that this failure to consider lesser remedies is especially significant in a context where several accused persons apply for a remedy under s. 24(1) of the *Charter* on the basis of the same abuse of process that affected them in different ways. In such circumstances, the court may very well conclude that the remedy that would fully redress the prejudice to the integrity of the justice system caused by the abuse involves individualized orders. After all, it is important to remember that

the *Charter* has now put into judges’ hands a scalpel instead of an axe — a tool that may fashion, more carefully than ever, solutions taking into account the sometimes complementary and sometimes opposing concerns of fairness to the individual, societal interests, and the integrity of the judicial system.

(*O’Connor*, at para. 69)

D. *Could the Crown Raise, Before the Court of Appeal, the Superior Court Judge’s Failure to Consider the Particular Circumstances of the Arrest of Each Appellant in Groups 2, 3 and 4 After Consenting to Judgment?*

[119] Lastly, the appellants maintain that the outcome of the appeal of those in groups 2, 3 and 4 is independent of the outcome of the appeal of those in group 1. Indeed, they argued before us that the Crown should not have been permitted to make, with respect to the judgment entering a stay of proceedings for the appellants in groups 2, 3 and 4, the same arguments it made in relation to the judgment entering a stay of proceedings for the appellants in group 1. More specifically, they contend that the Crown should have been precluded from raising the Superior Court judge’s failure to consider the particular circumstances of the arrest of each appellant in groups 2, 3 and 4 in determining whether their right to retain and instruct counsel without delay had been infringed. Since the Crown explicitly [TRANSLATION] “invited” the Superior Court judge to decide the motions brought by those groups “without further formalities”, the appellants submit that it could not be permitted to take a new position on appeal and to criticize the judge for not conducting a case-by-case analysis (A.F., at para. 92). They say that this change of position on appeal is contrary to the principle of fairness and to the guarantee against double jeopardy in s. 11(h) of the *Charter*.

[120] In support of their argument, the appellants rely on *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, which sets out the Crown’s duty not to advance a new theory of liability on appeal for reasons of procedural fairness. In *Barton*, Moldaver J., writing for the majority, stated the following at para. 47:

Out of concerns over fairness to the accused and in particular the principle against double jeopardy, which is enshrined in s. 11(h) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the Crown is barred from securing a new trial by advancing a new theory of liability for the first time

on appeal (see *Wexler v. The King*, [1939] S.C.R. 350; *Savard v. The King*, [1946] S.C.R. 20, at pp. 33-34, 37 and 49; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865, at pp. 895-96; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at p. 481). Moreover, as Doherty J.A. explained in *Varga*, “[d]ouble jeopardy principles suffer even greater harm where the arguments advanced on appeal contradict positions taken by the Crown at trial” (p. 793). In short, “[a] Crown appeal cannot be the means whereby the Crown puts forward a different case than the one it chose to advance at trial” (*ibid.*).

[121] In response, the Crown argues that it did not change its position on appeal or invite the Superior Court judge to decide the motion of groups 2, 3 and 4 without further formalities. I agree with the Crown. According to the transcript of the hearing on May 7, 2019, both the appellants and the Crown agreed that the decision rendered for group 1, that is, the stay of proceedings, was applicable to groups 2, 3 and 4, after first consenting to the evidence and arguments from the hearing on group 1’s motion being entered in the record for the motion brought by groups 2, 3 and 4. In doing so, the parties were not inviting the judge to decide the motion without further formalities. Rather, they were recognizing the fact that identical evidence and arguments would lead to an identical judgment. It seems that this approach involved an efficient use of judicial resources.

[122] Above all, not only did the Crown never waive its right to appeal, but it can be seen from the exchanges between the parties and the Superior Court judge during the hearing on May 7, 2019, that everyone knew the Crown would appeal the judgment to be rendered for groups 2, 3 and 4 and that the appeal would be joined to the appeal from the first judgment concerning group 1, which had already been commenced through the filing of a notice of appeal (A.R., vol. XII, at pp. 199-200; see also A.R.,

vol. II, at p. 55, para. 32, reproducing the Crown’s brief before the Court of Appeal dated August 22, 2019, stating that the initial brief with respect to the appellants in group 1 had been filed on March 25, 2019, or a little more than a month before the hearing on May 7, 2019). The appellants were therefore neither taken by surprise nor prejudiced.

[123] I therefore dismiss this ground of appeal. The Crown was permitted to raise the Superior Court judge’s failure to consider the particular circumstances of the arrest of each appellant in groups 2, 3 and 4. For the reasons given above, I conclude that the Superior Court judge erred in law in holding that the allegations that the right to retain and instruct counsel without delay had been infringed were well founded with respect to the appellants in groups 2, 3 and 4. This error is also determinative of the outcome of the appeal filed by the appellants in groups 2, 3 and 4, and it requires that one or more new hearings be held on their motion for a stay of proceedings and for the exclusion of evidence.

VI. Conclusion

[124] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal. It is appropriate to hold new trials before a different judge, including new hearings on the motions for a stay of proceedings and for the exclusion of evidence.

The following are the reasons delivered by

ROWE J. —

[125] I am in agreement with the reasons of Justice O’Bonsawin as to the result and in large measure as to her statement of the law and its application in the circumstances of this case. However, to the extent that this case provides guidance as to the methodology to be used when an accused seeks a stay of proceedings under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for alleged infringements of their rights protected under ss. 8 to 14 (in this instance, under s. 10(b)), and also seeks a stay under s. 24(1) for abuse of process under s. 7, I am concerned that greater clarity is warranted. It is for this purpose that I set out the brief reasons that follow.

[126] The Court has not been consistent in its approach to how the legal analysis should be sequenced when an accused seeks a stay under s. 7 and under ss. 8 to 14 (*R. v. J.J.*, 2022 SCC 28, at para. 115). In some cases, the Court has stated that where one of the “Legal Rights” under ss. 8 to 14 are relied on, as well as the broader right under s. 7, the specific right should be addressed first (*Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392, at para. 76; see also *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 13; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at p. 310; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, at p. 688). In other cases, the Court dealt with s. 7 first. For example, in *R. v. Pan*, 2001 SCC 42, [2001] 2 S.C.R. 344, Justice Arbour, writing for the Court, stated that “it is unnecessary in the present case to address the appellants’ arguments concerning ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*. I agree with the Court of Appeal that the alleged *Charter* violations in the present appeals are more properly dealt with under

s. 7 of the *Charter* and that nothing would be gained by also analysing the alleged violations under ss. 11(d) or 11(f)” (para. 79; see also *R. v. Cawthorne*, 2016 SCC 32, [2016] 1 S.C.R. 983, at para. 35). Sometimes, the Court’s approach varies within the same case. For example, in *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187, Cromwell J.’s reasons, dissenting in part, dealt with some claims under s. 7 and some claims under s. 11 on the basis that the challenged provisions in that case “most directly engage[d]” one section or the other (para. 125).

[127] This lack of a settled methodology can generate further issues, notably by importing factors that are relevant to one section into the consideration of another section where such factors (arguably) are not relevant. It is unclear whether and, if so, to what extent this is so in the present case (see my colleague’s reasons, at paras. 66-77, 80-84, 94-108 and 109-10). I do not suggest that my colleague is in error in her analysis; rather I am saying that it is unclear as to what “drives” the analysis.

[128] This is not an isolated instance. Rather, in this Court’s jurisprudence it has not always been clear on *which basis* courts conclude there is an infringement. For example, in *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, the alleged abuse of process was based on ss. 7, 8 and 11(d). The trial judge concluded that all these rights were infringed without conducting an analysis of each; no guidance was offered by this Court as its analysis dealt only with remedy. See also *R. v. MacDonald*, [1997] 1 S.C.R. 305.

[129] Courts should apply a consistent approach to the analysis where s. 7 and ss. 8 to 14 of the *Charter* are relied on by an accused in order to obtain a stay of proceedings. In my view, the following sequence reflects the appropriate order of operations:

- (a) Where a right under ss. 8 to 14 is relied on, along with s. 7, the specific right should be addressed first, including (if necessary) under s. 1;
- (b) If there is no infringement of the specific right, or if the infringement is justified under s. 1, only then should reviewing courts have regard to s. 7 and, if necessary, s. 1 once again.

[130] The reasons of Justice O’Bonsawin can be read as consistent with the foregoing, but are also capable of being understood as applying a “blended” analysis under ss. 10(b) and 7. It is this uncertainty as to methodology that I have sought to address in these brief reasons.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Desjardins Côté, Montréal; Lebrun Provencher, Trois-Rivières.

Solicitor for the respondent: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Québec.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions: Public Prosecution Service of Canada, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Crown Law Office — Criminal, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Ministère de la Justice du Québec — Direction du droit constitutionnel et autochtone, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia — Criminal Appeals and Special Prosecutions, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Crown Prosecution Service — Appeals and Specialized Prosecutions Office, Calgary.

Solicitor for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Andrew Burgess, Toronto.

Solicitors for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Roy & Charbonneau, Québec.

*Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de
Montréal-Laval-Longueuil: Cabinet d'avocats Novalex inc., Montréal; Poupart,
Touma, Montréal.*

23. Bread is a dietary staple for many Canadians (as opposed to a more discretionary or luxury purchase) and is purchased by nearly all Canadian households.

24. Canada Bread's annual sales for its fresh bakery product category for calendar year 2007 were \$945.9 million, and for the calendar year 2011 were \$1.087 billion. Fresh Commercial Bread comprises the majority of the fresh bakery product category, however fresh bakery is not limited to Fresh Commercial Bread and therefore fresh bakery annual sales figures are higher than the annual sales figures for Fresh Commercial Bread alone.

25. The offences involved a high degree of planning and coordination by the Former Senior Officer and one or more senior executives of Weston to facilitate the arrangements described in this Statement of Agreed Facts, including communicating directly about effectuating the offences, as described above. The Former Senior Officer initiated the contact with one or more senior executives at Weston to arrive at the arrangements.

26. [O]n May 23, 2014, the shares of Canada Bread were sold to Grupo Bimbo for a purchase price of \$1.83 billion. At that time, the Board of Directors of Canada Bread recommended that the shareholders approve the transaction and Maple Leaf (which owned 90% of the common shares of Canada Bread) voted in support of the transaction. Despite asking questions about commercial practices and compliance with laws and regulations affecting the business, Grupo Bimbo was not told that Canada Bread had participated with Weston in the making of arrangements to increase the wholesale price of Fresh Commercial Bread. The Former Senior Officer left Canada Bread promptly after the company was acquired by Grupo Bimbo in 2014.

27. Prior to Grupo Bimbo's acquisition in 2014 and at the time of the offences, Canada Bread did not have an independent legal and compliance department responsible for its commercial and market practices; Canada Bread's legal and compliance functions had been directed by senior management of Maple Leaf. In 2018, Canada Bread appointed a senior in-house counsel with responsibility for, among other things, legal and regulatory compliance, and developing and implementing a competition law compliance and training program for Canada Bread that has been shared with the Bureau.

28. Canada Bread has cooperated with the Bureau from the outset of its involvement in this matter and its cooperation has continued throughout the period of the Bureau's investigation. It has responded to requests from the Bureau and provided Bureau investigators with documents over and above those seized in the search of Canada Bread. Canada Bread has also made nine witnesses available for interviews by the Bureau.

[5] Counsel have proposed a joint submission on sentence. That joint submission is for a total fine of 50 million dollars, allocated as follows: 7.5 million dollars on each of Counts 1 and 2 and 17.5 million dollars on each of Counts 3 and 4.

[6] The sentence is proposed by experienced counsel and is the result of pretrial discussions between counsel who are aware of the circumstances of the offences and the strengths and weaknesses of the prosecution case and the circumstances of the offending company. It is also the result of judicial pre-trial discussions with me.

[7] The Supreme Court of Canada, in *R. v. Anthony-Cook*, 2016 SCC 43, quoting from the earlier case of *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, observed that “not only do joint submissions ‘help to resolve the vast majority of criminal cases in Canada’, but “in doing so, [they] contribute to a fair and efficient criminal justice system” (para. 47).

[8] The Supreme Court went on to say that “a trial judge should not depart from a joint submission on sentence unless the proposed sentence would bring the administration of justice into disrepute or is otherwise contrary to the public interest.”

[9] I have concluded that the proposed sentence would not bring the administration of justice into disrepute, nor is it contrary to the public interest.

[10] I have carefully considered the circumstances of the offences and of the offender and I have concluded that the sentence proposed is consistent with the applicable sentencing principles.

[11] In arriving at this conclusion, I have considered the leniency programme of the Competition Bureau; I have considered the general purposes, principles and objectives of sentencing as set out in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and I have considered the principles and objectives of sentence arising from the common law.

[12] The leniency program is a program whereby a person can obtain total immunity from prosecution or leniency or partial relief from fines. The program encourages participants to admit to the offending conduct and to cooperate with the investigation by the Competition Bureau. The program provides a benefit to the public by encouraging cooperation with the authorities and serving as a deterrent to other offenders. Much of the conduct would go undetected if not for the cooperation of participants in the program.

[13] In accordance with the established practice under the program, the Bureau in this case calculated the quantum of the fines that would otherwise have been sought, assessed the cooperation of Canada Bread, and arrived at a recommended discount of approximately 30%.

[14] This process underlies the ultimate recommended sentence that has been proposed to me. My role is to assess whether that proposed fine is consistent with the relevant sentencing principles and objectives. The cooperation of the offender is a factor that I take into account in this determination, but I do not engage in a mathematical exercise in assessing the adequacy of the fine in the context of the relevant sentencing principles.

[15] The fundamental principle of sentencing set out in s. 718.1 of the *Criminal Code* and as set out in the caselaw is that the sentence should be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility — or the moral blameworthiness — of the offender.

[16] The assessment of the gravity of the offence and the moral blameworthiness of the offender in the context of a corporation involves the consideration of some factors that are specific to the sentencing of an organization.

[17] In imposing a sentence on an organization, s. 718.21 of the *Code* requires that I take into account any advantage realized by the organization, the degree of planning and the duration and complexity of the offence, whether the organization has attempted to conceal its assets, the impact of the sentence on the economic viability of the organization, the cost to public authorities of the investigation and prosecution, any prior similar conduct by the organization and any measures taken by the organization to reduce the likelihood of it committing a subsequent offence.

[18] I must also impose a sentence that advances the purpose or objectives of sentencing. The fundamental purpose of sentencing is to contribute to respect for the law and maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that advance one or more of the relevant sentencing objectives. The relevant sentencing objectives in this case are the denunciation of the conduct and the harm done to the victims or the community, deterrence of the offender and others, rehabilitation of the offender and the promotion of a sense of responsibility and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.

[19] The offences in this case were extremely serious. Price-fixing was aptly described in *R. v. Maxone Auto Parts*, 2012 FC 1117 at paragraph 54 as analogous to fraud and theft. Effectively, this was a fraud on the public. The offences had a far-reaching and long-standing impact on the victims. Bread is a dietary staple for many and these offences affected millions of consumers.

[20] Other aggravating factors are that there was a high degree of planning and coordination by the former senior officer of Canada Bread and that the company realized an advantage as demonstrated by the sales levels during the relevant time periods.

[21] There are, however, mitigating factors in relation to this offender. There has been no effort to conceal assets or avoid the consequences of the conduct. The shares in Canada Bread were sold to Grupo Bimbo after the commission of the offences. There is no history of similar conduct. It is an agreed fact that the current owner and directing mind of Canada Bread has a reputation for ethical conduct. Since the change in ownership, Canada Bread has developed and implemented a competition law compliance and training programme thus taking measures to reduce the likelihood of it committing similar offences.

[22] Canada Bread has fully cooperated with the investigation. This is a highly mitigating factor. It has saved considerable time and costs. In addition to the time and resources saved in the investigatory stage, the guilty pleas entered today come at a time when these courts are overburdened with a backlog of serious criminal cases from the COVID-19 pandemic and at a time when judicial resources are particularly scarce. The pleas have avoided a lengthy trial at a time when court resources are severely strained.

[23] The guilty pleas also represent an acknowledgement of the harm done to the public. Canada Bread, through its pleas, has taken responsibility for the conduct.

[24] In arriving at an appropriate sentence, I must also consider the objectives of sentencing.

[25] Denunciation and deterrence are the predominant sentencing objectives in sentencing for price fixing.

[26] To achieve these objectives, the fines imposed in these cases must be at a level that eliminates the profit of the conduct. The fine cannot merely represent the “cost of doing business”.

[27] I am satisfied that the aggregate fine recommended in this case is significant and achieves the objectives of deterrence and denunciation. While reduced from the maximum, the reduction is not inconsistent with the relevant sentencing principles. It achieves deterrence and denunciation while recognizing the cooperation of Canada Bread in the investigation, its acknowledgement of the harm done, and the very significant steps taken to prevent a recurrence of the conduct.

[28] The recommended fines in my view are consistent with the principles and objectives of sentencing.

[29] Therefore, I impose the sentence recommended by both parties:

(1) a fine of \$7.5 million on each of Counts 1 and 2; and

(2) a fine of \$17.5 million on each of Counts 3 and 4.

There will be 30 days to pay.

Forestell J.

Released: June 21, 2023

CITATION: R. v. Canada Bread Company Limited, 2023 ONSC 3790

COURT FILE NO.: CR-23-90000422-0000

DATE: 20230621

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

B E T W E E N:

HIS MAJESTY THE KING

- and -

CANADA BREAD COMPANY, LIMITED

REASONS FOR SENTENCE

Forestell J.

Released: June 21, 2023

2013 CarswellOnt 18740
Ontario Superior Court of Justice

R. v. Cathay Pacific Airways Ltd.

Please see in particular
para. 1

2013 CarswellOnt 18740, 112 W.C.B. (2d) 737

Her Majesty the Queen v. Cathay Pacific Airways Limited

J. Parfett J.

Heard: June 20, 2013

Judgment: June 20, 2013

Docket: Ottawa 13-13097

Counsel: Ms E. Beauchamp, for Crown
Ms M. Renaud, for Cathay Pacific Airways Limited

Subject: Corporate and Commercial; Criminal; Public

Headnote

Commercial law --- Trade and commerce — Competition and combines legislation — Competition offences and reviewable practices — Price maintenance — Principles of sentencing

Accused was airline charged with violation of competition laws — Airline worked with other airlines to fix surcharges in air cargo transportation — Airline pleaded guilty to offences — Joint submission was determined for sentencing — Airline was to pay fine of \$1.5 million — Sentencing submissions made — Airline ordered to pay fine of \$1.5 million — Court was not to deviate from joint submission unless there was good reason to do so — Airline admitted wrongdoing and cooperated with investigation — Amount of fine met sentencing objectives of general and specific deterrence.

Table of Authorities

Statutes considered:

Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34

s. 45(1)(c) — referred to

SENTENCING of accused airline, for violation of competition law.

J. Parfett J.:

1

THE COURT: So good morning, Counsel.

MS. BEAUCHAMP: Good morning, Your Honour.

MS. RENAUD: Good morning.

THE COURT: So Ms. Beauchamp?

MS. BEAUCHAMP: Yes.

THE COURT: You are Ms. Beauchamp?

MS. BEAUCHAMP: I am Ms. Beauchamp.

THE COURT: Okay, and you must be then Ms. Renaud.

MS. RENAUD: I am, yes. Good morning.

THE COURT: Good morning. Do we have someone to arraign?

MS. RENAUD: Ms. Beauchamp.

MS. BEAUCHAMP: Just me.

THE COURT: Just you. Well, let's go for it then. We're going to file the indictment in a moment.

THE REGISTRAR: This is a copy of the indictment?

THE COURT: That's a copy of the indictment.

THE REGISTRAR: I'll arraign from that. Are you ready to proceed?

MS. BEAUCHAMP: Yes, we are ready to proceed.

THE REGISTRAR: Cathy Pacific Airways Limited stands charged that it between April 13, 1999 and August 14, 2003 in Canada did unlawfully conspire, combine, agree or arrange with other air carriers known and unknown, the one with the other or others of them, to prevent or lessen unduly competition in Canada by agreeing to fix navigation surcharges on the sale of and supply of international air cargo transportation services for cargo imported to and exported from Canada contrary to former paragraph 45(1)(c) of the *Competition Act* R.S.C.1985, chapter C-34, and did thereby commit an indictable offence contrary to that paragraph of the *Competition Act*. What is your plea to this charge, guilty or not guilty?

MS. RENAUD: Cathy Pacific Airways pleads guilty as charged.

THE REGISTRAR: Thank you, please be seated.

THE COURT: And I have to put the election to the accused, so I will read the following and get the election.

You have the option to elect to be tried by a Provincial Court Judge without a jury, and without having had a preliminary inquiry, or you may elect to be tried by a judge without a jury or you may elect to be tried by a court composed of a judge and jury. If you do not elect now, you are deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury. If you elect to be tried by a judge without a jury, or by a court composed of a judge and jury, or if you are deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury, you will have a preliminary inquiry only if you or the prosecutor requests one. How do you elect to be tried?

MS. RENAUD: To be tried by a judge alone.

THE COURT: Right, thank you very much.

MS. BEAUCHAMP: I believe my friend would also like to waive the preliminary inquiry in this matter.

THE COURT: Is that correct?

MS. RENAUD: It is correct, my lady.

THE COURT: Thank you.

MS. BEAUCHAMP: In that case, I will prefer the indictment.

THE COURT: Thank you.

2 ...THE COURT SPEAKS TO THE REGISTRAR.

THE COURT: All right, go ahead Ms. Beauchamp?

MS. BEAUCHAMP: So at this time, I would like to tender as a first exhibit the Statement of Admissions of which a draft was submitted to Your Honour two days ago.

THE COURT: And is that on consent, Ms. Renaud?

MS. RENAUD: Yes, it is, Your Honour.

THE COURT: All right. You can file this as Exhibit 1 on the hearing, Madam Registrar.

THE REGISTRAR: Yes.

THE COURT: I have a copy already.

THE REGISTRAR: The agreed Statement of Facts?

THE COURT: Yes.

THE REGISTRAR: Thank you.

3 *EXHIBIT NO. 1*: Agreed Statement of Facts - produced and marked.

THE COURT: Do you propose to read it in, Ms. Beauchamp?

MS. BEAUCHAMP: I don't propose to read in the entirety of the Statement of Admissions, but I do have a summary of the facts with me.

THE COURT: Certainly, go ahead then.

MS. BEAUCHAMP: So briefly, the relevant facts of this case which the accused acknowledges are as follows: The accused Cathay is an international air carrier headquartered in Hong Kong that provides air transportation services...

THE COURT: You can't hear?

MS. BEAUCHAMP: I'm sorry, it's because I have a little small voice.

4 The accused, Cathay, is an international air carrier headquartered in Hong Kong, that provides air transportation services for passengers and cargo. During the period of the offence, it carried on its cargo business in Canada from operations at Toronto Pearson International Airport and Vancouver International Airport. The period of the offence is from April 13, 1999, to August 14, 2003.

5 Cathay promoted and sold international air cargo transportation services to customers in Canada and elsewhere for air cargo shipments between Canada and Hong Kong and other destinations throughout the world. Cathay was party to a conspiracy to fix navigation surcharges on the sale of and supply of international air cargo transportation services for cargo imported to and exported from Canada.

6 The members of the conspiracy included air carriers providing these international air cargo transportation services. These agreements were reached at meetings held in the greater Toronto area at the offices of the then Canadian Airlines International on April 13, 1999, and at Air Canada's cargo sales office on June 22, 1999, and September 22, 1999.

7 In order to carry out the conspiracy, the coconspirators, including Cathay, attended the meetings and engaged in communications with competitors for the purpose of monitoring and confirming the navigation surcharges agreements. During the period of the offence, South-East Asia and South-West Pacific, including Hong Kong and China destinations were serviced from Canada by Cathay, Air Canada and other international air cargo carriers charging the navigation

surcharge who together accounted for in excess of 60 percent of the cargo billings from Canada to this region. Those are the facts.

THE COURT: Are those facts admitted, Ms. Renaud?

MS. RENAUD: Yes, they are, Your Honour.

THE COURT: All right. On behalf of your client obviously.

MS. RENAUD: That's on behalf of the client.

THE COURT: All right. Am I to understand there is a joint submission with respect to sentence? Is that correct?

MS. BEAUCHAMP: That's correct, Your Honour.

THE COURT: All right, so go ahead again. As I pointed out yesterday in the meeting that — the pretrial that we had, I have reviewed all of your sentence submissions, Ms. Beauchamp, so I am familiar with it.

MS. BEAUCHAMP: Okay.

THE COURT: So you are certainly not required to repeat it, but you can certainly give me the highlights.

MS. BEAUCHAMP: Perfect. In fact, I would also like to tender the written submissions?

THE COURT: Certainly.

MS. BEAUCHAMP: As Exhibit 2, Your Honour.

THE COURT: We'll make that Exhibit 2, Madam Registrar.

8 *EXHIBIT NO. 2: Written submissions - produced and marked.*

THE COURT: I just should note that, before we go any further with the sentencing, that having reviewed the indictment, and having reviewed the Agreed Statement of Facts that was filed as Exhibit 1, and also having heard Ms. Beauchamp's synopsis of those facts, and they having been agreed to by Ms. Renaud on behalf of her client, there will be a finding of guilt. So go ahead, Ms. Beauchamp.

MS. BEAUCHAMP: So as Your Honour mentioned, I won't re-read to you the submissions that you have already had a chance to become familiar with. I think that what would be important to stress is the difficult exercise that it is of course in balancing the necessity for a meaningful sentence with the public policy value in encouraging organizations and individuals who have broken the law to: 1) to accept their responsibility and 2) to voluntarily

come in and help with these investigations, helping to reduce the cost of both investigations and lengthy prosecutions in the case.

In addition, I think that it is important to stress the difficult exercise that it is in trying to elaborate on the fine that is arrived at and the — especially with regards to the specific overcharge in this case, trying to assess what would have been the overcharge but for the agreement, because I think we can agree that the overcharge wouldn't have been zero and it wouldn't — because there would have been a natural-occurring competition, and so an overcharge would have been applied. So in trying to assess the illegal gain obtained is more of an art and less than what we would call an arithmetic calculation. So unless you have questions for me, Your Honour, I think that those would be the essence of my submissions.

THE COURT: Thank you very much, Ms. Beauchamp. Do you want to add anything Ms. Renaud?

MS. RENAUD: No, I fully agree with Ms. Beauchamp's submission about the difficulty of finding the appropriate balance, and as per the sentencing submissions and the facts, our client co-operated with the investigation and agreed to plead guilty. So unless you have any questions?

THE COURT: I do not, thank you very much Ms. Renaud.

9 All right, I'll deal with sentence then immediately.

10 Cathay Pacific has pleaded guilty to one charge pursuant to [s.45\(1\)\(c\) of the Competition Act](#). This company was involved in a price-fixing scheme with other international air cargo carriers.

11 At the time that this offence was committed, it was punishable by a maximum fine of \$10 million or a jail term of no more than five years or both.

12 Today, Counsel are presenting a joint position for a fine of \$1.5 million.

13 This offence occurred over a period of four years from 1999 to 2003, and permitted Cathay Pacific to charge higher prices for air cargo transport than would otherwise have been the case. Its senior employees were complicit in the planning and execution of the price fixing agreement that was reached between Cathay Pacific and other international air carriers.

14 Cathay Pacific came forward voluntarily to take responsibility for this offence. It has agreed to co-operate with the investigation and with any subsequent prosecution of other involved parties, thereby saving the Government of Canada substantial investigation costs.

15 The primary sentencing principles in this type of offence, according to the jurisprudence, is general and specific deterrence. In particular, any fine must be sufficiently high to be a true penalty, and not merely a licence fee to continue an illegal practice.

16 Keeping in mind the general principle that the Court should not deviate from a joint submission unless there is a good reason for doing so, I am of the view that the fine proposed by Counsel meets the sentencing objectives of this type of offence, and I will impose a fine of \$1.5 million and Cathay Pacific will have 30 days to pay this fine.

MS. BEAUCHAMP: Thank you, Your Honour.

THE COURT: Thank you very much. Anything further that Counsel require of me?

MS. BEAUCHAMP: Yes, if I could address one more — it's a specific procedural issue, but apparently the Court Services Division policies and procedures on public access to court files, documents and exhibits, prohibits the exhibits from being accessible to the public unless the Court orders them accessible. So I have prepared a draft order for Your Honour if...

THE COURT: I'll take a look. What is it you're asking for exactly?

MS. BEAUCHAMP: Access to the two exhibits that were tendered in this case.

THE COURT: For you to get access to it, or for the public to get access?

MS. BEAUCHAMP: For the public to be able to consult in this.

THE COURT: Okay, I was going to say I think you have copies of them.

MS. RENAUD: Specifically the press.

THE COURT: Ah, yes.

MS. BEAUCHAMP: It's actually on the last page, Your Honour.

THE REGISTRAR: So you are requesting that they do have access?

MS. BEAUCHAMP: That's correct.

THE REGISTRAR: The Court Support office will make copies and provide them upon request.

MS. BEAUCHAMP: Thank you.

THE COURT: That is fine. I will sign the order. And the file — there is the order and I'll sign the indictment too.

THE REGISTRAR: I'll keep this in the file? That's suitable for you?

MS. BEAUCHAMP: Yes.

THE REGISTRAR: Thank you.

THE COURT: And actually this can be returned to Ms. Beauchamp.

MS. BEAUCHAMP: Oh.

THE COURT: It's just....

THE REGISTRAR: It's not the court file.

THE COURT: It's not the court file. What you have is the court file.

THE REGISTRAR: Oh. I just keep the information here?

THE COURT: I think so, yes. Perhaps, Ms. Beauchamp, just double check that there is nothing else in there that shouldn't be — that should be part of the court file. So that's the original information.

MS. BEAUCHAMP: Here is the indictment and you have the statement of admissions and — yes, that's correct.

THE COURT: All right, all right, you can take everything else back. All right. Well, thank you very much. It proceeded very smoothly.

Airline fined \$1.5 million.