

**David Malmo-Levine** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario, British  
Columbia Civil Liberties Association  
and Canadian Civil Liberties  
Association** *Intervenors*

and between

**Victor Eugene Caine** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario, British  
Columbia Civil Liberties Association  
and Canadian Civil Liberties  
Association** *Intervenors*

**INDEXED AS: R. v. MALMO-LEVINE; R. v. CAINE**

**Neutral citation: 2003 SCC 74.**

File Nos.: 28026, 28148.

2003: May 6; 2003: December 23.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major,  
Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental  
justice — Liberty and security of person — Narcotic  
Control Act prohibiting possession of marihuana —  
Imprisonment available as penalty for simple posses-  
sion — Whether prohibition infringes s. 7 of Canadian*

**David Malmo-Levine** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario,  
British Columbia Civil Liberties  
Association et Association canadienne  
des libertés civiles** *Intervenants*

et entre

**Victor Eugene Caine** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario,  
British Columbia Civil Liberties  
Association et Association canadienne  
des libertés civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. MALMO-LEVINE; R. c. CAINE**

**Référence neutre : 2003 CSC 74.**

N<sup>os</sup> du greffe : 28026, 28148.

2003 : 6 mai; 2003 : 23 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges  
Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour,  
LeBel et Deschamps.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice  
fondamentale — Liberté et sécurité de la personne —  
Dispositions de la Loi sur les stupéfiants interdisant la  
possession de marihuana — Possibilité d'emprisonne-  
ment en cas de déclaration de culpabilité pour simple*

*Charter of Rights and Freedoms — Narcotic Control Act, R.S.C. 1985, c. N-1, s. 3(1), Schedule.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Narcotic Control Act prohibiting possession of marihuana for purpose of trafficking — Whether prohibition infringes s. 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Narcotic Control Act, R.S.C. 1985, c. N-1, s. 4(2), Schedule.*

*Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Narcotic Control Act prohibiting possession of marihuana — Whether prohibition within legislative competence of Parliament — Constitution Act, 1867, s. 91(27).*

Two RCMP officers on regular patrol observed C and a male passenger sitting in a van by the ocean. As the officers approached, C, who was in the driver's seat, started the engine and began to back up. As one of the officers came alongside the van, he smelled a strong odour of recently smoked marihuana. C produced for the officer a partially smoked joint which weighed 0.5 gram. He possessed the joint for his own use and not for any other purpose. The former *Narcotic Control Act* states in s. 3(1) that “[e]xcept as authorized by this Act or the regulations, no person shall have a narcotic in his possession”. Narcotics are defined in the schedules to the Act. Marihuana is a scheduled drug. The penalty on summary conviction for possession of marihuana is a maximum fine of \$1,000 or imprisonment for up to six months or both for a first offence and a maximum fine of \$2,000 or imprisonment for up to one year or both for a subsequent offence. C's application for a declaration that the provisions of the *Narcotic Control Act* prohibiting the possession of marihuana were unconstitutional was denied at trial. He was convicted of simple possession. The Court of Appeal, in a majority decision, upheld the conviction.

M, who describes himself as a “marihuana/freedom activist”, helps operate an organization known as the Harm Reduction Club, a co-operative, non-profit association which recognizes some potential harm associated with the use of marihuana and seeks to reduce it. In December 1996, police entered the premises of the Club and seized over 300 grams of marihuana, much of it in the form of “joints”. M was charged with possession of

*possession — Cette interdiction porte-t-elle atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. 1985, ch. N-1, art. 3(1), annexe.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Dispositions de la Loi sur les stupéfiants interdisant la possession de marihuana en vue d'en faire le trafic — Cette interdiction porte-t-elle atteinte à l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. 1985, ch. N-1, art. 4(2), annexe.*

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Droit criminel — Dispositions de la Loi sur les stupéfiants interdisant la possession de marihuana — Cette interdiction relève-t-elle du pouvoir de légiférer du Parlement? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).*

Lors d'une patrouille de routine, deux agents de la GRC ont vu C et un passager dans une fourgonnette stationnée à proximité de l'océan. Lorsqu'ils se sont approchés, C, qui était au volant, a mis le contact et commencé à faire marche arrière. Longeant le véhicule, l'un des policiers a senti une forte odeur de marihuana récemment fumée. C a remis au policier un joint partiellement fumé pesant 0,5 gramme. Il l'avait en sa possession pour consommation personnelle et rien d'autre. L'ancienne *Loi sur les stupéfiants* dispose, au par. 3(1), que « [s]auf exception prévue par la présente loi ou ses règlements, il est interdit d'avoir un stupéfiant en sa possession ». Les substances considérées comme des stupéfiants sont énumérées aux annexes de la Loi. La marihuana y figure. Le délinquant est passible, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, pour une première infraction, d'une amende maximale de 1 000 \$ et d'un emprisonnement maximal de six mois, ou de l'une de ces peines, et, en cas de récidive, d'une amende maximale de 2 000 \$ et d'un emprisonnement maximal d'un an, ou de l'une de ces peines. Au procès, la juge a rejeté la demande de C qui sollicitait un jugement déclarant inconstitutionnelles les dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* interdisant la possession de marihuana. Il a été déclaré coupable de simple possession. La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé la déclaration de culpabilité.

M, qui se décrit lui-même comme un « défenseur de la liberté et de la consommation de la marihuana », participe à l'exploitation d'une association coopérative sans but lucratif connue sous le nom de « Harm Reduction Club », qui reconnaît l'existence de certains risques associés à l'usage de la marihuana et cherche à les réduire. En décembre 1996, la police a visité les locaux du club et saisi plus de 300 grammes de marihuana, essentiellement

marihuana for the purpose of trafficking under s. 4(2) of the former *Narcotic Control Act*. At trial, M sought to call evidence in support of a constitutional challenge but the trial judge refused to admit the evidence and dismissed the challenge. M was convicted and the Court of Appeal, in a majority decision, upheld the conviction.

*Held* (Arbour, LeBel and Deschamps JJ. dissenting on C's appeal): The appeals should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: All sides agree that marihuana is a psychoactive drug which "causes alteration of mental function". That, indeed, is the purpose for which the accused use it. There are concurrent findings in the courts below of "harm" that is neither insignificant nor trivial. Certain groups in society share a particular vulnerability to its effects. While members of these groups, whose identity cannot in general be distinguished from other users in advance, are relatively small as a percentage of all marihuana users, their numbers are significant in absolute terms. The trial judge in C's case estimated "chronic users" to number about 50,000. Pregnant women and schizophrenics are also said to be at particular risk. Advancing the protection of these and other vulnerable individuals through criminalization of the possession of marihuana is a policy choice that falls within the broad legislative scope conferred on Parliament. Equally, it is open to Parliament to decriminalize or otherwise modify any aspect of the marihuana laws that it no longer considers to be good public policy.

The questions before the Court are issues of law, not policy, namely whether the prohibition, including the availability of imprisonment for simple possession, is not valid legislation, either because it does not properly fall within Parliament's legislative competence, or because the prohibition, and in particular the availability of imprisonment, violate the guarantees of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Control of a psychoactive drug that causes alteration in mental functions raises issues of public health and safety, both for the user and for those in the broader

sous forme de « joints ». M a été accusé de possession de marihuana en vue d'en faire le trafic en vertu du par. 4(2) de l'ancienne *Loi sur les stupéfiants*. Au procès, M a voulu présenter certains éléments de preuve au soutien de son argument d'inconstitutionnalité, mais le juge du procès a refusé d'admettre ces éléments et a rejeté l'argument. M a été déclaré coupable et, en appel, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé la déclaration de culpabilité.

*Arrêt* (les juges Arbour, LeBel et Deschamps sont dissidents dans le pourvoi de C) : Les pourvois sont rejetés.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie : Toutes les parties s'accordent pour dire que la marihuana est une drogue psychoactive qui « agit sur les fonctions mentales ». C'est d'ailleurs pour cela que les accusés en consommation. Les conclusions des juridictions inférieures concordent quant à l'existence d'un « préjudice » qui n'est ni insignifiant ni négligeable. Certains groupes de la société sont particulièrement vulnérables aux effets de la marihuana. Bien que les membres de ces groupes ne puissent généralement pas être distingués à l'avance des autres consommateurs et représentent un pourcentage relativement minime de l'ensemble des consommateurs de marihuana, leur nombre est toutefois non négligeable en chiffres absolus. Dans l'affaire C, le juge du procès a évalué à environ 50 000 le nombre de « consommateurs chroniques ». Les femmes enceintes et les schizophrènes seraient également particulièrement à risque. Favoriser la protection de ces personnes et d'autres personnes vulnérables est une décision de politique générale qui relève du large pouvoir de légiférer dont dispose le Parlement. Il est également loisible à celui-ci de décriminaliser ou de modifier de quelque autre façon tout aspect des dispositions régissant la marihuana, s'il ne considère plus que les mesures en question constituent une bonne politique d'intérêt général.

La question que la Cour doit trancher est une pure question de droit, et non une question de politique générale : l'interdiction, y compris la possibilité d'emprisonnement qu'entraîne l'infraction de simple possession, est-elle une disposition législative valide, soit parce qu'elle déborde la compétence législative du Parlement, soit parce que l'interdiction et plus particulièrement la peine d'emprisonnement dont elle est assortie portent atteinte aux droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*?

La réglementation d'une drogue psychoactive qui agit sur les fonctions mentales soulève manifestement des questions de santé et de sécurité publiques, tant

society affected by his or her conduct. The use of marihuana is therefore a proper subject matter for the exercise of the criminal law power. The federal criminal law power is plenary in nature and has been broadly construed. For a law to be classified as a criminal law, it must have a valid criminal law purpose backed by a prohibition and a penalty. The criminal power extends to those laws that are designed to promote public peace, safety, order, health or some other legitimate public purpose. The purpose of the *Narcotic Control Act* fits within the criminal law power, which includes the protection of vulnerable groups. The conclusion that the present prohibition against the use of marihuana can be supported under the criminal law power makes it unnecessary to deal with whether it also falls under the peace, order and good government power.

The availability of imprisonment for the offence of simple possession of marihuana is sufficient to trigger scrutiny under s. 7 of the *Charter*. However, M's desire to build a lifestyle around the recreational use of marihuana does not attract *Charter* protection.

For a rule or principle to constitute a principle of fundamental justice for the purposes of s. 7, it must be a legal principle about which there is significant societal consensus that it is fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate, and it must be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person.

The delineation of the principles of fundamental justice must inevitably take into account the social nature of our collective existence. To that limited extent, societal values play a role in the delineation of the boundaries of the rights and principles in question. However, the balancing of individual and societal interests within s. 7 is only relevant when elucidating a particular principle of fundamental justice. That done, it is not within the ambit of s. 7 to bring into account such "societal interests" as health care costs. Those considerations will be looked at, if at all, under s. 1.

Even if the "harm principle" relied upon by the accused could be characterized as a legal principle, it

en ce qui concerne le consommateur lui-même que les personnes dans la société qui sont touchées par son comportement. La consommation de marihuana peut donc à juste titre faire l'objet de mesures édictées en vertu de la compétence relative au droit criminel. La compétence du fédéral en matière criminelle comporte la plénitude des pouvoirs à cet égard et a été interprétée de manière généreuse. Pour qu'une loi puisse être considérée comme relevant du droit criminel, elle doit comporter un objet valide de droit criminel assorti d'une interdiction et d'une sanction. Le droit criminel englobe les lois favorisant la paix, la sécurité, l'ordre ou la santé publics et tout autre objectif public légitime. L'objectif de la *Loi sur les stupéfiants* correspond au chef de compétence relatif au droit criminel, lequel vise notamment la protection des groupes vulnérables. La conclusion selon laquelle l'interdiction actuelle visant la consommation de la marihuana peut s'appuyer sur la compétence en matière de droit criminel rend inutile l'examen de la question de savoir si l'interdiction peut s'appuyer sur le pouvoir résiduel de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement.

La possibilité d'emprisonnement pour simple possession de marihuana suffit pour justifier un examen fondé sur l'art. 7 de la *Charte*. Toutefois, la décision de M de centrer son mode de vie sur la consommation récréative de marihuana ne bénéficie pas de la protection de la *Charte*.

Pour qu'une règle ou un principe constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7, il doit s'agir d'un principe juridique à l'égard duquel il existe un consensus substantiel dans la société sur le fait qu'il est essentiel au bon fonctionnement du système de justice, et ce principe doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne.

Dans la définition des principes de justice fondamentale, il faut nécessairement prendre en considération la nature sociale de notre existence collective. Ce n'est que dans cette mesure que les valeurs sociétales jouent un rôle dans la détermination de la portée des droits et des principes en question. Cependant, la pondération des droits individuels et des intérêts sociétaux dans l'analyse fondée sur l'art. 7 n'est pertinente que pour préciser un principe de justice fondamentale en particulier. Une fois précisé le principe de justice fondamentale en cause, la prise en compte d'intérêts sociétaux tels les coûts des soins de santé ne fait plus partie de l'analyse fondée sur l'art. 7. Ces considérations seront examinées, si tant est qu'elles le sont, dans l'application de l'article premier.

Même si le « principe du préjudice » invoqué par les accusés pouvait être qualifié de principe juridique,

does not meet the other requirements. First, there is no sufficient consensus that the harm principle is vital or fundamental to our societal notion of criminal justice. While the presence of harm to others may justify legislative action under the criminal law power, the absence of proven harm does not create an unqualified s. 7 barrier to legislative action. Nor is there any consensus that the distinction between harm to others and harm to self is of controlling importance. Finally, the harm principle is not a manageable standard against which to measure deprivation of life, liberty or security of the person.

While the “harm principle” is not a principle of fundamental justice, the state nevertheless has an interest in the avoidance of harm to those subject to its laws which may justify legislative action. Harm need not be shown to the court’s satisfaction to be “serious and substantial” before Parliament can impose a prohibition. Once it is demonstrated, as it has been here, that the harm is not *de minimis*, or not “insignificant or trivial”, the precise weighing and calculation of the nature and extent of the harm is Parliament’s job.

A criminal law that is shown to be arbitrary or irrational will infringe s. 7. However, in light of the state interest in the avoidance of harm to its citizens, the prohibition on marijuana possession is neither arbitrary nor irrational. Marijuana is a psychoactive drug whose “use causes alteration of mental function”, according to the trial judge in C’s case. This alteration creates a potential harm to others when the user engages in driving, flying and other activities involving complex machinery. Chronic users may suffer “serious” health problems. Vulnerable groups are at particular risk, including adolescents with a history of poor school performance, pregnant women and persons with pre-existing conditions such as cardiovascular diseases, respiratory diseases, schizophrenia or other drug dependencies. These findings of fact disclose a sufficient state interest to support Parliament’s intervention should Parliament decide that it is wise to continue to intervene, subject to a constitutional standard of gross disproportionality. While Parliament has directly addressed some of the potential harmful conduct elsewhere in the *Criminal Code*, one type of legal control to prevent harm does not logically oust other potential forms of legal control, subject as always to the limitation of gross disproportionality. Moreover, Parliament’s decision to move in one area of public health and safety without at the same time moving in other areas

il ne satisferait pas aux autres conditions. Tout d’abord, il n’existe pas un consensus sur le caractère primordial ou fondamental de ce principe dans la notion de justice pénale au sein de notre société. Bien que l’existence d’un préjudice causé à autrui puisse justifier le Parlement de légiférer en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, l’absence de preuve de l’existence d’un préjudice ne constitue pas, au regard de l’art. 7, un obstacle absolu à l’adoption d’une mesure législative. Il n’y a pas non plus consensus quant à l’importance déterminante de la distinction entre le préjudice à autrui et le préjudice à soi-même. Finalement, le principe du préjudice ne constitue pas une norme fonctionnelle permettant d’évaluer l’atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne.

Bien que le « principe du préjudice » ne soit pas un principe de justice fondamentale, il n’en demeure pas moins que l’intérêt qu’a l’État à prévenir les préjudices aux personnes assujetties à ses lois peut le justifier de légiférer. Le législateur peut imposer une interdiction sans être tenu de convaincre les tribunaux de l’existence d’un préjudice « grave et important ». Une fois qu’il est prouvé, comme en l’espèce, que le préjudice n’est pas minime ou qu’il n’est pas « ni insignifiant ni négligeable », l’appréciation et la détermination exactes de la nature et de l’étendue du préjudice relève du Parlement.

Une disposition de droit criminel qui est jugée arbitraire ou irrationnelle porte atteinte à l’art. 7. Cependant, au vu de l’intérêt de l’État à prévenir les préjudices à ses citoyens, l’interdiction frappant la possession de marijuana n’est ni arbitraire ni irrationnelle. La marijuana est une drogue psychoactive dont « la consommation agit sur les fonctions mentales », selon le juge qui a présidé le procès de C. Cette action crée un risque pour autrui lorsque le consommateur conduit un véhicule à moteur, pilote un avion ou exerce d’autres activités exigeant de faire fonctionner un appareil complexe. Les consommateurs chroniques peuvent éprouver de « graves » problèmes de santé. Les groupes vulnérables sont particulièrement à risque, notamment les adolescents qui ont déjà des résultats scolaires médiocres, les femmes enceintes et les personnes qui souffrent d’affections préexistantes comme des maladies cardiovasculaires, des troubles respiratoires, la schizophrénie ou d’autres toxicomanies. Ces conclusions de fait révèlent l’existence que l’État a un intérêt suffisant pour justifier la mesure législative si le Parlement juge opportun de la maintenir, pourvu qu’elle respecte la norme constitutionnelle de la disproportion exagérée. Il est vrai que le législateur s’est attaqué directement à certains comportements susceptibles d’être préjudiciables en créant d’autres infractions dans le *Code criminel*. Le recours à une mesure législative donnée pour prévenir un préjudice n’exclut pas

(e.g., alcohol or tobacco) is not, on that account alone, arbitrary or irrational.

The issue of punishment should be approached in light of s. 12 of the *Charter* (which protects against “cruel and unusual treatment or punishment”), and, in that regard, the constitutional standard is one of gross disproportionality. The lack of any mandatory minimum sentence together with the existence of well-established sentencing principles mean that the mere availability of imprisonment on a marihuana charge cannot, without more, violate the principle against gross disproportionality.

A finding that a particular form of penalty violates s. 12 of the *Charter* may call for a constitutional remedy in relation to the penalty, but leave intact the criminalization of the conduct, which may still be constitutionally punishable by an alternative form of penalty.

The operative concept here is the use of incarceration, not the availability of incarceration. Possession of marihuana carries no minimum sentence. In most possession cases, offenders (whether vulnerable or not) receive discharges or conditional sentences. This is particularly true where the amounts of marihuana involved are small and for recreational uses, where the usual sentence is a conditional discharge. There is no impediment in the legislation to a trial judge imposing a fit sentence after a conviction for simple possession of marihuana.

The “availability” of imprisonment in respect of the scheduled drugs under the *Narcotic Control Act* is part of a statutory framework for dealing with drugs generally and is not specifically directed at marihuana. The case law discloses that it is only in the presence of aggravating circumstances, not likely to be present in the situation of “vulnerable persons”, where a court has been persuaded that imprisonment for simple possession of marihuana was, in the particular case, a fit sentence. There is no need to turn to the *Charter* for relief against an unfit sentence. If imprisonment is not a fit sentence in a particular case it will not be imposed, and if imposed, it will be reversed on appeal.

logiquement le recours à d’autres mesures du genre, sous réserve toujours du respect du critère de la disproportion exagérée. En outre, la décision du Parlement d’intervenir dans un domaine intéressant la santé et la sécurité publiques (la consommation d’alcool et de tabac par exemple) et pas dans un autre n’est pas, de ce seul fait, arbitraire ou irrationnelle.

La question de la sanction doit être examinée au regard de l’art. 12 de la *Charte* (qui protège chacun contre « tous traitements ou peines cruels et inusités ») et, dans de tels cas, la norme constitutionnelle applicable est celle de la disproportion exagérée. L’absence de peine minimale obligatoire et l’existence de principes de détermination de la peine bien établis signifient que la possibilité d’emprisonnement pour une infraction liée à la marihuana ne saurait à elle seule constituer une mesure disproportionnée exagérée.

Le fait de conclure qu’une peine donnée viole l’art. 12 de la *Charte* peut exiger une réparation constitutionnelle liée à la peine sans pour autant remettre en cause la criminalisation du comportement, lequel peut encore, constitutionnellement, être punissable par un autre type de peine.

Le concept clé en l’espèce est le recours à l’incarcération, et non la possibilité d’incarcération. La possession de marihuana n’expose le délinquant à aucune peine minimale. Dans la plupart des affaires de possession, le délinquant (qu’il s’agisse ou non d’une personne vulnérable) fait l’objet d’une absolution ou d’une peine d’emprisonnement avec sursis. Cela se produit particulièrement lorsqu’il est question d’une petite quantité de marihuana à des fins récréatives, auquel cas l’absolution sous condition est la peine habituellement infligée. Il n’y a dans la loi aucun obstacle empêchant le juge du procès d’infliger une peine appropriée à la personne déclarée coupable de simple possession de marihuana.

La « possibilité » d’emprisonnement pour possession d’une drogue figurant à l’annexe de la *Loi sur les stupéfiants* fait partie intégrante du cadre législatif applicable aux drogues en général et non pas seulement à la marihuana en particulier. L’examen de la jurisprudence révèle que ce n’est que lorsqu’il y avait des circonstances aggravantes, circonstances peu susceptibles d’être présentes dans le cas des « personnes vulnérables », que le tribunal a estimé, dans l’affaire dont il était saisi, qu’une peine d’emprisonnement constituait une peine appropriée à l’égard de l’infraction de simple possession de marihuana. Point n’est besoin d’invoquer la *Charte* pour obtenir réparation à l’encontre d’une peine inappropriée. Lorsque, dans un cas donné, une peine d’emprisonnement n’est pas indiquée, elle ne sera pas infligée et, si elle l’est, elle sera annulée en appel.

The effects on the accused of enforcement of the prohibition are not so grossly disproportionate that they render the prohibition on marihuana possession contrary to s. 7 of the *Charter*. The consequences complained of by the accused are largely the product of deliberate disobedience to the law of the land. If the court imposes a sentence on conviction that is no more than a fit sentence, which it is required to do, the other adverse consequences of conviction are really associated with the criminal justice system in general rather than this offence in particular. In any system of criminal law there will be prosecutions that turn out to be unfounded, publicity that is unfairly adverse, costs associated with a successful defence, lingering and perhaps unfair consequences attached to a conviction for a relatively minor offence by other jurisdictions, and so on. These effects are serious but they are part of the social and individual costs of having a criminal justice system. Whenever Parliament exercises its criminal law power, such costs will arise. To suggest that such “inherent” costs are fatal to the exercise of the power is to overshoot the function of s. 7.

Applying a standard of gross disproportionality, the effects on accused persons of the present law, including the potential of imprisonment, fall within the broad latitude within which the Constitution permits legislative action.

The so-called “ineffectiveness” of the prohibition on marihuana possession is simply another way of characterizing a refusal to comply with the law. That refusal cannot be elevated to a constitutional argument against validity based on the invocation of fundamental principles of justice. Moreover, balancing the law’s salutary and deleterious effects is a function that is more properly reserved for s. 1. As the accused have not established an infringement of s. 7, there is no need to call on the government for a s. 1 justification.

M’s equality claim must fail. Prohibiting possession of marihuana for the purpose of trafficking does not infringe s. 15(1) of the *Charter*. A taste for marihuana is not a “personal characteristic” in the sense required to trigger s. 15 protection, but is a lifestyle choice that bears no analogy with the personal characteristics listed.

In the circumstances of M’s case, the trial judge erred in excluding the expert evidence of legislative and

Les effets sur les accusés de l’interdiction visant la possession de la marihuana ne sont pas si exagérément disproportionnés qu’ils rendent cette interdiction contraire à l’art. 7 de la *Charte*. Les conséquences dont se plaignent les accusés sont en grande partie le fruit d’une désobéissance délibérée à la loi du pays. Si le tribunal inflige à la personne déclarée coupable une peine qui n’est rien d’autre qu’appropriée, ce qu’il est tenu de faire, les autres conséquences préjudiciables sont en fait liées au système de justice pénale en général et non à cette infraction en particulier. Dans tout système de droit pénal, il arrive qu’une poursuite se révèle non fondée, que la publicité qui l’entoure soit injustement préjudiciable, qu’une défense fructueuse occasionne des frais, qu’une déclaration de culpabilité pour une infraction relativement mineure ait des conséquences persistantes et peut-être injustes dans d’autres ressorts, et ainsi de suite. Il s’agit de conséquences graves, mais elles font partie des coûts sociaux et personnels qu’entraîne le fait de posséder un système de justice pénale. Chaque fois que le Parlement exerce sa compétence en matière de droit criminel, de tels coûts en résultent. Prétendre que ces coûts « intrinsèques » invalident l’exercice de cette compétence a pour effet d’exagérer le rôle de l’art. 7.

Si l’on applique la norme de la disproportion exagérée, les effets sur les accusés des dispositions actuelles, y compris la possibilité d’emprisonnement, n’excèdent pas la vaste latitude que la Constitution accorde au législateur.

La prétendue « inefficacité » de l’interdiction frappant la possession de marihuana est simplement une autre façon de désigner le refus des gens d’observer la loi. L’on ne saurait, en invoquant les principes de justice fondamentale, faire de ce refus un argument d’inconstitutionnalité. En outre, la pondération des effets bénéfiques et des effets préjudiciables de la loi est une démarche qui relève davantage de l’application de l’article premier. Comme les accusés n’ont pas établi l’existence d’une atteinte aux droits garantis par l’art. 7, il n’est pas nécessaire de demander à l’État de procéder à la justification requise par l’article premier.

L’argument de M fondé sur le droit à l’égalité ne saurait être retenu. L’interdiction d’avoir en sa possession de la marihuana en vue d’en faire le trafic ne porte pas atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. Le goût pour la marihuana ne constitue pas une « caractéristique personnelle » entraînant l’application de la garantie prévue à l’art. 15, mais un choix de mode de vie qui n’est en rien analogue aux caractéristiques personnelles énumérées à cet article.

Dans les circonstances propres au pourvoi de M, le juge du procès a fait erreur en refusant d’admettre la

constitutional facts M wished to adduce, which was relevant to his challenge under the *Charter*. While the trial judge was clearly unimpressed by what M wished to establish, in the circumstances he ought to have admitted the evidence, despite his misgivings, so as to permit M to put forward a full record in the event of an appeal. The complications that would otherwise have attended the hearing of the appeal, however, were obviated by the parties' agreement to treat C's evidence of legislative fact as equally applicable to M's appeal. In the result, the trial judge's error did not prejudice M.

*Per* Arbour J. (dissenting on C's appeal): The impugned provisions fall under the criminal law head of power. As long as the legislation is directed at a legitimate public health evil and contains a prohibition accompanied by a penal sanction, and provided that it is not otherwise a "colourable" intrusion upon provincial jurisdiction, Parliament has, under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, discretion to determine the extent of the harm it considers sufficient for legislative action. However, where Parliament relies on the protection of health as its legitimate public purpose, it has to demonstrate the injurious or undesirable effect from which it seeks to safeguard the public. While there is no constitutional threshold level of harm required before Parliament may use its broad criminal law power, conduct with little or no threat of harm is unlikely to qualify as a public health evil.

A law that has the potential to imprison a person whose conduct causes little or no reasoned risk of harm to others offends the principles of fundamental justice. Such a law violates a person's right to liberty under s. 7 of the *Charter*. Be it as a criminal sanction or as a sanction to any other prohibition, imprisonment must, as a constitutional minimum standard, be reserved for those whose conduct causes a reasoned risk of harm to others. In victimizing conduct, the attribution of fault is relatively straightforward because of the close links between the actor's culpable conduct and the resulting harm to the victim. Harm caused to collective interests, as opposed to harm caused to identifiable individuals, is not easy to quantify and even less easy to impute to a distinguishable activity or actor. In order to determine whether specific conduct, which perhaps only causes direct harm to the actor, or which seems rather benign, causes more than little or no risk of harm to others, courts must assess the

preuve d'expert concernant les faits législatifs et constitutionnels que voulait présenter M et qui était pertinente dans le cadre de sa contestation fondée sur la *Charte*. Même si le juge du procès n'était manifestement pas impressionné par ce que M souhaitait établir, dans les circonstances, il aurait dû malgré ses réserves admettre cette preuve afin de permettre à ce dernier de constituer un dossier complet en prévision d'un éventuel appel. Le fait que les parties aient convenu de considérer que la preuve relative aux faits législatifs présentée par C s'appliquait également dans l'appel de M a toutefois permis d'éviter les complications auxquelles l'audition de l'appel aurait autrement donné lieu. En conséquence, l'erreur du juge du procès n'a pas causé préjudice à M.

*La* juge Arbour (dissidente dans le pourvoi de C) : Les dispositions contestées relèvent du chef de compétence concernant le droit criminel. Si la loi vise un mal légitime pour la santé publique, comporte une interdiction assortie d'une sanction pénale et ne constitue pas par ailleurs un empiétement « déguisé » sur un chef de compétence provinciale, le Parlement possède, en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le pouvoir discrétionnaire de déterminer l'étendue du préjudice qu'il juge suffisant pour justifier une mesure législative. Toutefois, lorsque le Parlement invoque la protection de la santé comme objectif public légitime, il doit démontrer l'effet nuisible ou indésirable contre lequel il souhaite protéger la population. Bien que la Constitution n'ait pas pour effet de requérir la preuve d'un préjudice minimal avant que le Parlement puisse utiliser son vaste pouvoir législatif en matière de droit criminel, un comportement ne présentant que peu ou pas de risques de préjudice est peu susceptible d'être considéré comme un mal pour la santé publique.

Une loi menaçant d'emprisonnement une personne dont le comportement ne crée que peu ou pas de risques véritables de préjudice pour d'autres personnes viole les principes de justice fondamentale et elle porte atteinte au droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Que l'emprisonnement soit utilisé comme sanction d'un crime ou d'une autre prohibition, la Constitution requiert au minimum que cette peine soit réservée aux individus dont le comportement crée un véritable risque de préjudice pour autrui. Dans le cas d'un comportement attentatoire, l'imputation de la faute est relativement simple en raison des liens étroits qui existent entre le comportement coupable et le préjudice en résultant pour la victime. Il n'est pas facile de quantifier le préjudice causé à des intérêts collectifs par opposition à celui causé à des personnes identifiables, et il est encore moins facile d'imputer la responsabilité de ce préjudice à une activité ou à un acteur reconnaissable.

interest of society in prohibiting and sanctioning the conduct. “Societal interests” may indeed form part of the s. 7 analysis where the operative principle of fundamental justice necessarily involves issues like the protection of society. Societal interests in prohibiting conduct are evaluated by balancing the harmful effects on society should the conduct in question not be prohibited by law against the effects of prohibiting the conduct. The harm or risk of harm to society caused by the prohibited conduct must outweigh any harm that may result from enforcement.

The harm associated with marihuana use does not justify the state’s decision to use imprisonment as a sanction against the prohibition of its possession. Apart from the risks of impairment while driving, flying or operating complex machinery and the impact of marihuana use on the health care and welfare systems, the harms associated with marihuana use are exclusively health risks for the individual user, ranging from almost non-existent for low/occasional/moderate users of marihuana to relatively significant for chronic users. Harm to self does not satisfy the constitutional requirement that whenever the state resorts to imprisonment, there must be a minimum harm to others as an essential part of the offence.

The majority argue that the potential for imprisonment of members of vulnerable groups is not serious, since it is only in the “presence of aggravating circumstances” that imprisonment for possession will be a fit sentence. This does not strengthen their position; it highlights the difficulty. By their reasoning, it is those who are not members of vulnerable groups and who therefore pose no more than negligible harm to themselves or others who face the threat of imprisonment due to “aggravating circumstances”. The position that the fitness of sentences for possession should be considered under s. 12, and not under s. 7, runs counter to the notion that ss. 8 to 14 of the *Charter* are specific illustrations of the principles of fundamental justice. Where a principle of fundamental justice is invoked which is not specifically set out in ss. 8

Pour déterminer si le comportement en question, qui ne cause peut-être qu’un préjudice direct à son auteur ou semble plutôt bénin, ne cause que peu ou pas de risques de préjudice pour d’autres personnes, les tribunaux doivent évaluer l’intérêt qu’a la société à interdire ce comportement et à le punir. Les « intérêts sociétaux » peuvent effectivement faire partie de l’analyse fondée sur l’art. 7 lorsque le principe de justice fondamentale pertinent fait intervenir des préoccupations telle la protection de la société. L’appréciation de l’intérêt qu’a la société à interdire un comportement consiste à soupeser, d’une part, les effets préjudiciables qu’aurait pour celle-ci le fait de ne pas interdire par voie législative le comportement en cause et, d’autre part, les effets qui découleraient de la prohibition de celui-ci. Le préjudice ou risque de préjudice que crée pour la société le comportement prohibé doit être plus grand que tout préjudice susceptible de résulter des mesures visant à le prévenir.

Le préjudice lié à la consommation de marihuana ne justifie pas la décision de l’État d’avoir recours à l’emprisonnement pour faire respecter l’interdiction visant la possession de cette substance. Exception faite des risques que comporte l’usage de la marihuana lorsque le consommateur conduit un véhicule à moteur, pilote un avion ou fait fonctionner un appareil complexe et des répercussions de l’usage de cette substance sur les systèmes de soins de santé et d’aide sociale, les effets néfastes de la consommation de marihuana présentent exclusivement des risques pour la santé du consommateur, risques qui vont de quasi inexistants pour les personnes qui n’en font qu’une consommation faible, occasionnelle ou modérée à relativement élevés pour les consommateurs chroniques. Le préjudice qu’une personne se cause à elle-même ne satisfait pas à l’exigence constitutionnelle selon laquelle, dans tous les cas où l’État a recours à l’emprisonnement, l’existence d’un préjudice minimal à autrui est un des éléments essentiels de l’infraction.

Selon la majorité, les membres de groupes vulnérables déclarés coupables de possession de marihuana ne risquent pas sérieusement l’emprisonnement, puisque ce n’est qu’en « présence de circonstances aggravantes » que l’emprisonnement constitue une peine appropriée. Cette affirmation n’étaye pas leur position, mais fait plutôt ressortir la principale difficulté que soulève la situation. Si on applique le raisonnement des juges majoritaires, c’est sur les délinquants qui ne font pas partie de groupes vulnérables — c’est-à-dire les personnes qui créent tout au plus un risque négligeable de préjudice pour eux-mêmes et pour autrui — que pèsera la menace d’emprisonnement à cause de la présence de « circonstances aggravantes ». L’argument selon lequel il est préférable d’examiner au regard de l’art. 12 plutôt que de

to 12, the analysis is appropriately conducted pursuant to s. 7.

Sending vulnerable people to jail to protect them from self-inflicted harm does not respect the harm principle as a principle of fundamental justice. Similarly, the fact that some vulnerable people may harm themselves by using marihuana is not a sufficient justification to send other members of the population to jail for engaging in that activity. The state cannot prevent the general population, under threat of imprisonment, from engaging in conduct that is harmless to them, on the basis that other, more vulnerable persons may harm themselves if they engage in it, particularly if one accepts that imprisonment would be inappropriate for the targeted vulnerable groups.

The two spheres of risks to others identified by the trial judges are not sufficient to justify recourse to the most severe penalty imposed by law, a sentence generally viewed as a last resort. First, while the risk that persons experiencing the acute effects of the drug may be less adept at driving, flying and engaging in other activities involving complex machinery is indeed a valid concern, the act of driving while under the influence of alcohol or drugs is a separate activity from mere possession and use. Dangerous driving is already dealt with in the *Criminal Code*, and rightly so, because it is this act which risks victimizing identifiable others as well as society as a whole. The second negative effect on society as a whole that was identified, i.e., general harm to the health care and welfare systems, is just too remote and minor to justify the threat of imprisonment for simple possession of marihuana. Canadians do not expect to face the prospect of imprisonment whenever they embark on some adventure which involves a possibility of injury to themselves. There is no reason to single out those who may jeopardize their health by smoking marihuana. If there remained any doubt as to whether the harms associated with marihuana use justify the state in using imprisonment as a sanction against its possession, this doubt disappears when the harms caused by the prohibition are put in the balance. The record shows, and the trial judges found, that the prohibition of simple possession of marihuana attempts to prevent a low quantum of harm to society at a very high cost. A negligible burden on the health care and welfare systems, coupled with the many significant

l'art. 7 la justesse des peines infligées pour la simple possession de marihuana va à l'encontre de l'idée que les art. 8 à 14 de la *Charte* sont des exemples précis de principes de justice fondamentale. Dans les cas où l'on invoque un principe de justice fondamentale non mentionné expressément aux art. 8 à 12, il faut procéder à l'analyse fondée sur l'art. 7.

Le fait d'envoyer des personnes vulnérables en prison pour les protéger contre elles-mêmes ne respecte pas le principe du préjudice en tant que principe de justice fondamentale. De même, le fait que certaines personnes vulnérables puissent se faire du tort en consommant de la marihuana n'est pas une raison suffisante pour emprisonner d'autres personnes se livrant à cette activité. L'État ne peut pas, en les menaçant d'emprisonnement, empêcher tous les justiciables d'adopter un comportement qui ne leur est pas préjudiciable, pour le motif que d'autres personnes plus vulnérables pourraient se faire du tort si elles adoptaient ce comportement, particulièrement si on reconnaît que l'emprisonnement ne serait pas une mesure appropriée pour les groupes vulnérables visés.

Les deux risques pour autrui dont l'existence a été constatée par les juges de première instance ne suffisent pas pour justifier l'application de la peine la plus sévère prévue par la loi, sanction qui est généralement considérée comme une solution de dernier recours. Tout d'abord, bien que le risque que des personnes ressentant les effets aigus de la drogue puissent être moins aptes à conduire un véhicule à moteur, à piloter un avion ou à exercer d'autres activités exigeant de faire fonctionner un appareil complexe soit effectivement une préoccupation valide, le fait de conduire sous l'effet de l'alcool ou de drogues constitue toutefois une activité distincte du simple fait de posséder et consommer une telle substance. La conduite dangereuse fait déjà l'objet de dispositions dans le *Code criminel*, à juste titre d'ailleurs, parce que c'est cet acte qui risque de causer préjudice à d'autres personnes identifiables ainsi qu'à l'ensemble de la société. Le deuxième effet préjudiciable à l'ensemble de la société dont l'existence a été constatée, c'est-à-dire le préjudice général aux systèmes de soins de santé et d'aide sociale, est tout simplement trop éloigné et trop mineur pour justifier de punir par l'emprisonnement la simple possession de marihuana. Les Canadiens ne s'attendent pas à aboutir en prison chaque fois qu'ils adoptent un comportement susceptible de leur être préjudiciable. Aucune raison ne justifie de réserver un traitement particulier aux personnes qui peuvent mettre leur santé en péril en fumant de la marihuana. S'il subsiste encore des doutes quant à la question de savoir si les préjudices liés à la consommation de marihuana justifiaient le recours par l'État à l'emprisonnement comme sanction applicable en cas de

negative effects of the prohibition, do not amount to more than little or no reasoned risk of harm to society.

As found by the majority, the prohibition of possession for the purpose of trafficking under s. 4(2) of the *Narcotic Control Act* does not discriminate against M in violation of s. 15 of the *Charter* since the decision to possess and traffic in marihuana is not an immutable personal characteristic, and treating persons who choose to do so in a differential manner in no way infringes human dignity or reinforces prejudicial stereotypes or historical disadvantage. On the record, M's constitutional challenge to the prohibition of possession for the purpose of trafficking based on s. 7 fails.

The Crown has not made any submissions regarding s. 1 of the *Charter*, and none of the courts below considered the issue. The burden is on the Crown to establish that the infringement was justified under s. 1. It has not met this burden.

*Per* LeBel J. (dissenting on C's appeal): There was agreement with the majority that the harm principle should not be raised to the level of a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter*. However, fundamental rights are at stake and were breached and this Court must intervene as part of its constitutional duty to uphold the fundamental principles of our constitutional order. On the available evidence, the law, as it stands, is an arbitrary response to social problems. The Crown has failed to properly delineate the societal concerns and individual rights at stake, more particularly the liberty interest involved in this appeal. A breach of fundamental rights is made out if and when the response to a societal problem may overreach in such a way as to taint the particular legislative response with arbitrariness. Such a legislative overreach happened here. While it cannot be denied that marihuana can cause problems of varying nature and severity to some people or to groups of them, the harm its consumption may cause seems rather mild on the evidence available. On the other hand, the harm and the problems connected with the form of criminalization chosen by Parliament seem plain and

possession de cette substance, ils disparaissent lorsque l'on jette dans la balance les effets préjudiciables de l'interdiction. Il ressort du dossier et des constatations des juges de première instance que l'interdiction de la simple possession de marihuana vise à empêcher un faible préjudice pour la société, mais qu'elle le fait à un coût très élevé. Un fardeau négligeable pour les systèmes de soins de santé et d'aide sociale, conjugué aux nombreux effets négatifs importants de l'interdiction, crée davantage qu'un faible risque véritable de préjudice pour la société.

La majorité a conclu que l'interdiction frappant la possession aux fins de trafic que prévoit le par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants* n'établit pas à l'égard de M de discrimination prohibée par l'art. 15 de la *Charte*, étant donné que la décision d'avoir de la marihuana en sa possession et d'en faire le trafic n'est pas une caractéristique personnelle immuable, et que le fait de traiter différemment les personnes qui choisissent d'agir ainsi ne porte d'aucune façon atteinte à la dignité humaine ni ne renforce des stéréotypes préjudiciables ou des désavantages historiques. À la lumière du dossier, l'argument de M selon lequel l'interdiction visant la possession aux fins de trafic est inconstitutionnelle au regard de l'art. 7 est rejeté.

Le ministère public n'a pas présenté d'observations au sujet de l'article premier de la *Charte* et aucune des juridictions inférieures n'a examiné cette question. Comme il incombait au ministère public d'établir que l'atteinte est justifiée au regard de l'article premier, il ne s'est pas acquitté de ce fardeau.

*Le* juge LeBel (dissident dans le pourvoi de C) : Il y a accord avec l'opinion de la majorité selon laquelle on ne devrait pas élever le principe du préjudice au rang des principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte*. Toutefois, comme des droits fondamentaux sont en jeu et qu'ils ont été violés, notre Cour doit intervenir dans le cadre de l'obligation qui lui incombe, en vertu de la Constitution, de faire respecter les principes fondamentaux de notre ordre constitutionnel. À la lumière de la preuve présentée, dans sa forme actuelle la loi apporte effectivement une solution arbitraire à certains problèmes sociaux. Le ministère public n'a pas été en mesure de bien définir les préoccupations sociales et les droits individuels qui sont en jeu, plus particulièrement le droit à la liberté que soulève le présent pourvoi. Il y a atteinte lorsque la mesure législative édictée pour répondre à un problème social peut avoir une portée à ce point excessive qu'elle en devient arbitraire. La mesure législative en cause présente une portée excessive. Bien qu'il soit indéniable que la marihuana peut causer à certaines personnes ou à certains groupes des problèmes de nature et de gravité variables, le préjudice susceptible d'être causé

important. Few people appear to be jailed for simple possession but the law remains on the books. The reluctance to enforce it to the extent of actually jailing people for the offence of simple possession seems consistent with the perception that the law as it stands amounts to some sort of legislative overreach to the apprehended problems associated with marihuana consumption. Moreover, besides the availability of jail as a punishment, the enforcement of the law has tarred hundreds of thousands of Canadians with the stigma of a criminal record. The fundamental liberty interest has thus been infringed by the adoption and implementation of a legislative response which is disproportionate to the societal problems at issue and therefore arbitrary, in breach of s. 7 of the *Charter*.

*Per* Deschamps J. (dissenting on C's appeal): Whether pursuant to its jurisdiction over peace, order and good government or under its criminal law power, the prohibition of the possession of drugs lies within Parliament's jurisdiction.

The "harm principle" cannot validly be characterized as a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter*. The criminal law finds its justification in the protection of society, both as a whole and in its individual components. While there can be no doubt that the state is justified in using its criminal law tools to prevent harm to others, the "harm principle" is too narrow to encompass all the elements that may place limits on the state's exercise of the criminal law.

The inclusion of cannabis in the schedule to the *Narcotic Control Act* infringes the accused's right to liberty without regard for the principles of fundamental justice. For the state to be able to justify limiting an individual's liberty, the legislation upon which it bases its actions must not be arbitrary. In this case, the legislation is arbitrary. First, it seems doubtful that it is appropriate to classify marihuana consumption as conduct giving rise to a legitimate use of the criminal law in light of the *Charter*, since, apart from the risks related to the operation of vehicles and the impact on public health care and social assistance systems, the moderate use of marihuana is on the whole harmless. Second, in view of the availability of more tailored methods, the choice of the criminal law for controlling conduct that causes little

par la consommation de cette substance paraît assez peu important compte tenu de la preuve qui a été présentée. À l'opposé, le préjudice et les problèmes associés à la forme de criminalisation retenue par le législateur paraissent clairs et importants. Il semble que peu de gens soient emprisonnés pour simple possession de marihuana, mais il n'en reste pas moins que la loi continue de prévoir cette possibilité. La réticence des tribunaux à infliger cette peine et à emprisonner effectivement une personne déclarée coupable de simple possession semble confirmer la perception selon laquelle la loi, dans sa forme actuelle, constitue en quelque sorte une réaction législative démesurée aux problèmes que fait craindre la consommation de marihuana. De plus, non seulement la loi permet-elle l'emprisonnement, mais son application signifie que des centaines de milliers de Canadiens sont aux prises avec les stigmates qu'entraînent des antécédents judiciaires. L'adoption et l'application d'une mesure législative qui est disproportionnée aux problèmes sociétaux visés et de ce fait arbitraire porte atteinte au droit fondamental à la liberté, contrevenant ainsi à l'art. 7 de la *Charte*.

*La* juge Deschamps (dissidente dans le pourvoi de C) : Que ce soit en vertu de son pouvoir de légiférer pour assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement ou de sa compétence en matière de droit criminel, la prohibition de la possession de drogues relève de la compétence du législateur fédéral.

Le « principe du préjudice » ne peut valablement être qualifié de principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*. Le droit criminel trouve sa justification dans la protection de la société, vue tant dans son ensemble que dans ses composantes. En ce sens, s'il est certain que l'État est justifié d'intervenir en utilisant les outils du droit criminel pour prévenir le dommage à autrui, le « principe du préjudice » est trop étroit pour réunir tous les éléments qui peuvent limiter l'action de l'État en droit criminel.

L'inclusion du cannabis dans l'annexe de la *Loi sur les stupéfiants* viole le droit à la liberté des accusés sans égards pour les principes de justice fondamentale. Avant de pouvoir justifier la limitation de la liberté d'un individu, l'État doit se fonder sur une loi qui n'est pas arbitraire. Or, en l'espèce, la loi est arbitraire. Premièrement, il y a lieu de douter de la pertinence de classer l'usage de la marihuana comme conduite donnant ouverture à un recours légitime au droit criminel sous le régime de la *Charte* puisque, dans l'ensemble, sauf les risques liés à la conduite de véhicules et à l'impact sur les régimes publics de soin et d'aide, l'usage modéré de la marihuana s'avère inoffensif. Deuxièmement, vu la disponibilité de moyens mieux adaptés, le choix du droit criminel pour réprimer une conduite qui ne cause que peu de préjudice

harm to moderate users or to control high-risk groups for whom the effectiveness of deterrence or correction is highly dubious is out of keeping with Canadian society's standards of justice. Third, the harm caused by prohibiting marijuana is fundamentally disproportionate to the problems that the state seeks to suppress. This harm far outweighs the benefits that the prohibition can bring.

Since the Crown did not attempt to justify the prohibition under s. 1 of the *Charter*, it has not satisfied its burden.

### Cases Cited

By Gonthier and Binnie JJ.

**Referred to:** *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 1 S.C.R. 44, 2000 SCC 2; *R. v. Forbes* (1937), 69 C.C.C. 140; *R. v. Clay*, [2003] 3 S.C.R. 735, 2003 SCC 75; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984; *Industrial Acceptance Corp. v. The Queen*, [1953] 2 S.C.R. 273; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Dufresne v. The King* (1912), 5 D.L.R. 501; *Ex p. Wakabayashi*, [1928] 3 D.L.R. 226; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381; *R. v. Murdock* (2003), 11 C.R. (6th) 43; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Berryland Canning Co. v. The Queen*, [1974] 1 F.C. 91; *Standard Sausage Co. v. Lee* (1933), 60 C.C.C. 265, supplemented by addendum at (1934), 61 C.C.C. 95; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *Buhlers v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)* (1999), 170 D.L.R. (4th) 344; *Horsefield v. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (1999), 44 O.R. (3d) 73; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R.

aux utilisateurs modérés ou pour encadrer des groupes à risque pour lesquels l'effet dissuasif ou correctif est plus que douteux n'est pas à la hauteur des normes de justice de la société canadienne. Troisièmement, les dommages causés par la prohibition sont foncièrement disproportionnés par rapport au problème que l'État cherche à enrayer. Ces dommages dépassent de loin les bienfaits de la prohibition.

Comme le ministère public n'a pas tenté de justifier la prohibition en vertu de l'article premier de la *Charte*, il ne s'est pas acquitté de son fardeau.

### Jurisprudence

Citée par les juges Gonthier et Binnie

**Arrêts mentionnés :** *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 1 R.C.S. 44, 2000 CSC 2; *R. c. Forbes* (1937), 69 C.C.C. 140; *R. c. Clay*, [2003] 3 R.C.S. 735, 2003 CSC 75; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984; *Industrial Acceptance Corp. c. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 273; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914; *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Dufresne c. The King* (1912), 5 D.L.R. 501; *Ex p. Wakabayashi*, [1928] 3 D.L.R. 226; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381; *R. c. Murdock* (2003), 11 C.R. (6th) 43; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Berryland Canning Co. c. La Reine*, [1974] 1 C.F. 91; *Standard Sausage Co. c. Lee* (1933), 60 C.C.C. 265, complété par des motifs additionnels publiés à (1934), 61 C.C.C. 95; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *Buhlers c. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)* (1999), 170 D.L.R. (4th) 344; *Horsefield c. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (1999), 44 O.R.

143; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *R. v. F. (R.P.)* (1996), 105 C.C.C. (3d) 435; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695; *R. v. Hamon* (1993), 85 C.C.C. (3d) 490; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *R. v. Fleming* (1992), 21 W.A.C. 79; *R. v. Culley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 433; *R. v. Dauphinee* (1984), 62 N.S.R. (2d) 156; *R. v. Witter*, [1997] O.J. No. 2248 (QL); *R. v. Coady* (1994), 24 W.C.B. (2d) 459; *R. v. Richards* (1989), 88 N.S.R. (2d) 425; *R. v. Morrissey*, [2000] 2 S.C.R. 90, 2000 SCC 39; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385; *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1; *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.

By Arbour J. (dissenting in *Caine*)

*R. v. Clay*, [2003] 3 S.C.R. 735, 2003 SCC 75, aff'g (2000), 49 O.R. (3d) 577, aff'g (1997), 9 C.R. (5th) 349; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, aff'd [1951] A.C. 179; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *R. v. Parker* (2000), 146 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *Fowler v. Padget* (1798), 7 T.R. 509, 101 E.R. 1103; *R. v. Nette*, [2001] 3 S.C.R. 488, 2001 SCC 78;

(3d) 73; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *R. c. F. (R.P.)* (1996), 105 C.C.C. (3d) 435; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695; *R. c. Hamon* (1993), 85 C.C.C. (3d) 490; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *R. c. Fleming* (1992), 21 W.A.C. 79; *R. c. Culley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 433; *R. c. Dauphinee* (1984), 62 N.S.R. (2d) 156; *R. c. Witter*, [1997] O.J. No. 2248 (QL); *R. c. Coady* (1994), 24 W.C.B. (2d) 459; *R. c. Richards* (1989), 88 N.S.R. (2d) 425; *R. c. Morrissey*, [2000] 2 R.C.S. 90, 2000 CSC 39; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385; *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1; *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

Citée par la juge Arbour (dissidente dans *Caine*)

*R. c. Clay*, [2003] 3 R.C.S. 735, 2003 CSC 75, conf. (2000), 49 O.R. (3d) 577, conf. (1997), 9 C.R. (5th) 349; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, conf. par [1951] A.C. 179; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *R. c. Parker* (2000), 146 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *Fowler c. Padget* (1798), 7 T.R. 509, 101 E.R. 1103; *R. c.*

*R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18; *R. v. Murdock* (2003), 11 C.R. (6th) 43; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Pan* (1999), 134 C.C.C. (3d) 1, aff'd [2001] 2 S.C.R. 344, 2001 SCC 42; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381; *R. v. M. (C.)* (1995), 30 C.R.R. (2d) 112; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392; *R. v. Williams*, [2003] 2 S.C.R. 134, 2003 SCC 41.

By LeBel J. (dissenting in *Caine*)

*R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

By Deschamps J. (dissenting in *Caine*)

*R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Food and Drugs Act and the Narcotic Control Act and to make a consequential amendment to the Criminal Code*, S.C. 1968-69, c. 41, s. 12.

*Act to amend the Opium and Narcotic Drug Act*, S.C. 1954, c. 38, s. 3.

*Act to amend The Opium and Narcotic Drug Act, 1929*, S.C. 1932, c. 20.

*Act to amend The Opium and Narcotic Drug Act, 1929*, S.C. 1938, c. 9.

*Act to prohibit the importation, manufacture and sale of Opium for other than medicinal purposes*, S.C. 1908, c. 50.

Bill C-38, *An Act to amend the Contraventions Act and the Controlled Drugs and Substances Act*, 2nd Sess., 37th Parl., 2003.

Bill S-19, *An Act to amend the Food and Drugs Act, the Narcotic Control Act and the Criminal Code*, 1st Sess., 30th Parl., 1974.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 12, 8 to 14, 15.

*Nette*, [2001] 3 R.C.S. 488, 2001 CSC 78; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18; *R. c. Murdock* (2003), 11 C.R. (6th) 43; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Pan* (1999), 134 C.C.C. (3d) 1, conf. par [2001] 2 R.C.S. 344, 2001 CSC 42; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381; *R. c. M. (C.)* (1995), 30 C.R.R. (2d) 112; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392; *R. c. Williams*, [2003] 2 R.C.S. 134, 2003 CSC 41.

Citée par le juge LeBel (dissident dans *Caine*)

*R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

Citée par la juge Deschamps (dissidente dans *Caine*)

*R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 12, 8 à 14, 15.

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 71, 160, 182, 253, 446, 718, 718.1 [aj. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 156; rempl. 1995, ch. 22, art. 6].

*Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, R.T. Can. 1990 n<sup>o</sup> 42, art. 3(2).

*Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n<sup>o</sup> 37, art. 27.

*Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, R.T. Can. 1964 n<sup>o</sup> 30, art. 36.

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91, 91(27), 92.

*Loi de l'opium et des drogues*, S.C. 1911, ch. 17.

*Loi de l'opium et des drogues narcotiques, 1923*, S.C. 1923, ch. 22.

*Loi de l'opium et des drogues narcotiques, 1929*, S.C. 1929, ch. 49, art. 4.

*Loi modifiant la Loi de l'opium et les drogues narcotiques*, S.C. 1954, ch. 38, art. 3.

*Constitution Act, 1867*, ss. 91, 91(27), 92.  
*Contraventions Act*, S.C. 1992, c. 47.  
*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19.  
*Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, Can. T.S. 1990 No. 42, Art. 3(2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 71, 160, 182, 253, 446, 718, 718.1 [ad. c. 27 (1st Supp.), s. 156; repl. 1995, c. 22, s. 6].  
*Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1 [rep. 1996, c. 19, s. 94], ss. 2 “marihuana”, “narcotic”, 3, 3(4.1), 3(7), 4(2), Sch., item 3 [now S.C. 1996, c. 19, Sch. II, item 1].  
*Narcotic Control Act*, S.C. 1960-61, c. 35, s. 17(1).  
*Opium and Drug Act*, S.C. 1911, c. 17.  
*Opium and Narcotic Drug Act, 1923*, S.C. 1923, c. 22.  
*Opium and Narcotic Drug Act, 1929*, S.C. 1929, c. 49, s. 4.  
*Single Convention on Narcotic Drugs, 1961*, Can. T.S. 1964 No. 30, Art. 36.  
*Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, Art. 27.

#### Authors Cited

Alldridge, Peter. “Dealing with Drug Dealing”. In A. P. Simester and A. T. H. Smith, eds., *Harm and Culpability*. Oxford: Clarendon Press, 1996, 239.  
 Canada. Canadian Committee on Corrections. *Report of the Canadian Committee on Corrections — Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. Ottawa: Queen’s Printer, 1969.  
 Canada. Health Canada. Information: Cannabis Reform Bill, May 2003.  
 Canada. Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs. *Cannabis: A Report of the Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs*. Ottawa: Information Canada, 1972.  
 Canada. House of Commons. Report of the Special Committee on Non-Medical Use of Drugs. *Policy for the New Millennium: Working Together to Redefine Canada’s Drug Strategy*, December 2002.  
 Canada. *House of Commons Debates*, vol. I, 1st Sess., 32nd Parl., April 14, 1980, p. 5.  
 Canada. *House of Commons Debates*, vol. VI, 4th Sess., 24th Parl., June 7, 1961, p. 5981.  
 Canada. Law Commission of Canada. *What is a Crime? Challenges and Alternatives*. Ottawa: The Commission, 2003.  
 Canada. Law Reform Commission of Canada. *The Criminal Law in Canadian Society*. Ottawa: Government of Canada, 1982.

*Loi modifiant la Loi de l’opium et des drogues narcotiques, 1929*, S.C. 1932, ch. 20.  
*Loi modifiant la Loi de l’opium et des drogues narcotiques, 1929*, S.C. 1938, ch. 9.  
*Loi modifiant la Loi des aliments et drogues et la Loi sur les stupéfiants ainsi que, par voie de conséquence, le Code criminel*, S.C. 1968-69, ch. 41, art. 12.  
*Loi prohibant l’importation, la fabrication et la vente de l’opium à toutes fins autres que celles de la médecine*, S.C. 1908, ch. 50.  
*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19.  
*Loi sur les contraventions*, L.C. 1992, ch. 47.  
*Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1 [abr. 1996, ch. 19, art. 94], art. 2 « chanvre indien » ou « marihuana », « stupéfiant », 3, 3(4.1), 3(7), 4(2), ann., art. 3 [maintenant L.C. 1996, ch. 19, ann. II, art. 1].  
*Loi sur les stupéfiants*, S.C. 1960-61, ch. 35, art. 17(1).  
 Projet de loi C-38, *Loi modifiant la Loi sur les contraventions et la Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, 2<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 2003.  
 Projet de loi S-19, *Loi modifiant la Loi des aliments et drogues, la Loi sur les stupéfiants ainsi que le Code criminel*, 1<sup>re</sup> sess., 30<sup>e</sup> lég., 1974.

#### Doctrine citée

Alldridge, Peter. « Dealing with Drug Dealing ». In A. P. Simester and A. T. H. Smith, eds., *Harm and Culpability*. Oxford : Clarendon Press, 1996, 239.  
 Canada. Chambre des communes. Rapport du Comité spécial sur la consommation non médicale de drogues ou médicaments. *Politique pour le nouveau millénaire : Redéfinir ensemble la stratégie canadienne antidrogue*, décembre 2002.  
 Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle — Justice pénale et correction : un lien à forger*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1969.  
 Canada. Commission d’enquête sur l’usage des drogues à des fins non médicales. *Le cannabis : Rapport de la Commission d’enquête sur l’usage des drogues à des fins non médicales*. Ottawa : Information Canada, 1972.  
 Canada. Commission de réforme du droit du Canada. *Le droit pénal dans la société canadienne*. Ottawa : Gouvernement du Canada, 1982.  
 Canada. Commission du droit du Canada. *Qu’est-ce qu’un crime? Des défis et des choix*. Ottawa : La Commission, 2003.  
 Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. I, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 14 avril 1980, p. 5.  
 Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 4<sup>e</sup> sess., 24<sup>e</sup> lég., 7 juin 1961, p. 6194.

- Canada. Senate. Report of the Senate Special Committee on Illegal Drugs. *Cannabis: Our Position for a Canadian Public Policy*, vols. I and II. Ottawa: Library of Parliament, September 2002.
- Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4<sup>e</sup> éd. ref. et augm. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
- Devlin, Patrick. *The Enforcement of Morals*. London: Oxford University Press, 1965.
- Dworkin, Gerald, ed. *Mill's On Liberty: Critical Essays*. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield, 1997.
- Feinberg, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 1, *Harm to Others*, and vol. 4, *Harmless Wrongdoing*. Oxford: Oxford University Press, 1984.
- Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.
- Hall, Wayne, Louise Degenhardt and Michael Lynskey. *National Drug Strategy: The health and psychological effects of cannabis use*, 2nd ed. Prepared by the National Drug and Alcohol Research Centre. Canberra: Commonwealth of Australia, 2001.
- Hall, Wayne, Nadia Solowij and Jim Lemon. *National Drug Strategy: The health and psychological consequences of cannabis use*. Prepared by the National Drug and Alcohol Research Centre for the National Task Force on Cannabis. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1994.
- Harcourt, Bernard E. "The Collapse of the Harm Principle" (1999), 90 *J. Crim. L. & Criminology* 109.
- Hart, H. L. A. "Immorality and Treason", originally appearing in *The Listener*, July 30, 1959, pp. 162-63, reprinted in *Morality and the Law*. Belmont, Calif.: Wadsworth Publishing Co., 1971.
- Hart, H. L. A. "Punishment and the Elimination of Responsibility". In *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1968.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, student ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2002.
- Lauzon, Benoit. *Les champs légitimes du droit criminel et leur application aux manipulations génétiques transmissibles aux générations futures*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.
- MacFarlane, Bruce A., Robert J. Frater and Chantal Proulx. *Drug Offences in Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996 (loose-leaf updated December 2002).
- Mill, John Stuart. *On Liberty and Considerations on Representative Government*. Edited by R. B. McCallum. Oxford: Basil Blackwell, 1946.
- Canada. Santé Canada. Information : Projet de loi sur la réforme concernant le cannabis, mai 2003.
- Canada. Sénat. Rapport du Comité spécial du Sénat sur les drogues illicites. *Le Cannabis : Positions pour un régime de politique publique pour le Canada*, vol. I et II. Ottawa : Bibliothèque du Parlement, septembre 2002.
- Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4<sup>e</sup> éd. ref. et augm. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.
- Devlin, Patrick. *The Enforcement of Morals*. London : Oxford University Press, 1965.
- Dworkin, Gerald, ed. *Mill's On Liberty : Critical Essays*. Lanham, Maryland : Rowman & Littlefield, 1997.
- Feinberg, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 1, *Harm to Others*, and vol. 4, *Harmless Wrongdoing*. Oxford : Oxford University Press, 1984.
- Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston : Little, Brown, 1978.
- Hall, Wayne, Louise Degenhardt and Michael Lynskey. *National Drug Strategy : The health and psychological effects of cannabis use*, 2nd ed. Prepared by the National Drug and Alcohol Research Centre. Canberra : Commonwealth of Australia, 2001.
- Hall, Wayne, Nadia Solowij and Jim Lemon. *National Drug Strategy : The health and psychological consequences of cannabis use*. Prepared by the National Drug and Alcohol Research Centre for the National Task Force on Cannabis. Canberra : Australian Government Publishing Service, 1994.
- Harcourt, Bernard E. « The Collapse of the Harm Principle » (1999), 90 *J. Crim. L. & Criminology* 109.
- Hart, H. L. A. « Immorality and Treason », originally appearing in *The Listener*, July 30, 1959, pp. 162-63, reprinted in *Morality and the Law*. Belmont, Calif. : Wadsworth Publishing Co., 1971.
- Hart, H. L. A. « Punishment and the Elimination of Responsibility ». In *Punishment and Responsibility : Essays in the Philosophy of Law*. Oxford : Clarendon Press, 1968.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, student ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2002.
- Lauzon, Benoit. *Les champs légitimes du droit criminel et leur application aux manipulations génétiques transmissibles aux générations futures*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002.
- MacFarlane, Bruce A., Robert J. Frater and Chantal Proulx. *Drug Offences in Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1996 (loose-leaf updated December 2002).

- Murphy, Emily F. *The Black Candle*. Toronto: Thomas Allen, 1922.
- Packer, Herbert L. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1968.
- Ramraj, Victor V. "Freedom of the Person and the Principles of Criminal Fault" (2002), 18 *S. Afr. J. Hum. Rts.* 225.
- Roach, Kent. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2000.
- Ruby, Clayton C., and Dianne L. Martin. *Criminal Sentencing Digest*. Toronto: Butterworths, 1993 (loose-leaf updated May 2003, Issue 39).
- Scheid, Don E. "Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments" (1997), 10 *Can. J.L. & Juris.* 441.
- Simester, A. P., and G. R. Sullivan. *Criminal Law: Theory and Doctrine*. Oxford: Hart, 2000.
- Smith, John Cyril, and Brian Hogan. *Criminal Law: Cases and Materials*, 7th ed. London: Butterworths, 1999.
- Stephen, James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. II. London: Macmillan, 1883.
- Stephen, James Fitzjames. *Liberty, Equality, Fraternity*. Edited by R. J. White. London: Cambridge University Press, 1967.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.
- "Symposium: The Moral Limits of the Criminal Law" (2001), 5 *Buff. Crim. L. Rev.* 1-319.
- von Hirsch, Andrew. "Extending the Harm Principle: 'Remote' Harms and Fair Imputation". In A. P. Simester and A. T. H. Smith, eds., *Harm and Culpability*. Oxford: Clarendon Press, 1996, 259.
- von Hirsch, Andrew, and Nils Jareborg. "Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis" (1991), 11 *Oxford J. Legal Stud.* 1.
- Wolfenden, John, et al. *The Wolfenden Report*. Report of the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution. New York: Stein and Day, 1963.
- World Health Organization. Division of Mental Health and Prevention of Substance Abuse. *Cannabis: a health perspective and research agenda*. The Organization, 1997.
- APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 138 B.C.A.C. 218, 226 W.A.C. 218, 145 C.C.C. (3d) 225, 34 C.R. (5th) 91, 74 C.R.R. (2d) 189, [2000] B.C.J. No. 1095 (QL), 2000 BCCA 335, affirming the decision of the British Columbia Supreme Court in *R. v.*
- Mill, John Stuart. *De la liberté*. Traduction de L. Lenglet. Paris : Gallimard, 1990.
- Murphy, Emily F. *The Black Candle*. Toronto : Thomas Allen, 1922.
- Packer, Herbert L. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford, Calif. : Stanford University Press, 1968.
- Ramraj, Victor V. « Freedom of the Person and the Principles of Criminal Fault » (2002), 18 *S. Afr. J. Hum. Rts.* 225.
- Roach, Kent. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2000.
- Ruby, Clayton C., and Dianne L. Martin. *Criminal Sentencing Digest*. Toronto : Butterworths, 1993 (loose-leaf updated May 2003, Issue 39).
- Scheid, Don E. « Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments » (1997), 10 *Can. J.L. & Juris.* 441.
- Simester, A. P., and G. R. Sullivan. *Criminal Law : Theory and Doctrine*. Oxford : Hart, 2000.
- Smith, John Cyril, and Brian Hogan. *Criminal Law : Cases and Materials*, 7th ed. London : Butterworths, 1999.
- Stephen, James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. II. London : Macmillan, 1883.
- Stephen, James Fitzjames. *Liberty, Equality, Fraternity*. Edited by R. J. White. London : Cambridge University Press, 1967.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.
- « Symposium : The Moral Limits of the Criminal Law » (2001), 5 *Buff. Crim. L. Rev.* 1-319.
- von Hirsch, Andrew. « Extending the Harm Principle : "Remote" Harms and Fair Imputation ». In A. P. Simester and A. T. H. Smith, eds., *Harm and Culpability*. Oxford : Clarendon Press, 1996, 259.
- von Hirsch, Andrew, and Nils Jareborg. « Gauging Criminal Harm : A Living-Standard Analysis » (1991), 11 *Oxford J. Legal Stud.* 1.
- Wolfenden, John, et al. *The Wolfenden Report*. Report of the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution. New York : Stein and Day, 1963.
- World Health Organization. Division of Mental Health and Prevention of Substance Abuse. *Cannabis : a health perspective and research agenda*. The Organization, 1997.
- POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2000), 138 B.C.A.C. 218, 226 W.A.C. 218, 145 C.C.C. (3d) 225, 34 C.R. (5th) 91, 74 C.R.R. (2d) 189, [2000] B.C.J. No. 1095 (QL), 2000 BCCA 335, qui a confirmé la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique

*Malmo-Levine* (1998), 54 C.R.R. (2d) 291, [1998] B.C.J. No. 1025 (QL), and the decision of the Provincial Court in *R. v. Caine*, [1998] B.C.J. No. 885 (QL). Appeal in *Malmo-Levine* dismissed. Appeal in *Caine* dismissed, Arbour, LeBel and Deschamps JJ. dissenting.

*David Malmo-Levine*, on his own behalf.

*John W. Conroy, Q.C.*, for the appellant Caine.

*S. David Frankel, Q.C.*, *Kevin Wilson* and *W. Paul Riley*, for the respondent.

*Milan Rupic*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Joseph J. Arvay, Q.C.*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Andrew K. Lokan* and *Andrew C. Lewis*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

GONTHIER AND BINNIE JJ. — In these appeals, the Court is required to consider whether Parliament has the legislative authority to criminalize simple possession of marihuana and, if so, whether that power has been exercised in a manner that is contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant Caine argues in particular that it is a violation of the principles of fundamental justice for Parliament to provide for a term of imprisonment as a sentence for conduct which he says results in little or no harm to other people. The appellant Malmo-Levine puts in issue the constitutional validity of the prohibition against possession for the purpose of trafficking in marihuana.

The British Columbia Court of Appeal rejected the appellants' challenges to the relevant provisions of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1 ("NCA"), and, in our view, it was right to do so. Upholding as we do the constitutional validity of the simple possession offence, it follows, for the same reasons, that Malmo-Levine's challenge to the

dans *R. c. Malmo-Levine* (1998), 54 C.R.R. (2d) 291, [1998] B.C.J. No. 1025 (QL), et la décision de la Cour provinciale dans *R. c. Caine*, [1998] B.C.J. No. 885 (QL). Pourvoi rejeté dans *Malmo-Levine*. Pourvoi rejeté dans *Caine*, les juges Arbour, LeBel et Deschamps sont dissidents.

*David Malmo-Levine*, en personne.

*John W. Conroy, c.r.*, pour l'appelant Caine.

*S. David Frankel, c.r.*, *Kevin Wilson* et *W. Paul Riley*, pour l'intimée.

*Milan Rupic*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Joseph J. Arvay, c.r.*, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

*Andrew K. Lokan* et *Andrew C. Lewis*, pour l'intervenante, l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LES JUGES GONTHIER ET BINNIE — Dans les présents pourvois, notre Cour est appelée à décider si le Parlement a le pouvoir de légiférer pour criminaliser la simple possession de marihuana et, dans l'affirmative, s'il a exercé ce pouvoir d'une manière contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appelant Caine soutient en particulier que le Parlement a violé les principes de justice fondamentale en créant une peine d'emprisonnement pour un acte qui ne cause que peu ou pas de préjudice à autrui. L'appelant Malmo-Levine conteste la question de la validité constitutionnelle de l'interdiction visant la possession de marihuana en vue d'en faire le trafic.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté la contestation par les appelants des dispositions pertinentes de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1 (la « Loi ») et, à notre avis, elle a eu raison de le faire. Comme nous confirmons la constitutionnalité de l'infraction de simple possession de marihuana, les prétentions de M. Malmo-Levine

prohibition against possession for the purpose of trafficking must also be rejected.

3

All sides agree that marihuana is a psychoactive drug which “causes alteration of mental function”. That, indeed, is the purpose for which the appellants use it. Certain groups in society share a particular vulnerability to its effects. While members of these groups, whose identity cannot in general be distinguished from other users in advance, are relatively small as a percentage of all marihuana users, their numbers are significant in absolute terms. The trial judge estimated “chronic users” to number about 50,000. A recent Senate Special Committee report estimated users under 16 (which may overlap to some extent with the chronic user group) also at 50,000 individuals (*Cannabis: Our Position for a Canadian Public Policy* (2002) (the “Senate Committee Report”), vol. I, at pp. 165-66). Pregnant women and schizophrenics are also said to be at particular risk. Advancing the protection of these vulnerable individuals, in our opinion, is a policy choice that falls within the broad legislative scope conferred on Parliament.

4

A conviction for the possession of marihuana for personal use carries no mandatory minimum sentence. In practice, most first offenders are given a conditional discharge. Imprisonment is generally reserved for situations that also involve trafficking or hard drugs. Except in very exceptional circumstances, imprisonment for simple possession of marihuana would constitute a demonstrably unfit sentence and, if imposed, would rightly be set aside on appeal. Availability of imprisonment in a statute that deals with a wide variety of drugs from opium and heroin to crack and cocaine is not unconstitutional, and its rare imposition for marihuana offences (as a scheduled drug) can and should be dealt with under ordinary sentencing principles. A fit sentence, by definition, complies with s. 7 of the

relatives à l’interdiction visant la possession de cette substance en vue d’en faire le trafic doivent elles aussi être rejetées pour les mêmes motifs.

Toutes les parties s’accordent pour dire que la marihuana est une drogue psychoactive qui [TRADUCTION] « agit sur les fonctions mentales ». C’est d’ailleurs pour cela que les appelants en consomment. Certains groupes de la société sont particulièrement vulnérables aux effets de la marihuana. Bien que les membres de ces groupes ne puissent généralement pas être distingués à l’avance des autres consommateurs et représentent un pourcentage relativement minime de l’ensemble des consommateurs de marihuana, leur nombre est toutefois non négligeable en chiffres absolus. Le juge du procès a évalué à environ 50 000 le nombre de [TRADUCTION] « consommateurs chroniques ». Dans un rapport publié récemment, le Comité spécial du Sénat sur les drogues illicites a estimé à 50 000 le nombre de consommateurs âgés de moins de 16 ans (dont certains peuvent aussi être des consommateurs chroniques) (*Le Cannabis : Positions pour un régime de politique publique pour le Canada* (2002) (le « Rapport du Comité sénatorial »), vol. I, p. 176-177). Les femmes enceintes et les schizophrènes seraient également particulièrement à risque. Selon nous, favoriser la protection de ces personnes vulnérables est une décision de politique générale qui relève du large pouvoir de légiférer dont dispose le Parlement.

La possession de marihuana pour consommation personnelle n’entraîne aucune peine minimale obligatoire en cas de déclaration de culpabilité. Dans la plupart des cas, une première infraction donne en pratique lieu à une absolution sous condition. En général, il n’y a emprisonnement que si le délinquant s’adonne aussi au trafic ou consomme des drogues dures. Sauf dans de très rares circonstances, une peine d’emprisonnement pour simple possession de marihuana est de toute évidence injuste et, si elle est infligée, elle sera à juste titre annulée en appel. La possibilité d’emprisonnement que prévoit une loi visant une grande variété de stupéfiants, allant de l’opium à la cocaïne en passant par le crack et l’héroïne, n’est pas une mesure inconstitutionnelle, et dans les rares cas où une telle peine est infligée pour

*Charter*. The mere fact of the *availability* of imprisonment in a statute dealing with a variety of prohibited drugs does not, in our view, make the criminalization of possession of a psychoactive drug like marihuana contrary to the principles of fundamental justice.

The appellants have assembled much evidence and argument attacking the wisdom of the criminalization of simple possession of marihuana. They say that the line between criminal and non-criminal conduct has been drawn inappropriately and that the evil effects of the law against marihuana outweigh the benefits, if any, associated with its prohibition. These are matters of legitimate controversy, but the outcome of that debate is not for the courts to determine. The Constitution provides no more than a framework. Challenges to the wisdom of a legislative measure within that framework should be addressed to Parliament. Our concern is solely with the issue of constitutionality. We conclude that it is within Parliament's legislative jurisdiction to criminalize the possession of marihuana should it choose to do so. Equally, it is open to Parliament to decriminalize or otherwise modify any aspect of the marihuana laws that it no longer considers to be good public policy.

The appeals are therefore dismissed.

## I. Facts

### A. *Malmo-Levine*

The appellant describes himself as a "marihuana/freedom activist". Self-represented in these proceedings, his primary concern is with interference by the state in what he believes to be the personal autonomy of its citizens. He stated in his oral argument:

I'm part of a growing number of such activists, who view cannabis re-legalization as a key part of protecting

une infraction liée à la marihuana (drogue figurant à l'annexe), les principes habituels de détermination de la peine peuvent et doivent être appliqués. Une peine juste est par définition conforme à l'art. 7 de la *Charte*. Le seul fait qu'une loi portant sur diverses drogues prohibées prévoit la *possibilité* d'une peine d'emprisonnement n'a pas selon nous pour effet de rendre incompatible avec les principes de justice fondamentale la criminalisation de la possession d'une drogue psychoactive telle la marihuana.

Les appellants ont rassemblé de nombreux éléments de preuve et arguments contestant l'opportunité de la criminalisation de la simple possession de marihuana. Ils prétendent que le Parlement n'a pas distingué adéquatement les comportements criminels et non criminels et soutiennent que les effets néfastes de l'interdiction visant la marihuana l'emportent sur ses avantages, s'il en est. Il s'agit d'un débat légitime, mais qu'il n'appartient pas aux tribunaux de trancher. La Constitution ne fait qu'établir un cadre. Les attaques contre l'opportunité d'une mesure législative eu égard à ce cadre doivent être adressées au Parlement. Nous nous attachons seulement à la constitutionnalité de la mesure. Nous arrivons à la conclusion que le Parlement a le pouvoir de légiférer pour criminaliser la possession de marihuana s'il juge opportun de le faire. De même, il lui est loisible de décriminaliser ou de modifier de quelque autre façon tout aspect des dispositions régissant la marihuana, s'il ne considère plus que les mesures en question constituent une bonne politique d'intérêt général.

Les pourvois sont en conséquence rejetés.

## I. Les faits

### A. *Malmo-Levine*

L'appellant se décrit lui-même comme un [TRADUCTION] « défenseur de la liberté et de la consommation de la marihuana ». Se représentant lui-même, il dénonce principalement l'ingérence de l'État dans ce qu'il estime être une facette de l'autonomie personnelle des citoyens. Voici un extrait de sa plaidoirie :

[TRADUCTION] Je fais partie de ces activistes de plus en plus nombreux qui considèrent que la relégislation du

5

6

7

human rights and our Mother Earth, while, at the same time, helping to end [the] war on poverty.

As you can see, I'm not a lawyer. I am, however, a cannabis user and a researcher, and I would like very much to be a cannabis retailer and perhaps grow a few plants.

8 Malmo-Levine does not deny that marihuana use can have harmful effects. On the contrary, since October 1996, he has helped operate an organization in East Vancouver known as the "Harm Reduction Club", a co-operative, non-profit association which recognizes some potential harm associated with the use of marihuana and seeks to reduce it. The stated object of the Club is to educate its users and the general public about marihuana and provide unadulterated marihuana at cost. It provides instruction about safe smoking habits "to minimize any harm from the use of marihuana", and requires its members to pledge not to operate motor vehicles or heavy equipment while under its influence.

9 On December 4, 1996, police entered the premises of the Harm Reduction Club and seized 316 grams of marihuana, much of it in the form of "joints". The appellant was charged with possession of cannabis (marihuana) for the purpose of trafficking. At trial, he sought to call evidence in support of a constitutional challenge but the trial judge refused to admit the evidence. On appeal, the majority of the Court of Appeal dismissed the appeal, Prowse J.A. dissenting.

#### B. *Caine*

10 On June 13, 1993, two RCMP officers on regular patrol observed the appellant and a male passenger sitting in a van by the ocean at White Rock, B.C. As the officers approached, the appellant, who was seated in the driver's seat, started the engine and began to back up. As one of the officers came alongside the van, he smelled a strong odour of recently smoked marihuana. The appellant Caine produced for the officer a partially smoked cigarette

cannabis est un élément clé de la protection des droits de la personne et de notre mère la Terre, qui aide en même temps à la lutte contre la pauvreté.

Comme vous pouvez le constater, je ne suis pas avocat. Je suis cependant un consommateur de cannabis et un chercheur, et j'aimerais beaucoup devenir détaillant de cannabis et peut-être en faire pousser quelques plants.

M. Malmo-Levine ne nie pas que l'usage de la marihuana peut avoir des effets néfastes. Au contraire, il participe depuis octobre 1996 à l'exploitation d'une association coopérative sans but lucratif située dans East Vancouver et connue sous le nom de « Harm Reduction Club », qui reconnaît l'existence de certains risques associés à l'usage de la marihuana et cherche à les réduire. L'objectif déclaré du club est d'informer ses membres et le public en général sur la marihuana et de fournir de la marihuana non adultérée au prix coûtant. Le club enseigne des moyens sûrs de fumer de la marihuana [TRADUCTION] « en vue de réduire au minimum tout préjudice découlant de la consommation de marihuana » et il exige que ses membres s'engagent à ne pas conduire un véhicule à moteur ou faire fonctionner de la machinerie lourde lorsqu'ils sont sous l'effet de cette substance.

Le 4 décembre 1996, la police a visité les locaux du Harm Reduction Club et saisi 316 grammes de marihuana, essentiellement sous forme de « joints ». L'appelant a été accusé de possession de marihuana en vue d'en faire le trafic. Au procès, il a voulu présenter certains éléments de preuve au soutien de son argument d'inconstitutionnalité, mais le juge du procès a refusé d'admettre ces éléments. En appel, les juges majoritaires de la Cour d'appel (la juge Prowse étant dissidente) ont débouté l'appelant.

#### B. *Caine*

Le 13 juin 1993, à White Rock en Colombie-Britannique, lors d'une patrouille de routine, deux agents de la GRC ont vu l'appelant et un passager dans une fourgonnette stationnée à proximité de l'océan. Lorsqu'ils se sont approchés, l'appelant, qui était au volant, a mis le contact et commencé à faire marche arrière. Longeant le véhicule, l'un des policiers a senti une forte odeur de marihuana récemment fumée. L'appelant Caine a remis au

of marihuana that weighed 0.5 gram. He possessed the marihuana cigarette for his own use and not for any other purpose.

The appellant Caine’s application for a declaration that the provisions of the NCA prohibiting the possession of marihuana were unconstitutional was denied at trial. The appeal was also dismissed, Prowse J.A. dissenting.

II. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

*Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1 (repealed S.C. 1996, c. 19, s. 94, effective May 14, 1997 (SI/97-47))

Section 2 of the NCA defines “marihuana” as *Cannabis sativa* L. and a “narcotic” as “any substance included in the schedule or anything that contains any substance included in the schedule”. Marihuana became a scheduled drug when *The Opium and Narcotic Drug Act, 1923*, S.C. 1923, c. 22 (the predecessor to the NCA) was enacted by Parliament. The relevant provisions of the NCA, impugned insofar as they relate to the simple possession and use of marihuana, state:

3. (1) Except as authorized by this Act or the regulations, no person shall have a narcotic in his possession.

(2) Every person who contravenes subsection (1) is guilty of an offence and liable

(a) on summary conviction for a first offence, to a fine not exceeding one thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months or to both and, for a subsequent offence, to a fine not exceeding two thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding one year or to both; or

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding seven years.

. . .

SCHEDULE

. . .

3. *Cannabis sativa*, its preparations, derivatives and similar synthetic preparations, including:

policier une cigarette de marihuana partiellement grillée pesant 0,5 gramme. Il l’avait en sa possession pour consommation personnelle et rien d’autre.

Au procès, la juge a rejeté la demande de l’appelant Caine qui sollicitait un jugement déclarant inconstitutionnelles les dispositions de la Loi interdisant la possession de marihuana. Il a également été débouté en appel, la juge Prowse étant dissidente.

II. Les dispositions législatives et constitutionnelles applicables

*Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1 (abrogée par L.C. 1996, ch. 19, art. 94, en vigueur le 14 mai 1997 (TR/97-47))

Aux termes de l’art. 2 de la Loi, « marihuana » s’entend du *Cannabis sativa* L. et « stupéfiant » de toute « [s]ubstance énumérée à l’annexe, ou toute préparation en contenant ». La marihuana est devenue une drogue inscrite à l’annexe lorsque la *Loi de l’opium et des drogues narcotiques, 1923*, S.C. 1923, ch. 22 (remplacée par la Loi) a été édictée par le Parlement. Voici le texte des dispositions pertinentes de la Loi qui sont contestées, dans la mesure où elles portent sur la simple possession de la marihuana :

3. (1) Sauf exception prévue par la présente loi ou ses règlements, il est interdit d’avoir un stupéfiant en sa possession.

(2) Quiconque enfreint le paragraphe (1) commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité :

a) par procédure sommaire, pour une première infraction, une amende maximale de mille dollars et un emprisonnement maximal de six mois, ou l’une de ces peines, et, en cas de récidive, une amende maximale de deux mille dollars et un emprisonnement maximal d’un an, ou l’une de ces peines;

b) par mise en accusation, un emprisonnement maximal de sept ans.

. . .

ANNEXE

. . .

3. Chanvre indien (*Cannabis sativa*), ses préparations, dérivés et préparations synthétiques semblables, notamment :

11

12

- (1) Cannabis resin,
- (2) Cannabis (marihuana),
- (3) Cannabidiol,
- (4) Cannabinol (3-n-amyyl-6,6,9-trimethyl-6-dibenzopyran-1-ol),
- (4.1) Nabilone ((±)-trans-3 (1,1-dimethylheptyl)-6, 6a, 7, 8, 10, 10a-hexahydro-1-hydroxy-6,6-dimethyl-9H-dibenzo[b,d]pyran-9-one),
- (5) Pyrahexyl (3-n-hexyl-6,6,9-trimethyl-7,8,9,10-tetrahydro-6-dibenzopyran-1-ol), and
- (6) Tetrahydrocannabinol,

but not including:

- (7) non-viable Cannabis seed.

#### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

#### *Constitution Act, 1867*

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

. . . .

27. The Criminal Law, except the Constitution of Courts of Criminal Jurisdiction, but including the Procedure in Criminal Matters.

### III. Judicial History

#### A. *Trial Court*

1. Malmo-Levine (1998), 54 C.R.R. (2d) 291 (B.C.S.C.)

Curtis J., after a lengthy *voir dire*, refused to hear evidence tendered to show the offence of possession

- (1) Résine de cannabis,
- (2) Cannabis (marihuana),
- (3) Cannabidiol,
- (4) Cannabinol (n-amyyl-3 triméthyl-6,6,9 dibenzo-6 pyran-1-ol),
- (4.1) Nabilone ((±)-trans-(diméthylheptyl-1,1)-3 hexahydro-6, 6a, 7, 8, 10, 10a hydroxy-1 diméthyl-6, 6 9H-dibenzo [b,d] pyrannone-9),
- (5) Pyrahexyl (n-hexyl-3 triméthyl-6,6,9 tétrahydro-7,8,9,10 dibenzo-6 pyran-1-ol),
- (6) Tétrahydrocannabinol,

mais non compris :

- (7) Graine de cannabis stérile.

#### *Charte canadienne des droits et libertés*

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

#### *Loi constitutionnelle de 1867*

91. Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés dans le présent article, il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

. . . .

27. La loi criminelle, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle.

### III. Les décisions des juridictions inférieures

#### A. *Tribunal de première instance*

1. Malmo-Levine (1998), 54 C.R.R. (2d) 291 (C.S.C.-B.)

Au terme d'un long *voir-dire*, le juge Curtis a refusé d'entendre la preuve tendant à établir

of marihuana for the purpose of trafficking to be unconstitutional. He found that the proposed evidence was not relevant to his analysis under s. 7 of the *Charter*.

In his view, the freedom to use marihuana is not a matter of fundamental, personal importance, and such use is therefore not protected by s. 7 of the *Charter*. “There being no right to use marijuana created by the right to life, liberty and security of the person, the question of the principles of fundamental justice need not be considered” (p. 295). Malmo-Levine was subsequently convicted under s. 4(2) of the NCA for possession of marihuana for the purpose of trafficking.

2. Caine, [1998] B.C.J. No. 885 (QL) (Prov. Ct.)

Howard Prov. Ct. J. heard extensive evidence about the alleged harm caused by marihuana. We will address her careful findings of fact in this regard later in these reasons. In the end, she held that she was bound by the decision in *Malmo-Levine* that the NCA did not infringe s. 7. Caine was therefore convicted under s. 3 of the NCA for simple possession.

- B. *British Columbia Court of Appeal* (2000), 138 B.C.A.C. 218, 2000 BCCA 335

1. Braidwood J.A.

Braidwood J.A., Rowles J.A. concurring, concluded that the “harm principle” was a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7. “[The harm principle] is a legal principle and it is concise. Moreover, there is a consensus among reasonable people that it is vital to our system of justice. Indeed, I think that it is common sense that you don’t go to jail unless there is a potential that your activities will cause harm to others” (para. 134).

l’inconstitutionnalité de l’infraction de possession de marihuana en vue d’en faire le trafic. Il a estimé qu’elle n’était pas pertinente pour son analyse fondée sur l’art. 7 de la *Charte*.

De l’avis du juge Curtis, la liberté de consommer de la marihuana ne revêt pas une importance personnelle fondamentale et elle n’est en conséquence pas garantie par l’art. 7 de la *Charte* : [TRADUCTION] « Comme le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ne crée aucun droit de consommer de la marihuana, il n’y a pas lieu d’examiner la question des principes de justice fondamentale » (p. 295). M. Malmo-Levine a par la suite été déclaré coupable de l’infraction de possession de marihuana en vue d’en faire le trafic prévue au par. 4(2) de la Loi.

2. Caine, [1998] B.C.J. No. 885 (QL) (C.P.)

Une preuve abondante du préjudice que causerait la marihuana a été présentée à la juge Howard de la Cour provinciale. Nous nous pencherons plus loin sur les conclusions de fait soignées qu’elle a tirées de cette preuve. En définitive, la juge a statué qu’elle était liée par la décision rendue dans l’affaire *Malmo-Levine* selon laquelle la Loi ne porte pas atteinte à l’art. 7. M. Caine a donc été reconnu coupable de l’infraction de simple possession prévue par l’art. 3 de la Loi.

- B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (2000), 138 B.C.A.C. 218, 2000 BCCA 335

1. Le juge Braidwood

Le juge Braidwood, avec l’appui de la juge Rowles, a conclu que le [TRADUCTION] « principe du préjudice » était un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 : [TRADUCTION] « [Le principe du préjudice] est un principe juridique concis. De plus, les gens raisonnables s’accordent généralement pour dire qu’il a un caractère vital pour notre système de justice. D’ailleurs, il est logique qu’on ne vous envoie pas en prison, à moins que vos actes ne soient susceptibles de causer préjudice à autrui » (par. 134).

14

15

16

17 In the result, however, he judged that the deprivation of the appellants' liberty caused by the penal provisions of the NCA was in accordance with the harm principle, and did not violate s. 7: "It is for Parliament to determine what level of risk is acceptable and what level of risk requires action. The *Charter* only demands . . . a 'reasoned apprehension of harm' that is not [in]significant or trivial. The appellants have not convinced me that such harm is absent in this case" (para. 158). He therefore dismissed the appeals.

## 2. Prowse J.A. (dissenting)

18 Prowse J.A. disagreed that the threshold of harm justifying parliamentary intervention is harm that is "not insignificant or trivial". In her view, harm must be "serious" and "substantial" to survive a *Charter* challenge. She concluded that s. 3(1) of the NCA breached the appellants' s. 7 *Charter* rights in a manner inconsistent with a principle of fundamental justice. She would have adjourned the proceedings to permit counsel to make further submissions with respect to the justification of the breach under s. 1 of the *Charter*.

## IV. Constitutional Questions

19 On October 19, 2001, the Chief Justice stated the following constitutional questions in the case of *R. v. Caine*:

1. Does prohibiting possession of Cannabis (marihuana) for personal use under s. 3(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to Question 1 is in the affirmative, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

En fin de compte, cependant, il a jugé que la privation de liberté causée aux appelants par l'application des dispositions pénales de la Loi respectait le principe du préjudice et ne portait pas atteinte à l'art. 7 : [TRADUCTION] « Il appartient au Parlement de déterminer le niveau de risque qui est acceptable et celui qui exige son intervention. La *Charte* requiert seulement [ . . . ] une "crainte raisonnée de préjudice" qui ne soit ni [in]signifiante ni négligeable. Les appelants ne m'ont pas convaincu de l'absence d'un tel préjudice en l'espèce » (par. 158). Il a en conséquence rejeté les appels.

## 2. La juge Prowse (dissidente)

La juge Prowse a exprimé son désaccord avec la conclusion que le critère du préjudice justifiant l'intervention du Parlement est celui d'un préjudice qui n'est [TRADUCTION] « ni insignifiant ni négligeable ». Selon elle, le préjudice doit être [TRADUCTION] « grave » et « important » pour qu'une disposition résiste à une contestation fondée sur la *Charte*. Elle a conclu que le par. 3(1) de la Loi portait atteinte, d'une manière incompatible avec un principe de justice fondamentale, aux droits garantis aux appelants par l'art. 7 de la *Charte*. Elle aurait ajourné l'audience pour permettre aux avocats de présenter des observations supplémentaires relativement à la justification de l'atteinte au regard de l'article premier de la *Charte*.

## IV. Les questions constitutionnelles

Le 19 octobre 2001, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes dans le pourvoi *R. c. Caine* :

1. Est-ce que l'interdiction d'avoir en sa possession du Cannabis (marihuana) aux fins de consommation personnelle — interdiction prévue au par. 3(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l'art. 3 de l'annexe de cette loi (maintenant l'art. 1 de l'annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19) — porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?

3. Is the prohibition on the possession of Cannabis (marihuana) for personal use under s. 3(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), within the legislative competence of the Parliament of Canada as being a law enacted for the peace, order and good government of Canada pursuant to s. 91 of the *Constitution Act, 1867*; as being enacted pursuant to the criminal law power in s. 91(27) thereof; or otherwise?

In the *Malmo-Levine* appeal, additional constitutional questions were stated putting in issue the validity of the prohibition against possession for the purpose of trafficking in marihuana in light of s. 7 (fundamental justice) and s. 15 (equality rights) of the *Charter*.

#### V. Analysis

The controversy over the criminalization of the use of marihuana has raged in Canada for at least 30 years. In 1972, the Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs (the “Le Dain Commission”), in its preliminary report entitled *Cannabis*, recommended that the prohibition against its use be removed from the *criminal law*. In 1974, the federal government introduced Bill S-19, which would have removed penal sanctions for possession of marihuana for a first offence and substituted a monetary fine in its place. The Bill, however, died on the Order Paper. At the beginning of the 32nd Parliament in 1980, the Throne Speech proclaimed:

It is time . . . to move cannabis offences to the Food and Drugs Act and remove the possibility of imprisonment for simple possession.

(*House of Commons Debates*, vol. I, 1st Sess., 32nd Parl., April 14, 1980, at p. 5)

The trial judge in *Caine* estimated that over 600,000 Canadians now have criminal records for cannabis-related offences, and that widespread use despite the criminal prohibition encourages

3. Est-ce que l’interdiction d’avoir en sa possession du Cannabis (marihuana) aux fins de consommation personnelle — interdiction prévue au par. 3(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l’art. 3 de l’annexe de cette loi (maintenant l’art. 1 de l’annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19), — relève de la compétence législative du Parlement du Canada en tant que règle de droit édictée soit en vertu de l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour assurer la paix, l’ordre et le bon gouvernement du Canada, soit en vertu du pouvoir de légiférer sur le droit criminel prévu au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, soit en vertu d’un autre pouvoir?

Dans le pourvoi *Malmo-Levine*, la Cour a formulé d’autres questions constitutionnelles mettant en cause la validité de l’interdiction visant la possession de marihuana en vue d’en faire le trafic au regard des art. 7 (justice fondamentale) et 15 (droits à l’égalité) de la *Charte*.

#### V. L’analyse

La controverse entourant la criminalisation de la consommation de marihuana fait rage au Canada depuis au moins 30 ans. En 1972, la Commission d’enquête sur l’usage des drogues à des fins non médicales (la « Commission Le Dain »), dans son rapport provisoire intitulé *Le cannabis*, a recommandé que l’interdiction ne relève plus du droit *criminel*. En 1974, le gouvernement fédéral a présenté le projet de loi S-19, qui prévoyait, dans le cas d’une première infraction, la suppression des sanctions pénales et leur remplacement par une amende. Le projet de loi est cependant mort au Feuilleton. Au début de la 32<sup>e</sup> législature, en 1980, le gouvernement a déclaré ceci dans le discours du Trône :

. . . le temps est aussi venu de faire relever de la Loi des aliments et drogues les infractions relatives au cannabis et de supprimer la peine d’emprisonnement dont est punissable la simple possession de cette drogue.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. I, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 14 avril 1980, p. 5)

Dans l’affaire *Caine*, la juge du procès a estimé que plus de 600 000 Canadiens ont un casier judiciaire pour des infractions liées au cannabis et que l’usage largement répandu de cette substance,

20

21

22

disrespect for the law. At the time of the hearing of the appeal in this Court, the government announced its intention of introducing a bill to eliminate the availability of imprisonment for simple possession. Bill C-38, as introduced, states that possession of amounts less than 15 grams of marihuana will render an individual “guilty of an offence punishable on summary conviction and liable to a fine” (s. 4(5.1)). Furthermore, the offence would be designated as a contravention, pursuant to the *Contraventions Act*, S.C. 1992, c. 47, with the effect that an individual convicted for such possession would not receive a criminal record.

malgré l’interdiction pénale, incite au non-respect de la loi. Au moment de l’audition du pourvoi par notre Cour, le gouvernement a annoncé son intention de déposer un projet de loi éliminant l’emprisonnement comme peine applicable pour la simple possession. Le projet de loi C-38 précise que la possession de moins de 15 grammes de marihuana rend « passible, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, de l’amende maximale prévue » (par. 4(5.1)). En outre, l’infraction deviendrait une contravention, au sens de la *Loi sur les contraventions*, L.C. 1992, ch. 47, avec pour effet d’éviter à une personne déclarée coupable de telle possession d’avoir un casier judiciaire.

23 These reports and legislative initiatives were directed to crafting what was thought to be the best legislative response to the marihuana controversy. Whether the Bill should proceed, and if so in what form, is a matter of legislative policy for Parliament to decide. The question before us is purely a matter of law. Is the prohibition, including the availability of imprisonment for simple possession, beyond the powers of Parliament, either because it does not properly fall within Parliament’s legislative competence, or because the prohibition, and in particular the availability of imprisonment, violate the *Charter’s* guarantees of rights and freedoms?

Les rapports et les mesures législatives susmentionnés visaient à façonner ce que l’on croyait être la meilleure solution législative pour mettre fin à la controverse sur la marihuana. La question de savoir si le projet de loi mentionné précédemment doit continuer à suivre la filière législative et, dans l’affirmative, sous quelle forme, est une question de politique législative qu’il appartient au Parlement de prendre. La question que nous sommes appelés à trancher est une pure question de droit. L’interdiction, y compris la possibilité d’emprisonnement qu’entraîne l’infraction de simple possession, excède-t-elle les pouvoirs du Parlement, soit parce qu’elle déborde sa compétence législative, soit parce que l’interdiction et plus particulièrement la peine d’emprisonnement dont elle est assortie portent atteinte aux droits et libertés garantis par la *Charte*?

24 The legal issues arising on these appeals can be grouped under the following headings:

Les questions de droit que soulèvent les pourvois peuvent être regroupées sous les rubriques suivantes :

- A. Exclusion of Constitutional Fact Evidence at the Trial of Malmo-Levine
- B. The *Narcotic Control Act*
- C. Evidence of Harm
- D. Division of Powers
- E. Section 7 of the *Charter*
- F. Section 15 of the *Charter*

- A. L’exclusion de la preuve des faits constitutionnels au procès de M. Malmo-Levine
- B. La *Loi sur les stupéfiants*
- C. La preuve du préjudice
- D. Le partage des compétences
- E. L’article 7 de la *Charte*
- F. L’article 15 de la *Charte*

We turn, then, to the first issue.

A. *Exclusion of Constitutional Fact Evidence at the Trial of Malmo-Levine*

Curtis J. refused to admit expert evidence of legislative and constitutional facts relevant to the *Charter* challenge on the basis that, even if Malmo-Levine succeeded in establishing what he set out to establish, it would make no difference to the legal result. In the trial judge's view, "[t]here is no legal basis for hearing evidence in support of the defence challenge to the constitutionality of the marijuana laws; it is simply not relevant" (p. 296).

In our view, the evidence which Malmo-Levine wished to adduce, which was essentially the same as the evidence tendered in *Caine*, was relevant to his *Charter* challenge. His argument was clearly not frivolous. A trial judge is not required to listen to pointless, irrelevant or repetitive evidence that does not advance the work of the court, but here the proffered evidence was none of those things. Malmo-Levine was prepared to deal with serious matters in a serious way. Had the Crown been prepared to accept his evidentiary points, an admission by Crown counsel or an agreed Statement of Facts could have been filed to make unnecessary the hearing of *viva voce* evidence. In the absence of any such Crown admissions, we agree with the British Columbia Court of Appeal that in the circumstances of this case the trial judge erred in excluding this "legislative fact" evidence. In the *Caine* case, the trial judge took judicial notice of certain government reports and documents, and proceeded to hear *viva voce* expert evidence on the more debatable aspects of the marijuana controversy. This was the correct procedure.

While the courts apply the requirements of judicial notice less stringently to the admission of

Nous allons maintenant examiner la première question.

A. *L'exclusion de la preuve des faits constitutionnels au procès de M. Malmo-Levine*

Le juge Curtis a refusé d'admettre la preuve d'expert concernant les faits législatifs et constitutionnels que voulait présenter M. Malmo-Levine à l'égard de sa contestation fondée sur la *Charte* au motif que, même si ce dernier réussissait à prouver ce qu'il voulait établir, le résultat demeurerait le même sur le plan juridique. De l'avis du juge du procès, [TRADUCTION] « [i]l n'existe aucun fondement juridique justifiant d'autoriser la présentation des éléments de preuve invoqués à l'appui de la contestation par le défendeur de la constitutionnalité des dispositions sur la marijuana. Cette preuve n'est tout simplement pas pertinente » (p. 296).

Selon nous, la preuve que M. Malmo-Levine souhaitait présenter — et qui était essentiellement la même que celle produite dans *Caine* — était pertinente dans le cadre de sa contestation fondée sur la *Charte*. Sa prétention n'était manifestement pas frivole. Le juge qui préside un procès n'est pas obligé d'entendre une preuve inutile, non pertinente ou redondante qui ne fait pas progresser l'instance. Mais, en l'espèce, la preuve offerte n'était pas de cette nature. M. Malmo-Levine était prêt à débattre sérieusement de questions importantes. Si le ministère public avait été disposé à concéder les points que M. Malmo-Levine désirait prouver, une admission de son avocat ou un exposé conjoint des faits aurait pu être déposé afin de remplacer l'audition de témoignages de vive voix à cet égard. En l'absence de telles mesures, nous estimons, à l'instar de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, que le juge du procès a eu tort d'exclure cette preuve de « faits législatifs » dans les circonstances de l'espèce. Dans l'affaire *Caine*, la juge du procès a pris connaissance d'office de certains documents et rapports gouvernementaux et elle a entendu de vive voix des témoins experts sur les aspects plus litigieux de la controverse entourant la marijuana. C'était la bonne façon de faire.

Bien que les tribunaux appliquent les exigences relatives à la connaissance d'office moins

25

26

27

28

legislative fact than to adjudicative fact (*Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at p. 1099), courts should nevertheless proceed cautiously to take judicial notice even as “legislative facts” of matters that are reasonably open to dispute, particularly where they relate to an issue that could be dispositive: *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32; *Public School Boards’ Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 1 S.C.R. 44, 2000 SCC 2. The evidence of harm, or the lack of it, was central to the argument raised by both Malmo-Levine and Caine. They regarded it as dispositive. Moreover, much of the evidence of “harm” was controversial, and needed to be tested by cross-examination.

29

Curtis J. was clearly unimpressed by what Malmo-Levine wished to establish. In some aspects, we have reached the same conclusion. However, with respect, the trial judge ought to have admitted the evidence despite his misgivings in the circumstances so as to permit Malmo-Levine to put forward a full record in the event of an appeal.

30

The complications that would otherwise have attended the hearing of the appeal however were obviated by the parties’ agreement to treat the *Caine* evidence of legislative fact as equally applicable to Malmo-Levine’s appeal. In the result, we agree with the Court of Appeal that the trial judge’s error did not, in those circumstances, prejudice Malmo-Levine.

## B. *The Narcotic Control Act*

### 1. History of the NCA

31

The NCA is structured as an omnibus measure covering all controlled drugs including heroin, crack cocaine and opium. The first such Act was passed by Parliament in 1908 in the form of *An Act to prohibit the importation, manufacture and sale of Opium*

strictement à l’égard des faits législatifs que des faits en litige (*Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, p. 1099), ils doivent néanmoins faire montre de prudence avant de prendre connaissance d’office, même en tant que « faits législatifs », de points raisonnablement discutables, particulièrement lorsque ceux-ci portent sur une question qui pourrait être décisive : *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32; *Public School Boards’ Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 1 R.C.S. 44, 2000 CSC 2. La preuve de l’existence ou de l’inexistence d’un préjudice était un aspect central de l’argumentation de MM. Malmo-Levine et Caine. Ces derniers considéraient cet aspect comme déterminant. En outre, une bonne partie de la preuve du « préjudice » ne faisait pas l’unanimité et son bien-fondé devait être mis à l’épreuve par contre-interrogatoire.

Le juge Curtis n’a manifestement pas été impressionné par ce que M. Malmo-Levine souhaitait établir. Nous sommes d’ailleurs arrivés à la même conclusion que lui sur certains points. Toutefois, avec égards pour l’opinion du juge Curtis, dans les circonstances, celui-ci aurait dû malgré ses réserves admettre cette preuve, afin de permettre à M. Malmo-Levine de constituer un dossier complet en prévision d’un éventuel appel.

Le fait que les parties aient convenu de considérer que la preuve relative aux faits législatifs présentée dans l’affaire *Caine* s’appliquait également dans l’appel de M. Malmo-Levine a toutefois permis d’éviter les complications auxquelles l’audition de l’appel aurait autrement donné lieu. En conséquence, nous souscrivons à l’opinion de la Cour d’appel selon laquelle, dans les circonstances, l’erreur du juge du procès n’a pas causé préjudice à M. Malmo-Levine.

## B. *La Loi sur les stupéfiants*

### 1. Historique de la Loi

Conçue comme une mesure omnibus, la Loi s’appliquait à toutes les drogues contrôlées, notamment l’héroïne, le crack et l’opium. En 1908, une première loi a été adoptée pour réglementer l’usage des stupéfiants à des fins non thérapeutiques : *Loi*

for other than medicinal purposes, S.C. 1908, c. 50, which aimed to control the use of narcotics for non-medicinal purposes. In 1911, this statute was replaced by *The Opium and Drug Act*, S.C. 1911, c. 17, which added prohibitions with regards to cocaine, morphine and eucaïne. In 1923, Parliament enacted a consolidated *Opium and Narcotic Drug Act*, 1923, S.C. 1923, c. 22, which added cannabis to the list of prohibited drugs. There was no discussion or debate in the house as to why this drug was added. In 1932, a number of important amendments were made in the *Act to amend The Opium and Narcotic Drug Act*, 1929, S.C. 1932, c. 20, referring to both synthetic and natural drugs. By 1938, the Act prohibited over 15 scheduled drugs (S.C. 1938, c. 9) (see Senate Committee Report, vol. II, at pp. 256-58).

In 1954, the *Opium and Narcotic Drug Act* was amended, and the offence of possession was supplemented by a new offence: “possession . . . for the purpose of trafficking” (S.C. 1954, c. 38, s. 3). A reverse onus applied to this offence, meaning that those possessing large quantities of narcotics had to prove that they were *not* in possession for the purpose of trafficking (Senate Committee Report, vol. II, at p. 264). The Act contained much harsher penalties for trafficking than for possession, leading Braidwood J.A. to conclude that “Parliament’s primary purpose was to stamp out the drug traffic and punish the traffickers” (para. 81).

Less than a decade later, Parliament replaced the *Opium and Narcotic Drug Act* with the *Narcotic Control Act*, S.C. 1960-61, c. 35, which gave effect to Canada’s international commitments under the *Single Convention on Narcotic Drugs*, 1961, Can. T.S. 1964 No. 30. When debating the Bill, the Minister of National Health characterized marijuana as a gateway drug, stating that “[i]t . . . may well provide a stepping stone to addiction to heroin” (*House of Commons Debates*, vol. VI, 4th Sess., 24th Parl., June 7, 1961, at p. 5981). This strategy was to try to treat and cure the “evil” of marijuana by reducing the supply of drugs through stiff

*prohibant l’importation, la fabrication et la vente de l’opium à toutes fins autres que celles de la médecine*, S.C. 1908, ch. 50. En 1911, cette loi a été remplacée par la *Loi de l’opium et des drogues*, S.C. 1911, ch. 17, qui étendait l’interdiction à la cocaïne, à la morphine et à l’eucaïne. En 1923, le Parlement a édicté la *Loi de l’opium et des drogues narcotiques*, 1923, S.C. 1923, ch. 22, qui ajoutait le cannabis à la liste des drogues interdites. Aucun débat n’a eu lieu à la Chambre quant à la justification de cet ajout. En 1932, un certain nombre de modifications importantes ont été apportées à la *Loi modifiant la Loi de l’opium et des drogues narcotiques*, 1929, S.C. 1932, ch. 20, notamment pour y inscrire des drogues synthétiques et des drogues naturelles. En 1938, l’annexe de la loi faisait état de plus de 15 drogues interdites (S.C. 1938, ch. 9) (voir le Rapport du Comité sénatorial, vol. II, p. 272-275).

En 1954, la *Loi sur l’opium et les drogues narcotiques* a été modifiée et à la simple possession s’est ajoutée une nouvelle infraction, celle de « possession [d’]une drogue aux fins d’en faire le trafic » (S.C. 1954, ch. 38, art. 3). Dans le cas de cette infraction, la charge de la preuve était inversée, de sorte que les personnes trouvées en possession de grandes quantités de stupéfiants devaient établir que ce n’était *pas* pour en faire le trafic (Rapport du Comité sénatorial, vol. II, p. 282). La loi prévoyait des peines beaucoup plus sévères pour le trafic que pour la possession, ce qui a amené le juge Braidwood de la Cour d’appel à conclure que [TRADUCTION] « le principal objectif du Parlement était d’éliminer le trafic des stupéfiants et de punir les trafiquants » (par. 81).

Moins d’une décennie plus tard, la *Loi sur l’opium et les drogues narcotiques* a été remplacée par la *Loi sur les stupéfiants*, S.C. 1960-61, ch. 35, qui donnait effet aux engagements internationaux du Canada découlant de la *Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, R.T. Can. 1964 n° 30. Pendant les débats relatifs au projet de loi, le ministre de la Santé nationale a qualifié la marijuana de drogue d’introduction, affirmant qu’elle pouvait fort bien « mener à l’accoutumance à l’héroïne » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 4<sup>e</sup> sess., 24<sup>e</sup> lég., 7 juin 1961, p. 6194). La stratégie consistait à tenter de traiter et guérir les effets du « fléau » de la

32

33

penalties, and reducing the demand for drugs by providing treatment for existing addicts.

34 In 1997, the NCA and Parts III and IV of the *Food and Drugs Act* were repealed and replaced by the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (“CDSA”). The new Act was designed to discharge Canada’s more recent international obligations with regard to narcotics. It introduced a legislative framework for the import, export, distribution and use of substances scheduled under previous legislation (Senate Committee Report, vol. II, at p. 286). More than 150 substances now appear in the schedules to the CDSA.

## 2. Sanctions under the NCA

35 Since the enactment of the *Opium Act* in 1908, the sanctions for drug possession have been steadily decreasing. In 1929, the penalty for the offence of possession was a minimum of six months to a maximum of seven years or a fine of between \$200 and \$1,000, or both. It was also within the discretion of the court to sentence offenders to hard labour or a whipping: *The Opium and Narcotic Drug Act, 1929*, S.C. 1929, c. 49, s. 4. See, e.g., *R. v. Forbes* (1937), 69 C.C.C. 140 (B.C. Co. Ct.) (accused sentenced to 18 months of hard labour plus a \$200 fine for possession of marihuana).

36 With the amendment of the *Opium and Narcotic Drug Act* in 1954, penalties for offences involving trafficking increased. For simple possession however, the availability of hard labour was removed. The mandatory six-month prison sentence was repealed in 1961 when the *Narcotic Control Act* was enacted. However, the 1961 Act provided, under s. 17(1), that if the accused was a drug addict, the court could impose custody for treatment for an indeterminate period in lieu of another sentence.

37 In 1969, possession was redesignated as a hybrid offence, and the penalty on summary conviction for

marihuana en diminuant l’offre de drogues par l’infliction de peines sévères et en réduisant la demande grâce au traitement des toxicomanes.

En 1997, la Loi et les parties III et IV de la *Loi sur les aliments et drogues* ont été abrogées et remplacées par la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19 (« LRDS »). Cette nouvelle loi vise à permettre au Canada de s’acquitter des plus récentes obligations internationales qui lui incombent en matière de lutte contre les stupéfiants. Elle instaure un cadre légal régissant l’importation, l’exportation, la distribution et l’utilisation des substances figurant aux annexes des lois antérieures (Rapport du Comité sénatorial, vol. II, p. 305). Plus de 150 substances sont désormais énumérées dans les annexes de la LRDS.

## 2. Les sanctions prévues par la Loi

Depuis l’adoption de la *Loi sur l’opium* en 1908, on observe une diminution constante de la rigueur des sanctions infligées pour possession de drogue. En 1929, le délinquant était passible d’un emprisonnement d’au moins six mois et d’au plus sept ans, ainsi que d’une amende dont le montant allait de 200 \$ à 1 000 \$, ou de l’une de ces deux peines. Le tribunal avait également le pouvoir discrétionnaire de le condamner aux travaux forcés ou au fouet : *Loi de l’opium et des drogues narcotiques, 1929*, S.C. 1929, ch. 49, art. 4. Voir, par exemple, *R. c. Forbes* (1937), 69 C.C.C. 140 (C. cté C.-B.) (infliction d’une peine de 18 mois de travaux forcés et d’une amende de 200 \$ pour possession de marihuana).

Après la modification de la *Loi de l’opium et des drogues narcotiques* en 1954, la sévérité des peines prévues pour les infractions comportant trafic a été haussée. Cependant, le Parlement a écarté la condamnation aux travaux forcés pour simple possession. L’emprisonnement minimal de six mois a été supprimé en 1961 lors de l’adoption de la *Loi sur les stupéfiants*. Toutefois, la nouvelle loi disposait, au par. 17(1), que le tribunal pouvait condamner un toxicomane à la détention aux fins de traitement pour une période indéterminée, à l’exclusion de toute autre peine.

En 1969, l’infraction de possession est devenue une infraction mixte, le contrevenant étant dès lors

possession carried a maximum fine of \$1,000 or imprisonment for a term not exceeding six months or both for a first offence and, for a subsequent offence, a fine not exceeding \$2,000 or imprisonment for a term not exceeding one year or both: S.C. 1968-69, c. 41, s. 12. The penalties are heavier, of course, if the Crown proceeds by indictment. These provisions were still in effect when the NCA was repealed in 1996.

### 3. Statutory Framework of the NCA

Parliament did not attach the penalty of imprisonment directly to marihuana offences. Rather, the NCA states at s. 3(1) that “[e]xcept as authorized by this Act or the regulations, no person shall have a narcotic in his possession”. Narcotics are defined in the schedules to the NCA. Marihuana is a scheduled drug. The trial judge found that while marihuana is a psychoactive drug, it is not (medically speaking) a narcotic. It is deemed to be a “narcotic” only for the parliamentary purposes of the NCA schedule.

Various attacks were made on this statutory vehicle in the companion Ontario appeal, *R. v. Clay*, [2003] 3 S.C.R. 735, 2003 SCC 75, including allegations of overbreadth, and are considered further in our reasons for rejecting that appeal, released concurrently.

### C. *Evidence of Harm*

The evidentiary issue at the core of the appellants’ constitutional challenge is the “harm principle”, and the contention that possession of marihuana for personal use is a “victimless crime”. The appellants say that even with respect to the user himself or herself there is no cogent evidence of “significant” or “non-trivial” harm.

passible, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, pour une première infraction, d’une amende maximale de 1 000 \$ et d’un emprisonnement maximal de six mois, ou de l’une de ces peines, et, en cas de récidive, d’une amende maximale de 2 000 \$ et d’un emprisonnement maximal d’un an, ou de l’une de ces peines : S.C. 1968-69, ch. 41, art. 12. Les peines étaient évidemment plus sévères lorsque le ministère public optait pour la mise en accusation. Ces dispositions s’appliquaient toujours au moment de l’abrogation de la Loi en 1996.

### 3. Le cadre législatif de la Loi

Le Parlement n’a pas directement prévu de peines d’emprisonnement pour les infractions liées à la marihuana. La Loi dispose plutôt, au par. 3(1), que « [s]auf exception prévue par la présente loi ou ses règlements, il est interdit d’avoir un stupéfiant en sa possession ». Les substances considérées comme des stupéfiants sont énumérées aux annexes de la Loi. La marihuana y figure. Le juge du procès a conclu que, bien que la marihuana soit une drogue psychoactive, elle n’est pas (sur le plan médical) un stupéfiant. Elle est réputée être un « stupéfiant » uniquement pour les besoins de l’objectif législatif qui sous-tend l’annexe de la Loi.

Dans le pourvoi connexe *R. c. Clay*, [2003] 3 R.C.S. 735, 2003 CSC 75, affaire émanant de l’Ontario, cette mesure législative a fait l’objet de diverses attaques lui reprochant notamment d’avoir une portée excessive. Ces attaques sont analysées de manière approfondie dans les motifs que nous exposons pour rejeter ce pourvoi et qui sont déposés en même temps que les présents motifs.

### C. *La preuve du préjudice*

L’argument d’inconstitutionnalité soulevé par les appelants s’appuie principalement sur une question de preuve — le « principe du préjudice » — et sur leur prétention que la possession de marihuana pour consommation personnelle est un « crime sans victime ». Les appelants soutiennent que, même en ce qui concerne le consommateur lui-même, il n’existe aucune preuve convaincante de l’existence d’un préjudice « important » ou « non négligeable ».

38

39

40

41 Malmo-Levine, a self-styled “chronic user”, does not deny the existence of harm. The name of his organization, after all, is the “Harm Reduction Club”. In his factum, he acknowledges that “Cannabis misuse can cause harm”. In oral argument he said that

my purpose here was to try to shift the debate from whether the harms are trivial, insignificant, to whether the harms are mitigatable and reducible.

and

vulnerable groups, the chronic users, the mentally ill, the pregnant mothers, and the immature youth, are the ones that need harm reduction the most.

#### 1. Admissions by the Appellants

42 The appellants Malmo-Levine, Caine and Clay filed with the Court a Joint Statement of Legislative Facts in which they make the following limited admissions:

##### (i) Dependency

The appellants state that “[t]here appears to be little or no risk of physical addiction arising from cannabis use; however, a small percentage of users do seemingly develop problems with psychological dependence. . . . Psychological dependence is reportedly experienced by only 2% of all cannabis users”.

##### (ii) Driving, flying, or operating complex machinery

The appellants acknowledge that “[c]annabis may be contributing to accidents”. Note, as well, that the following is printed on the Harm Reduction Club’s Membership Card (run by Mr. Malmo-Levine): “I, [name], promise not to operate any heavy machinery while impaired on any marijuana”.

M. Malmo-Levine, qui se définit lui-même comme un « consommateur chronique », ne nie pas l’existence d’un préjudice. Après tout, son organisation s’appelle « Harm Reduction Club ». Dans son mémoire, il reconnaît que [TRADUCTION] « le mésusage du cannabis peut être préjudiciable ». Au cours des plaidoiries, il a dit ceci :

[TRADUCTION] [M]on but ici était de faire en sorte qu’on cesse de se demander si les méfaits sont négligeables ou insignifiants, mais plutôt s’il est possible de les atténuer et de les réduire.

et

ce sont les groupes vulnérables, les consommateurs chroniques, les malades mentaux, les femmes enceintes et les jeunes en croissance, qui ont le plus besoin de mesures de réduction du préjudice.

#### 1. Les aveux des appelants

Les appelants Malmo-Levine, Caine et Clay ont déposé devant notre Cour un exposé conjoint des faits législatifs dans lequel ils font les aveux suivants :

##### (i) Dépendance

Les appelants affirment que [TRADUCTION] « [l]’usage du cannabis paraît ne créer que peu ou pas de risques de dépendance physique; toutefois, un faible pourcentage de consommateurs éprouveraient des problèmes de dépendance psychologique. [. . .] Seulement 2 % de l’ensemble des consommateurs de cannabis souffriraient de dépendance psychologique ».

##### (ii) Conduite d’un véhicule à moteur, pilotage d’un avion ou utilisation d’appareils complexes

Les appelants reconnaissent que [TRADUCTION] « [l]e cannabis peut être un facteur contribuant à des accidents ». Signalons également la mention suivante figurant sur la carte de membre du Harm Reduction Club (organisation dirigée par M. Malmo-Levine) : « Le soussigné, [nom], s’engage à ne pas faire fonctionner de matériel lourd lorsqu’il est sous l’effet de la marijuana ».

(iii) Damage to lungs

The appellants acknowledge that “Dr. Tashkin has recently demonstrated that chronic cannabis smoking will lead to chronic bronchial inflammation”.

(iv) Schizophrenia and psychosis

The appellants state that “[c]annabis has not been shown to cause psychoses or schizophrenia, although there is some question as to whether or not cannabis can modify the course of a pre-existing psychosis.”

(v) Amotivational syndrome

The appellants state that “diminished motivation may be a symptom of chronic intoxication but one which dissipates upon cessation of use”.

(vi) Effect on fetus/newborns

The appellants state that “[w]hile some tests have shown some impairment of memory, verbal ability and verbal expression of ideas in school age children, the changes were measurably small. More importantly, however, these minimal testing differences have not been linked to poor school performance in later years.”

(vii) Reproductive system

The appellants state that “[t]here may . . . be a brief or acute decrease of sex hormone level in the brain, but this level soon returns to normal even without the complete cessation of cannabis smoking”.

There is no doubt that Canadian society has become much more sceptical about the alleged harm caused by the use of marihuana since the days when Emily Murphy, an Edmonton magistrate, warned that persons under the influence of marihuana “los[e] all sense of moral responsibility. . . . are immune to pain . . . becom[ing] raving maniacs . . . liable to kill . . . using the most savage methods of cruelty” (*The Black Candle* (1922), at

(iii) Dommages pulmonaires

Les appelants reconnaissent que [TRADUCTION] « le Dr Tashkin a récemment démontré que le fait de fumer du cannabis de façon chronique entraîne une inflammation chronique des bronches ».

(iv) Schizophrénie et psychose

Les appelants soutiennent qu’[TRADUCTION] « [i]l n’a pas été prouvé que le cannabis cause des psychoses ou la schizophrénie, bien qu’on se demande s’il ne peut pas modifier l’évolution d’une psychose préexistante. »

(v) Syndrome amotivationnel

Les appelants affirment qu’[TRADUCTION] « une baisse de la motivation peut être un symptôme d’une intoxication chronique, mais ce symptôme disparaît lorsque la consommation cesse ».

(vi) Effet sur les fœtus ou les nouveau-nés

Selon les appelants : [TRADUCTION] « Bien que certains tests aient révélé une certaine altération de la mémoire, de la parole et de l’expression verbale des idées chez des enfants d’âge scolaire, les changements étaient relativement mineurs. Fait plus important toutefois soulignons qu’aucun lien n’a été établi entre ces écarts minimes observés lors des tests et un mauvais rendement scolaire au cours des années qui ont suivi. »

(vii) Appareil reproducteur

Les appelants avancent qu’[TRADUCTION] « [i]l peut y avoir une chute brève ou aiguë d’hormones sexuelles dans le cerveau, mais ce taux revient vite à la normale, même si la personne ne cesse pas complètement de fumer du cannabis ».

Il est certain que la société canadienne est devenue beaucoup plus sceptique à l’égard des méfaits de la marihuana qu’elle ne l’était à l’époque où Emily Murphy, magistrate d’Edmonton, affirmait qu’un individu se trouvant sous l’effet de la marihuana [TRADUCTION] « perdait tout sens de la responsabilité morale [. . .] était insensible à la souffrance [. . .] devenait un fou furieux [. . .] capable de tuer [. . .] en faisant preuve de la plus grande

pp. 332-33). However, to exonerate marihuana from such extreme forms of denunciation is not to say it is harmless.

## 2. The Le Dain Commission Report

44 The Le Dain Commission, established in 1969 and reporting in 1972, recommended decriminalization of marihuana but nevertheless identified various concerns regarding its use, including the following four identified by the majority of commissioners as the major areas of social concern (at p. 268):

1. “the effect of cannabis on adolescent maturation;”
2. “the implications of cannabis use for the safe operation of motor vehicles and other machinery;”
3. “the possibility that the long-term heavy use of cannabis will result in a significant amount of mental deterioration and disorder;” and
4. “the role played by cannabis in the development and spread of multi-drug use.”

45 Research and further studies in the intervening 30 years have caused reconsideration of some of these findings.

## 3. The Trial Judge’s Findings in *Caine*

46 Howard Prov. Ct. J., in response to some of the more strident warnings of the harm allegedly caused by marihuana use, reviewed the extensive evidence before her court to put in perspective the potential harms associated with the use of marihuana, as presently understood, as follows (at para. 40):

1. the occasional to moderate use of marihuana by a healthy adult is not ordinarily harmful to health, even if used over a long period of time;
2. there is no conclusive evidence demonstrating any irreversible organic or mental damage to the user,

cruauté » (*The Black Candle* (1922), p. 332-333). Toutefois, reconnaître le caractère excessif de tels propos n’équivaut pas à dire que la marihuana est inoffensive.

## 2. Le Rapport de la Commission Le Dain

Créée en 1969, la Commission Le Dain a déposé son rapport en 1972. Elle a recommandé la décriminalisation de la marihuana, exprimant cependant diverses inquiétudes relativement à la consommation de cette substance. La majorité des commissaires a fait état de quatre domaines importants de préoccupation sociale (à la p. 270) :

1. « les effets du cannabis sur le développement des adolescents; »
2. « ses répercussions sur la conduite des véhicules et des machines; »
3. « la possibilité de détériorations et d’affections mentales engendrées par le cannabisme; »
4. « l’effet d’entraînement qui peut occasionner des polytoxicomanies. »

Au cours des 30 années qui se sont écoulées depuis, d’autres recherches et études ont remis en question certaines de ces conclusions.

## 3. Les conclusions de la juge du procès dans *Caine*

Relativement à certaines des mises en garde les plus virulentes contre le préjudice que causerait l’usage de la marihuana, la juge Howard de la Cour provinciale a étudié l’abondante preuve dont elle disposait afin de mettre en perspective les méfaits potentiels associés à la consommation de marihuana, eu égard aux données actuelles, et elle a tiré les conclusions suivantes (au par. 40) :

[TRADUCTION]

1. la consommation occasionnelle ou modérée de marihuana par un adulte bien portant n’a généralement pas d’effets néfastes pour sa santé, même si elle se poursuit pendant une longue période;
2. il n’y a aucune preuve concluante de dommages physiques ou mentaux irréversibles pour les usagers,

- except in relation to the lungs and then only to those of a chronic, heavy user such as a person who smokes at least 1 and probably 3-5 marijuana joints per day;
3. there is no evidence demonstrating irreversible, organic or mental damage from the use of marijuana by an ordinary healthy adult who uses occasionally or moderately;
  4. marijuana use does cause alteration of mental function and as such should not be used in conjunction with driving, flying or operating complex machinery;
  5. there is no evidence that marijuana use induces psychosis in ordinary healthy adults who use [marijuana] occasionally or moderately and, in relation to the heavy user, the evidence of marijuana psychosis appears to arise only in those having a predisposition towards such a mental illness;
  6. marijuana is not addictive;
  7. there is a concern over potential dependence in heavy users, but marijuana is not a highly reinforcing type of drug, like heroin or cocaine and consequently physical dependence is not a major problem; psychological dependence may be a problem for the chronic user;
  8. there is no causal relationship between marijuana use and criminality;
  9. there is no evidence that marijuana is a gateway drug and the vast majority of marijuana users do not go on to try hard drugs . . . .
  10. marijuana does not make people aggressive or violent, but on the contrary it tends to make them passive and quiet;
  11. there have been no deaths from the use of marijuana;
  12. there is no evidence of an amotivational syndrome, although chronic use of marijuana could decrease motivation, especially if such a user smokes so often as to be in a state of chronic intoxication;
  13. assuming current rates of consumption remain stable, the health related costs of marijuana use
- sauf pour ce qui est des poumons. On signale de tels dommages uniquement chez les usagers chroniques qui consomment de grandes quantités de marijuana, à savoir les personnes fumant au moins 1, et probablement 3 à 5 joints quotidiennement;
3. il n'y a aucune preuve que la consommation occasionnelle ou modérée de marijuana par un adulte en santé lui cause des dommages physiques ou mentaux irréversibles;
  4. la consommation de marijuana agit sur les fonctions mentales et, pour cette raison, une personne ne devrait pas en consommer lorsqu'elle conduit un véhicule à moteur, pilote un avion ou fait fonctionner un appareil complexe;
  5. il n'y a aucune preuve démontrant que la marijuana déclenche des psychoses chez les adultes en bonne santé qui n'en consomment qu'occasionnellement ou modérément; pour ce qui est des grands consommateurs, la preuve révèle que la psychose induite par la consommation de cannabis ne se manifeste que lorsque l'utilisateur présente une prédisposition à une telle maladie mentale;
  6. la marijuana ne crée pas de dépendance;
  7. l'effet potentiellement toxicomanogène de la marijuana chez les grands consommateurs est un sujet de préoccupation, mais comme elle n'est pas une drogue à effet très renforçateur comme l'héroïne ou la cocaïne, la dépendance physique n'est pas un problème important; la dépendance psychique peut être un problème dans le cas des consommateurs chroniques;
  8. il n'y a pas de lien de causalité entre la consommation de marijuana et la criminalité;
  9. il n'y a aucune preuve que la marijuana soit une drogue d'introduction et la grande majorité des consommateurs de marijuana n'essaient pas des drogues dures . . . .
  10. la marijuana ne rend pas les gens agressifs ou violents; bien au contraire, elle a tendance à les rendre passifs et calmes;
  11. il n'y a eu aucun décès attribuable à la consommation de marijuana;
  12. il n'y a aucune preuve de l'existence d'un syndrome amotivationnel, bien que la consommation chronique de marijuana puisse réduire la motivation, notamment si l'utilisateur en fume si souvent qu'il se trouve dans un état d'intoxication chronique;
  13. si l'on présume que les niveaux actuels de consommation restent stables, les coûts des soins de santé

are very, very small in comparison with those costs associated with tobacco and alcohol consumption.

liés à l'usage de la marijuana sont très très faibles si on les compare à ceux liés à la consommation du tabac et de l'alcool.

47 Having concluded that the use of marijuana is not as harmful as is sometimes claimed, the trial judge went on to state in *Caine* that marijuana is not “a completely harmless drug for all individual users” (para. 42). She stated at paras. 121-22:

Dans l'affaire *Caine*, après avoir conclu que la consommation de la marijuana n'est pas aussi nocive qu'on le prétend parfois, la juge du procès a ajouté que la marijuana n'est pas [TRADUCTION] « une drogue complètement inoffensive pour tous les usagers » (par. 42). Elle a affirmé ceci (aux par. 121-122) :

The evidence before me demonstrates that there is a reasonable basis for believing that the following health risks exist with [marijuana use].

[TRADUCTION] La preuve qui m'a été soumise démontre l'existence de motifs raisonnables de croire que [la consommation de marijuana] comporte les risques suivants pour la santé.

There is a general risk of harm to the users of marijuana from the acute effects of the drug, but these adverse effects are rare and transient. Persons experiencing the acute effects of the drug will be less adept at driving, flying and other activities involving complex machinery. In this regard they represent a risk of harm to others in society. At current rates of use, accidents caused by users under the influence of marijuana cannot be said to be significant.

Les effets aigus de la marijuana présentent un risque général pour les consommateurs de cette drogue, mais ces effets néfastes sont rares et passagers. Les personnes qui subissent ces effets aigus sont moins aptes à conduire un véhicule à moteur, à piloter un avion ou à exercer d'autres activités exigeant de faire fonctionner des appareils complexes. Ces personnes créent, de ce point de vue, un risque de préjudice pour les autres membres de la société. Eu égard aux niveaux actuels de consommation, on ne saurait affirmer que le nombre d'accidents causés par des personnes sous l'effet de la marijuana est important.

48 Key to Howard Prov. Ct. J.'s findings was the identification of perhaps 50,000 chronic users, who cannot be identified in advance, but who pose both a risk to themselves and a potential cost to society at paras. 123-26:

Un aspect fondamental des conclusions de la juge Howard est l'existence de quelque 50 000 usagers chroniques qu'il n'est pas possible d'identifier à l'avance, mais qui constituent un risque pour eux-mêmes et sont susceptibles d'engendrer des coûts pour la société (aux par. 123-126) :

There is also a risk that any individual who chooses to become a casual user, may end up being a chronic user of marijuana, or a member of one of the vulnerable persons identified in the materials. It is not possible to identify these persons in advance.

[TRADUCTION] Il se peut également que la personne qui consomme occasionnellement de la marijuana devienne éventuellement un consommateur chronique ou fasse partie des personnes vulnérables mentionnées dans la documentation. Il est impossible d'identifier d'avance ces personnes.

As to the chronic users of marijuana, there are health risks for such persons. The health problems are serious ones but they arise primarily from the act of smoking rather than from the active ingredients in marijuana. Approximately 5% of all marijuana users are chronic users. At current rates of use, this comes to approximately 50,000 persons. There is a risk that, upon legalization, rates of use will increase, and with that the absolute number of chronic users will increase.

Pour ce qui est des consommateurs chroniques de marijuana, ils courent des risques pour leur santé. Ces problèmes sont graves, mais ils découlent principalement du fait que la drogue est fumée, plutôt que des ingrédients actifs de celle-ci. Environ 5 % de tous les consommateurs de marijuana sont des consommateurs chroniques. Suivant les niveaux actuels de consommation, cela représente environ 50 000 personnes. La légalisation risque d'entraîner une augmentation des niveaux de consommation et, corollairement, du nombre absolu de consommateurs chroniques.

In addition, there are health risks for those vulnerable persons identified in the materials. There is no information before me to suggest how many people might fall into this group. Given that it includes young adolescents who may be more prone to becoming chronic users, I would not estimate this group to be min[u]scule.

All of the risks noted above carry with them a cost to society, both to the health care and welfare systems. At current rates of use, these costs are negligible compared to the costs associated with alcohol and drugs [*sic*]. There is a risk that, with legalization, user rates will increase and so will these costs. [Emphasis added.]

Over 20 years after the Le Dain Commission's Report, the Hall Report was released in Australia. The trial judge noted in *Caine* that "[t]here was general agreement among the witnesses who appeared before me (save perhaps for Dr. Morgan) that the conclusions contained in the Hall Report were sound . . . based on the scientific information available at this time" (par. 48). The 1994 Hall Report found the following to be "chronic effects":

[T]he major *probable* adverse effects [from chronic use] appear to be:

- respiratory diseases associated with smoking as the method of administration, such as chronic bronchitis, and the occurrence of histopathological changes that may be precursors to the development of malignancy;
- development of a cannabis dependence syndrome, characterized by an inability to abstain from or to control cannabis use;
- subtle forms of cognitive impairment, most particularly of attention and memory, which persist while the user remains chronically intoxicated, and may or may not be reversible after prolonged abstinence from cannabis.

[T]he major *possible* adverse effects [from chronic use that is, effects] which remain to be confirmed by further research [are]:

De plus, il existe également des risques pour la santé des personnes vulnérables mentionnées dans la documentation. On ne m'a fourni aucune information indiquant combien de personnes sont susceptibles d'entrer dans cette catégorie. Étant donné qu'il s'agit notamment de jeunes adolescents, personnes peut-être plus disposées à devenir des consommateurs chroniques, je ne crois pas qu'il s'agisse d'un groupe minuscule.

Tous les risques susmentionnés entraînent des coûts pour la société, tant pour le système de soins de santé que pour le régime d'aide sociale. Compte tenu des niveaux actuels de consommation, ces coûts sont négligeables si on les compare à ceux liés à l'alcool et aux drogues (*sic*). La légalisation risque d'entraîner une augmentation du nombre d'utilisateurs et, en conséquence, de ces coûts. [Nous soulignons.]

Plus de 20 ans après le dépôt du rapport de la Commission Le Dain, le rapport Hall a été déposé en Australie. Dans l'affaire *Caine*, la juge du procès a signalé que [TRADUCTION] « [L]es témoins qui ont comparu devant moi (à l'exception peut-être du D<sup>r</sup> Morgan) s'accordaient pour dire que les conclusions du rapport Hall étaient valables [. . .], compte tenu des données scientifiques disponibles à l'époque » (par. 48). Les auteurs du rapport Hall, publié en 1994, ont considéré les effets suivants comme des « effets chroniques » :

[TRADUCTION] [L]es principaux effets néfastes *probables* [de la consommation chronique] semblent être les suivants :

- troubles respiratoires liés au fait que la substance est fumée, par exemple bronchite chronique et apparition de changements histopathologiques qui peuvent être des signes précurseurs du développement de tumeurs malignes;
- développement du syndrome de dépendance au cannabis, qui se caractérise par l'incapacité de s'abstenir d'en consommer ou de limiter sa consommation;
- formes subtiles d'affaiblissement des facultés cognitives, plus particulièrement manque d'attention et pertes de mémoire, qui persistent quand le consommateur reste intoxiqué de manière chronique et qui peuvent être réversibles ou non après une abstinence prolongée.

[L]es principaux effets néfastes *possibles* [de la consommation chronique c'est-à-dire les effets] qui restent à être confirmés par des recherches additionnelles [sont les suivants] :

- an increased risk of developing cancers of the aerodigestive tract, i.e. oral cavity, pharynx, and oesophagus;
- risque accru de cancers des voies aérodigestives, c’est-à-dire la cavité buccale, le pharynx et l’œsophage;
- an increased risk of leukemia among offspring exposed while in utero;
- risque accru de leucémie pour les enfants qui ont été exposés à la drogue pendant qu’ils étaient encore dans l’utérus de leur mère;
- a decline in occupational performance marked by underachievement in adults in occupations requiring high level cognitive skills, and impaired educational attainment in adolescents;
- baisse du rendement professionnel marquée par une improductivité chez les adultes dont les activités requièrent l’application d’habiletés intellectuelles poussées et par des résultats scolaires médiocres chez les adolescents;
- birth defects occurring among children of women who used cannabis during their pregnancies.
- anomalies congénitales chez les enfants dont la mère a consommé du cannabis pendant la grossesse.

(W. Hall, N. Solowij and J. Lemon, *National Drug Strategy: The health and psychological consequences of cannabis use* (1994) (the “Hall Report”), at p. ix (emphasis in original))

(W. Hall, N. Solowij et J. Lemon, *National Drug Strategy : The health and psychological consequences of cannabis use* (1994) (le « rapport Hall »), p. ix (en italique dans l’original))

50 In 2001, a revised version of the Hall Report was released. Its conclusions are similar to the 1994 Report except that the cognitive impairment probability was demoted to a possibility, the cancer risk (from smoking marijuana) was promoted from a possibility to a probability and the risks of leukemia and birth defects were no longer listed.

Une version révisée du rapport Hall a été publiée en 2001. Les conclusions de cette version sont similaires à celles de 1994, si ce n’est que la probabilité d’affaiblissement des facultés cognitives est devenue une simple possibilité, le risque de cancer (associé à l’inhalation de marijuana) a été élevé au rang des probabilités et les risques de leucémie et d’anomalies congénitales ne sont plus signalés.

51 The trial judge noted that the 1994 Hall Report identified three traditional “high risk groups” (at para. 46):

La juge du procès a souligné que le rapport Hall de 1994 faisait état de trois groupes traditionnels « à risque élevé » (au par. 46) :

- (1) Adolescents with a history of poor school performance . . .
- (2) Women of childbearing age . . .; and
- (3) Persons with pre-existing diseases such as cardiovascular diseases, respiratory diseases, schizophrenia or other drug dependencies . . . .

[TRADUCTION]

- (1) Les adolescents aux résultats scolaires médiocres [. . .];
- (2) Les femmes en âge de procréer [. . .];
- (3) Les personnes qui souffrent d’affections préexistantes comme des maladies cardiovasculaires, des troubles respiratoires, la schizophrénie ou d’autres toxicomanies . . . .

The inclusion of “women of childbearing age” may have to be reconsidered in light of more recent studies casting doubt on marijuana as a potential source of birth defects. However, given the immense importance of potential birth defects for all concerned, and the widely recognized need for further

Le bien-fondé de l’inclusion des « femmes en âge de procréer » pourrait devoir être réexaminé à la lumière d’études plus récentes selon lesquelles la marijuana pourrait ne pas causer d’anomalies congénitales. Toutefois, vu l’importance considérable de ce risque pour tous les intéressés et la

research, we have to accept that on this point as on many others “the jury is still out”.

The trial judge noted, at para. 46, that the findings of the 1994 Hall Report were similar (except for the leukemia and birth defects concerns) to a report entitled *Cannabis: a health perspective and research agenda* (1997), published a few years later by the World Health Organization, Division of Mental Health and Prevention of Substance Abuse, which contained the following statement about the “acute health effects”, i.e., the effects experienced by users during and for a period following the use of marihuana (at p. 30):

*Acute health effects of cannabis use*

The acute effects of cannabis use have been recognized for many years, and recent studies have confirmed and extended earlier findings. These may be summarized as follows:

- cannabis impairs cognitive development (capabilities of learning), including associative processes; free recall of previously learned items is often impaired when cannabis is used both during learning and recall periods;
- cannabis impairs psychomotor performance in a wide variety of tasks, such as motor coordination, divided attention, and operative tasks of many types; human performance on complex machinery can be impaired for as long as 24 hours after smoking as little as 20mg of THC in cannabis; there is an increased risk of motor vehicle accidents among persons who drive when intoxicated by cannabis.

The chronic and therapeutic effects of marihuana use were also listed by the World Health Organization and are set out in the Appendix.

nécessité généralement reconnue de poursuivre les recherches, nous devons accepter que, sur ce point, comme sur bien d’autres, « on ne peut pas encore se prononcer ».

La juge du procès a signalé, au par. 46, que les conclusions du rapport Hall de 1994 étaient similaires (sauf pour les inquiétudes touchant la leucémie et les anomalies congénitales) à celles d’un rapport publié quelques années plus tard par la Division de la santé mentale et de la prévention des toxicomanies de l’Organisation mondiale de la santé (*Cannabis : a health perspective and research agenda* (1997)), dont l’extrait suivant porte sur les [TRADUCTION] « effets aigus [. . .] sur la santé », c’est-à-dire les effets ressentis par l’usager pendant la consommation de la marihuana et durant une certaine période par la suite (à la p. 30) :

[TRADUCTION]

*Effets aigus de la consommation du cannabis sur la santé*

Les effets aigus de la consommation du cannabis sont reconnus depuis de nombreuses années et des études récentes sont venues confirmer et compléter les constatations antérieures. Ces effets peuvent être résumés ainsi :

- le cannabis nuit au développement cognitif (capacités d’apprentissage), y compris les processus associatifs; le rappel libre, au cours duquel des éléments mémorisés doivent être évoqués, est souvent perturbé lorsqu’il y a consommation de cannabis pendant les périodes d’apprentissage et de rappel;
- le cannabis nuit à la performance psychomotrice dans une grande variété de tâches, comme la coordination motrice, l’attention partagée et différentes tâches d’exécution; la performance humaine nécessaire au fonctionnement de machines complexes peut être altérée pendant une période pouvant aller jusqu’à 24 heures après que l’intéressé a fumé du cannabis contenant aussi peu que 20 mg de THC; les personnes qui conduisent sous l’effet du cannabis courent un plus grand risque d’accidents de la route.

L’Organisation mondiale de la santé a également dressé la liste des effets chroniques et thérapeutiques de la consommation de marihuana, liste qui est reproduite à l’annexe des présents motifs.

#### 4. Parliamentary Reports

54 Our attention was drawn by the parties to a number of parliamentary reports issued since the decision of the courts below, of which we may and do take judicial notice.

55 In September 2002, the Senate Special Committee on Illegal Drugs concluded that “the state of knowledge supports the belief that, for the vast majority of recreational users, cannabis use presents no harmful consequences for physical, psychological or social well-being in either the short or the long term” (vol. I, at p. 165).

56 At the same time, the Senate Committee acknowledged potential harm to a minority of users, including the vulnerable groups identified by the Hall Report and reported by the trial judge (vol. I, at pp. 166-67):

The Committee feels that, because of its potential effects on the endogenous cannabinoid system and cognitive and psychosocial functions, any use in those under age 16 is at-risk use;

Our estimation would suggest that approximately 50,000 youths fall in this category.

Heavy use of smoked cannabis can have certain negative consequences for physical health, in particular for the respiratory system (chronic bronchitis, cancer of the upper respiratory tract).

Heavy use of cannabis can result in negative psychological consequences for users, in particular impaired concentration and learning and, in rare cases and with people already predisposed, psychotic and schizophrenic episodes.

Heavy use of cannabis can result in consequences for a user’s social well-being, in particular their occupational and social situation and their ability to perform tasks.

Heavy use of cannabis can result in dependence requiring treatment; however, dependence caused by cannabis is

#### 4. Les rapports parlementaires

Les parties ont porté à notre attention un certain nombre de rapports qui ont été présentés au Parlement depuis le prononcé des décisions attaquées et dont nous pouvons et devons prendre connaissance d’office.

En septembre 2002, le Comité spécial du Sénat sur les drogues illicites a conclu que « l’état des connaissances permet de penser que, pour la vaste majorité des usagers récréatifs, la consommation de cannabis ne présente pas des conséquences néfastes sur leur santé physique, psychologique ou sociale à court ou à long terme » (vol. I, p. 176).

Le Comité sénatorial a en même temps reconnu que la consommation de cette substance pouvait être dommageable pour une minorité d’usagers, notamment les personnes vulnérables mentionnées dans le rapport Hall et par la juge du procès (vol. I, p. 177-178) :

Le Comité est d’avis qu’en raison de ses effets potentiels sur le système cannabinoïde endogène et les fonctions cognitives et psychosociales, toute consommation chez les jeunes de moins de 16 ans est une consommation à risque.

Sur la base de nos estimations, ce seraient environ 50 000 jeunes.

L’usage excessif de cannabis fumé peut avoir certaines conséquences négatives sur la santé physique, notamment sur le système respiratoire (bronchites chroniques, cancer des voies respiratoires supérieures).

L’usage excessif de cannabis peut entraîner des conséquences psychologiques négatives sur les usagers, notamment des difficultés de concentration et d’apprentissage, ou, dans des cas rares et chez des personnes déjà prédisposées, déclencher des épisodes psychotiques ou schizophréniques.

L’usage excessif de cannabis peut entraîner des conséquences sur la santé sociale des usagers, notamment leur insertion professionnelle et sociale et leur capacité à accomplir des tâches.

L’usage excessif de cannabis peut entraîner une dépendance qui demandera un traitement; toutefois, la

less severe and less frequent tha[n] dependence on other psychotropic substances, including alcohol and tobacco.

Echoing many other studies and reports, the Senate Committee underlined the need for further research, e.g., with respect to the potential impact of marihuana use on some psychiatric disorders (vol. I, at p. 151):

As it is, most scientific reports come to the same conclusion: more research is needed, with more rigorous protocols, allowing in particular for comparison with other populations and other substances.

In December 2002, the House of Commons Special Committee on Non-Medical Use of Drugs reported on the therapeutic benefits and potential adverse effects to some users of marihuana, and recommended that possession of marihuana be dealt with by a scheme of “ticketing, except where the offence is committed in the presence of specified aggravating circumstances”, such as impaired driving (*Policy for the New Millennium: Working Together to Redefine Canada’s Drug Strategy* (2002), at p. 130).

On May 27, 2003, the Minister of Justice introduced Bill C-38 which would eliminate the potential of imprisonment following a conviction for possession of no more than 15 grams of marihuana.

The Senate and House of Commons Committee Reports are consistent with the conclusions reached by the courts in British Columbia that, while marihuana is not a “harmless” drug, nevertheless the degree and extent of harm associated with its use is subject to continuing controversy, as is the wisdom of the present legislative scheme.

We have been shown no reason to interfere with these findings of fact. It seems clear that the use of marihuana has less serious and permanent effects than was once claimed, but its psychoactive and

dépendance induite par le cannabis est moins sévère et moins fréquente que la dépendance à d’autres substances psychoactives y compris l’alcool et le tabac.

Faisant écho à bon nombre d’autres rapports et études, le Comité sénatorial a mis en relief la nécessité de poursuivre les recherches, notamment en ce qui concerne les répercussions potentielles de la consommation de marihuana sur certains troubles psychiatriques (vol. I, p. 161) :

En l’état, la plupart des rapports scientifiques s’entendent pour conclure qu’il convient de mener davantage de recherche, avec des protocoles plus rigoureux, permettant notamment la comparaison avec d’autres populations et d’autres substances.

En décembre 2002, le Comité spécial de la Chambre des communes sur la consommation non médicale de drogues ou médicaments a déposé un rapport sur les avantages thérapeutiques et les possibles effets néfastes de la marihuana sur certains consommateurs de cette substance et a recommandé que la possession de marihuana donne lieu « à la délivrance d’une contravention sauf en cas de circonstances aggravantes », comme la conduite avec les facultés affaiblies (*Politique pour le nouveau millénaire : Redéfinir ensemble la stratégie canadienne antidrogue* (2002), p. 144).

Le 27 mai 2003, le ministre de la Justice a présenté le projet de loi C-38, qui prévoit la suppression de l’emprisonnement comme peine susceptible d’être infligée aux personnes reconnues coupables d’avoir eu en leur possession 15 grammes ou moins de marihuana.

Les rapports des comités du Sénat et de la Chambre des communes vont dans le sens des conclusions des tribunaux de la Colombie-Britannique selon lesquelles, bien que la marihuana ne soit pas une drogue « inoffensive », le degré et l’étendue du préjudice associé à sa consommation demeurent une question controversée, tout comme le bien-fondé du cadre législatif actuel.

Nous ne voyons aucune raison de remettre en question ces conclusions de fait. Il paraît clair que la consommation de marihuana a moins d’effets graves et permanents qu’on ne l’a déjà prétendu,

57

58

59

60

61

health effects can be harmful, and in the case of members of vulnerable groups the harm may be serious and substantial.

62 We turn, now, to the legal arguments raised by the parties.

D. *Division of Powers*

63 The appellant Caine contends that Parliament has no power to criminalize the possession of marihuana for personal use under either the residuary power of peace, order and good government (“POGG”) or the criminal law power.

1. The Purpose of the NCA

64 The appellant Caine further argues that the Crown is resorting impermissibly to a “shifting purpose” in its effort to salvage the marihuana prohibition. He contends that the legislative origins of the prohibition on cannabis had nothing to do with legitimate claims that cannabis was injurious to public health but was based on racism against oriental drug users and irrational, unproven and unfounded fears. In light of changed thinking and greater knowledge, the alleged legislative facts underlying this original purpose have been refuted. The prohibition has thus ceased to be *intra vires*. As pointed out in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 335:

Purpose is a function of the intent of those who drafted and enacted the legislation at the time, and not of any shifting variable.

65 We need not review the law on this point because the argument was rejected on the facts by Braidwood J.A., who reviewed the legislative history in detail and concluded that the prohibition on simple possession of marihuana always “had more than one rationale. It was always meant to prevent the harm to society caused by drug addiction, such as the petty thefts that occur to raise funds to buy drugs” (para. 96). The post-1954 laws further

mais ses effets psychoactifs et ses effets sur la santé peuvent être néfastes et, dans le cas des personnes vulnérables, le préjudice peut être grave et important.

Nous allons maintenant examiner les arguments juridiques des parties.

D. *Le partage des compétences*

L’appelant Caine soutient que le Parlement n’a pas compétence pour criminaliser la possession de marihuana aux fins de consommation personnelle, que ce soit en vertu de son pouvoir résiduel de faire des lois pour « la paix, l’ordre et le bon gouvernement » ou celui de légiférer en matière de droit criminel.

1. L’objet de la Loi

L’appelant Caine prétend en outre que le ministère public invoque à tort un « objet changeant » dans l’espoir de maintenir la validité de l’interdiction visant la marihuana. Il prétend que, à l’origine, la prohibition du cannabis ne reposait sur aucune allégation légitime que le cannabis serait préjudiciable à la santé publique, mais plutôt sur une attitude raciste à l’endroit des consommateurs orientaux, ainsi que sur des craintes irrationnelles, non démontrées et injustifiées. À la lumière de l’évolution des mentalités et des connaissances, les faits législatifs à la base de l’objectif initial auraient été réfutés. L’interdiction aurait donc cessé d’être *intra vires*. Comme l’a souligné notre Cour dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 335 :

L’objet d’une loi est fonction de l’intention de ceux qui l’ont rédigée et adoptée à l’époque, et non pas d’un facteur variable quelconque.

Il n’est pas nécessaire que nous examinions le droit applicable en la matière, puisque cet argument a, au regard des faits, été rejeté par le juge Braidwood de la Cour d’appel, qui a procédé à une analyse détaillée de l’historique de la Loi et conclu que l’interdiction visant la simple possession de marihuana avait toujours eu [TRADUCTION] « plus d’un fondement. Elle a toujours visé à empêcher que la dépendance aux drogues ne cause préjudice

evolved this general purpose with a larger plan to treat and “cure” drug addicts to eliminate the “market” for drug traffickers in Canada. We accept this analysis. Thus, although there was no explanation given during the parliamentary debates as to why cannabis (marihuana) was added to the NCA in 1923, the evidence supports the conclusion of Braidwood J.A. that a major purpose of the prohibition has been, since its enactment and continued thereafter, to be to protect health and public safety. This purpose did not change when the treatment provisions were added to the NCA in 1961. The purpose and character of the legislation remained the same, but new means were added to advance the original objectives of health and public safety. In these circumstances, it cannot be said that the Crown’s argument is flawed by reliance on an impermissibly “shifting” purpose.

## 2. Legislative Jurisdiction with Respect to Narcotics

We turn next to the issue as to whether the NCA falls under Parliament’s residuary jurisdiction for POGG, or whether it is an exercise of the criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, or whether, as the appellants contend, it falls within neither head of federal jurisdiction and is *ultra vires*.

### (a) *Peace, Order and Good Government*

Almost 25 years ago, a majority of this Court upheld the constitutional validity of the NCA under Parliament’s residual authority to legislate for POGG: *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984. Pigeon J., for the majority, took the view that the NCA “is essentially legislation adopted to deal with a genuinely new problem which did not exist at the time of

à la société, qu’on pense par exemple aux larcins commis dans le but de se procurer l’argent nécessaire pour acheter des drogues » (par. 96). Les dispositions législatives postérieures à 1954 ont poursuivi cet objectif général en faisant une place plus grande au traitement et à la « guérison » des toxicomanes, en vue d’éliminer le « marché » que servent les trafiquants de drogues au Canada. Nous acceptons cette analyse. En conséquence, bien qu’aucune explication n’ait été donnée pendant les débats à la Chambre des communes pour justifier l’ajout du cannabis (marihuana) à la liste des substances interdites par la Loi en 1923, la preuve appuie la conclusion du juge Braidwood selon laquelle l’un des objectifs principaux de l’interdiction — depuis son adoption et par la suite — est la protection de la sécurité publique et de la santé. Cet objectif est demeuré lors de l’ajout à la Loi, en 1961, des dispositions concernant les traitements. L’objet et le caractère de la Loi sont restés les mêmes, mais de nouveaux moyens s’y sont greffés pour réaliser l’objectif initial de protection de la sécurité publique et de la santé. Vu ces circonstances, il est impossible d’affirmer que l’argument du ministère public est défectueux du fait qu’il s’appuierait à tort sur le critère de l’objet « changeant ».

## 2. Le pouvoir de légiférer sur les stupéfiants

Nous allons maintenant examiner la question de savoir si la Loi résulte de l’exercice par le Parlement soit de son pouvoir résiduel de faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement, soit du pouvoir que lui reconnaît le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* de légiférer en matière de droit criminel, ou si, comme le prétendent les appelants, elle ne relève d’aucun de ces chefs de compétence fédérale et est en conséquence *ultra vires*.

### a) *Paix, ordre et bon gouvernement*

Il y a de cela presque 25 ans, dans une décision rendue à la majorité, notre Cour a confirmé la constitutionnalité de la Loi sur le fondement du pouvoir résiduel du Parlement de faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement du Canada : *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984. S’exprimant pour la majorité, le juge Pigeon a dit que la Loi visait

66

67

Confederation and clearly cannot be put in the class of ‘Matters of a merely local or private nature’” (p. 1000). Accordingly, Pigeon J. reasoned, the subject matter of the NCA is similar to other new developments such as aviation and radio communication. Dickson J., as he then was, dissented on this point, finding that the NCA should be considered as a matter of federal criminal power, relying on the Court’s earlier decision in *Industrial Acceptance Corp. v. The Queen*, [1953] 2 S.C.R. 273, which had upheld the *Opium and Narcotic Drug Act, 1929*, under the federal criminal power.

« essentiellement un problème récent qui n’existait pas à l’époque de la Confédération et n’entr[ait] manifestement pas dans la catégorie des “Matières d’une nature purement locale ou privée” » (p. 1000). Il a donc considéré que l’objet de la Loi s’apparentait à d’autres innovations telles l’aviation et la radio-communication. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a exprimé sa dissidence sur ce point, estimant que la Loi devait être considérée comme relevant du pouvoir du fédéral de légiférer en matière de droit criminel. Au soutien de cette conclusion, il a invoqué l’arrêt *Industrial Acceptance Corp. c. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 273, dans lequel notre Cour avait confirmé la constitutionnalité de la *Loi de l’opium et des drogues narcotiques, 1929*, en tant qu’exercice valide de ce chef de compétence fédérale.

68

The dissenting judgment of Dickson J. in *Hauser* focussed in part on whether the federal Crown had the authority to prosecute crimes (see, e.g., at p. 1011). Some commentators have speculated that the Court strained to locate the law within the POGG power because the Court was deeply divided on this issue: see, e.g., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2002 student ed.), at p. 438. To the extent that such considerations were a factor in the thinking of the majority, the authority of the federal Attorney General to prosecute offences created under the criminal law power has since been affirmed in *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206 (federal power to prosecute crimes under the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 15(2) and 32(1)(c)), and *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284 (federal power to prosecute under the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27, ss. 8, 9 and 26). See also *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254, at p. 283 (Parliament has jurisdiction to delegate powers to provincial officials to prosecute offences under the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 4).

Dans son opinion dissidente dans l’arrêt *Hauser*, le juge Dickson s’est notamment demandé si la Couronne fédérale avait le pouvoir d’intenter des poursuites pénales (voir, par exemple, p. 1011). Certains commentateurs ont avancé l’hypothèse que, parce qu’elle était profondément divisée sur la question, la Cour s’était efforcée de valider la Loi au titre de la compétence relative à la paix, à l’ordre et au bon gouvernement (voir, par exemple, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. pour étudiants 2002), p. 438). Dans la mesure où ces considérations ont joué dans la décision des juges majoritaires, le pouvoir du procureur général fédéral d’engager des poursuites pour des infractions créées en vertu de la compétence fédérale relative au droit criminel a été confirmé dans *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206 (pouvoir du fédéral d’intenter des poursuites en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, par. 15(2) et al. 32(1)(c)), et *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284 (pouvoir du fédéral d’engager des poursuites en vertu de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, ch. F-27, art. 8, 9 et 26). Voir également *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, p. 283 (le législateur fédéral a compétence pour déléguer à des fonctionnaires provinciaux le pouvoir d’engager des poursuites relativement aux infractions prévues par la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 4).

In *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914, at pp. 944-45, the Court outlined three instances in which the federal residual power applies:

- (i) the existence of a national emergency;
- (ii) with respect to a subject matter which did not exist at the time of Confederation and is clearly not in a class of matters of a merely local or private nature;
- (iii) where the subject matter “goes beyond local or provincial concern and must, from its inherent nature, be the concern of the Dominion as a whole”.

It is not contended that the use of marijuana rises to the level of a national emergency. As to the second category, if, as we conclude *infra*, the NCA is a valid exercise of the criminal law power, it would not be consistent with that conclusion to uphold it under the branch of POGG that deals with “new” legislative subject matter not otherwise allocated. To that extent we disagree with the view taken by the majority in *Hauser, supra*.

These observations leave only the third category as a potential source of authority under POGG. The Attorney General of Canada contends that the control of narcotics is a legislative subject matter that “goes beyond local or provincial concern and must, from its inherent nature, be the concern of the Dominion as a whole”. He puts his position as follows:

The importation, manufacture, distribution, and use of psychoactive substances are matters having an impact on the country as a whole, and which can only be dealt with on an integrated national basis. Additionally, the international aspects are such that these matters cannot be effectively addressed at the local level.

Dans *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914, p. 944-945, notre Cour a fait état de trois situations qui relèvent du pouvoir résiduel du législateur fédéral :

- (i) l’existence d’une situation d’urgence nationale;
- (ii) la matière n’existait pas à l’époque de la Confédération et ne peut manifestement pas être placée dans la catégorie des sujets de nature purement locale ou privée; et
- (iii) la matière « dépasse les préoccupations ou les intérêts locaux ou provinciaux et doit par sa nature même constituer une préoccupation pour le Dominion dans son ensemble ».

Aucune des parties ne prétend que le niveau de consommation de marijuana constitue une situation d’urgence nationale. Pour ce qui est de la deuxième possibilité, si, conformément à la conclusion à laquelle nous arrivons plus loin, la Loi résulte d’une application légitime par le fédéral de sa compétence relative au droit criminel, il serait contraire à cette conclusion de confirmer la validité de la Loi sur le fondement du volet du pouvoir résiduel de légiférer, soit celui concernant les champs de compétence législative « nouveaux », non attribués. Dans cette mesure, nous sommes en désaccord avec le point de vue exprimé par les juges majoritaires dans l’arrêt *Hauser*, précité.

Compte tenu des observations qui précèdent, seul le troisième volet du pouvoir résiduel pourrait encore être invoqué comme fondement potentiel de la Loi. Le procureur général du Canada fait valoir que la réglementation des stupéfiants est un objectif législatif qui « dépasse les préoccupations ou les intérêts locaux ou provinciaux et doit par sa nature même constituer une préoccupation pour le Dominion dans son ensemble ». Voici comment il formule son point de vue :

[TRADUCTION] L’importation, la fabrication, la distribution et l’utilisation de psychotropes ont, dans l’ensemble du pays, des répercussions auxquelles l’on ne peut s’attaquer que de manière intégrée à l’échelle nationale. En outre, vu la dimension internationale du problème, la prise de mesures locales ne saurait être efficace.

69

70

71

72

We do not exclude the possibility that the NCA might be justifiable under the “national concern” branch on the rationale adopted in *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401, at p. 432, where we held that concerted action amongst provincial and federal entities, each acting within their respective spheres of legislative jurisdiction, was essential to deal with Canada’s international obligations regarding the environment. In our view, however, the Court should decline in this case to revisit Parliament’s residual authority to deal with drugs in general (or marihuana in particular) under the POGG power. If, as is presently one of the options under consideration, Parliament removes marihuana entirely from the criminal law framework, Parliament’s continuing legislative authority to deal with marihuana use on a purely regulatory basis might well be questioned. The Court would undoubtedly have more ample legislative facts and submissions in such a case than we have in this appeal. Our conclusion that the present prohibition against the use of marihuana can be supported under the criminal law power makes it unnecessary to deal with the Attorney General’s alternative position under the POGG power, and we leave this question open for another day.

(b) *The Criminal Law Power*

73

The federal criminal law power is “plenary in nature” and has been broadly construed:

A crime is an act which the law, with appropriate penal sanctions, forbids; but as prohibitions are not enacted in a vacuum, we can properly look for some evil or injurious or undesirable effect upon the public against which the law is directed. That effect may be in relation to social, economic or political interests; and the legislature has had in mind to suppress the evil or to safeguard the interest threatened.

(*Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 (the “*Margarine Reference*”), at p. 49)

Nous n’excluons pas la possibilité que la Loi puisse être justifiable par application du volet « intérêt national » du raisonnement adopté dans *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401, p. 432, où la Cour a jugé qu’il était essentiel, pour que le Canada puisse s’acquitter de ses obligations internationales en matière d’environnement, que les provinces et le fédéral agissent de façon concertée, chacun à l’intérieur de ses champs respectifs de compétence législative. À notre avis, cependant, la Cour doit refuser en l’espèce de réexaminer la question de la compétence fédérale sur les drogues en général (ou la marihuana en particulier) découlant du pouvoir résiduel de faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement. Si le Parlement retient l’une des options actuellement envisagées et soustrait entièrement la marihuana à l’application du droit criminel, son pouvoir de légiférer sur la consommation de la marihuana dans le seul but de la régir pourrait bien être remis en question. Dans un tel cas, il serait immanquablement présenté à notre Cour une plus grande quantité de faits législatifs et d’observations que les éléments dont nous disposons en l’espèce. Notre conclusion selon laquelle l’interdiction actuelle visant la consommation de la marihuana peut s’appuyer sur la compétence relative au droit criminel rend inutile l’examen de l’autre prétention du procureur général, où il invoque le pouvoir résiduel de faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement. Cette question devra donc être tranchée à une autre occasion.

b) *La compétence relative au droit criminel*

La compétence du fédéral en matière criminel comporte « la plénitude des pouvoirs » à cet égard et a été interprétée de manière généreuse :

[TRADUCTION] Un crime est un acte que la loi défend en y attachant des sanctions pénales appropriées; mais comme les interdictions ne sont pas promulguées en vase clos, nous pouvons à bon droit rechercher le mal ou l’effet nuisible ou indésirable pour le public qui est visé par la loi. Cet effet peut viser des intérêts sociaux, économiques ou politiques; et le législateur a eu en vue la suppression du mal ou la sauvegarde des intérêts menacés.

(*Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1 (le « *Renvoi sur la margarine* »), p. 49)

In the present case the “evil or injurious or undesirable effect” is the harm attributed to the non-medical use of marihuana.

For a law to be classified as a criminal law, it must possess three prerequisites: a valid criminal law purpose backed by a prohibition and a penalty (*Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, at para. 27). The criminal power extends to those laws that are designed to promote public peace, safety, order, health or other legitimate public purpose. In *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, it was held that some legitimate public purpose must underlie the prohibition. In *Labatt Breweries, supra*, in holding that a health hazard may ground a criminal prohibition, Estey J. stated the potential purposes of the criminal law rather broadly as including “public peace, order, security, health and morality” (p. 933). Of course Parliament cannot use its authority improperly, e.g. colourably, to invade areas of provincial competence: *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226, at p. 237.

In various instances members of this Court have upheld the constitutionality of the NCA on the basis of the criminal power: *Industrial Acceptance Corp., supra*; *Hauser, supra*, per Dickson J., dissenting on this point, at p. 1060; and *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, per Laskin C.J., at p. 115. Other courts interpreting the *Opium Act* and its successors have also reached this conclusion. See, e.g., *Dufresne v. The King* (1912), 5 D.L.R. 501 (Que. K.B.), and *Ex p. Wakabayashi*, [1928] 3 D.L.R. 226 (B.C.S.C.).

The purpose of the NCA fits within the criminal law power, which includes the protection of vulnerable groups: *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 595. See also *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at pp. 74-75, in which s. 251 of the *Criminal Code* prohibiting abortions except in therapeutic

Dans la présente affaire, « le mal ou l'effet nuisible ou indésirable » pour le public est le préjudice imputé à la consommation de marihuana à des fins non thérapeutiques.

Pour qu'une loi puisse être considérée comme relevant du droit criminel, elle doit comporter les trois éléments suivants : un objet valide de droit criminel assorti d'une interdiction et d'une sanction (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, par. 27). Le droit criminel englobe les lois favorisant la paix, la sécurité, l'ordre ou la santé publics et tout autre objectif public légitime. Dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, notre Cour a jugé que l'interdiction devait reposer sur un objectif public légitime. Dans *Brasseries Labatt*, précité, estimant qu'un risque pour la santé pouvait justifier une interdiction de nature pénale, le juge Estey a énoncé assez largement les objectifs que peut viser le droit criminel, notamment « l'ordre, la sécurité, la santé et les bonnes mœurs publics » (p. 933). Le Parlement ne peut évidemment pas exercer son pouvoir de manière illégitime, par exemple de façon déguisée, pour empiéter sur un champ de compétence provinciale : *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, p. 237.

Dans de nombreuses affaires, notre Cour a confirmé la constitutionnalité de la Loi au regard du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel : *Industrial Acceptance Corp.*, précité; *Hauser*, précité, le juge Dickson, dissident sur ce point, p. 1060; et *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, le juge en chef Laskin, p. 115. D'autres tribunaux appelés à interpréter la *Loi de l'opium* et les lois qui lui ont succédé sont également arrivés à cette conclusion. Voir, par exemple, *Dufresne c. The King* (1912), 5 D.L.R. 501 (B.R. Qué.), et *Ex p. Wakabayashi*, [1928] 3 D.L.R. 226 (C.S.C.-B.).

L'objectif de la Loi correspond au chef de compétence relatif au droit criminel, lequel vise notamment la protection des groupes vulnérables : *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 595. Voir également l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 74-75, où notre Cour a jugé que l'art. 251 du

74

75

76

situations was held to have a valid objective, namely protecting the life and health of pregnant women, although it failed the s. 1 test on other grounds. On somewhat related issues arising under the *Charter*, the protection of vulnerable groups has also been upheld under s. 1 as a valid federal objective of the exercise of the criminal law power. In *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, we upheld s. 163.1(4) of the *Criminal Code* prohibiting the possession of child pornography, noting that the prevention of harm threatening vulnerable members of society is a valid limit on freedom of expression. Similarly in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 497, we concluded that “legislation proscribing obscenity is a valid objective which justifies some encroachment on the right to freedom of expression”. In so doing, we emphasized the impact of the exploitation of women and children, depicted in publications and films, which can in certain circumstances, lead to “abject and servile victimization”. In *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381, we held that the restrictions on free speech imposed by the hate speech provision in the *Criminal Code* was a justifiable limit under s. 1 because of potential attacks on minorities.

*Code criminel* — qui interdisait l’avortement sauf à des fins thérapeutiques — poursuivait un objectif valable, celui de protéger la vie et la santé des femmes enceintes, quoiqu’il n’ait pas satisfait à d’autres égards à l’analyse fondée sur l’article premier. Relativement à des questions sensiblement analogues soulevées en vertu de la *Charte*, notre Cour a également conclu, en application de l’article premier, que la protection de groupes vulnérables était un objectif valable justifiant l’exercice par le fédéral de sa compétence en matière de droit criminel. Dans *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, nous avons confirmé la constitutionnalité du par. 163.1(4) du *Code criminel*, qui interdit la possession de pornographie juvénile, en signalant qu’une atteinte à la liberté d’expression visant à prévenir un préjudice menaçant des membres vulnérables de la société constitue une mesure valide. De même, dans *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 497, notre Cour a conclu que « l’interdiction de l’obscénité dans un texte législatif constitue un objectif valide qui justifie une certaine atteinte au droit à la liberté d’expression ». Ce faisant, nous avons souligné les répercussions de l’exploitation des femmes et des enfants dans les publications et les films, phénomène qui peut dans certaines circonstances conduire à une « victimisation abjecte et servile ». Dans *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381, nous avons conclu que les limites apportées à la liberté d’expression par la disposition du *Code criminel* relative à la propagande haineuse étaient justifiées au regard de l’article premier, en raison du risque d’agression contre des minorités.

77

The protection of vulnerable groups from self-inflicted harms does not, as Caine argues, amount to no more than “legal moralism”. Morality has traditionally been identified as a legitimate concern of the criminal law (*Labatt Breweries, supra*, at p. 933) although today this does not include mere “conventional standards of propriety” but must be understood as referring to societal values beyond the simply prurient or prudish: *Butler, supra*, at p. 498; *R. v. Murdock* (2003), 11 C.R. (6th) 43 (Ont. C.A.), at para. 32. The protection of the chronic users identified by the trial judge, and adolescents who may not yet have become chronic users, but who have the potential to do so,

Contrairement aux prétentions de M. Caine, la protection de groupes vulnérables contre les préjudices que leurs membres sont susceptibles de s’infliger à eux-mêmes n’équivaut pas seulement, à du [TRADUCTION] « moralisme juridique ». Les bonnes mœurs sont depuis toujours considérées comme une préoccupation légitime du droit criminel (*Brasseries Labatt, précité*, p. 933), bien que, de nos jours, cette notion ne vise pas de simples « normes de bienséance traditionnelles », mais s’entend des valeurs sociétales dépassant les attitudes pudiques ou prudes : *Butler, précité*, p. 498; *R. c. Murdock* (2003), 11 C.R. (6th) 43 (C.A. Ont.), par. 32. La protection des consommateurs

is a valid criminal law objective. In *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, the Court held at para. 131 that “Parliament has for long exercised extensive control over such matters as food and drugs by prohibitions grounded in the criminal law power”. See also *Berryland Canning Co. v. The Queen*, [1974] 1 F.C. 91 (T.D.), at pp. 94-95; *Standard Sausage Co. v. Lee* (1933), 60 C.C.C. 265 (B.C.C.A.), supplemented by addendum at (1934), 61 C.C.C. 95. In our view, the control of a “psychoactive drug” that “causes alteration of mental function” clearly raises issues of public health and safety, both for the user as well as for those in the broader society affected by his or her conduct.

The use of marihuana is therefore a proper subject matter for the exercise of the criminal law power. *Butler* held, at p. 504, that if there is a reasoned apprehension of harm Parliament is entitled to act, and in our view Parliament is also entitled to act on reasoned apprehension of harm even if on some points “the jury is still out”. In light of the concurrent findings of “harm” in the courts below, we therefore confirm that the NCA in general, and the scheduling of marihuana in particular, properly fall within Parliament’s legislative competence under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

Prior to the enactment of the *Charter* in 1982, that finding, which validates the exercise of the criminal law power, would have ended the appellants’ challenge. Now, of course, Parliament must not only find legislative authority within the *Constitution Act, 1867*, but it must exercise that authority subject to the individual rights and freedoms guaranteed by the *Charter*.

chroniques mentionnés par la juge du procès, ainsi que des adolescents qui ne sont pas encore des consommateurs chroniques mais sont susceptibles de le devenir, est un objectif valable du droit criminel. Dans *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, notre Cour a jugé, au par. 131, que « le Parlement exerce depuis longtemps un vaste contrôle sur des matières comme les aliments et drogues au moyen d’interdictions fondées sur la compétence en matière de droit criminel ». Voir également *Berryland Canning Co. c. La Reine*, [1974] 1 C.F. 91 (1<sup>re</sup> inst.), p. 94-95; ainsi que l’arrêt *Standard Sausage Co. c. Lee* (1933), 60 C.C.C. 265 (C.A.C.-B.), qui a été complété par des motifs additionnels publiés à (1934), 61 C.C.C. 95. À notre avis, la réglementation d’une [TRADUCTION] « drogue psychoactive » qui « agit sur les fonctions mentales » soulève manifestement des questions de santé et de sécurité publiques, tant en ce qui concerne le consommateur lui-même que les personnes dans la société qui sont touchées par son comportement.

La consommation de marihuana peut donc à juste titre faire l’objet de mesures édictées en vertu de la compétence relative au droit criminel. Dans l’arrêt *Butler*, p. 504, notre Cour a conclu que le Parlement peut agir sur le fondement d’une crainte raisonnée de préjudice et, à notre avis, il peut également intervenir sur le fondement d’une crainte raisonnée de préjudice même si, à l’égard de certains aspects de la question, « la situation n’est pas encore nette ». Au vu des conclusions concordantes des juridictions inférieures sur la question du « préjudice », nous confirmons que la Loi en général et l’inscription de la marihuana à l’annexe en particulier, ressortissent à la compétence législative reconnue au Parlement par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Avant l’adoption de la *Charte* en 1982, cette conclusion, qui valide l’exercice de la compétence relative au droit criminel, aurait suffi pour débouter les appelants. Dorénavant, évidemment, lorsque le Parlement légifère, il doit non seulement avoir le pouvoir de le faire en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* mais également exercer ce pouvoir en tenant compte des droits et des libertés que la *Charte* garantit à chacun.

80 We therefore turn to the appellants' *Charter* arguments.

E. *Section 7 of the Charter*

81 The appellant Malmö-Levine argues that smoking marijuana is integral to his preferred lifestyle, and that the criminalization of marijuana in both its possession and trafficking aspects is an unacceptable infringement of his personal liberty.

82 The appellant Caine, on the other hand, takes aim at the potential for imprisonment for conviction of possession of marijuana, and argues that imprisonment for such an offence is not in accordance with the principles of fundamental justice. If the penalty falls, he says, the substantive offence must fall with it.

83 These "liberty" interests are, of course, very different. We propose therefore first to identify the s. 7 "interest" properly at stake, then secondly to discuss the applicable principles of fundamental justice. Thirdly we will examine whether the deprivation of the s. 7 interest thus identified is in accordance with the principles of fundamental justice relevant to these appeals. As will be seen, we find no s. 7 infringement. It will therefore not be necessary to move to s. 1 to determine if an infringement would be justified in a free and democratic society.

1. The Interests at Stake

84 We say at once that the availability of imprisonment for the offence of simple possession is sufficient to trigger s. 7 scrutiny: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. However, Malmö-Levine's position (which is supported by the intervenor British Columbia Civil Liberties Association) requires us to address whether broader considerations of personal autonomy, short of imprisonment, are also sufficient to invoke s. 7 protection. The appellant Caine, whose factum talks of

Nous allons maintenant examiner les arguments des appelants fondés sur la *Charte*.

E. *L'article 7 de la Charte*

L'appelant Malmö-Levine soutient que fumer de la marijuana fait partie intégrante du mode de vie qu'il privilégie et que la criminalisation de la possession et du trafic de la marijuana constitue une atteinte inadmissible à sa liberté personnelle.

Pour sa part, l'appelant Caine attaque la menace d'emprisonnement que fait peser une déclaration de culpabilité pour possession de marijuana et plaide qu'une telle peine n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Si la peine est invalidée, l'infraction doit l'être aussi, dit-il.

Ces atteintes à la « liberté » sont évidemment très différentes. Nous nous proposons donc de déterminer d'abord quel « droit » garanti par l'art. 7 est en jeu, puis d'examiner les principes de justice fondamentale applicables. Enfin, nous nous demanderons si la privation du droit garanti par l'art. 7 qui aura été identifié est conforme aux principes de justice fondamentale pertinents dans les présents pourvois. Comme nous l'expliquons plus loin, nous estimons qu'il n'a pas été porté atteinte aux droits garantis par l'art. 7. Il ne sera donc pas nécessaire de faire l'analyse requise par l'article premier lorsqu'il y a atteinte et de se demander s'il s'agit d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

1. Les droits en jeu

Nous affirmons d'emblée que la possibilité d'emprisonnement pour simple possession de marijuana suffit pour justifier un examen fondé sur l'art. 7 : *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486. Toutefois, la thèse de M. Malmö-Levine (que défend également l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association) nous contraint à décider si des considérations d'autonomie personnelle plus générales, moins graves que l'emprisonnement, permettent également d'invoquer la

the “fun” or “social” use of cannabis, writes, at para. 30:

It is submitted that a decision whether or not to possess and consume Cannabis (marijuana), even if potentially harmful to the user, is analogous to the decision by an individual as to what food to eat or not eat and whether or not to eat fatty foods, and as such is a decision of fundamental personal importance involving a choice made by the individual involving that individual’s personal autonomy.

In *Morgentaler, supra*, Wilson J. suggested that liberty “grants the individual a degree of autonomy in making decisions of fundamental personal importance”, “without interference from the state” (p. 166). Liberty accordingly means more than freedom from physical restraint. It includes “the right to an irreducible sphere of personal autonomy wherein individuals may make inherently private choices free from state interference”: *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, at para. 66; *B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 80. This is true only to the extent that such matters “can properly be characterized as fundamentally or inherently personal such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence”: *Godbout, supra*, at para. 66. See also *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, at para. 54; *Buhlers v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)* (1999), 170 D.L.R. (4th) 344 (B.C.C.A.), at para. 109; *Horsefield v. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (1999), 44 O.R. (3d) 73 (C.A.).

While we accept Malmo-Levine’s statement that smoking marihuana is central to his lifestyle, the Constitution cannot be stretched to afford protection to whatever activity an individual chooses to define as central to his or her lifestyle. One individual chooses to smoke marihuana; another has an obsessive interest in golf; a third is addicted to gambling.

protection de l’art. 7. L’appelant Caine, qui parle dans son mémoire de consommation [TRADUCTION] « récréative » ou « sociale » de cannabis, écrit ce qui suit, au par. 30 :

[TRADUCTION] On prétend que la décision d’avoir du cannabis (de la marihuana) en sa possession ou d’en consommer, même si cela peut être préjudiciable au consommateur, est analogue à la décision de manger certains aliments plutôt que d’autres, de manger ou non des aliments gras; il s’agit en conséquence d’une décision d’importance personnelle fondamentale comportant un choix de l’intéressé, qui touche à son autonomie personnelle.

Dans l’arrêt *Morgentaler*, précité, p. 166, la juge Wilson a émis l’opinion que le droit à la liberté « confère à l’individu une marge d’autonomie dans la prise de décisions d’importance fondamentale pour sa personne », « sans intervention de l’État ». En conséquence, la liberté n’est pas que l’absence de contraintes physiques. Elle s’entend aussi du « droit à une sphère irréductible d’autonomie personnelle où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l’État » : *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 66; *B. (R.) c. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 80. Cette affirmation ne vaut que dans la mesure où les sujets en cause « peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d’essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l’essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l’indépendance individuelles » : *Godbout*, précité, par. 66. Voir également *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, par. 54; *Buhlers c. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)* (1999), 170 D.L.R. (4th) 344 (C.A.C.-B.), par. 109; *Horsefield c. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (1999), 44 O.R. (3d) 73 (C.A.).

Bien que nous soyons prêts à admettre que fumer de la marihuana constitue pour M. Malmo-Levine un aspect central de son mode de vie, la portée de la Constitution ne saurait être élargie pour protéger toute activité qu’une personne choisit de définir comme essentielle à son mode de vie. Il y a des personnes qui choisissent de fumer de la

85

86

The appellant Caine invokes a taste for fatty foods. A society that extended constitutional protection to any and all such lifestyles would be ungovernable. Lifestyle choices of this order are not, we think, “basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence” (*Godbout, supra*, at para. 66).

87 In our view, with respect, Malmo-Levine’s desire to build a lifestyle around the recreational use of marihuana does not attract *Charter* protection. There is no free-standing constitutional right to smoke “pot” for recreational purposes.

88 The appellants also invoke their s. 7 interest in “security of the person”. In *Morgentaler, supra*, Dickson C.J. accepted that “serious state-imposed psychological stress” (p. 56 (emphasis added)) would suffice to infringe this interest. The appellants, however, contend that use of marihuana is non-addictive. Prohibition would not therefore lead to a level of stress that is constitutionally cognizable. A very different issue would arise if the marihuana was required for medical purposes, but neither appellant uses marihuana for such a purpose.

89 The availability of imprisonment is a different matter. We have no doubt that the risk of being sent to jail engages the appellants’ liberty interest. Accordingly, it is necessary to move to the next stage of the s. 7 analysis to determine what are the relevant principles of fundamental justice and whether this risk of deprivation of liberty is in accordance with the principles of fundamental justice.

## 2. Principles of Fundamental Justice

90 The appellants accept that Parliament may act to avoid harm to others without violating

marihuana, alors que certaines sont obsédées par le golf et d’autres s’adonnent compulsivement aux jeux de hasard. L’appelant Caine parle même d’un goût pour les aliments gras. Une société qui étendrait la protection de sa Constitution à de telles préférences personnelles serait ingouvernable. Selon nous, de telles décisions concernant le mode de vie ne sont pas « des choix fondamentaux participant de l’essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l’indépendance individuelles » (*Godbout, précité*, par. 66).

En toute déférence, nous estimons que la décision de M. Malmo-Levine de centrer son mode de vie sur la consommation récréative de marihuana ne bénéficie pas de la protection de la *Charte*. Il n’existe pas en soi de droit constitutionnel de fumer du « pot » à des fins récréatives.

Les appellants invoquent aussi le droit à la « sécurité de [leur] personne » que leur garantit l’art. 7. Dans l’arrêt *Morgentaler, précité*, p. 56, le juge en chef Dickson a reconnu que « la tension psychologique grave causée par l’État » (nous soulignons) suffit pour qu’il y ait atteinte à ce droit. Toutefois, comme les appellants soutiennent que la consommation de marihuana ne crée pas de dépendance, l’interdiction frappant cette substance ne pourrait donc pas avoir pour effet de créer un niveau de tension faisant intervenir un droit constitutionnel. La question serait très différente si les appellants fumaient de la marihuana à des fins thérapeutiques, mais ce n’est le cas d’aucun d’eux.

Il en va autrement de la possibilité d’emprisonnement. Il ne fait aucun doute à notre avis que le risque que courent les appelants d’être envoyés en prison met en jeu leur droit à la liberté. Par conséquent, il est nécessaire de passer à l’étape suivante de l’analyse fondée sur l’art. 7 et de se demander quels sont les principes de justice fondamentale pertinents et si ce risque de privation de liberté est conforme à ces principes.

## 2. Les principes de justice fondamentale

Les appellants reconnaissent que le Parlement peut prendre des mesures pour éviter que des

principles of fundamental justice. They focus on the alleged absence of such harm, and contend that it is a denial of fundamental justice to deprive them of their liberty where such denial does not enhance a legitimate interest of the state. To hold otherwise, they say, would require the courts to endorse the arbitrary or irrational use of the criminal law power, contrary to the principles of fundamental justice. As Sopinka J. stated in *Rodriguez, supra*, at p. 594:

Where the deprivation of the right in question does little or nothing to enhance the state's interest (whatever it may be), it seems to me that a breach of fundamental justice will be made out, as the individual's rights will have been deprived for no valid purpose.

The appellants' s. 7 arguments have several branches predicated on the requirement of harm. First, they argue that the only permissible target of the criminal law is harm to others; in their view, the criminal law cannot prohibit conduct that harms only the accused. Second, they argue that, in any event, marijuana is not a harmful substance, so that the prohibition of simple possession is arbitrary or irrational. Third, they argue that the criminalization of cannabis possession has adverse consequences, both for those users who are charged and convicted and, because of the disrespect engendered by the law, for the administration of justice generally, that are wholly disproportionate to the societal interests sought to be served by the prohibition. Finally, they submit that the criminalization of cannabis possession is discriminatory and unfair, in light of Parliament's failure to criminalize the possession and use of alcohol and tobacco.

personnes subissent un préjudice, sans pour autant porter atteinte aux principes de justice fondamentale. Ils plaident l'absence de préjudice et prétendent que le fait de les priver de leur liberté constitue une négation de leur droit à la justice fondamentale, négation qui ne favorise pas un intérêt légitime de l'État. Selon eux, toute autre conclusion exigerait des tribunaux qu'ils avalisent l'exercice arbitraire ou irrationnel de la compétence relative au droit criminel, en contravention des principes de justice fondamentale. Comme l'a dit le juge Sopinka dans l'arrêt *Rodriguez*, précité, p. 594 :

Lorsque la restriction du droit en cause ne fait que peu ou rien pour promouvoir l'intérêt de l'État (quel qu'il puisse être), il me semble qu'une violation de la justice fondamentale sera établie puisque la restriction du droit du particulier n'aura servi aucune fin valable.

Les arguments avancés par les appelants sur le fondement de l'art. 7 comportent plusieurs volets qui supposent l'exigence d'un préjudice. Premièrement, les appelants affirment que la seule raison susceptible de justifier une mesure législative de nature criminelle est la prévention d'un préjudice à autrui; selon eux, le droit criminel ne peut interdire un comportement qui ne cause préjudice qu'à son auteur. Deuxièmement, ils avancent que, de toute manière, la marijuana n'est pas une substance nocive et que, en conséquence, le fait d'interdire la simple possession de cette substance est une mesure arbitraire ou irrationnelle. Troisièmement, ils soutiennent que la criminalisation de la possession de cannabis a, tant sur les consommateurs qui sont accusés et reconnus coupables de l'infraction en question que sur l'administration de la justice en général — à cause de la déconsidération de la loi qu'engendre cette mesure — des effets néfastes qui sont tout à fait disproportionnés aux intérêts sociétaux que l'interdiction est censée favoriser. Enfin, ils affirment que la décision du Parlement de criminaliser la possession de cannabis constitue une mesure discriminatoire et inéquitable, étant donné que celui-ci ne criminalise pas la possession et la consommation d'alcool et de tabac.

92 The appellant Malmo-Levine further submits that any harm-based analysis should focus on the healthy user who engages in harm-reduction strategies. He argues that the Court of Appeal erred “when they characterized the harms that may come with cannabis use as inherent, instead of a product of mis-cultivation, mis-distribution and mis-use” (Malmo-Levine’s factum, at para. 2).

L’appelant Malmo-Levine prétend en outre que toute analyse axée sur le préjudice doit s’attacher aux consommateurs qui sont en bonne santé et prennent des mesures pour réduire le préjudice. Il ajoute que la Cour d’appel a commis une erreur [TRADUCTION] « en qualifiant d’intrinsèques les effets préjudiciables susceptibles de découler de la consommation de cannabis, au lieu de les considérer comme le résultat de méthodes inadéquates de culture, de distribution et de consommation » (mémoire de Malmo-Levine, par. 2).

93 We will deal first with a number of preliminary points raised by the appellants.

Nous examinerons tout d’abord un certain nombre de points préliminaires soulevés par les appelants.

(a) *The Propriety of Balancing Societal and Individual Interests in Section 7*

a) *Le bien-fondé de la pondération des intérêts de la société et des droits de l’individu dans l’analyse requise par l’art. 7*

94 The appellant Caine submits that the British Columbia Court of Appeal erred in importing into s. 7 a number of societal interests that have nothing to do with the “principles of fundamental justice” but that he says should be considered, if at all, under a s. 1 justification. In other words, he argues that societal interests are not relevant to defining the right granted under s. 7 but only to determining whether a limit on that right is a reasonable one prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

L’appelant Caine plaide que la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a eu tort de tenir compte, dans l’analyse fondée sur l’art. 7, d’un certain nombre d’intérêts sociétaux qui n’ont aucun rapport avec les « principes de justice fondamentale », et qui, à son avis, ne devraient être pris en considération, si tant est qu’ils doivent l’être, que pour justifier une atteinte conformément à l’article premier. En d’autres mots, il soutient que les intérêts sociétaux ne sont pas pertinents pour définir le droit garanti à l’art. 7, mais seulement pour décider si le droit est restreint par une règle de droit dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique.

95 Braidwood J.A. considered that “the operative principle of fundamental justice” in these cases is the harm principle (see para. 159). However, having concluded that the prohibition against simple possession complies with the harm principle, he went on to consider a second question — “whether the NCA strikes the ‘right balance’ between the rights of the individual and the interests of the State” (para. 160). As authority for this approach, reference was made to *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive*

Le juge Braidwood de la Cour d’appel a estimé que, en l’espèce, le [TRADUCTION] « principe de justice fondamentale applicable » était le principe du préjudice (voir le par. 159). Cependant, après avoir conclu que l’interdiction de la simple possession était conforme au principe du préjudice, il s’est penché sur une deuxième question, celle de savoir [TRADUCTION] « si la *Loi sur les stupéfiants* établit un “juste équilibre” entre les droits de l’individu et les intérêts de l’État » (par. 160). Les arrêts suivants ont été mentionnés au soutien de cette approche : *Cunningham c. Canada*,

*Trade Practices Commission*), [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539, *per* La Forest J.; and *Rodriguez, supra*, at pp. 592-93, *per* Sopinka J. Prowse J.A., in dissent, engaged in a similar balancing exercise.

We do not think that these authorities should be taken as suggesting that courts engage in a free-standing inquiry under s. 7 into whether a particular legislative measure “strikes the right balance” between individual and societal interests in general, or that achieving the right balance is itself an overarching principle of fundamental justice. Such a general undertaking to balance individual and societal interests, *independent of any identified principle of fundamental justice*, would entirely collapse the s. 1 inquiry into s. 7. The procedural implications of such a collapse are significant. Counsel for the appellant Caine, for example, urges that the appellants having identified a threat to the liberty or security of the person, the evidentiary onus should switch at once to the Crown *within s. 7* “to provide evidence of the significant harm that it relies upon to justify the use of criminal sanctions” (Caine’s factum, at para. 24).

We do not agree. In *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, a majority of this Court pointed out that, despite certain similarities between the balancing of interests in ss. 7 and 1, there are important differences. Firstly, the issue under s. 7 is the delineation of the boundaries of the rights and principles in question whereas under s. 1 the question is whether an infringement may be justified (para. 66). Secondly, it was affirmed that under s. 7 it is the claimant who bears the onus of proof throughout. It is only if an infringement of s. 7 is established that the onus switches to the Crown to justify the infringement under s. 1. Thirdly, the range of interests to be taken into account under s. 1 is

[1993] 2 R.C.S. 143; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 539, le juge La Forest; *Rodriguez*, précité, p. 592-593, le juge Sopinka. La juge Prowse a procédé à une pondération similaire dans ses motifs de dissidence.

Nous ne croyons pas que ces arrêts indiquent que les tribunaux doivent, en vertu de l’art. 7, se livrer à un examen distinct pour décider si une mesure législative donnée établit un « juste équilibre » entre les droits de l’individu et les intérêts de la société en général, ou que l’établissement d’un juste équilibre constitue en soi un principe de justice fondamentale dominant. Une telle démarche générale de mise en balance des droits individuels et des intérêts sociétaux, *sans égard à un principe de justice fondamentale déterminé*, intègre entièrement l’examen que commande l’article premier à l’analyse fondée sur l’art. 7. Les conséquences procédurales d’une telle « fusion » sont considérables. Par exemple, selon l’avocat de l’appelant Caine, comme les appelants ont établi l’existence d’une menace à leur liberté ou à la sécurité de leur personne, la charge de la preuve est immédiatement inversée et il incombe alors au ministère public, *dans l’analyse fondée sur l’art. 7*, [TRADUCTION] « de faire la preuve du préjudice important qu’il invoque pour justifier le recours à des sanctions pénales » (mémoire de Caine, par. 24).

Nous ne sommes pas d’accord. Dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, les juges majoritaires de notre Cour ont souligné que, malgré certaines similitudes entre la pondération des droits et intérêts faite dans l’application de l’art. 7 et celle faite dans l’application de l’article premier, ces pondérations présentent néanmoins des différences importantes. Premièrement, la question qui se pose en vertu de l’art. 7 est celle de la délimitation des droits et des principes en cause tandis que la question qui se pose en vertu de l’article premier est de savoir si une atteinte peut être justifiée (par. 66). Deuxièmement, il a été jugé que, dans l’application de l’art. 7, la charge de la preuve appartient au demandeur à

much broader than those relevant to s. 7. The Court said in *Mills*, at para. 67:

Because of these differences, the nature of the issues and interests to be balanced is not the same under the two sections. As Lamer J. (as he then was) stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 503: “the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system”. In contrast, s. 1 is concerned with the values underlying a free and democratic society, which are broader in nature. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, Dickson C.J. stated, at p. 136, that these values and principles “embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society”. In *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 737, Dickson C.J. described such values and principles as “numerous, covering the guarantees enumerated in the *Charter* and more”.

98

The balancing of individual and societal interests within s. 7 is only relevant when elucidating a particular principle of fundamental justice. As Sopinka J. explained in *Rodriguez*, *supra*, “in arriving at these principles [of fundamental justice], a balancing of the interest of the state and the individual is required” (pp. 592-93 (emphasis added)). Once the principle of fundamental justice has been elucidated, however, it is not within the ambit of s. 7 to bring into account such “societal interests” as health care costs. Those considerations will be looked at, if at all, under s. 1. As Lamer C.J. commented in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 977:

It is not appropriate for the state to thwart the exercise of the accused’s right by attempting to bring societal

toutes les étapes de l’analyse. Ce n’est que si une atteinte à l’art. 7 est établie qu’il incombe au ministère public de la justifier conformément à l’article premier. Troisièmement, l’éventail des intérêts à prendre en considération pour l’application de l’article premier est beaucoup plus large que pour l’art. 7. Dans l’arrêt *Mills*, notre Cour a dit ceci, au par. 67 :

À cause de ces différences, la nature des questions et des intérêts qui doivent être évalués n’est pas la même pour les deux articles. Comme le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l’a dit dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 503, « les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique ». Par contre, l’article premier touche les valeurs qui sous-tendent une société libre et démocratique, qui sont plus larges par nature. Dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef Dickson a affirmé, à la p. 136, que ces valeurs et ces principes « comprennent [ . . . ] le respect de la dignité inhérente de l’être humain, la promotion de la justice et de l’égalité sociales, l’acceptation d’une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société ». Dans l’arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, à la p. 737, le juge en chef Dickson a décrit ces valeurs et principes comme étant « nombreux, englobant les garanties énumérées dans la *Charte* et plus encore ».

La pondération des droits individuels et des intérêts sociétaux dans l’analyse fondée sur l’art. 7 n’est pertinente que pour préciser un principe de justice fondamentale en particulier. Comme l’a expliqué le juge Sopinka dans l’arrêt *Rodriguez*, précité, « pour établir ces principes [de justice fondamentale], il est nécessaire de pondérer les intérêts de l’État et ceux de l’individu » (p. 592-593 (nous soulignons)). Cependant, une fois précisé le principe de justice fondamentale en cause, la prise en compte d’« intérêts sociétaux » tels les coûts des soins de santé ne fait plus partie de l’analyse fondée sur l’art. 7. Ces considérations seront examinées, si tant est qu’elles le sont, dans l’application de l’article premier. Comme l’a fait observer le juge en chef Lamer dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 977 :

Il n’est pas acceptable que l’État puisse contrecarrer l’exercice du droit de l’accusé en tentant de faire jouer

interests into the principles of fundamental justice and to thereby limit an accused's s. 7 rights. Societal interests are to be dealt with under s. 1 of the *Charter*, where the Crown has the burden of proving that the impugned law is demonstrably justified in a free and democratic society.

The principles of fundamental justice asserted by the appellants include the contentions that their conduct should only be the subject of criminal sanction to the extent it harms others, that the state cannot infringe their interests in an arbitrary or irrational manner, or impose criminal sanctions that are disproportionate to the importance of the state interest sought to be protected. Implicit in each of these principles is, of course, the recognition that the appellants do not live in isolation but are part of a larger society. The delineation of the principles of fundamental justice must inevitably take into account the social nature of our collective existence. To that limited extent, societal values play a role in the delineation of the boundaries of the rights and principles in question.

(b) *Malmo-Levine's "Harm Reduction" Argument*

We wish to be clear that we do not accept Malmo-Levine's argument that Parliament should proceed on the assumption that users will use marijuana "responsibly". We accept his point that careful use can *mitigate* the harmful effects, but it is open to Parliament to proceed on the more reasonable assumption that psychoactive drugs will to some extent be misused. Indeed, the evidence indicates the existence of both use and misuse by chronic users and by vulnerable groups who cause harm to themselves.

(c) *Malmo-Levine's Pleasure Principle*

Malmo-Levine's related argument, that the pleasure of a large number of people should not be curtailed because of (he says) relatively minor

les intérêts de la société dans l'application des principes de justice fondamentale, et restreindre ainsi les droits reconnus à l'accusé par l'art. 7. Les intérêts de la société doivent entrer en ligne de compte dans l'application de l'article premier de la *Charte*, lorsqu'il incombe au ministère public de démontrer que la justification de la règle de droit attaquée peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Selon les appelants, les principes de justice fondamentale emportent que leur comportement ne doit les exposer à une sanction pénale que dans la mesure où il cause préjudice à autrui et que l'État ne peut porter atteinte à leurs droits d'une manière arbitraire ou irrationnelle, ni leur infliger une sanction pénale disproportionnée à l'importance de l'intérêt général en cause. Il va de soi qu'en énonçant chacun de ces principes les appelants reconnaissent implicitement qu'ils ne vivent pas en vase clos et font partie d'une société plus large. Dans la détermination des principes de justice fondamentale, il faut nécessairement prendre en considération la nature sociale de notre existence collective. Ce n'est que dans cette mesure que les valeurs sociétales jouent un rôle dans la définition de la portée des droits et des principes en question.

b) *L'argument de M. Malmo-Levine fondé sur la « réduction du préjudice »*

Nous tenons à préciser que nous n'acceptons pas la prétention de M. Malmo-Levine selon laquelle le Parlement doit supposer que la marijuana sera consommée « de manière responsable ». Nous admettons son argument qu'une consommation prudente peut *atténuer* les effets préjudiciables, mais il est loisible au Parlement de présumer, plus raisonnablement, que les drogues psychoactives seront jusqu'à un certain point utilisées sans discernement. D'ailleurs, la preuve révèle qu'il y a à la fois usage et mésusage par les consommateurs chroniques et par les membres de groupes vulnérables qui se font du tort à eux-mêmes.

c) *Le principe du plaisir invoqué par M. Malmo-Levine*

L'argument connexe de M. Malmo-Levine — à savoir que le plaisir du plus grand nombre ne devrait pas être compromis à cause (selon lui) d'un

99

100

101

harm to a minority, is similarly misplaced under s. 7. Utilitarian arguments that urge a cost-benefit calculation of alleged benefit to the many versus alleged harm to the few, to the extent such arguments are relevant under the *Charter*, belong in s. 1. The appellants must first of all establish a violation of their s. 7 rights. Only if they are able to do so is the government then required to show that the purported limitation is demonstrably justified in a free and democratic society.

(d) *The “Harm Principle”*

102 The appellants contend that unless the state can establish that the use of marihuana is harmful to others, the prohibition against simple possession cannot comply with s. 7. Our colleague Arbour J. accepts this proposition as correct to the extent that “the state resorts to imprisonment” (para. 244). Accordingly, a closer look at the alleged “harm principle” is called for.

103 We should be clear about the direction of the appellants’ argument. It is agreed by all parties that the *existence* of harm, especially harm to others, is a state interest sufficient to ground the exercise of the criminal law power. The appellants’ contention, however, is that the *absence* of demonstrated harm to others deprives Parliament of the power to impose criminal liability. That is what they call the “harm principle”.

104 We think it right to state at the outset that we do not agree that the “harm principle” plays the *essential* role assigned to it by the appellants in testing the criminal law against the requirements of the *Charter*. Further, with respect to our colleague’s focus on the availability (if not the imposition) of imprisonment for the simple possession of marihuana, we think the punishment debate is more appropriately addressed under s. 12 of the *Charter* (“cruel and unusual

préjudice relativement peu important subi par une minorité — n’a pas non plus sa place dans l’analyse fondée sur l’art. 7. Dans la mesure où ils sont pertinents pour l’application de la *Charte*, relèvent alors de l’analyse fondée sur l’article premier les arguments utilitaires commandant une analyse coûts-bénéfices des avantages dont jouirait la majorité par rapport aux inconvénients que subirait la minorité. Les appelants doivent tout d’abord établir qu’il a été porté atteinte aux droits que leur garantit l’art. 7. Ce n’est que s’ils y parviennent qu’il incombe ensuite à l’État de montrer qu’il s’agit d’une restriction dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique.

d) *Le « principe du préjudice »*

Les appelants font valoir que l’interdiction visant l’usage de la marihuana ne peut être conforme à l’art. 7 que si l’État peut prouver que la simple possession de cette substance est préjudiciable à autrui. Notre collègue la juge Arbour considère cette prétention comme fondée dans la mesure où « l’État a recours à l’emprisonnement » (par. 244). En conséquence, un examen plus approfondi du « principe du préjudice » ainsi invoqué s’impose.

Il est important de bien saisir le sens de l’argument des appelants. Toutes les parties conviennent que l’*existence* d’un préjudice, particulièrement un préjudice à autrui, constitue pour l’État un intérêt suffisant le justifiant d’exercer son pouvoir de légiférer en matière de droit criminel. De prétendre les appelants, toutefois, l’*absence* de préjudice à autrui prive le Parlement du pouvoir d’imputer quelque responsabilité criminelle que ce soit. Voilà ce que les appelants entendent par « principe du préjudice ».

Il nous paraît toutefois opportun de préciser d’entrée de jeu que nous ne croyons pas que le « principe du préjudice » joue le rôle *essentiel* que lui attribuent les appelants dans l’appréciation des règles de droit criminel au regard des exigences de la *Charte*. De plus, en ce qui concerne l’accent que met notre collègue sur la possibilité d’emprisonnement (sinon la condamnation à cette peine) pour l’infraction de simple possession de marihuana, nous estimons

treatment or punishment”), rather than under s. 7, although clearly it has implications for both s. 7 and s. 1, as will shortly be discussed.

The British Columbia Court of Appeal also dealt with this case on the premise that the harm principle was a controlling principle under s. 7 of the *Charter*. It is therefore appropriate that we deal with it in some detail.

(i) History and Definition of the Harm Principle

What is the “harm principle”? The appellants rely, in particular, on the writings of the liberal theorist, J. S. Mill, who attempted to establish clear boundaries for the permissible intrusion of the state into private life:

The object of this Essay is to assert one very simple principle, as entitled to govern absolutely the dealings of society with the individual in the way of compulsion and control, whether the means used be physical force in the form of legal penalties, or the moral coercion of public opinion. That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant. . . . The only part of the conduct of any one, for which he is amenable to society, is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign. [Emphasis added.]

(J. S. Mill, *On Liberty and Considerations on Representative Government* (1946), at pp. 8-9)

Thus Mill’s principle has two essential features. First, it rejects paternalism — that is, the prohibition of conduct that harms only the actor. Second, it excludes what could be called “moral harm”. Mill was of the view that such moral claims are insufficient to justify use of the criminal law. Rather, he

qu’il est plus opportun de débattre la question de la peine au regard de l’art. 12 de la *Charte* (« traitements ou peines cruels et inusités ») que de l’art. 7, bien que cette question intéresse manifestement l’art. 7 et l’article premier, comme nous l’expliquons un peu plus loin.

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a elle aussi examiné l’affaire en tenant pour acquis que le principe du préjudice est un principe dominant pour l’application de l’art. 7 de la *Charte*. Il convient donc que nous examinions ce principe plus en détail.

(i) Historique et définition du principe du préjudice

Qu’est-ce que le « principe du préjudice »? Les appelants s’appuient en particulier sur les écrits du théoricien libéral J. S. Mill, qui a tenté d’établir clairement les limites de l’ingérence légitime de l’État dans la vie privée :

L’objet de cet essai est de poser un principe très simple, fondé à régler absolument les rapports de la société et de l’individu dans tout ce qui est contrainte ou contrôle, que les moyens utilisés soient la force physique par le biais de sanctions pénales ou la contrainte morale exercée par l’opinion publique. Ce principe veut que les hommes ne soient autorisés, individuellement ou collectivement, à entraver la liberté d’action de quiconque que pour assurer leur propre protection. La seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres est de l’empêcher de nuire aux autres. Contraindre quiconque pour son propre bien, physique ou moral, ne constitue pas une justification suffisante. [. . .] Le seul aspect de la conduite d’un individu qui soit du ressort de la société est celui qui concerne les autres. Mais pour ce qui ne concerne que lui, son indépendance est, de droit, absolue. Sur lui-même, sur son corps et son esprit, l’individu est souverain. [Nous soulignons.]

(J. S. Mill, *De la liberté* (1990), trad. L. Lenglet, p. 74-75)

Le principe dégagé par Mill comporte donc deux caractéristiques essentielles. Premièrement, il rejette le paternalisme — c’est-à-dire l’interdiction d’un comportement qui ne cause préjudice qu’à son auteur. Deuxièmement, il exclut ce que l’on pourrait appeler le « préjudice moral ». Selon Mill, de telles

105

106

107

required clear and tangible harm to the rights and interests of others.

108 At the same time, Mill acknowledged an exception to his requirement of harm “to others” for vulnerable groups. He wrote that “this doctrine is meant to apply to human beings in the maturity of their faculties. . . . Those who are still in a state to require being taken care of by others, must be protected against their own actions as well as against external injury” (p. 9).

109 Mill’s statement has the virtues of insight and clarity but he was advocating certain general philosophical principles, not interpreting a constitutional document. Moreover, even his philosophical supporters have tended to agree that justification for state intervention cannot be reduced to a single factor — harm — but is a much more complex matter. One of Mill’s most distinguished supporters, Professor H. L. A. Hart, wrote:

Mill’s formulation of the liberal point of view may well be too simple. The grounds for interfering with human liberty are more various than the single criterion of ‘harm to others’ suggests: cruelty to animals or organizing prostitution for gain do not, as Mill himself saw, fall easily under the description of harm to others. Conversely, even where there is harm to others in the most literal sense, there may well be other principles limiting the extent to which harmful activities should be repressed by law. So there are multiple criteria, not a single criterion, determining when human liberty may be restricted. [Emphasis added.]

(H. L. A. Hart, “Immorality and Treason”, originally appearing in *The Listener* (July 30, 1959), at pp. 162-63, reprinted in *Morality and the Law* (1971), 49, at p. 51)

To the same effect, see Professor J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law* (1984), vol. 1: *Harm to Others*, at p. 12; vol. 4: *Harmless Wrongdoing*, at p. 323.

atteintes morales ne sauraient justifier le recours au droit criminel. Il doit plutôt y avoir une atteinte claire et tangible aux droits et intérêts d’autrui.

En même temps, Mill reconnaît la nécessité d’établir, au profit des personnes vulnérables, une exception à sa condition requérant l’existence d’un préjudice « à autrui ». Il a écrit ceci, à la p. 75, « cette doctrine n’entend s’appliquer qu’aux êtres humains dans la maturité de leurs facultés. [. . .] Ceux qui sont encore dépendants des soins d’autrui doivent être protégés contre leurs propres actions aussi bien que contre les risques extérieurs ».

L’exposé de Mill est à la fois clair et pénétrant, mais il convient de signaler que ce dernier défendait alors certains principes philosophiques généraux, il n’interprétait pas un texte constitutionnel. Qui plus est, même ceux qui souscrivent à sa philosophie tendent à reconnaître que la justification de l’intervention de l’État ne peut se réduire à un seul facteur — le préjudice — et que la question est beaucoup plus complexe. L’un des plus éminents, le professeur H. L. A. Hart, a écrit ceci :

[TRADUCTION] La formulation du point de vue libéral par Mill pourrait bien être trop simple. Les raisons d’empiéter sur la liberté des gens sont beaucoup plus variées que ce que suggère le critère du « préjudice à autrui » : la notion de préjudice à autrui ne s’applique pas facilement, comme l’a constaté Mill lui-même, à la cruauté envers les animaux ou à l’organisation de la prostitution à des fins lucratives. À l’inverse, même lorsqu’un préjudice est causé à autrui au sens le plus littéral de ce terme, d’autres principes peuvent fort bien restreindre la mesure dans laquelle une activité préjudiciable doit être réprimée par la loi. En conséquence, de multiples critères, et non un seul, permettent de déterminer s’il est permis de restreindre la liberté des gens. [Nous soulignons.]

(H. L. A. Hart, « Immorality and Treason », publié initialement dans *The Listener* (30 juillet 1959), p. 162-163, publié à nouveau dans *Morality and the Law* (1971), 49, p. 51)

Dans le même sens, voir Professeur J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law* (1984), vol. 1, *Harm to Others*, p. 12; vol. 4, *Harmless Wrongdoing*, p. 323.

(ii) Is the Harm Principle a Principle of Fundamental Justice?

The appellants submit that the harm principle is a principle of fundamental justice for the purposes of s. 7 that operates to place limits on the type of conduct the state may criminalize. This limitation exists independently of the division of powers under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. In other words, the appellants contend that there is a double threshold. Even if the Crown is able to establish that the creation of a particular criminal offence is a valid exercise of the criminal law power, there is a second level of constraint on the type of conduct that can be made criminal by virtue of s. 7 of the *Charter*.

We agree that there is a form of “double threshold”, in that the *Charter* imposes requirements that are separate from those imposed by ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. However, we do not agree with the attempted elevation of the harm principle to a principle of fundamental justice. That is, in our view the harm principle is not the constitutional standard for what conduct may or may not be the subject of the criminal law for the purposes of s. 7.

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, Lamer J. (as he then was) explained that the principles of fundamental justice lie in “the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system” (p. 503). This Court provided further guidance as to what constitutes a principle of fundamental justice for the purposes of s. 7, in *Rodriguez*, *supra*, *per* Sopinka J. (at pp. 590-91 and 607):

A mere common law rule does not suffice to constitute a principle of fundamental justice, rather, as the term implies, principles upon which there is some consensus that they are vital or fundamental to our societal notion of justice are required. Principles of fundamental justice must not, however, be so broad as to be no more than vague generalizations about what our society considers to be ethical or moral. They must be capable of being identified with some precision and applied to situations

(ii) Le principe du préjudice est-il un principe de justice fondamentale?

Les appelants prétendent que, pour l'application de l'art. 7, le principe du préjudice est un principe de justice fondamentale qui a pour effet de limiter le type de comportement que l'État peut criminaliser. Cette restriction existe indépendamment du partage des compétences établi aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En d'autres mots, les appelants plaident l'existence d'une double exigence. Même si le ministère public peut prouver qu'en créant une infraction criminelle donnée le Parlement a validement exercé son pouvoir de légiférer en matière de droit criminel, l'art. 7 de la *Charte* ajoute une deuxième exigence quant au type de comportement susceptible d'être criminalisé.

Nous admettons qu'il existe une sorte de « double exigence », en ce que la *Charte* impose des exigences distinctes de celles découlant des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Nous refusons cependant d'élever le principe du préjudice au rang de principe de justice fondamentale. À notre avis, le principe du préjudice ne constitue pas la norme constitutionnelle applicable pour déterminer, au regard de l'art. 7, si un comportement peut ou non être criminalisé.

Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a expliqué que les principes de justice fondamentale se trouvent dans « les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire » (p. 503). Dans l'arrêt *Rodriguez*, précité, le juge Sopinka a précisé davantage en quoi consistent les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 (aux pp. 590-591 et 607) :

Une simple règle de common law ne suffit pas pour former un principe de justice fondamentale. Au contraire, comme l'expression l'implique, les principes doivent être le fruit d'un certain consensus quant à leur caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société. Les principes de justice fondamentale ne doivent toutefois pas être généraux au point d'être réduits à de vagues généralisations sur ce que notre société estime juste ou moral. Ils doivent pouvoir être identifiés avec

110

111

112

in a manner which yields an understandable result. They must also, in my view, be legal principles.

une certaine précision et appliqués à diverses situations d'une manière qui engendre un résultat compréhensible. Ils doivent également, à mon avis, être des principes juridiques.

While the principles of fundamental justice are concerned with more than process, reference must be made to principles which are “fundamental” in the sense that they would have general acceptance among reasonable people. [Emphasis added.]

Si les principes de justice fondamentale ne s'appliquent pas seulement au processus, il faut se référer aux principes qui sont « fondamentaux » en ce sens qu'ils seraient généralement acceptés parmi des personnes raisonnables. [Nous soulignons.]

113 The requirement of “general acceptance among reasonable people” enhances the legitimacy of judicial review of state action, and ensures that the values against which state action is measured are not just fundamental “in the eye of the beholder only”: *Rodriguez*, at pp. 607 and 590 (emphasis in original). In short, for a rule or principle to constitute a principle of fundamental justice for the purposes of s. 7, it must be a legal principle about which there is significant societal consensus that it is fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate, and it must be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person.

La condition requérant que les principes soient « généralement acceptés parmi des personnes raisonnables » accroît la légitimité du contrôle judiciaire d'une mesure de l'État et fait en sorte que les valeurs au regard desquelles la mesure de l'État est appréciée ne sont pas fondamentales « aux yeux de l'intéressé seulement » : *Rodriguez*, p. 607 et 590 (souligné dans l'original). En résumé, pour qu'une règle ou un principe constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7, il doit s'agir d'un principe juridique à l'égard duquel il existe un consensus substantiel dans la société sur le fait qu'il est essentiel au bon fonctionnement du système de justice, et ce principe doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne.

a. *Is the Harm Principle a Legal Principle?*

a. *Le principe du préjudice est-il un principe juridique?*

114 In our view, the “harm principle” is better characterized as a description of an important state interest rather than a normative “legal” principle. Be that as it may, even if the harm principle could be characterized as a legal principle, we do not think that it meets the other requirements, as explained below.

À notre avis, le « principe du préjudice » est moins un principe « juridique » normatif qu'un critère permettant de définir un intérêt important de l'État. Quoi qu'il en soit, même si le principe du préjudice pouvait être qualifié de principe juridique, nous ne croyons pas qu'il satisferait aux autres conditions, comme nous l'expliquons ci-après.

b. *There Is No Sufficient Consensus that the Harm Principle Is Vital or Fundamental to Our Societal Notion of Criminal Justice*

b. *Absence d'un consensus suffisant quant au caractère primordial ou fondamental du principe du préjudice dans la notion de justice pénale au sein de notre société*

115 Contrary to the appellants' assertion, we do not think there is a consensus that the harm principle is the sole justification for criminal prohibition. There

Contrairement à ce que prétendent les appelants, nous ne pensons pas qu'il y a consensus sur le fait que le principe du préjudice est la seule

is no doubt that our case law and academic commentary are full of statements about the criminal law being aimed at conduct that “affects the public”, or that constitutes “a wrong against the public welfare”, or is “injurious to the public”, or that “affects the community”. No doubt, as stated, the *presence* of harm to others may justify legislative action under the criminal law power. However, we do not think that the *absence* of proven harm creates the unqualified barrier to legislative action that the appellants suggest. On the contrary, the state may sometimes be justified in criminalizing conduct that is either not harmful (in the sense contemplated by the harm principle), or that causes harm only to the accused.

The appellants cite in aid of their position the observation of Sopinka J., writing for the majority in *Butler, supra*, that “[t]he objective of maintaining conventional standards of propriety, independently of any harm to society, is no longer justified in light of the values of individual liberty which underlie the *Charter*” (p. 498). However, Sopinka J. went on to clarify that it is open to Parliament to legislate “on the basis of some fundamental conception of morality for the purposes of safeguarding the values which are integral to a free and democratic society” (p. 493 (emphasis added)).

Several instances of crimes that do not cause harm to others are found in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Cannibalism is an offence (s. 182) that does not harm another sentient being, but that is nevertheless prohibited on the basis of fundamental social and ethical considerations. Bestiality (s. 160) and cruelty to animals (s. 446) are examples of crimes that rest on their offensiveness to deeply held social values rather than on Mill’s “harm principle”.

A duel fought by consenting adults is an example of a crime where the victim is no less culpable

justification possible d’une interdiction en droit criminel. Il ne fait aucun doute que la jurisprudence et la doctrine canadiennes regorgent d’énoncés disant que le droit criminel s’intéresse aux comportements qui « nuisent au public », qui constituent « un mal compromettant le bien-être public », qui sont « préjudiciables au public » ou qui « perturbent la collectivité ». Certes, l’*existence* d’un préjudice causé à autrui peut justifier le Parlement de légiférer en vertu de sa compétence en matière de droit criminel. Toutefois, nous ne croyons pas que l’*absence* de preuve de préjudice fait totalement obstacle à l’adoption d’une mesure législative comme le suggèrent les appelants. Au contraire, il peut parfois arriver que l’État soit justifié de criminaliser un comportement qui soit n’est pas préjudiciable (au sens envisagé par le principe du préjudice) soit ne cause préjudice qu’à l’accusé.

Au soutien de leur thèse, les appelants citent l’observation suivante formulée par le juge Sopinka, au nom des juges majoritaires dans l’arrêt *Butler*, précité, p. 498 : « [l]’objectif de maintenir des normes de bienséance traditionnelles, indépendamment du préjudice causé à la société, n’est plus justifié compte tenu des valeurs relatives à la liberté individuelle qui sous-tendent la *Charte* ». Cependant, le juge Sopinka a par ailleurs précisé que le Parlement pouvait légiférer « en se fondant sur une certaine conception fondamentale de la morale aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d’une société libre et démocratique » (p. 493 (nous soulignons)).

Le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, établit plusieurs crimes qui ne causent pas préjudice à autrui. Le cannibalisme (art. 182) est un acte qui ne cause pas de préjudice à un autre être doué de sensation, mais qui est néanmoins interdit pour des considérations sociales et morales fondamentales. La bestialité (art. 160) et la cruauté envers les animaux (art. 446) sont des exemples de comportements criminalisés non pas à cause du « principe du préjudice » de Mill, mais plutôt parce qu’ils portent atteinte à des valeurs profondément enracinées dans notre société.

Un duel opposant deux adultes consentants est un exemple de crime où la victime de l’infraction

116

117

118

than the perpetrator, and there is no harm that is not consented to, but the prohibition (s. 71 of the *Code*) is nevertheless integral to our ideas of civilized society. See also *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714. Similarly, in *R. v. F. (R.P.)* (1996), 105 C.C.C. (3d) 435, the Nova Scotia Court of Appeal upheld the prohibition of incest under s. 155 of the *Criminal Code* despite a *Charter* challenge by five consenting adults. In none of these instances of consenting adults does the criminal law conform to Mill's expression of the harm principle that "[o]ver himself, over his own body and mind, the individual is sovereign", as referenced earlier at para. 106.

119 Various jurists and commentators are said by the appellants to have endorsed the idea that harm is required, but we think that these sources, read in context, do not support the "harm principle" as defined by the appellants.

120 One source relied on by the appellants — the writings of Sir James Fitzjames Stephen — illustrates this point. Reference was made to Stephen's statement that the criminal law

must be confined within narrow limits, and can be applied only to definite overt acts or omissions capable of being distinctly proved, which acts or omissions inflict definite evils, either on specific persons or on the community at large.

(J. F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. II, at pp. 78-79)

121 However, Stephen himself was a prominent critic of Mill's harm principle. He believed that "immoral" behaviour *can* be a proper subject for the criminal law. Clearly, his reference to "evils" inflicted on the community includes the idea of moral harm, which Mill specifically excluded from the scope of his "harm principle". Stephen thus supported a much larger view of the legitimate purposes of the criminal law than is permitted by the appellants' argument.

n'est pas moins coupable que l'auteur de celle-ci et où il y a eu consentement au préjudice, mais la prohibition de ce comportement (art. 71 du *Code*) fait néanmoins partie intégrante de notre conception d'une société civilisée. Voir également *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714. De même, dans *R. c. F. (R.P.)* (1996), 105 C.C.C. (3d) 435, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a maintenu l'interdiction visant l'inceste que prévoit l'art. 155 du *Code criminel*, à l'issue d'une contestation sur le fondement de la *Charte* par cinq adultes consentants. Dans aucun de ces cas mettant en cause des adultes consentants la règle de droit criminel ne satisfait au principe du préjudice formulé par Mill, savoir que « [s]ur lui-même, sur son corps et son esprit, l'individu est souverain », cité précédemment au par. 106.

De prétendre les appelants, divers juristes et commentateurs souscrivent à l'idée que l'existence d'un préjudice doit être établie. Nous pensons toutefois que, considérées dans le contexte qui leur est propre, ces sources n'appuient pas le « principe du préjudice » au sens où l'entendent les appelants.

Une source invoquée par les appelants — les écrits de Sir James Fitzjames Stephen — illustre ce que nous venons de dire. Les appelants se sont référés à l'énoncé de Stephen selon lequel le droit criminel

[TRADUCTION] doit être étroitement délimité et n'être appliqué qu'à des actions ou omissions précises et manifestes susceptibles de preuve nette, actes ou omissions engendrant des maux précis pour des personnes données ou pour la collectivité en général.

(J. F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. II, p. 78-79)

Cependant, Stephen a lui-même critiqué ouvertement le principe du préjudice de Mill. Il estimait qu'un comportement « immoral » *peut* légitimement être criminalisé. Manifestement, lorsqu'il parle des « maux » infligés à la collectivité, il vise aussi les préjudices moraux, que Mill exclut expressément de sa notion de « principe du préjudice ». Stephen préconisait donc une interprétation beaucoup plus large des objets légitimes du droit criminel que celle que permet l'argumentation des appelants.

The appellants also rely on a 1982 report by the Law Reform Commission of Canada entitled *The Criminal Law in Canadian Society* which concludes, at p. 45, that the criminal law “ought to be reserved for reacting to conduct that is seriously harmful”. This seems, on its face, to support the harm principle. However, the report goes on to state, at p. 45, that such harm

may be caused or threatened to the collective safety or integrity of society through the infliction of direct damage or the undermining of what the Law Reform Commission terms fundamental or essential values — those values or interests necessary for social life to be carried on, or for the maintenance of the kind of society cherished by Canadians. [Emphasis added.]

Such a definition of “harm” is clearly contrary to Mill’s harm principle as endorsed by the appellants.

- c. *Nor Is There Any Consensus that the Distinction Between Harm to Others and Harm to Self Is of Controlling Importance*

Our colleague Arbour J. takes the view that when the state wishes to make imprisonment available as a sanction for criminal conduct, it must be able to show the potential of such conduct to cause harm to others (para. 244). With respect, we do not think there is any such principle anchored in our law. As this Court noted in *Rodriguez, supra*, attempted suicide was an offence under Canadian criminal law (found in the original *Code* at s. 238) until its repeal by S.C. 1972, c. 13, s. 16. Sopinka J. emphasized, at p. 597, that

the decriminalization of attempted suicide cannot be said to represent a consensus by Parliament or by Canadians in general that the autonomy interest of those wishing to kill themselves is paramount to the state interest in protecting the life of its citizens.

Les appelants invoquent en outre un rapport publié en 1982 par la Commission de réforme du droit du Canada et intitulé *Le droit pénal dans la société canadienne*, dans lequel la Commission conclut, à la p. 53, que le droit pénal « doit être réservé au comportement qui est hautement nuisible ». De prime abord, cette conclusion semble étayer le principe du préjudice. Cependant, la Commission poursuit, à la p. 53, en précisant que le préjudice

peut être aussi le fait de causer ou de menacer de causer un tort à la sécurité de la collectivité ou à l’intégrité de la société par des dommages directs ou en sapant ce que la Commission de réforme du droit qualifie de valeurs fondamentales — ces valeurs ou intérêts qui sont nécessaires à la vie sociale ou qui servent de fondement au genre de société que veulent les Canadiens. [Nous soulignons.]

Cette définition du « préjudice » va clairement à l’encontre du principe du préjudice énoncé par Mill et défendu par les appelants.

- c. *L’absence de consensus quant à l’importance déterminante de la distinction entre le préjudice à autrui et le préjudice à soi-même*

Notre collègue la juge Arbour est d’avis que, dans les cas où l’État veut rendre passible d’emprisonnement l’auteur d’un comportement criminel donné, il doit être en mesure d’établir que ce comportement est susceptible de causer préjudice à autrui (par. 244). En toute déférence, nous ne croyons pas qu’il existe un tel principe dans notre droit. Comme l’a signalé notre Cour dans l’arrêt *Rodriguez*, précité, la tentative de suicide a constitué une infraction en droit criminel canadien (qui était prévue à l’art. 238 du *Code* original) jusqu’à son abrogation par S.C. 1972, ch. 13, art. 16. À la page 597 de cet arrêt, le juge Sopinka a souligné le point suivant :

... on ne peut dire que la décriminalisation de la tentative de suicide traduit un consensus, chez le législateur ou au sein de la population canadienne en général, selon lequel le droit à l’autonomie de ceux qui souhaitent se tuer l’emporte sur l’intérêt qu’a l’État à protéger la vie de ses citoyens.

The offence of attempted suicide was removed from the *Criminal Code* because Parliament came to prefer other ways of addressing the problem of suicide. In that case, as here, there was an important distinction between constitutional competence, which is for the courts to decide, and the wisdom of a particular measure, which, within its constitutional sphere, is up to Parliament.

L'infraction de tentative de suicide a été supprimée dans le *Code criminel*, parce que le Parlement en est venu à préférer d'autres moyens de lutter contre le problème du suicide. Dans cette affaire tout comme en l'espèce, une distinction importante devait être faite entre la validité d'une mesure législative au regard de la Constitution, question sur laquelle il appartient aux tribunaux de statuer, et l'opportunité d'une telle mesure, question qui ressortit au Parlement, pour autant que la mesure relève de ses attributions constitutionnelles.

124 Putting aside, for the moment, the proper approach to the appropriateness of imprisonment (which, as stated, we think should be addressed under s. 12 rather than s. 7), we do not accept the proposition that there is a general prohibition against the criminalization of harm to self. Canada continues to have paternalistic laws. Requirements that people wear seatbelts and motorcycle helmets are designed to “save people from themselves”. There is no consensus that this sort of legislation offends our societal notions of justice. Whether a jail sentence is an appropriate penalty for such an offence is another question. However, the objection in that aspect goes to the validity of an assigned punishment — it does not go to the validity of prohibiting the underlying conduct.

Abstraction faite, pour l'instant, de l'analyse qui s'impose pour statuer sur le caractère approprié de l'emprisonnement (et qui, nous l'avons dit, devrait se faire au regard de l'art. 12 plutôt que de l'art. 7), nous rejetons la notion d'un interdit général sur la criminalisation des comportements causant préjudice à leur auteur. Le Canada possède encore des lois paternalistes. Le port obligatoire de la ceinture pour les automobilistes et du casque protecteur pour les motocyclistes vise à « protéger les citoyens malgré eux ». Il n'existe pas de consensus selon lequel ce genre de mesures heurterait notre conception de la justice en tant que société. Le caractère convenable de l'emprisonnement comme peine applicable à l'égard d'une telle infraction est une tout autre question. Toutefois, c'est la validité de la peine prévue — et non l'interdiction du comportement visé — qui est contestée.

125 A recent discussion policy paper from the Law Commission of Canada entitled *What is a Crime? Challenges and Alternatives* (2003) highlights the difficulties in distinguishing between harm to others and harm to self. It notes that “in a society that recognizes the interdependency of its citizens, such as universally contributing to healthcare or educational needs, harm to oneself is often borne collectively” (p. 17).

Un document de discussion intitulé *Qu'est-ce qu'un crime? Des défis et des choix*, publié en 2003 par la Commission du droit du Canada, met en évidence la difficulté de différencier les notions de préjudice à autrui et de préjudice à soi-même. On dit que, « dans une société qui reconnaît l'interdépendance de ses citoyennes et citoyens, notamment par la contribution de tous aux besoins en matière de santé ou d'éducation, c'est souvent la collectivité qui porte le fardeau du préjudice qu'on se cause à soi-même » (p. 18).

126 In short, there is no consensus that tangible harm to others is a necessary precondition to the creation of a criminal law offence.

En bref, il n'existe pas de consensus voulant qu'un préjudice tangible à autrui soit un préalable à la création d'une infraction criminelle.

d. *The Harm Principle Is Not a Manageable Standard Against Which to Measure Deprivation of Life, Liberty or Security of the Person*

Even those who agree with the “harm principle” as a regulator of the criminal law frequently disagree about what it means and what offences will meet or offend the harm principle. In the absence of any agreed definition of “harm” for this purpose, allegations and counter-allegations of non-trivial harm can be marshalled on every side of virtually every criminal law issue, as one author explains:

The harm principle is effectively collapsing under the weight of its own success. Claims of harm have become so pervasive that the harm principle has become meaningless: the harm principle no longer serves the function of a *critical principle* because non-trivial harm arguments permeate the debate. Today, the issue is no longer *whether* a moral offense causes harm, but rather what type and what amount of harms the challenged conduct causes, and how the harms compare. On those issues, the harm principle is silent. [Emphasis in original.]

(B. E. Harcourt, “The Collapse of the Harm Principle” (1999), 90 *J. Crim. L. & Criminology* 109, at p. 113)

Professor Harcourt goes on to point out that it is the “hidden normative dimensions . . . [that] do the work in the harm principle, not the abstract, simple notion of harm” (p. 185). In other words, the existence of harm (however defined) does no more than open a gateway to the debate; it does not give any precise guidance about its resolution.

Harm, as interpreted in the jurisprudence, can take a multitude of forms, including economic, physical and social (e.g., injury and/or offence to fundamental societal values). In the present appeal, for example, the respondents put forward a list of “harms” which they attribute to marijuana use.

d. *Le principe du préjudice ne constitue pas une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne*

Même les tenants du « principe du préjudice » comme facteur de régulation du droit criminel sont fréquemment en désaccord sur sa définition et sur la nature des infractions qui respectent ce principe. Comme l'explique un auteur, vu l'absence de définition généralement reconnue de la notion de « préjudice », des allégations et contre-allégations invoquant l'existence ou l'absence de préjudice non négligeable peuvent être formulées de part et d'autre en ce qui concerne pratiquement toute question de droit pénal :

[TRADUCTION] Le principe du préjudice croule en effet sous le poids de sa popularité. Les prétentions relatives au préjudice sont devenues courantes au point de vider le principe du préjudice de tout sens : celui-ci a cessé de jouer un *rôle décisif* du fait que les arguments évoquant un préjudice non négligeable sont omniprésents. De nos jours, la question n'est plus *de savoir* si une atteinte morale cause un préjudice, mais plutôt quel type et quel degré de préjudice le comportement reproché cause, et comment se comparent les préjudices. Le principe du préjudice n'offre aucune réponse à ces questions. [En italique dans l'original.]

(B. E. Harcourt, « The Collapse of the Harm Principle » (1999), 90 *J. Crim. L. & Criminology* 109, p. 113)

Le professeur Harcourt ajoute que ce sont [TRADUCTION] « les dimensions normatives cachées [. . .] qui sont déterminantes dans le principe du préjudice, et non la simple notion abstraite de préjudice » (p. 185). En d'autres termes, l'existence d'un préjudice (quelle qu'en soit la définition) ne fait que lancer le débat, sans fournir d'indications précises sur la façon de le trancher.

Selon la jurisprudence, le préjudice peut revêtir une multitude de formes. Il peut s'agir notamment d'un préjudice économique, physique ou social (par exemple une atteinte aux valeurs fondamentales de la société). Dans le présent pourvoi, à titre d'exemple, les intimés énumèrent les « préjudices » qu'ils

The appellants put forward a list of “harms” which they attribute to marihuana prohibition. Neither side gives much credence to the “harms” listed by the other. Each claims the “net” result to be in its favour.

129 In the result, we do not believe that the content of the “harm” principle as described by Mill and advocated by the appellants provides a manageable standard under which to review criminal or other laws under s. 7 of the *Charter*. Parliament, we think, is entitled to act under the criminal law power in the protection of legitimate state interests other than the avoidance of harm to others, subject to *Charter* limits such as the rules against arbitrariness, irrationality and gross disproportionality, discussed below.

(iii) “Avoidance of Harm” Is Nevertheless a Valid State Interest

130 While we do not agree with the courts below that the “harm principle” is a principle of fundamental justice, there is nevertheless a state interest in the avoidance of harm to those subject to its laws which may justify parliamentary action.

131 In other words, avoidance of harm is a “state interest” within the rule against arbitrary or irrational state conduct mentioned in *Rodriguez, supra*, at p. 594, previously cited, that:

Where the deprivation of the right in question does little or nothing to enhance the state’s interest (whatever it may be), it seems to me that a breach of fundamental justice will be made out, as the individual’s rights will have been deprived for no valid purpose. [Emphasis added.]

132 The conclusion that the state has a particular interest in acting to protect vulnerable groups is also consistent with *Charter* jurisprudence affirming the state’s power to intervene to protect children whose lives are in jeopardy and to promote their

associent à la consommation de marihuana, alors que les appelants dressent la liste des « préjudices » qu’ils imputent à l’interdiction de la marihuana. Chaque partie accorde peu de valeur aux « préjudices » invoqués par l’autre, plaidant plutôt que le résultat « net » lui est favorable.

Par conséquent, nous ne croyons pas que, de par sa teneur, le principe du « préjudice » décrit par Mill et invoqué par les appelants constitue une norme fonctionnelle permettant de contrôler la validité d’une disposition — pénale ou autre — au regard de l’art. 7 de la *Charte*. Nous estimons que le Parlement peut, en application de sa compétence en matière de droit criminel, faire des lois pour protéger les intérêts légitimes de l’État, et non pas seulement pour prévenir un préjudice à autrui, dans la mesure où il respecte les limites fixées par la *Charte*, notamment celles visant les mesures législatives arbitraires, irrationnelles ou exagérément disproportionnées et qui sont examinées plus loin.

(iii) La « prévention des préjudices » constitue néanmoins un objectif légitime de l’État

Bien que nous ne partagions pas l’opinion des juridictions inférieures selon laquelle le « principe du préjudice » est un principe de justice fondamentale, il n’en demeure pas moins que l’intérêt qu’a l’État à prévenir les préjudices aux personnes assujetties à ses lois peut le justifier de légiférer.

En d’autres mots, la prévention des préjudices est un « intérêt de l’État » au sens de la règle qui interdit à l’État de prendre des mesures arbitraires ou irrationnelles, règle mentionnée dans *Rodriguez*, p. 594, et citée plus tôt en l’espèce :

Lorsque la restriction du droit en cause ne fait que peu ou rien pour promouvoir l’intérêt de l’État (quel qu’il puisse être), il me semble qu’une violation de la justice fondamentale sera établie puisque la restriction du droit du particulier n’aura servi aucune fin valable. [Nous soulignons.]

La conclusion que l’État a un intérêt particulier à protéger les groupes vulnérables est également compatible avec les décisions relatives à la *Charte* qui confirment le pouvoir de l’État d’intervenir pour protéger les enfants dont la vie est menacée et

well-being: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 70; *B. (R.)*, *supra*, at para. 88 (*per La Forest J.*).

We do not agree with Prowse J.A. that harm must be shown to the court's satisfaction to be "serious" and "substantial" before Parliament can impose a prohibition. Once it is demonstrated, as it has been here, that the harm is not *de minimis*, or in the words of Braidwood J.A., the harm is "not [in]significant or trivial", the precise weighing and calculation of the nature and extent of the harm is Parliament's job. Members of Parliament are elected to make these sorts of decisions, and have access to a broader range of information, more points of view, and a more flexible investigative process than courts do. A "serious and substantial" standard of review would involve the courts in micromanagement of Parliament's agenda. The relevant constitutional control is not micromanagement but the general principle that the parliamentary response must not be grossly disproportionate to the state interest sought to be protected, as will be discussed.

Having said that, our understanding of the view taken of the facts by the courts below is that while the risk of harm to the great majority of users can be characterized at the lower level of "neither trivial nor insignificant", the risk of harm to members of the vulnerable groups reaches the higher level of "serious and substantial". This distinction simply underlines the difficulties of a court attempting to quantify "harm" beyond a *de minimis* standard.

(iv) In Light of the State Interest Thus Identified, the Prohibition Is Neither Arbitrary nor Irrational

A criminal law that is shown to be arbitrary or irrational will infringe s. 7: *R. v. Arke*, [1990] 2 S.C.R.

pour favoriser leur bien-être : *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 70; et *B. (R.)*, précité, par. 88 (le juge La Forest).

Nous ne souscrivons pas à l'opinion de la juge Prowse de la Cour d'appel selon laquelle le Parlement ne peut imposer une interdiction que s'il est en mesure de convaincre le tribunal de l'existence d'un préjudice [TRADUCTION] « grave » et « important ». Une fois qu'il est prouvé, comme en l'espèce, que le préjudice n'est pas minime ou, pour reprendre les termes employés par le juge Braidwood, de la Cour d'appel, qu'il n'est [TRADUCTION] « ni [in]signifiant ni négligeable », l'appréciation et la détermination exactes de la nature et de l'étendue du préjudice relève du Parlement. Les députés sont élus pour prendre de telles décisions et ils ont accès à un plus large éventail de données, à un plus grand nombre de points de vue et à des moyens d'enquête plus souples que les tribunaux. L'application par ces derniers d'une norme de contrôle fondée sur le caractère « grave et important » du préjudice les amènerait à micro-gérer les travaux du Parlement. Le mécanisme de contrôle constitutionnel pertinent n'est pas la microgestion, mais bien l'application du principe général voulant que la mesure législative ne doive pas être exagérément disproportionnée à l'intérêt de l'État qu'elle est censée protéger, comme nous l'expliquerons plus loin.

Cela dit, il nous semble que les juridictions inférieures ont considéré que, eu égard aux faits de l'espèce, le risque de préjudice pour la grande majorité des consommateurs se situe à la limite inférieure des préjudices « qui ne sont ni négligeables ni insignifiants » alors que le risque de préjudice pour les personnes vulnérables rejoint la limite supérieure des préjudices « graves et importants ». Cette distinction fait tout simplement ressortir les difficultés que doit surmonter le tribunal qui tente de mesurer un « préjudice » plus que mineur.

(iv) Au vu de l'intérêt de l'État ainsi défini, l'interdiction n'est ni arbitraire ni irrationnelle

Une disposition de droit criminel qui est jugée arbitraire ou irrationnelle porte atteinte à l'art. 7 :

133

134

135

695, at p. 704; *R. v. Hamon* (1993), 85 C.C.C. (3d) 490 (Que. C.A.), at p. 492. Our colleagues LeBel and Deschamps JJ. consider the marihuana prohibition to be disproportionate to the societal problems at issue, and, thus arbitrary. This, we think, puts the threshold of judicial intervention too low. LeBel J. writes that “it cannot be denied that marihuana can cause problems of varying nature and severity to some people or to groups of them” (para. 280). That being the case, we think the *Charter* allows Parliament a broad, though certainly not unlimited, legislative capacity to respond. Marihuana is a psychoactive drug whose “use causes alteration of mental function” according to the trial judge. This alteration creates a potential harm to others when the user engages in “driving, flying and other activities involving complex machinery”. Chronic users may suffer “serious” health problems. Vulnerable groups are at particular risk, including adolescents with a history of poor school performance, pregnant women and persons with pre-existing diseases such as cardiovascular diseases, respiratory diseases, schizophrenia or other drug dependencies. These findings of fact disclose a sufficient state interest to support Parliament’s intervention should Parliament decide that it is wise to continue to do so, subject to a constitutional standard of *gross* disproportionality, discussed below.

*R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695, p. 704; *R. c. Hamon* (1993), 85 C.C.C. (3d) 490 (C.A. Qué.), p. 492. Nos collègues les juges LeBel et Deschamps estiment que l’interdiction de la marihuana est disproportionnée aux problèmes sociétaux concernés et qu’elle est, de ce fait, arbitraire. Nous croyons que cette conclusion a pour effet de placer trop bas le seuil à partir duquel les tribunaux sont fondés à intervenir. Le juge LeBel écrit qu’« il est indéniable que la marihuana peut causer à certaines personnes ou à certains groupes des problèmes de nature et de gravité variables » (par. 280). Cela étant, nous estimons que la *Charte* confère au Parlement une grande latitude — qui n’est évidemment pas illimitée — quant aux mesures législatives qu’il peut adopter à l’égard de ces problèmes. Selon le juge du procès, la marihuana est une drogue psychoactive dont [TRADUCTION] « la consommation agit sur les fonctions mentales ». Cette action crée un risque pour autrui lorsque le consommateur [TRADUCTION] « condui[t] un véhicule à moteur, pilot[e] un avion ou exerc[e] d’autres activités exigeant de faire fonctionner des appareils complexes ». Les consommateurs chroniques peuvent éprouver de « graves » problèmes de santé. Les groupes vulnérables sont particulièrement à risque, notamment les adolescents qui ont déjà des résultats scolaires médiocres, les femmes enceintes et les personnes qui souffrent d’affections préexistantes comme des maladies cardiovasculaires, des troubles respiratoires, la schizophrénie ou d’autres toxicomanies. Ces conclusions de fait révèlent l’existence d’un intérêt de l’État suffisant pour justifier la mesure législative si le Parlement juge opportun de la maintenir, pourvu qu’elle respecte la norme constitutionnelle de la disproportion *exagérée* dont il est question ci-après.

136

The criminalization of possession is a statement of society’s collective disapproval of the use of a psychoactive drug such as marihuana (*Morgentaler*, *supra*, at p. 70), and, through Parliament, the continuing view that its use should be deterred. The prohibition is not arbitrary but is rationally connected to a reasonable apprehension of harm. In particular, criminalization seeks to take marihuana out of the hands of users and potential users, so as to prevent the associated harm and to eliminate the market for traffickers. In light of these findings of fact it cannot

La criminalisation de la possession est l’expression de la désapprobation collective de notre société pour la consommation d’une drogue psychoactive telle la marihuana (*Morgentaler*, précité, p. 70) et, par l’entremise du Parlement, de l’opinion persistante que la consommation de cette substance doit être découragée. L’interdiction n’a pas un caractère arbitraire, mais est rationnellement liée à une crainte raisonnable de préjudice. Plus particulièrement, la criminalisation de la marihuana vise à priver de cette substance les consommateurs actuels et potentiels,

be said that the prohibition on marihuana possession is arbitrary or irrational, although the wisdom of the prohibition and its related penalties is always open to reconsideration by Parliament itself.

It is true that Parliament can and has directly addressed some of the potential harmful conduct elsewhere in the *Criminal Code*. Section 253, for example, prohibits driving while impaired. One type of legal control to prevent harm does not logically oust other potential forms of legal control, subject as always to the limitation of gross disproportionality discussed below.

The appellants also contend that Parliament's failure to criminalize the consumption of alcohol and tobacco, while criminalizing the use of marihuana (which the appellants say is, if anything, *less* harmful) shows the arbitrariness of the law. It is clear that the consumption of alcohol and tobacco can be harmful. Moreover in some respects the harm is of a type comparable to that caused by marihuana consumption. Much of the bronchial harm associated with marihuana, for instance, comes from the smoking aspect rather than its intoxicating properties.

However, if Parliament is otherwise acting within its jurisdiction by enacting a prohibition on the use of marihuana, it does not lose that jurisdiction just because there are other substances whose health and safety effects could arguably justify similar legislative treatment. To hold otherwise would involve the courts in not only defining the outer limits of the legislative action allowed by the Constitution but also in ordering Parliament's priorities within those limits. That is not the role of the courts under our constitutional arrangements.

de façon à prévenir le préjudice associé à sa consommation et à éliminer le marché de la marihuana pour les trafiquants. Vu ces conclusions de fait, il est impossible d'affirmer que l'interdiction visant la possession de marihuana est arbitraire ou irrationnelle, bien qu'il soit toujours loisible au Parlement de reconsidérer l'opportunité de l'interdiction et des peines dont elle est assortie.

Il est vrai que le Parlement peut (comme il l'a d'ailleurs fait) s'attaquer directement à certains des comportements susceptibles d'être préjudiciables en créant d'autres infractions dans le *Code criminel*. L'article 253, par exemple, interdit la conduite avec les facultés affaiblies. Le recours à une mesure législative donnée pour prévenir un préjudice n'exclut pas logiquement le recours à d'autres mesures du genre, sous réserve toujours du respect du critère de la disproportion exagérée, qui est examiné plus loin.

Les appellants soutiennent également que le fait que le Parlement n'a pas criminalisé la consommation d'alcool et de tabac, alors qu'il a criminalisé celle de la marihuana (substance pourtant *moins* nocive selon eux) témoigne du caractère arbitraire des dispositions contestées. Il est clair que la consommation d'alcool et de tabac peut être préjudiciable. En outre, ce préjudice est, à certains égards, comparable à celui causé par la marihuana. Par exemple, les dommages causés aux bronches par la consommation de marihuana sont en grande partie imputables au fait que celle-ci est fumée plutôt qu'aux propriétés intoxicantes de cette substance.

Toutefois, si le Parlement respecte les limites de sa compétence lorsqu'il édicte une disposition interdisant la consommation de marihuana, il ne perd pas le pouvoir de le faire du seul fait qu'il existe d'autres substances dont les effets sur la santé et la sécurité pourraient justifier des mesures législatives similaires. Conclure différemment amènerait les tribunaux non seulement à fixer les limites de l'action législative autorisée par la Constitution, mais aussi à établir les priorités du Parlement à l'intérieur de ces limites. Ce n'est pas le rôle que leur confie la Constitution.

137

138

139

140 Parliament may, as a matter of constitutional law, determine what is *not* criminal as well as what is. The choice to use the criminal law in a particular context does not require its use in any other: *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 50. Parliament's decision to move in one area of public health and safety without at the same time moving in other areas is not, on that account alone, arbitrary or irrational.

(v) The Allegation of Disproportionality

141 Having rejected the appellants' contention that Parliament is without authority to criminalize conduct unless it causes harm to others, as well as their claim that criminalization of marihuana is arbitrary and irrational, we proceed to the next level of their argument, namely that even if it is not arbitrary and irrational, criminalization is nevertheless disproportionate to any threat posed by marihuana use.

142 In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, at para. 47, the Court accepted that the means taken to achieve an objective can be so disproportionate to the desired end so as to offend the principles of fundamental justice:

Determining whether deportation to torture violates the principles of fundamental justice requires us to balance [under s. 7] Canada's interest in combatting terrorism and the Convention refugee's interest in not being deported to torture. Canada has a legitimate and compelling interest in combatting terrorism. But it is also committed to fundamental justice. The notion of proportionality is fundamental to our constitutional system. Thus we must ask whether the government's proposed response is reasonable in relation to the threat. In the past, we have held that some responses are so extreme that they are *per se* disproportionate to any legitimate government interest: see *Burns*, *supra*. We must ask whether deporting a refugee to torture would be such a response. [Emphasis added.]

See also *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7, at para. 78.

Suivant notre droit constitutionnel, le Parlement peut décider de ce qui est criminel et de ce qui *ne l'est pas*. Le choix de recourir au droit criminel dans un contexte donné n'oblige pas à y recourir dans un autre : *RJR-MacDonald*, précité, par. 50. La décision du Parlement d'intervenir dans un domaine intéressant la santé et la sécurité publiques et pas dans un autre n'est pas, de ce seul fait, arbitraire ou irrationnelle.

(v) L'argument fondé sur la disproportion

Après avoir rejeté la prétention des appelants que le Parlement peut seulement criminaliser les comportements préjudiciables à autrui, de même que celle selon laquelle la criminalisation de la marihuana est une mesure arbitraire et irrationnelle, nous allons maintenant examiner le volet suivant de leur argumentation, à savoir que, même si la criminalisation n'a pas un caractère arbitraire et irrationnel, elle est néanmoins disproportionnée à tout risque associé à la consommation de marihuana.

Dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 47, notre Cour a reconnu qu'il peut arriver que les mesures prises pour réaliser un objectif soient si disproportionnées au résultat recherché qu'elles contreviennent aux principes de justice fondamentale :

Pour décider si une expulsion impliquant un risque de torture viole les principes de justice fondamentale, il faut mettre en balance [suivant l'art. 7] l'intérêt du Canada à combattre le terrorisme d'une part, et le droit d'un réfugié au sens de la Convention de ne pas être expulsé vers un pays où il risque la torture d'autre part. Le Canada a un intérêt à la fois légitime et impérieux à lutter contre le terrorisme. Mais notre pays adhère également aux principes de justice fondamentale. La notion de proportionnalité est un aspect fondamental de notre régime constitutionnel. Par conséquent, nous devons nous demander si la mesure projetée par le gouvernement est raisonnable par rapport à la menace. Dans le passé, notre Cour a jugé que certaines mesures étaient à ce point extrêmes qu'elles étaient en soi disproportionnées à tout intérêt légitime du gouvernement : voir *Burns*, précité. Nous devons nous demander si une expulsion impliquant un risque de torture constitue une telle mesure. [Nous soulignons.]

Voir également *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7, par. 78.

In short, after it is determined that Parliament acted pursuant to a legitimate state interest, the question can still be posed under s. 7 whether the government's legislative measures in response to the use of marihuana were, in the language of *Suresh*, "so extreme that they are *per se* disproportionate to any legitimate government interest" (para. 47 (emphasis added)). As we explain below, the applicable standard is one of *gross* disproportionality, the proof of which rests on the claimant.

The aspect of proportionality of interest to the appellants is the alleged lack of proportionality between the contribution of the marihuana prohibition to public health and safety (the appellants say the prohibition is so ineffective that it contributes little) and the adverse effects on persons subject to the prohibition, including those who are charged and convicted of the offence (the appellants say the adverse effects are severe and lasting). The relevant effects include those that relate to the life, liberty or security of an individual, and that are the product of the state action complained of.

We have already rejected Mr. Malmo-Levine's "pleasure principle" on the basis that depriving the general user of the freedom to smoke "pot" is not the violation of a freestanding constitutional right. We turn now to the effects of the criminalization of marihuana possession on accused persons.

### 3. The Availability of Imprisonment

Although this issue belongs to the s. 7 analysis, we wish to highlight its importance here to address our disagreement with Arbour J., for whom the availability of imprisonment is the controlling consideration (paras. 216, 244, 256 and 257).

Our colleague writes at para. 257:

While the cases referred to by my colleagues clearly illustrate the state's interest in the protection of vulnerable groups from others who might harm them, they are

Pour résumer, une fois qu'il est établi que le Parlement a agi sur le fondement d'un intérêt légitime de l'État, il est encore possible de se demander, au regard de l'art. 7, si les mesures législatives adoptées à l'égard de la consommation de la marihuana étaient, pour reprendre les termes employés dans *Suresh*, « à ce point extrêmes qu'elles étaient en soi disproportionnées à tout intérêt légitime du gouvernement » (par. 47 (nous soulignons)). Comme nous l'expliquons plus loin, le critère applicable est celui de la disproportion *exagérée*, dont la preuve incombe au demandeur.

L'aspect de la notion de proportionnalité qui intéresse les appelants est, selon eux, l'absence de proportionnalité qu'il y aurait entre l'apport de l'interdiction de la marihuana à la santé et à la sécurité publiques (l'interdiction étant selon eux si inefficace que cet apport est minime) et ses effets préjudiciables pour les personnes touchées par l'interdiction, y compris celles accusées et reconnues coupables de l'infraction (les appelants affirment que ces effets sont graves et durables). Les effets pertinents sont notamment ceux qui touchent à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne et qui sont la conséquence de la mesure reprochée à l'État.

Nous avons rejeté plus tôt le « principe du plaisir » invoqué par M. Malmo-Levine. En effet, priver le consommateur ordinaire de la liberté de fumer du « pot » ne porte pas atteinte à un droit constitutionnel autonome. Examinons maintenant les conséquences de la criminalisation de la possession de marihuana pour les personnes accusées de cette infraction.

### 3. La possibilité d'emprisonnement

Bien que la question relève de l'analyse fondée sur l'art. 7, nous tenons à en souligner l'importance pour exprimer notre désaccord avec la juge Arbour, qui considère la possibilité d'emprisonnement comme le facteur décisif (par. 216, 244, 256 et 257).

Notre collègue dit ce qui suit au par. 257 :

Bien que les arrêts invoqués par mes collègues montrent clairement que l'État a intérêt à protéger les groupes vulnérables contre les personnes qui pourraient causer

143

144

145

146

147

far from suggesting that it is the vulnerable ones who should be sent to jail for their self-protection. Implicit in my colleagues' argument is that the state would be justified in threatening with imprisonment adolescents with a history of poor school performance, women of child-bearing age and persons with pre-existing diseases such as cardiovascular diseases, respiratory diseases, schizophrenia and other drug dependencies, who are at particular risk of harming themselves by using marihuana. I do not think that an exception to the harm principle is justified to allow the state to threaten with imprisonment vulnerable people in order to prevent them from harming themselves.

148 We disagree with our colleague's view that it is unconstitutional for the state to attempt to deter vulnerable people from self-harm by criminalization of the harmful conduct backed up, where appropriate, by the "threat" of imprisonment. We disagree with the premise that vulnerable people of the sort she describes are in fact threatened with jail, or that imposition of a jail term in the circumstances she envisages would be upheld as a fit sentence or a constitutional sentence.

149 A finding that a particular form of penalty violates s. 12 may call for a constitutional remedy in relation to the penalty, but leave intact the criminalization of the conduct, which may still be constitutionally punishable by an alternative form of penalty.

150 Braidwood J.A., too, rested his analysis on the availability of imprisonment. He found that "it is common sense that you don't go to jail unless there is a potential that your activities will cause harm to others" (para. 134). The appellant in *Clay*, *supra*, released concurrently, similarly argued at para. 25 of his factum that "[w]hile a reasonable apprehension of a 'not insignificant' or 'not trivial' harm may suffice to justify a regulatory prohibition on the personal and private consumption of a substance, it is not constitutionally adequate for justifying the use of incarceration and the imposition of a criminal record to deter such consumption" (emphasis added). We agree with the observation that the

préjudice à ces groupes, ces décisions sont loin de suggérer qu'on envoie les personnes vulnérables en prison pour assurer leur propre protection. La proposition de mes collègues sous-entend que l'État serait justifié de menacer d'emprisonnement les adolescents ayant des résultats scolaires médiocres, les femmes en âge de procréer et les personnes souffrant de maladies préexistantes — par exemple des troubles cardiovasculaires, des problèmes respiratoires, la schizophrénie et d'autres toxicomanies —, autant de personnes qui risquent plus particulièrement de se faire du tort en consommant de la marihuana. Je ne pense pas qu'il soit justifié de déroger au principe du préjudice et de permettre à l'État de menacer d'emprisonnement des personnes vulnérables afin de les empêcher de se causer préjudice à elles-mêmes.

Nous ne partageons pas l'opinion de notre collègue selon laquelle l'État agit inconstitutionnellement lorsqu'il tente de dissuader des personnes vulnérables de se causer préjudice à elles-mêmes en criminalisant le comportement préjudiciable et en assortissant l'infraction de la « menace » d'emprisonnement, peine applicable dans les cas opportuns. Nous sommes en désaccord avec la prémisse que les catégories de personnes vulnérables qu'elle décrit sont en fait menacées d'emprisonnement ou que l'incarcération dans les circonstances qu'elle envisage serait considérée comme une peine appropriée ou une peine constitutionnellement valide.

Le fait de conclure qu'une peine donnée viole l'art. 12 peut exiger une réparation constitutionnelle liée à la peine sans pour autant remettre en cause la criminalisation du comportement, lequel peut encore, constitutionnellement, être punissable par un autre type de peine.

Le juge Braidwood de la Cour d'appel a lui aussi fondé son analyse sur la possibilité d'emprisonnement. Il a conclu qu'[TRADUCTION] « il est logique qu'on ne vous envoie pas en prison, à moins que vos actes ne soient susceptibles de causer préjudice à autrui » (par. 134). Dans l'arrêt *Clay*, précité, arrêt rendu simultanément, l'appelant a présenté un argument au même effet au par. 25 de son mémoire, faisant valoir que, [TRADUCTION] « [b]ien qu'une crainte raisonnable de subir un préjudice "non insignifiant" ou "non négligeable" puisse suffire, dans un cadre réglementaire, pour justifier d'interdire la consommation personnelle et privée d'une substance, elle n'est pas suffisante, sur le plan

operative concept here is the use of incarceration, not the availability of incarceration.

In addition to the possible penalty of imprisonment, the appellants highlight a number of other consequences of being charged and convicted for possession of marihuana, including the effects of having a criminal record, the cost of mounting a defence, and the potential adverse impact on education and job prospects (even prior to trial, and whether or not a conviction results). They submit that these harms to the individual accused are disproportionate to any societal interest served by the (largely ineffective) suppression of marihuana use.

As the appellants' principal argument on this branch of the case relates to the availability of imprisonment, we will turn first to that issue.

(a) *No Mandatory Minimum Sentence*

Possession of marihuana carries no minimum sentence. However, the general framework of the NCA permits imprisonment, and marihuana is one of the scheduled drugs. The prescription of sentencing options by Parliament reflects its view of the seriousness of the offence, and is ordinarily taken into consideration by the sentencing judge.

Imprisonment is imposed by the courts for simple possession only in exceptional circumstances. Our colleague Arbour J. writes, as mentioned earlier, about threatening with jail underachieving school age adolescents, women of childbearing age and the mentally afflicted, but the cases show that this analysis rests on a faulty premise. In most possession cases, offenders (whether vulnerable or not) receive discharges or conditional sentences. This is particularly true where the amounts of marihuana involved are small and for recreational uses,

constitutionnel, pour justifier le recours à l'incarcération et l'établissement d'un casier judiciaire pour décourager ce genre de consommation » (nous soulignons). Nous souscrivons à l'observation selon laquelle le concept clé en l'espèce est le recours à l'incarcération, et non la possibilité d'incarcération.

Outre la possibilité d'emprisonnement, les appellants soulignent un certain nombre de conséquences additionnelles découlant du fait d'être accusé et déclaré coupable de possession de marihuana, dont l'existence d'un casier judiciaire, les coûts liés à la présentation d'une défense et les possibles effets préjudiciables du point de vue des études et des perspectives d'emploi (même avant le procès, puis au terme de celui-ci, qu'il aboutisse ou non à une déclaration de culpabilité). Ils avancent que ces préjudices causés à l'accusé sont disproportionnés à tout intérêt sociétal favorisé par l'interdiction (par ailleurs largement inefficace) visant la consommation de marihuana.

Étant donné que l'argument principal des appellants sur cet aspect du pourvoi porte sur la possibilité d'emprisonnement, nous allons d'abord examiner cette question.

a) *L'absence de peine minimale obligatoire*

La possession de marihuana n'expose le délinquant à aucune peine minimale. Cependant, le cadre général de la Loi permet l'emprisonnement et la marihuana est l'une des drogues figurant à l'annexe. La faculté que donne le Parlement de choisir entre diverses peines reflète sa perception de la gravité de l'infraction et est généralement prise en compte par le juge appelé à déterminer la peine.

Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que les tribunaux infligent l'emprisonnement pour simple possession de marihuana. Comme nous l'avons mentionné précédemment, notre collègue la juge Arbour parle de la menace d'emprisonnement qui pèserait sur les adolescents sous-performants à l'école, les femmes en âge de procréer et les personnes atteintes de troubles mentaux, mais la jurisprudence révèle que cette analyse s'appuie sur une prémisse erronée. Dans la plupart des affaires de possession, le délinquant (qu'il s'agisse

151

152

153

154

where the usual sentence is a conditional discharge. See, e.g., C. C. Ruby and D. L. Martin, *Criminal Sentencing Digest* (loose-leaf), 30§320, at p. 1251; *R. v. Fleming* (1992), 21 W.A.C. 79 (B.C.C.A.); *R. v. Culley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 433 (Ont. C.A.).

ou non d'une personne vulnérable) fait l'objet d'une absolution ou d'une peine d'emprisonnement avec sursis. Cela se produit particulièrement lorsqu'il est question d'une petite quantité de marihuana à des fins récréatives, auquel cas l'absolution sous condition est la peine habituellement infligée. Voir, par exemple, C. C. Ruby et D. L. Martin, *Criminal Sentencing Digest* (feuilles mobiles), 30§320, p. 1251; *R. c. Fleming* (1992), 21 W.A.C. 79 (C.A.C.-B.); *R. c. Culley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 433 (C.A. Ont.).

155 The reality is this. There is no impediment (such as a mandatory minimum sentence) to a trial judge imposing a fit sentence after a conviction for simple possession of marihuana. The “availability” of imprisonment in respect of the scheduled drugs under the NCA is part of a statutory framework for dealing with drugs generally and is not specifically directed at marihuana. The case law discloses that it is only in the presence of aggravating circumstances, not likely to be present in the situation of the “vulnerable persons” referred to by our colleague, where a court has been persuaded that imprisonment for simple possession of marihuana was, in the particular case, a fit sentence.

La réalité est la suivante. Aucun obstacle (telle une peine minimale obligatoire) n'empêche le juge du procès d'infliger une peine appropriée à la personne déclarée coupable de simple possession de marihuana. La « possibilité » d'emprisonnement pour possession d'une drogue figurant à l'annexe de la Loi fait partie intégrante du cadre législatif applicable aux drogues en général et non pas seulement à la marihuana en particulier. L'examen de la jurisprudence révèle que ce n'est qu'en présence de circonstances aggravantes — circonstances peu susceptibles d'être présentes dans le cas des « personnes vulnérables » dont fait mention notre collègue — que le tribunal a estimé, dans l'affaire dont il était saisi, qu'une peine d'emprisonnement constituait une peine appropriée à l'égard de l'infraction de simple possession de marihuana.

156 In *R. v. Dauphinee* (1984), 62 N.S.R. (2d) 156 (S.C. App. Div.), a three-month sentence of imprisonment for simple possession of one ounce of marihuana was upheld on appeal because the offender had five prior narcotics possession offences and the trial judge noted that the accused showed no signs of amending his conduct. Prison sentences are also occasionally handed out where an individual has been sentenced for a more serious drug offence. See, e.g., *R. v. Witter*, [1997] O.J. No. 2248 (QL) (Gen. Div.) (six-month sentence for possession of marihuana to be served concurrently with three-year sentence for trafficking in cocaine; accused had nine prior narcotics convictions); *R. v. Coady* (1994), 24 W.C.B. (2d) 459 (Nfld. S.C.T.D.) (sentenced to 14 days' imprisonment for possession of 70 grams of marihuana to be served concurrently with nine-

Dans l'arrêt *R. c. Dauphinee* (1984), 62 N.S.R. (2d) 156 (C.S. Div. app.), une peine de trois mois d'emprisonnement pour simple possession d'une once de marihuana a été confirmée en appel parce que le contrevenant avait déjà été déclaré coupable de cinq infractions de possession de stupéfiants et que, selon le juge du procès, l'accusé ne manifestait aucune intention de s'amender. Il arrive également qu'une peine d'emprisonnement soit infligée lorsque l'individu a déjà été condamné pour une infraction plus grave en matière de drogue. Voir, par exemple, *R. c. Witter*, [1997] O.J. No. 2248 (QL) (Div. gén.) (six mois d'emprisonnement pour possession de marihuana à purger concurremment avec une peine de trois ans pour trafic de cocaïne, l'accusé ayant déjà été déclaré coupable à neuf reprises d'infractions touchant les stupéfiants);

month sentence for possession of hashish with intent to traffic); *R. v. Richards* (1989), 88 N.S.R. (2d) 425 (S.C. App. Div.) (four-month sentence for possession of 113.5 grams of marihuana to be served concurrently with a sentence of one year for possession of 15 grams of cocaine, plus one year's probation; respondent had six prior narcotics-related convictions; the court noted his behaviour endangered the safety of his family and no leniency was warranted in light of his recidivism). In addition, some incarcerations associated with possession offences result from the failure to pay fines, or where the Crown has agreed to permit a plea bargain for a lesser included offence. See B. A. MacFarlane, R. J. Frater and C. Proulx, *Drug Offences in Canada* (3rd ed. (loose-leaf)), at p. 29-20.

It is no doubt true that in an earlier era judges may have resorted to imprisonment more frequently than would be considered acceptable under the *Charter*, but the argument here is a post-*Charter* argument. It asks whether the marihuana prohibition *can* be — and *is required* to be — applied consistently with the *Charter*. In our view, the answer to both questions is yes.

First, as mentioned above, we believe that the issue of punishment should be approached in light of s. 12 of the *Charter* (which protects against “cruel and unusual treatment or punishment”), and, in that regard, the constitutional standard is one of gross disproportionality. Second, in our opinion, the lack of any mandatory minimum sentence together with the existence of well-established sentencing principles mean that the mere availability of imprisonment on a marihuana charge cannot, without more, violate the principle against gross disproportionality.

*R. c. Coady* (1994), 24 W.C.B. (2d) 459 (C.S.T.-N. 1<sup>re</sup> inst.) (14 jours d'emprisonnement pour possession de 70 grammes de marihuana à purger concurremment avec une peine de neuf mois pour possession de hachisch en vue d'en faire le trafic); *R. c. Richards* (1989), 88 N.S.R. (2d) 425 (C.S. Div. app.) (quatre mois d'emprisonnement pour possession de 113,5 grammes de marihuana à purger concurremment avec une peine d'un an pour possession de 15 grammes de cocaïne, plus une année de probation; l'accusé avait déjà été reconnu coupable de six infractions liées aux stupéfiants; la cour a signalé que son comportement compromettait la sécurité de sa famille et qu'aucune clémence n'était justifiée étant donné la récidive). En outre, dans certains cas, l'emprisonnement pour possession de stupéfiants résulte soit du défaut du délinquant de payer l'amende, soit de l'inscription d'un plaidoyer de culpabilité pour une infraction moindre et incluse à l'issue de négociations avec le ministère public. Voir B. A. MacFarlane, R. J. Frater et C. Proulx, *Drug Offences in Canada* (3<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 29-20.

Il est sans doute vrai que, à une autre époque, les juges ont pu infliger l'emprisonnement plus fréquemment que ce qui serait considéré acceptable aujourd'hui compte tenu de la *Charte*, mais l'argument formulé en l'espèce vise la période postérieure à l'adoption de celle-ci. La question posée est la suivante : L'interdiction de la marihuana *peut-elle* — et *doit-elle* — être appliquée en conformité avec la *Charte*? À notre sens, il faut répondre par l'affirmative aux deux volets de la question.

Premièrement, nous le répétons, la question de la sanction doit selon nous être examinée au regard de l'art. 12 de la *Charte* (qui protège chacun contre « tous traitements ou peines cruels et inusités ») et, dans de tels cas, la norme constitutionnelle applicable est celle de la disproportion exagérée. Deuxièmement, nous sommes d'avis que l'absence de peine minimale obligatoire et l'existence de principes de détermination de la peine bien établis signifient que la possibilité d'emprisonnement pour une infraction liée à la marihuana ne saurait à elle seule constituer une mesure dont la disproportion est exagérée.

157

158

(b) *The Section 12 Standard — Gross Disproportionality*

159

The standard set out in s. 12 of the *Charter* sheds light on the requirements of s. 7. As Lamer J. explained in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, ss. 8 to 14 of the *Charter* may be seen as specific illustrations of the principles of fundamental justice in s. 7. While proportionality “is the essence of a s. 12 analysis” (*R. v. Morrissey*, [2000] 2 S.C.R. 90, 2000 SCC 39, at para. 44), the constitutional standard is gross disproportionality. As the majority explained in *Morrissey* (at para. 26) :

Where a punishment is merely disproportionate, no remedy can be found under s. 12. Rather, the court must be satisfied that the punishment imposed is grossly disproportionate for the offender, such that Canadians would find the punishment abhorrent or intolerable. [First emphasis added; second emphasis in original.]

See *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, *per* Lamer J., at p. 1072:

The test for review under s. 12 of the *Charter* is one of gross disproportionality, because it is aimed at punishments that are more than merely excessive. We should be careful not to stigmatize every disproportionate or excessive sentence as being a constitutional violation, and should leave to the usual sentencing appeal process the task of reviewing the fitness of a sentence. [Emphasis added.]

See also *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385, at p. 1417: “The test for determining whether a sentence is disproportionately long is very properly stringent and demanding. A lesser test would tend to trivialize the *Charter*”. See also *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1, at para. 77.

160

Is there then a principle of fundamental justice embedded in s. 7 that would give rise to a constitutional remedy against a punishment that does not infringe s. 12? We do not think so. To find that gross and excessive disproportionality of punishment is required under s. 12 but a lesser degree of

b) *La norme d'application de l'art. 12 — la disproportion exagérée*

La norme énoncée à l'art. 12 de la *Charte* aide à saisir les exigences prévues par l'art. 7. Comme l'a expliqué le juge Lamer dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, les art. 8 à 14 de la *Charte* peuvent être considérés comme des exemples précis des principes de justice fondamentale visés à l'art. 7. Bien que la proportionnalité « constitue l'essence même de l'analyse fondée sur l'art. 12 » (*R. c. Morrissey*, [2000] 2 R.C.S. 90, 2000 CSC 39, par. 44), la norme constitutionnelle est celle de la disproportion exagérée. Dans cet arrêt, les juges majoritaires ont donné les explications suivantes, au par. 26 :

Lorsque la peine est simplement disproportionnée, aucune réparation ne peut être accordée en vertu de l'art. 12. Le tribunal doit plutôt être convaincu que la peine qui a été infligée est exagérément disproportionnée en ce qui concerne ce délinquant, au point où les Canadiens et Canadiennes considéreraient cette peine odieuse ou intolérable. [Premier soulignement ajouté; deuxième soulignement dans l'original.]

Voir *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, le juge Lamer, p. 1072 :

Le critère applicable à l'examen en vertu de l'art. 12 de la *Charte* est celui de la disproportion exagérée, étant donné qu'il vise les peines qui sont plus que simplement excessives. Il faut éviter de considérer que toute peine disproportionnée ou excessive est contraire à la Constitution et laisser au processus normal d'appel en matière de sentence la tâche d'examiner la justesse d'une peine. [Nous soulignons.]

Voir aussi *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385, p. 1417 : « Le critère qui sert à déterminer si une peine est beaucoup trop longue est à bon droit strict et exigeant. Un critère moindre tendrait à banaliser la *Charte* »; voir également *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1, par. 77.

En conséquence, existe-t-il un principe de justice fondamentale consacré à l'art. 7 qui donnerait droit à une réparation constitutionnelle lorsqu'une peine ne contrevient pas à l'art. 12? Nous ne le croyons pas. Conclure qu'une disproportion exagérée et excessive est requise pour qu'une peine porte

proportionality suffices under s. 7 would render incoherent the scheme of interconnected “legal rights” set out in ss. 7 to 14 of the *Charter* by attributing contradictory standards to ss. 12 and 7 in relation to the same subject matter. Such a result, in our view, would be unacceptable.

Accordingly, even if we were persuaded by our colleague Arbour J. that punishment should be considered under s. 7 instead of s. 12, the result would remain the same. In both cases, the constitutional standard is gross disproportionality. In neither case is the standard met.

Further, even if the penalty of imprisonment were found to violate the gross disproportionality standard, the constitutional remedy would have to address the range of available penalties rather than the decriminalization of the underlying conduct of marihuana possession.

(c) *Proportionality in Sentencing*

At this point, we turn from the *Charter* to the *Criminal Code*, in which Parliament has made the idea of proportionality central to the principles of sentencing. Section 718.1 of the *Criminal Code* provides that “[a] sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.” The importance of proportionality in punishment has been discussed on several occasions by this Court. See, for instance, *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, at para. 82, where Lamer C.J., writing for the Court, referred to “the fundamental principle of sentencing, which provides that a sentence must be proportional to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender”. See also *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18, at para. 18; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 40; and *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, per Wilson J. (concurring), at p. 533.

The requirement of proportionality in sentencing undermines rather than advances the appellants’ argument. There is no need to turn to the *Charter* for relief against an unfit sentence. If imprisonment

atteinte à l’art. 12, mais qu’un degré de disproportion moindre suffit pour qu’il y ait atteinte à l’art. 7 rendrait incohérent l’ensemble des « garanties juridiques » interreliées énoncées aux art. 7 à 14 de la *Charte* en assignant aux art. 12 et 7 des normes contradictoires pour une même question. Un tel résultat serait selon nous inacceptable.

Par conséquent, même si notre collègue la juge Arbour nous convainquait que la peine doit être examinée au regard de l’art. 7 et non de l’art. 12, le résultat serait le même. Dans les deux cas, la norme constitutionnelle applicable est la disproportion exagérée et, dans les deux cas, on n’y a pas satisfait.

Qui plus est, même si l’emprisonnement était jugé une peine disproportionnée exagérée, la réparation constitutionnelle devrait être déterminée en choisissant parmi la gamme des peines applicables, et non en envisageant la décriminalisation de la possession de marihuana.

c) *La proportionnalité de la peine*

À ce stade-ci, nous délaissions la *Charte* pour nous attacher au *Code criminel*, dans lequel le Parlement a indiqué que la notion de proportionnalité est l’élément central des principes de détermination de la peine. L’article 718.1 du *Code criminel* énonce que « [l]a peine est proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant. » Notre Cour a examiné à plusieurs occasions l’importance de la proportionnalité de la peine. Voir, par exemple, *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, par. 82, où le juge en chef Lamer, s’exprimant pour la Cour, a fait état du « principe fondamental de détermination de la peine suivant lequel la peine doit être proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant ». Voir aussi *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18, par. 18; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 40; et *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, la juge Wilson (motifs concourants), p. 533.

L’exigence de proportionnalité de la peine a davantage pour effet d’affaiblir la thèse des appelants que de l’étayer. Point n’est besoin d’invoquer la *Charte* pour obtenir réparation à l’encontre d’une

161

162

163

164

is not a fit sentence in a particular case it will not be imposed, and if imposed, it will be reversed on appeal.

165 There is no plausible threat, express or implied, to imprison accused persons — including vulnerable ones — for whom imprisonment is not a fit sentence.

166 On another branch of the imprisonment argument, our colleague Arbour J. argues that it is unconstitutional for the state to attempt to prevent the general population, under threat of imprisonment, from engaging in conduct that is harmless to them, on the basis that other, more vulnerable persons may harm themselves if they engage in it (para. 258). In our view, with respect, this proposition is too broadly stated. In the present context, as previously noted, the evidence shows that it is not possible generally to distinguish in advance the general population from its more vulnerable members. Chronic users emerge from unexpected sources. If our colleague is correct, the impossibility of precise identification of “chronic users” in advance would incapacitate Parliament from taking any action at all to help those in need of its protection, a proposition we do not accept. Further, we do not agree with our colleague that it is a straightforward matter to distinguish between harm to self and harm to others. We noted earlier the recent comment of the Law Commission of Canada that “in a society that recognizes the interdependency of its citizens, such as universally contributing to healthcare or educational needs, harm to oneself is often borne collectively” (p. 17).

167 We agree with the appellants that imprisonment would ordinarily be an unfit sentence for a conviction on simple possession of marijuana. We

peine inappropriée. Lorsque, dans un cas donné, une peine d'emprisonnement n'est pas indiquée, elle ne sera pas infligée, et, si elle l'est, elle sera annulée en appel.

Il ne pèse aucune menace plausible d'emprisonnement, expresse ou tacite, sur un accusé — y compris une personne vulnérable — pour qui une telle mesure ne serait pas une peine appropriée.

Dans un autre volet de l'argumentation fondé sur la possibilité d'emprisonnement, notre collègue la juge Arbour avance que l'État agit de manière inconstitutionnelle en tentant d'empêcher les justiciables en général, sous menace d'emprisonnement, d'adopter un comportement qui ne leur est pas préjudiciable, pour le motif que d'autres personnes plus vulnérables pourraient se causer préjudice à elles-mêmes si elles adoptaient ce comportement (par. 258). En toute déférence, nous estimons que cette proposition est énoncée de façon trop générale. Dans la présente affaire, comme nous l'avons signalé plus tôt, la preuve révèle qu'il n'est généralement pas possible d'identifier à l'avance les personnes plus vulnérables au sein de l'ensemble de la population. Les consommateurs chroniques peuvent en effet présenter des profils inattendus. Si notre collègue voit juste, l'impossibilité d'identifier à l'avance avec certitude les « consommateurs chroniques » aurait pour effet d'empêcher le Parlement de prendre quelque mesure que ce soit pour venir en aide à ceux qui ont besoin de sa protection, conclusion que nous n'acceptons pas. De plus, nous ne partageons pas l'opinion de notre collègue selon laquelle il est facile de distinguer entre le préjudice à soi-même et le préjudice à autrui. Nous avons fait état plus tôt du commentaire suivant, formulé récemment par la Commission du droit du Canada : « dans une société qui reconnaît l'interdépendance de ses citoyennes et citoyens, notamment par la contribution de tous aux besoins en matière de santé ou d'éducation, c'est souvent la collectivité qui porte le fardeau du préjudice qu'on se cause à soi-même » (p. 18).

Nous partageons l'avis des appelants que l'emprisonnement constitue habituellement une peine inappropriée pour l'infraction de simple possession

disagree, however, that this observation gives rise to a finding of unconstitutionality. Rather, it gives rise, in appropriate circumstances, to an ordinary sentence appeal.

In the result, where there is no minimum mandatory sentence, the mere availability of imprisonment on a charge of marihuana possession does not violate the s. 7 principle against gross disproportionality. There are circumstances, as noted, where imprisonment would constitute a fit sentence.

#### 4. A More General Principle of Disproportionality

As stated, the proportionality argument made by the appellants is broader than the mere disproportionality of penalty. They are correct to point out that interaction by an accused with the criminal justice system brings with it a number of consequences, not least among them the possibility of a criminal record. We agree that the proportionality principle of fundamental justice recognized in *Burns* and *Suresh* is not exhausted by its manifestation in s. 12. The content of s. 7 is not limited to the sum of ss. 8 to 14 of the *Charter*. See, for instance, *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Thomson Newspapers*, *supra*. We thus accept that the principle against gross disproportionality under s. 7 is broader than the requirements of s. 12 and is not limited to a consideration of the penalty attaching to conviction. Nevertheless the standard under s. 7, as under s. 12, remains one of *gross* disproportionality. In other words, if the use of the criminal law were shown by the appellants to be grossly disproportionate in its effects on accused persons, when considered in light of the objective of protecting them from the harm caused by marihuana use, the prohibition would be contrary to fundamental justice and s. 7 of the *Charter*.

In this respect, the appellants urge three factors. Firstly, they point to the adverse consequences to the individual accused other than imprisonment.

de marihuana, mais nous n'admettons pas que ceci emporte une conclusion d'inconstitutionnalité. Dans les cas appropriés, une telle situation justifie plutôt un recours en appel visant la justesse de la peine.

Par conséquent, en l'absence de peine minimale obligatoire, le seul fait de la possibilité d'infliction d'une peine d'emprisonnement pour l'infraction de possession de marihuana ne viole pas le principe de la disproportion exagérée prévu par l'art. 7. Comme nous l'avons indiqué, il est des circonstances où l'emprisonnement constitue une peine appropriée.

#### 4. Un principe plus général de disproportion

Nous le répétons, l'argument relatif à la proportionnalité présenté par les appelants ne vise pas seulement la disproportion de la peine. Les appelants signalent avec raison que la personne aux prises avec le système de justice pénale s'expose à un certain nombre de conséquences, dont la possibilité d'avoir un casier judiciaire n'est pas la moindre. Nous reconnaissons que le principe de la proportionnalité, principe de justice fondamentale reconnu par notre Cour dans *Burns* et *Suresh*, ne se résume pas à son expression à l'art. 12. Le contenu de l'art. 7 n'est pas uniquement la somme des art. 8 à 14 de la *Charte*. Voir, par exemple, *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Thomson Newspapers*, précité. En conséquence, nous admettons que le principe de la disproportion exagérée prévu par l'art. 7 est plus large que les exigences découlant de l'art. 12 et ne se limite pas seulement à l'examen de la peine applicable en cas de déclaration de culpabilité. Néanmoins, la norme applicable pour l'analyse fondée sur l'art. 7, tout comme pour celle fondée sur l'art. 12, demeure la disproportion *exagérée*. En d'autres termes, si les appelants établissaient que le recours au droit criminel a sur les accusés des effets exagérément disproportionnés compte tenu de l'objectif de protection contre le préjudice causé par la consommation de marihuana, l'interdiction serait contraire à la justice fondamentale ainsi qu'à l'art. 7 de la *Charte*.

À cet égard, les appelants invoquent trois facteurs. Premièrement, ils soulignent les autres conséquences fâcheuses auxquelles l'accusé est exposé

168

169

170

Secondly, they suggest that the relative ineffectiveness of the ban shows that the prohibition only marginally advances the interest of the state, and that this should facilitate a judicial finding of gross disproportionality. Thirdly, and more generally, the appellants state that the salutary effects of the law are vastly outweighed by the deleterious effects.

171 We address these three aspects of the appellants' disproportionality argument in turn.

(a) *The Consequences to the Individual Other Than Imprisonment*

172 In addition to the possibility of imprisonment, the appellants refer to harms flowing from having a criminal record. At para. 26 of their Joint Statement of Legislative Facts, they state:

The impact of criminal convictions on the futures of young Canadians has historically been identified as one of the most serious social harms generated by the criminal prohibition of cannabis. Upon being charged, tremendous costs are incurred during the pre-trial period, costs which tend to have a much more dramatic impact on young people. Most of the young people charged with cannabis offences are on the low end of the socio-economic scale and, thus, for them the financial burden is particularly onerous. Once a person is found guilty of a cannabis charge, s/he must confront the additional adverse effects associated with having a criminal record for such an offence.

There is no doubt that having a criminal record has serious consequences. The legislative policy embodied in the NCA is that a conviction for the possession of marihuana *should* have serious consequences. Therein lies the deterrent effect of the prohibition. The wisdom of this policy is, as mentioned, under review by Parliament. It appears that this review has been prompted, in part, by a recognition of the significant effects of being involved in the criminal justice system. For instance, background information from Health Canada states:

en plus de l'emprisonnement. Deuxièmement, ils affirment que l'inefficacité relative de l'interdiction montre que celle-ci sert peu l'intérêt de l'État et que cette situation devrait inciter à conclure qu'il y a disproportion exagérée. Troisièmement, sur un plan plus général, les appelants plaident que les effets préjudiciables des dispositions contestées dépassent largement leurs effets bénéfiques.

Nous allons examiner successivement ces trois volets de l'argument des appelants fondé sur la disproportion.

a) *Les conséquences autres que l'emprisonnement*

En plus de la possibilité d'emprisonnement, les appelants font état des conséquences préjudiciables découlant de l'existence d'un casier judiciaire. Voici ce qu'ils disent au par. 26 de leur exposé conjoint des faits législatifs :

[TRADUCTION] Les répercussions d'une déclaration de culpabilité sur les perspectives d'avenir des jeunes Canadiens sont depuis toujours considérées comme l'un des préjudices sociaux les plus graves causés par la criminalisation du cannabis. Dès le dépôt des accusations, des frais considérables sont faits durant la période qui précède le procès, situation qui tend à être beaucoup plus grave pour les jeunes. En effet, la plupart des jeunes qui sont accusés d'infractions liées au cannabis se situent au bas de l'échelle socio-économique et, de ce fait, la charge financière est particulièrement lourde pour eux. Une fois déclarée coupable d'une infraction liée au cannabis, la personne subit les effets préjudiciables additionnels découlant du fait d'avoir un casier judiciaire pour une telle infraction.

Il est certain que l'existence d'un casier criminel a de graves conséquences. D'ailleurs, selon la politique législative qu'exprime la Loi, une déclaration de culpabilité pour possession de marihuana *est censée* avoir de graves conséquences. C'est en cela que réside l'effet dissuasif de l'interdiction. Comme nous l'avons signalé, le Parlement est à réexaminer l'à-propos de cette politique, examen qui résulterait en partie de la reconnaissance des répercussions importantes d'une accusation au pénal. À titre d'exemple, un document d'information de Santé Canada donne les précisions suivantes :

[B]eing prosecuted and convicted in a criminal court bears a stigma that can have far-reaching consequences in an individual's life in such areas as job choices, travel and education. Participating in the criminal court process can also involve personal upheaval.

(Health Canada, "Information: Cannabis Reform Bill", May 2003)

However, the question before us is not whether Parliament *should* change its policy but whether it is *required* by the Constitution to do so. As Dickson C.J. commented in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1142: "The issue is not whether the legislative scheme is frustrating or unwise but whether the scheme offends the basic tenets of our legal system."

On this branch of the case the Court can only ask whether the effects on the accused are so grossly disproportionate that they render the prohibition contrary to s. 7 of the *Charter*. Once it is determined that Parliament acted pursuant to a valid state interest in attempting to suppress the use for recreational purposes of a particular psychoactive drug, and given the findings of harm flowing from marihuana use, already discussed, we do not think that the consequences in this case trigger a finding of gross disproportionality. Firstly, the consequences are largely the product of deliberate disobedience to the law of the land. In his factum, Malmo-Levine speaks of "mass civil disobedience". He writes (at para. 10):

The glaring hypocrisy of the war on "some" drugs, and the obvious effectiveness of cannabis will ensure users are never going to back down, and that we intend to outgrow the "low-functioning" stigma foisted upon us and assume our rightful place as the "mellow and imaginative" section of society.

Le fait d'être poursuivie et condamnée par un tribunal pénal stigmatise la personne et peut avoir des conséquences profondes sur sa vie dans des domaines tels que les choix d'emploi, les voyages et l'éducation. Participer à des procédures pénales peut aussi provoquer des bouleversements personnels.

(Santé Canada, « Information : Projet de loi sur la réforme concernant le cannabis », mai 2003)

Cependant, la question que nous sommes appelés à trancher n'est pas de savoir si le Parlement *devrait* modifier sa politique, mais bien s'il est *tenu* par la Constitution de le faire. Comme l'a fait observer le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1142 : « La question n'est pas de savoir si le régime législatif est insatisfaisant ou peu judicieux mais si le régime porte atteinte aux préceptes fondamentaux de notre système juridique. »

En ce qui concerne ce volet de l'analyse, la Cour peut seulement se demander si les effets sur l'accusé sont si exagérément disproportionnés qu'ils rendent l'interdiction contraire à l'art. 7 de la *Charte*. Comme il a été jugé que le Parlement s'est fondé sur un intérêt légitime de l'État pour tenter de mettre fin à la consommation récréative d'une drogue psychoactive donnée et compte tenu des constatations exposées précédemment sur le préjudice causé par la consommation de marihuana, nous ne croyons pas que, en l'espèce, les conséquences commandent de conclure qu'il y a disproportion exagérée. Premièrement, ces conséquences sont en grande partie le fruit d'une désobéissance délibérée à la loi du pays. Dans son mémoire, au par. 10, M. Malmo-Levine parle de [TRADUCTION] « désobéissance civile massive » :

[TRADUCTION] L'hypocrisie scandaleuse de la guerre contre « certaines » drogues de même que les effets bénéfiques évidents du cannabis inciteront toujours les consommateurs à poursuivre leur lutte, et nous entendons nous débarrasser du stigmatisme de gens « fonctionnant au ralenti » qu'on nous inflige et prendre notre place légitime en tant que segment de la société formé des citoyens « posés et imaginatifs ».

173

174

This may be so, but evaluation of adverse effects has to take the nature of this political confrontation into account. Secondly, if the court imposes a sentence on conviction that is no more than a fit sentence, which it is required to do, the other adverse consequences are really associated with the criminal justice system in general rather than this offence in particular. In any system of criminal law there will be prosecutions that turn out to be unfounded, publicity that is unfairly adverse, costs associated with a successful defence, lingering and perhaps unfair consequences attached to a conviction for a relatively minor offence by other jurisdictions, and so on. These effects are serious but they are part of the social and individual costs of having a criminal justice system. Whenever Parliament exercises its criminal law power, such costs will arise. To suggest that such “inherent” costs are fatal to the exercise of the power is to overshoot the function of s. 7.

Il est possible que ce soit le cas, mais l'évaluation des effets préjudiciables doit tenir compte de la nature de cet affrontement politique. Deuxièmement, si le tribunal inflige à la personne déclarée coupable une peine qui n'est rien d'autre qu'appropriée, ce qu'il est tenu de faire, les autres conséquences préjudiciables sont en fait liées au système de justice pénale en général plutôt qu'à cette infraction en particulier. Dans tout système de droit pénal, il arrive qu'une poursuite se révèle non fondée, que la publicité qui l'entoure soit injustement préjudiciable, qu'une défense fructueuse occasionne des frais, qu'une déclaration de culpabilité pour une infraction relativement mineure ait des conséquences persistantes et peut-être injustes dans d'autres ressorts, et ainsi de suite. Il s'agit de conséquences graves, mais elles font partie des coûts sociaux et personnels qu'entraîne le fait de posséder un système de justice pénale. Chaque fois que le Parlement exerce sa compétence en matière de droit criminel, de tels coûts en résultent. Prétendre que ces coûts « intrinsèques » invalident l'exercice de cette compétence a pour effet d'exagérer le rôle de l'art. 7.

175 We agree that the effects on an accused person of the criminalization of marijuana possession are serious. They are the legitimate subject of public controversy. They will undoubtedly be addressed in parliamentary debate. Applying a standard of gross disproportionality however, it is our view that the effects on accused persons of the present law, including the potential of imprisonment, fall within the broad latitude within which the Constitution permits legislative action.

(b) *Ineffectiveness of the Prohibition of Marijuana*

176 The appellants next argue that the adverse effects on accused persons of the prohibition on possession are grossly disproportionate to any legitimate state interest because the prohibition is simply ineffective. It contributes virtually nothing to advancing the state interest in preventing the use of marijuana. Reliance is placed in this regard on the view of the trial judge in *Caine* who

Nous reconnaissons que la criminalisation de la possession de marijuana a des effets graves sur les personnes accusées de cette infraction. Ces effets sont légitimement à l'origine d'une controverse au sein de la population et ils feront sans aucun doute l'objet d'un débat parlementaire. À notre avis, toutefois, si l'on applique la norme de la disproportion exagérée, les effets sur les accusés des dispositions actuelles, y compris la possibilité d'emprisonnement, n'excèdent pas la vaste latitude que la Constitution accorde au Parlement.

b) *L'inefficacité de l'interdiction de la marijuana*

Les appelants plaident par ailleurs que les effets préjudiciables sur les accusés de l'interdiction visant la possession sont exagérément disproportionnés à tout intérêt légitime de l'État, puisque l'interdiction est tout simplement inefficace. Elle ne contribue pratiquement pas à la réalisation de l'objectif de l'État, qui est d'empêcher la consommation de marijuana.

stated: “Thus, in Canada, it would appear that the variations in consumption rates noted above (in particular, the decline in consumption since 1969) have occurred with no apparent statistical relationship to any increase or decrease in the severity of the law or its application” (para. 57). Also, at para. 62: “It is a fair and common sense conclusion that marihuana consumption would increase upon legalization, thereby leading to an increase in the absolute number of chronic users and vulnerable persons adversely affected by the drug. However, it is impossible to conclude, from the evidence before me, whether this increase would be substantial, moderate, or negligible.”

This Court has exercised caution in accepting arguments about the alleged ineffectiveness of legal measures: see *Reference re Firearms Act (Can.)*, *supra*, where the Court held that “[t]he efficacy of a law, or lack thereof, is not relevant to Parliament’s ability to enact it under the division of powers analysis” (para. 57). While somewhat different considerations come into play under a *Charter* analysis, it remains important that some deference be accorded to Parliament in assessing the utility of its chosen responses to perceived social ills.

Questions about which types of measures and associated sanctions are best able to deter conduct that Parliament considers undesirable is a matter of legitimate ongoing debate. The so-called “ineffectiveness” is simply another way of characterizing the refusal of people in the appellants’ position to comply with the law. It is difficult to see how that refusal can be elevated to a constitutional argument against validity based on the invocation of fundamental principles of justice. Indeed, it would be inconsistent with the rule of law to allow compliance with a criminal prohibition to be determined by each individual’s personal discretion and taste.

Ils invoquent à cet égard l’opinion de la juge du procès dans l’affaire *Caine* : [TRADUCTION] « En conséquence, il semble que, au Canada, les variations des taux de consommation susmentionnées (en particulier la baisse observée depuis 1969) n’aient pas de relations statistiques avec quelque renforcement ou atténuation de la sévérité de la loi ou de son application » (par. 57). La juge ajoute ceci, au par. 62 : [TRADUCTION] « Il est logique et raisonnable de conclure que la légalisation ferait augmenter la consommation de marihuana et, en conséquence, le nombre absolu de consommateurs chroniques et de personnes vulnérables subissant les effets dommageables de la drogue. Cependant, la preuve dont je dispose ne permet pas de conclure que cette augmentation serait substantielle, modérée ou négligeable. »

Notre Cour fait montre de prudence dans l’acceptation d’arguments fondés sur la prétendue inefficacité d’une mesure législative : voir le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, précité, où elle a jugé que « [l]’efficacité ou le manque d’efficacité d’une loi n’est pas pertinent pour déterminer si le Parlement a le pouvoir de l’adopter en vertu de l’analyse relative au partage des pouvoirs » (par. 57). Bien que des considérations quelque peu différentes jouent dans le cadre d’une analyse fondée sur la *Charte*, il demeure important de faire preuve d’une certaine déférence à l’endroit du Parlement dans l’appréciation de l’utilité des mesures qu’il choisit pour remédier à ce qu’il considère comme des maux sociaux.

Il est légitime qu’on continue de s’interroger sur les mesures et sanctions les plus susceptibles de décourager un comportement que le Parlement juge indésirable. La prétendue « inefficacité » est simplement une autre façon de désigner le refus des gens dans la situation des appelants de respecter la loi. Il est difficile de voir comment, en invoquant les principes de justice fondamentale, on pourrait faire de ce refus un argument d’inconstitutionnalité. De fait, il serait contraire à la primauté du droit de permettre que le respect d’une interdiction de nature pénale soit laissé à la discrétion de chacun, en fonction de ses goûts personnels.

177

178

(c) *The Balance of Salutory and Deleterious Effects*c) *La pondération des effets bénéfiques et des effets préjudiciables*

179 Finally, the appellants say that the prohibition is disproportionate to the state's interest because its negative consequences are grossly disproportionate to its positive features, if any.

Enfin, les appelants affirment que l'interdiction est disproportionnée à l'intérêt de l'État, du fait que ses conséquences préjudiciables sont exagérément disproportionnées à ses effets bénéfiques, s'il en est.

180 In this connection, Braidwood J.A. reproduced a summary of the evidence of harm to society resulting from the prohibition itself including disrespect for the law among those who disagree with it; distrust of health and educational authorities who have "promoted false and exaggerated allegations about marihuana"; lack of communication between youth and their elders about the use of marihuana; risks from involvement with criminals and hard-drug users; lack of governmental control over drug quality; "the creation of a lawless sub-culture"; financial costs associated with enforcing the law; and "the inability to engage in meaningful research into the properties, effects and dangers of the drug, because possession of the drug is unlawful" (para. 28).

À cet égard, le juge Braidwood de la Cour d'appel a reproduit un résumé de la preuve du préjudice causé à la société par l'interdiction. Ce résumé fait notamment état des éléments suivants : inobservation de la loi par ceux qui la désapprouvent; méfiance envers les autorités scolaires et sanitaires, qui ont [TRADUCTION] « défendu des affirmations erronées et exagérées au sujet de la marihuana »; manque de communication entre les jeunes et leurs aînés au sujet de la consommation de la marihuana; risques découlant de la fréquentation de criminels et d'adeptes des drogues dures; absence de contrôle par le gouvernement de la qualité de la drogue; [TRADUCTION] « création d'une sous-culture anarchique »; coût d'application de la loi; [TRADUCTION] « incapacité d'effectuer des recherches sérieuses sur les propriétés, les effets et les risques de la drogue, du fait qu'il est illégal d'en avoir en sa possession » (par. 28).

181 In effect, the exercise undertaken by Braidwood J.A. was to balance the law's salutary and deleterious effects. In our view, with respect, that is a function that is more properly reserved for s. 1. These are the types of social and economic harms that generally have no place in s. 7.

Dans les faits, le juge Braidwood a procédé à la pondération des effets bénéfiques et des effets préjudiciables de la Loi. En toute déférence, nous estimons qu'une telle démarche relève davantage de l'application de l'article premier. Il s'agit là de préjudices sociaux et économiques qui n'ont généralement pas leur place dans l'analyse fondée sur l'art. 7.

182 The appellants were correct to criticize the government's attempted wholesale importation of "societal interests" from s. 1 to s. 7 to try to support the constitutional validity of the prohibition. In our view, the appellants should equally be stopped from importing the "salutory/deleterious" effects balance from s. 1 in order to try to justify the opposite conclusion.

Les appelants ont avec raison dénoncé la tentative de l'État d'importer en bloc dans l'analyse fondée sur l'art. 7 les « intérêts sociétaux » visés à l'article premier, dans le but d'étayer la constitutionnalité de l'interdiction. Selon nous, il faut également empêcher les appelants d'essayer de justifier la thèse opposée en important dans l'analyse fondée sur l'art. 7 la pondération des effets « bénéfiques et préjudiciables » faite dans l'analyse fondée sur l'article premier.

As, in our view, the appellants have not established an infringement of s. 7, there is no need to call on the government for a s. 1 justification.

#### F. *Section 15 of the Charter*

The appellant Malmo-Levine makes the additional argument that the criminalization of marihuana constitutes a breach of s. 15 of the *Charter*. He posits that marihuana users have a “substance orientation” which is a personal characteristic analogous to other s. 15 grounds such as sexual orientation: *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493. He further submits that s. 15 is meant to protect individuals who have experienced persecution for activities that are not inherently harmful to society, and in the appellant Malmo-Levine’s view, cannabis use is simply “harmless hedonis[m]”.

A taste for marihuana is not a “personal characteristic” in the sense required to trigger s. 15 protection: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. As Malmo-Levine argues elsewhere, it is a lifestyle choice. It bears no analogy with the personal characteristics listed in s. 15, namely race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age, or mental or physical disability. It would trivialize this list to say that “pot” smoking is analogous to gender or religion as a “deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable personal costs”: *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 5; *Vriend, supra*, at para. 90. Malmo-Levine’s equality claim therefore fails at the first hurdle of the requirements set out in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497. The true focus of s. 15 is “to remedy or prevent discrimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society”: *Swain, supra*, at p. 992, *per* Lamer C.J.; and *Rodriguez, supra*, at p. 616. To uphold Malmo-Levine’s argument for recreational choice (or lifestyle protection) on the basis of s. 15

Comme, à notre avis, les appelants n’ont pas établi l’existence d’une atteinte aux droits garantis par l’art. 7, il n’est pas nécessaire de demander à l’État de procéder à la justification requise par l’article premier.

#### F. *L’article 15 de la Charte*

L’appelant Malmo-Levine fait valoir en outre que la criminalisation de la marihuana porte atteinte à l’art. 15 de la *Charte*. Il soutient que les consommateurs de marihuana ont une [TRADUCTION] « orientation liée à une substance » qui constituerait une caractéristique personnelle analogue aux autres motifs énumérés à l’art. 15, par exemple l’orientation sexuelle : *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493. Il prétend également que l’art. 15 vise à protéger les personnes qui ont été victimes de persécution pour des activités qui ne sont pas en soi dommageables à la société et, à son avis, la consommation de cannabis est simplement une [TRADUCTION] « pratique hédoniste inoffensive ».

Le goût pour la marihuana ne constitue pas une « caractéristique personnelle » emportant l’application de la garantie prévue à l’art. 15 : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. Comme le dit par ailleurs M. Malmo-Levine lui-même, il s’agit d’un choix de mode de vie. Il n’y a pas d’analogie avec les caractéristiques personnelles énumérées à l’art. 15, soit la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques. Ce serait banaliser cette énumération que de considérer que la consommation de « pot » est analogue au sexe ou à la religion en ce qu’elle constituerait une « caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n’être modifiée qu’à un prix personnel inacceptable » : *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 5; *Vriend*, précité, par. 90. L’argument de M. Malmo-Levine fondé sur le droit à l’égalité ne satisfait pas à la première des exigences énoncées dans *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497. L’objet véritable de l’art. 15 est de « corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages

183

184

185

of the *Charter* would simply be to create a parody of a noble purpose.

## VI. Conclusion

186 For these reasons, it is our view that the *Charter* challenges must fail and that the appeals should be dismissed.

187 The constitutional questions in the *Malmo-Levine* appeal should therefore be answered as follows:

1. Does prohibiting possession of Cannabis (marihuana) for the purpose of trafficking under s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to Question 1 is in the affirmative, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

3. Does prohibiting possession of Cannabis (marihuana) for the purpose of trafficking under s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), infringe s. 15(1) of the *Charter* by discriminating against a certain group of persons on the basis of their substance orientation, occupation orientation, or both?

Answer: No.

historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne » : *Swain*, précité, p. 992, le juge en chef Lamer; *Rodriguez*, précité, p. 616. Accueillir l'argument de M. Malmo-Levine et étendre la protection de l'art. 15 de la *Charte* à une activité récréative (ou à un mode de vie) équivaldrait tout bonnement à dénaturer ce noble objectif.

## VI. Conclusion

Pour ces motifs, nous sommes d'avis que les contestations fondées sur la *Charte* ne sauraient être accueillies et que les pourvois doivent être rejetés.

Les questions constitutionnelles énoncées dans le pourvoi *Malmo-Levine* doivent en conséquence recevoir les réponses suivantes :

1. Est-ce que l'interdiction d'avoir en sa possession du Cannabis (marihuana) en vue d'en faire le trafic que prévoit le par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l'art. 3 de l'annexe de cette loi (maintenant l'art. 1 de l'annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19), porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?

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

3. Est-ce que l'interdiction d'avoir en sa possession du Cannabis (marihuana) en vue d'en faire le trafic que prévoit le par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l'art. 3 de l'annexe de cette loi (maintenant l'art. 1 de l'annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19), porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte* en traitant un certain groupe de personnes de façon discriminatoire sur le fondement de leur orientation sous l'angle de la substance concernée, de leur orientation sous l'angle de leur occupation ou de leur orientation sous ces deux aspects?

Réponse : Non.

4. If the answer to Question 3 is in the affirmative, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

The constitutional questions in the *Caine* appeal should be answered as follows:

1. Does prohibiting possession of Cannabis (marihuana) for personal use under s. 3(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to Question 1 is in the affirmative, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

3. Is the prohibition on the possession of Cannabis (marihuana) for personal use under s. 3(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), within the legislative competence of the Parliament of Canada as being a law enacted for the peace, order and good government of Canada pursuant to s. 91 of the *Constitution Act, 1867*; as being enacted pursuant to the criminal law power in s. 91(27) thereof; or otherwise?

Answer: Yes.

The following are the reasons delivered by

ARBOUR J. (dissenting in *Caine*) — The appeal of the appellant *Caine* calls into question the constitutionality of the provisions prohibiting possession of cannabis (marihuana) for personal use. The provisions are attacked on the ground that they

4. Si la réponse à la question 3 est affirmative, l'atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?

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

Les questions constitutionnelles énoncées dans le pourvoi *Caine* doivent recevoir les réponses suivantes :

1. Est-ce que l'interdiction d'avoir en sa possession du Cannabis (marihuana) aux fins de consommation personnelle — interdiction prévue au par. 3(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l'art. 3 de l'annexe de cette loi (maintenant l'art. 1 de l'annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19) — porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?

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

3. Est-ce que l'interdiction d'avoir en sa possession du Cannabis (marihuana) aux fins de consommation personnelle — interdiction prévue au par. 3(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l'art. 3 de l'annexe de cette loi (maintenant l'art. 1 de l'annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19) — relève de la compétence législative du Parlement du Canada en tant que règle de droit édictée soit en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, soit en vertu du pouvoir de légiférer sur le droit criminel prévu au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, soit en vertu d'un autre pouvoir?

Réponse : Oui.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE ARBOUR (dissidente dans *Caine*) — Dans son pourvoi, l'appelant *Caine* attaque la constitutionnalité des dispositions interdisant la possession de cannabis (marihuana) aux fins de consommation personnelle. Il plaide qu'elles ne

are not within the legislative competence of the Parliament of Canada and that they infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In addition to challenging the prohibition on simple possession, the appellant Malmo-Levine also challenges the prohibition of possession of marihuana for the purpose of trafficking on the ground that it infringes ss. 7 and 15 of the *Charter*. The case of the appellant Clay (*R. v. Clay*, [2003] 3 S.C.R. 735, 2003 SCC 75), on appeal from the decision of the Court of Appeal for Ontario ((2000), 49 O.R. (3d) 577), was heard together with the cases of the appellants Caine and Malmo-Levine, on appeal from the decision of the Court of Appeal of British Columbia ((2000), 138 B.C.A.C. 218, 2000 BCCA 335). The *Clay* appeal raises issues identical to the *Caine* appeal and is based on similar findings of fact. Therefore, I will address all three appeals in these reasons and refer to the findings of the courts below in Ontario and in British Columbia.

relèvent pas de la compétence législative du Parlement du Canada et qu'elles contreviennent à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour sa part, en plus de la prohibition visant la possession simple, l'appelant Malmo-Levine conteste en outre l'interdiction ayant trait à la possession de marihuana en vue d'en faire le trafic, soutenant qu'elle viole les art. 7 et 15 de la *Charte*. Le pourvoi de l'appelant Clay (*R. c. Clay*, [2003] 3 R.C.S. 735, 2003 CSC 75), qui interjette appel de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario ((2000), 49 O.R. (3d) 577), a été entendu en même temps que celui des appelants Caine et Malmo-Levine, qui font appel de la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique les concernant ((2000), 138 B.C.A.C. 218, 2000 BCCA 335). Le pourvoi *Clay* soulève des questions identiques à celles du pourvoi *Caine* et repose sur des conclusions de fait similaires. Par conséquent, je vais examiner ces trois pourvois dans les présents motifs et me reporter aux conclusions tirées par les juridictions inférieures en Ontario et en Colombie-Britannique.

190

We are asked to address, directly for the first time, whether the *Charter* requires that harm to others or to society be an essential element of an offence punishable by imprisonment. In a landmark 1985 case, Lamer J. (as he then was) said: "A law that has the potential to convict a person who has not really done anything wrong offends the principles of fundamental justice and, if imprisonment is available as a penalty, such a law then violates a person's right to liberty under s. 7 of the *Charter*" (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 492 ("*Motor Vehicle Reference*"). In my view, a "person who has not really done anything wrong" is a person whose conduct caused little or no reasoned risk of harm or whose harmful conduct was not his or her fault. Therefore, for the reasons that follow, I am of the view that s. 7 of the *Charter* requires not only that some minimal mental element be an essential element of any offence punishable by imprisonment, but also that the prohibited act be harmful or pose a risk of harm to others. A law that has the potential to convict a person whose conduct causes little or no reasoned risk of harm to others offends the principles of fundamental justice and, if imprisonment is available as a penalty, such a law then

Pour la première fois, la Cour est directement appelée à se demander si la *Charte* a pour effet d'exiger, comme élément constitutif essentiel d'une infraction punissable par l'emprisonnement, la preuve d'un préjudice pour d'autres personnes ou pour la société. Dans un arrêt historique datant de 1985, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a dit : « Une loi qui permet de déclarer coupable une personne qui n'a véritablement rien fait de mal viole les principes de justice fondamentale et, si elle prévoit une peine d'emprisonnement, une telle loi viole le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* » (*Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 492 (« *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act* »)). À mon avis, une « personne qui n'a véritablement rien fait de mal » est une personne dont le comportement n'a créé que peu ou pas de risques véritables de préjudice, ou qui n'est pas responsable de son comportement préjudiciable. Par conséquent, pour les motifs qui suivent, j'estime que l'art. 7 de la *Charte* requiert non seulement que toute infraction punissable par l'emprisonnement comporte un élément moral minimal, mais aussi que l'acte prohibé soit préjudiciable ou présente un risque de préjudice pour d'autres personnes. Une

violates a person's right to liberty under s. 7 of the *Charter*. Imprisonment can only be used to punish blameworthy conduct that is harmful to others.

### I. The Facts and the Proceedings

My colleagues Justices Gonthier and Binnie have referred to the salient facts. The adjudicative facts of each case are not in dispute and my colleagues have aptly summarized them. I propose to simply highlight what I consider essential to the disposition of these appeals, most of which is contained in the findings of fact of the trial judges with respect to the harms associated with marihuana use. My colleagues have also referred to recent studies and recent parliamentary reports on the effects of the use of marihuana. The conclusions and recommendations in these new documents are similar to those presented to the trial judges and in my view they add nothing to the full factual record upon which both the trial judges and the courts of appeal in these cases founded their conclusions. In light of this, I do not think that we need to come to our own assessment of the facts. Rather, we should defer to the trial courts absent a patent and overriding error on their part. I am content to rely entirely on the findings of fact below as I see nothing in the new materials introduced before us that suggests that these findings were in error.

The findings of fact made by the trial judges in *Caine* and *Clay* are similar in all respects (they are set out in full in para. 40 of the reasons for judgment of Howard Prov. Ct. J. in the *Caine* appeal, and in para. 25 of the reasons for judgment of McCart J. in the *Clay* appeal). In *Clay*, McCart J. made the following findings of fact, which were accepted by

loi qui permet de déclarer coupable une personne dont le comportement ne crée que peu ou pas de risques véritables de préjudice pour d'autres personnes viole les principes de justice fondamentale et, si elle prévoit une peine d'emprisonnement, elle viole le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte*. On ne peut recourir à l'emprisonnement que pour punir un comportement blâmable qui est préjudiciable à d'autres personnes.

### I. Les faits et la procédure

Mes collègues les juges Gonthier et Binnie ont exposé les faits pertinents. Les faits en litige dans chaque affaire ne sont pas contestés et mes collègues les ont habilement résumés. Je me propose simplement de dégager les éléments que je considère essentiels pour trancher les présents pourvois et qui, pour la plupart, figurent dans les conclusions de fait tirées par les juges de première instance relativement aux méfaits de la consommation de marihuana. Mes collègues ont également fait état de rapports parlementaires et d'études publiés récemment sur les effets de la consommation de marihuana. Les conclusions et recommandations formulées dans ces documents récents sont similaires à celles qui ont été présentées aux juges de première instance et, selon moi, n'ajoutent rien aux dossiers factuels complets sur lesquels ces juges et les cours d'appel ont appuyé leurs conclusions dans ces affaires. Voilà pourquoi il n'est pas nécessaire à mon avis que nous procédions à notre propre évaluation des faits. En l'absence d'erreur flagrante et dominante des tribunaux de première instance, nous devons plutôt nous en remettre à leur appréciation des faits. Je vais donc m'appuyer entièrement sur les conclusions de fait des juridictions inférieures, puisque je ne vois rien dans les nouveaux documents déposés devant nous qui tende à indiquer que ces conclusions étaient erronées.

Les conclusions de fait tirées par les juges de première instance dans les affaires *Caine* et *Clay* sont à tous égards similaires (elles sont exposées en détail au par. 40 des motifs de la juge Howard de la Cour provinciale dans *Caine*, ainsi qu'au par. 25 de l'arrêt de la Cour d'appel dans *Clay*, le juge McCart). Dans *Clay*, le juge McCart a tiré les conclusions

Rosenberg J.A. at the Court of Appeal for Ontario (at para. 10):

1. Consumption of marijuana is relatively harmless compared to the so-called hard drugs and including tobacco and alcohol;
2. There exists no hard evidence demonstrating any irreversible organic or mental damage from the consumption of marijuana;
3. That cannabis does cause alteration of mental functions and as such, it would not be prudent to drive a car while intoxicated;
4. There is no hard evidence that cannabis consumption induces psychoses;
5. Cannabis is not an addictive substance;
6. Marijuana is not criminogenic in that there is no evidence of a causal relationship between cannabis use and criminality;
7. That the consumption of marijuana probably does not lead to “hard drug” use for the vast majority of marijuana consumers, although there appears to be a statistical relationship between the use of marijuana and a variety of other psychoactive drugs;
8. Marijuana does not make people more aggressive or violent;
9. There have been no recorded deaths from the consumption of marijuana;
10. There is no evidence that marijuana causes amotivational syndrome;
11. Less than 1% of marijuana consumers are daily users;
12. Consumption in so-called “de-criminalized states” does not increase out of proportion to states where there is no de-criminalization;
13. Health related costs of cannabis use are negligible when compared to the costs attributable to tobacco and alcohol consumption.

de fait suivantes qui ont été acceptées par le juge Rosenberg de la Cour d’appel de l’Ontario (au par. 10) :

[TRADUCTION]

1. La consommation de marihuana est relativement peu dommageable si on la compare à la consommation de drogues dites dures, ainsi qu’au tabac et à l’alcool.
2. Il n’existe aucune preuve tangible que la consommation de marihuana cause des dommages physiques ou mentaux irréversibles.
3. Le cannabis agit sur les fonctions mentales et, pour cette raison, il ne serait pas prudent de prendre le volant après en avoir consommé.
4. Il n’y a aucune preuve tangible que la consommation de cannabis déclenche des psychoses.
5. Le cannabis n’est pas une substance créant une dépendance.
6. La marihuana n’est pas criminogène, en ce sens qu’il n’y a aucune preuve établissant un lien de causalité entre la consommation de cannabis et la criminalité.
7. Pour la vaste majorité des usagers, le fait de consommer de la marihuana ne les amène probablement pas à essayer des « drogues dures », bien qu’il semble exister des liens statistiques entre la consommation de marihuana et celle de diverses autres drogues psychotropes.
8. La marihuana ne rend pas les gens plus agressifs ou plus violents.
9. Aucun décès n’a été attribué à la consommation de marihuana.
10. Il n’y a aucune preuve que la marihuana cause le syndrome amotivationnel.
11. Moins de 1 % des consommateurs de marihuana en consomment quotidiennement.
12. La consommation dans les pays dits « pays de décriminalisation » n’augmente pas de façon démesurée par rapport à la consommation dans ceux où il n’y a pas de décriminalisation.
13. Les coûts des soins de santé liés à la consommation de cannabis sont négligeables quand on les compare à ceux imputables à la consommation du tabac et de l’alcool.

After having thus established what harms are not associated with marihuana use, McCart J. found, at paras. 26-27:

Having said all of this, there was also general consensus among the experts who testified that the consumption of marijuana is not completely harmless. While marijuana may not cause schizophrenia, it may trigger it. Bronchial pulmonary damage is at risk of occurring with heavy use. However, to be fair, there is also general agreement among the experts who testified that moderate use of marijuana causes no physical or psychological harm. Field studies in Greece, Costa Rica and Jamaica generally supported the idea that marijuana was a relatively safe drug — not totally free from potential harm, but unlikely to create serious harm for most individual users or society.

The Le Dain Commission found at least four major grounds for social concern: the probably harmful effect of cannabis on the maturing process in adolescence; the implications for safe driving arising from impairment of cognitive functions and psycho motor abilities, from the additive interaction of cannabis and alcohol and from the difficulties of recognizing or detecting cannabis intoxication; the possibility, suggested by reports in other countries and clinical observations on this continent, that the long term, heavy use of cannabis may result in a significant amount of mental deterioration and disorder; and the role played by cannabis in the development and spread of multi-drug use by stimulating a desire for drug experience and lowering inhibitions about drug experimentation. This report went on to state that it did not yet know enough about cannabis to speak with assurance as to what constitutes moderate as opposed to excessive use.

In *Caine*, Howard Prov. Ct. J. found as follows with respect to what harms are not associated with marihuana use (at para. 40):

1. the occasional to moderate use of marihuana by a healthy adult is not ordinarily harmful to health, even if used over a long period of time;

Après avoir ainsi établi quels sont les problèmes qui ne sont pas liés à la consommation de marihuana, le juge McCart a dit ceci, aux par. 26-27 :

[TRADUCTION] Cela dit, les experts qui ont témoigné s'accordaient généralement pour dire que la consommation de marihuana n'est pas complètement inoffensive. Bien que la marihuana ne puisse causer la schizophrénie, elle peut la déclencher. La consommation excessive de cette substance peut être à l'origine de troubles broncho-pulmonaires. Il faut toutefois admettre que les experts qui ont témoigné ont aussi généralement reconnu qu'une consommation modérée de marihuana n'entraîne aucun trouble physique ou psychique. Des études sur le terrain en Grèce, au Costa Rica et en Jamaïque permettent de façon générale de penser que la marihuana est une drogue relativement inoffensive — qui sans être totalement sans danger, est néanmoins peu susceptible d'avoir des effets néfastes graves pour la plupart des personnes qui en consomment ou pour la société.

La Commission Le Dain a relevé quatre aspects principaux constituant des sources de préoccupation pour la société : l'effet probablement dommageable du cannabis sur le développement des adolescents; les dangers de la route résultant de l'altération des fonctions cognitives et facultés psychomotrices sous la double influence du cannabis et de l'alcool, aggravés par les difficultés de dépistage de l'ivresse cannabique; selon des rapports publiés à l'étranger et des observations cliniques effectuées sur le continent nord-américain, une grande consommation de cannabis à long terme pourrait entraîner d'importantes détériorations des facultés mentales et des troubles mentaux sérieux; le rôle du cannabis dans le développement de polytoxicomanies et la propagation de ce phénomène, du fait que sa consommation stimule le désir d'expérimenter d'autres drogues et réduit les inhibitions à cet égard. Le rapport ajoute que nous n'avons pas encore une connaissance suffisante du cannabis pour être en mesure de dire avec certitude en quoi consiste un usage modéré et un usage excessif.

Dans l'affaire *Caine*, la juge Howard a tiré les conclusions suivantes relativement aux effets néfastes qui ne sont pas liés à l'usage de marihuana (au par. 40) :

[TRADUCTION]

1. la consommation occasionnelle ou modérée de marihuana par un adulte bien portant n'a généralement pas d'effets néfastes pour sa santé, même si elle se poursuit pendant une longue période;

2. there is no conclusive evidence demonstrating any irreversible organic or mental damage to the user, except in relation to the lungs and then only to those of a chronic, heavy user such as a person who smokes at least 1 and probably 3-5 marihuana joints per day;
3. there is no evidence demonstrating irreversible, organic or mental damage from the use of marihuana by an ordinary healthy adult who uses occasionally or moderately;
4. marihuana use does cause alteration of mental function and as such should not be used in conjunction with driving, flying or operating complex machinery;
5. there is no evidence that marihuana use induces psychosis in ordinary healthy adults who use [marihuana] occasionally or moderately and, in relation to the heavy user, the evidence of marihuana psychosis appears to arise only in those having a predisposition towards such a mental illness;
6. marihuana is not addictive;
7. there is a concern over potential dependence in heavy users, but marihuana is not a highly reinforcing type of drug, like heroin or cocaine and consequently physical dependence is not a major problem; psychological dependence may be a problem for the chronic user;
8. there is no causal relationship between marihuana use and criminality;
9. there is no evidence that marihuana is a gateway drug and the vast majority of marihuana users do not go on to try hard drugs; recent animal studies involving the release of dopamine and the release of cortico releasing factor when under stress do not support the gateway theory;
10. marihuana does not make people aggressive or violent, but on the contrary it tends to make them passive and quiet;
11. there have been no deaths from the use of marihuana;
2. il n'y a aucune preuve concluante de dommages physiques ou mentaux irréversibles pour les usagers, sauf pour ce qui est des poumons. On signale de tels dommages uniquement chez les usagers chroniques qui consomment de grandes quantités de marihuana, à savoir les personnes fumant au moins 1, et probablement 3 à 5 joints quotidiennement;
3. il n'y a aucune preuve que la consommation occasionnelle ou modérée de marihuana par un adulte en santé lui cause des dommages physiques ou mentaux irréversibles;
4. la consommation de marihuana agit sur les fonctions mentales et, pour cette raison, une personne ne devrait pas en consommer lorsqu'elle conduit un véhicule à moteur, pilote un avion ou fait fonctionner un appareil complexe;
5. il n'y a aucune preuve démontrant que la marihuana déclenche des psychoses chez les adultes en bonne santé qui n'en consomment qu'occasionnellement ou modérément; pour ce qui est des grands consommateurs, la preuve révèle que la psychose induite par la consommation de cannabis ne se manifeste que lorsque l'utilisateur présente une prédisposition à une telle maladie mentale;
6. la marihuana ne crée pas de dépendance;
7. l'effet potentiellement toxicomanogène de la marihuana chez les grands consommateurs est un sujet de préoccupation, mais comme elle n'est pas une drogue à effet très renforçateur comme l'héroïne ou la cocaïne, la dépendance physique n'est pas un problème important; la dépendance psychique peut être un problème dans le cas des consommateurs chroniques;
8. il n'y a pas de lien de causalité entre la consommation de marihuana et la criminalité;
9. il n'y a aucune preuve que la marihuana soit une drogue d'introduction et la grande majorité des consommateurs de marihuana n'essaient pas des drogues dures; des études expérimentales effectuées récemment avec des animaux et portant sur la libération de dopamine et de corticolibérine (*cortico releasing factor*) en situations de stress ne corroborent pas la théorie selon laquelle la marihuana est une drogue d'introduction;
10. la marihuana ne rend pas les gens agressifs ou violents; bien au contraire, elle a tendance à les rendre passifs et calmes;
11. il n'y a eu aucun décès attribuable à la consommation de marihuana;

12. there is no evidence of an amotivational syndrome, although chronic use of marihuana could decrease motivation, especially if such a user smokes so often as to be in a state of chronic intoxication;
13. assuming current rates of consumption remain stable, the health related costs of marihuana use are very, very small in comparison with those costs associated with tobacco and alcohol consumption.

The trial judge mentioned that these findings were consistent with, *inter alia*, the findings of the Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs, chaired by Gerald Le Dain (later Le Dain J. of this Court). After almost four years of public hearings and research, the majority of the commissioners concluded that simple possession of marihuana should not be a criminal offence. The Commission made the following findings with respect to the harms that are not associated with marihuana use:

1. cannabis is not a “narcotic”;
2. few acute physiological effects have been detected from current use in Canada;
3. few users (less than one percent) of cannabis move on to use harder and more dangerous drugs;
4. there is no scientific evidence indicating that cannabis use is responsible for other forms of criminal behaviour;
5. at present levels of use, the risks or harms from consumption of cannabis are much less serious than the risks or harms from alcohol use; and
6. the short term physical effects of cannabis are relatively insignificant and there is no evidence of serious long term physical effects.

(*Cannabis: A Report of the Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs* (1972), at pp. 265-310)

12. il n’y a aucune preuve de l’existence d’un syndrome amotivationnel, bien que la consommation chronique de cannabis puisse réduire la motivation, notamment si l’usager en fume si souvent qu’il se trouve dans un état d’intoxication chronique;
13. si l’on présume que les niveaux actuels de consommation restent stables, les coûts des soins de santé liés à l’usage de la marihuana sont très très faibles si on les compare à ceux liés à la consommation du tabac et de l’alcool.

La juge de première instance a dit que ces conclusions concordaient notamment avec celles de la Commission d’enquête sur l’usage des drogues à des fins non médicales présidée par Gerald Le Dain (plus tard juge à la Cour suprême du Canada). Au terme de presque quatre années d’audiences publiques et de recherches, la majorité des commissaires ont conclu que la simple possession de marihuana ne devrait pas constituer une infraction criminelle. La Commission a tiré les conclusions suivantes au sujet des méfaits qui ne sont pas liés à l’usage de marihuana :

1. le cannabis n’est pas un « stupéfiant »;
2. l’usage actuel du cannabis au Canada révèle peu d’effets physiques aigus;
3. peu de consommateurs de cannabis (moins de un pour cent) deviennent des consommateurs de drogues plus dures et plus dangereuses;
4. il n’a pas été démontré scientifiquement que l’usage du cannabis est la cause d’autres comportements criminels;
5. eu égard aux niveaux actuels de consommation, les risques d’effets néfastes du cannabis sont moindres que ceux découlant de la consommation d’alcool;
6. les effets à court terme du cannabis sur l’organisme sont relativement minimes et il n’a pas été démontré que cette drogue pouvait avoir des effets physiques durables.

(*Le cannabis : Rapport de la Commission d’enquête sur l’usage des drogues à des fins non médicales* (1972), p. 267-311)

196

Howard Prov. Ct. J. added, however, that marihuana is not a “completely harmless drug for all individual users” (para. 42). She first discussed the health risks for the user and summarized her findings as follows (at para. 39):

On the question of whether individual marihuana users face any health risks, the distinction between “low/occasional/moderate users” and “chronic users” is of considerable importance. Quite simply, the risk of harm from the use of marihuana depends upon which group one is talking about. All of the witnesses from whom I have heard, including Dr. Kalant, appear to agree that there is no evidence to sug[g]est that low/occasional/moderate users assume any significant health risks from smoking marihuana, so long as they are healthy adults and do not fall into one of the vulnerable groups, namely immature youths, pregnant women and the mentally ill. On the other hand, for the chronic user, there is a significant health risk although, this is primarily from the process of smoking, rather than from the chemical make-up of the drug.

Howard Prov. Ct. J. again referred, at para. 42, to the findings of the Le Dain Commission, this time with respect to the harm that may be occasioned by marihuana use. These findings were also referred to in *Clay*, at para. 27, and reproduced above, but I repeat them here for convenience:

1. “the probably harmful effect of cannabis on the maturing process in adolescence;”
2. “the implications for safe driving arising from impairment of cognitive functions and psycho motor abilities . . .;”
3. “the possibility, suggested by reports in other countries and clinical observations on this continent, that the long term, heavy use of cannabis may result in a significant amount of mental deterioration and disorder;” and
4. “the role played by cannabis in the development and spread of multi-drug use by stimulating

La juge Howard a toutefois ajouté que la marihuana n’est pas [TRADUCTION] « une drogue complètement inoffensive pour tous les usagers » (par. 42). Elle a d’abord examiné les risques que présente la marihuana pour la santé de l’usager et elle a résumé ses conclusions de la manière suivante (au par. 39) :

[TRADUCTION] Pour ce qui est de savoir si les personnes qui consomment de la marihuana courent des risques pour leur santé, la distinction entre la « consommation faible, occasionnelle ou modérée » et la « consommation chronique » est très importante. En bref, les risques que présente l’usage de la marihuana varient selon le groupe concerné. Tous les témoins que j’ai entendus, y compris le D<sup>r</sup> Kalant, semblent s’entendre pour dire que rien n’indique que les personnes qui n’en font qu’une consommation faible, occasionnelle ou modérée courent des risques importants pour leur santé dans la mesure où il s’agit d’adultes bien portants et n’appartenant pas à l’un des groupes vulnérables, à savoir les jeunes consommateurs, les femmes enceintes et les personnes atteintes de maladies mentales. Par contre, pour ceux qui en font une consommation chronique, les risques pour la santé sont importants, quoiqu’ils découlent principalement du fait que la drogue est fumée, plutôt que de la composition chimique de celle-ci.

Au paragraphe 42 de ses motifs, la juge Howard s’est de nouveau reportée aux conclusions de la Commission Le Dain, en ce qui a trait cette fois aux méfaits qui peuvent découler de l’usage de la marihuana. Ces conclusions, qui sont reproduites ci-dessus, ont également été mentionnées dans *Clay*, par. 27. Je vais néanmoins les répéter une fois de plus, par souci de commodité :

1. « l’effet probablement dommageable du cannabis sur le développement des adolescents; »
2. « les dangers de la route résultant de l’altération des fonctions cognitives et facultés psychomotrices . . . ; »
3. « selon des rapports publiés à l’étranger et des observations cliniques effectuées sur le continent nord-américain, une grande consommation de cannabis à long terme pourrait entraîner d’importantes détériorations des facultés mentales et des troubles mentaux sérieux; »
4. « le rôle du cannabis dans le développement de polytoxicomanies et la propagation de ce

a desire for drug experience and lowering inhibitions about drug experimentation.”

Howard Prov. Ct. J. also referred to the Hall Report (W. Hall, N. Solowij and J. Lemon, *National Drug Strategy: The health and psychological consequences of cannabis use* (1994), and summarized its conclusions with regard to the “[a]cute effects” of marihuana use, that is, the adverse effects that might occur while actually under the influence (at para. 44):

Taken as a whole, the findings suggest that: (1) naive users should be careful and if they choose to smoke should do so with experienced users and in an appropriate setting, (2) no one should be studying, writing an exam, or engaging in other complex mental activities while in a state of intoxication induced by cannabis (or alcohol, for that matter); (3) pregnant women should not smoke cannabis (of course, they should not be smoking tobacco or drinking alcohol either); (4) the mentally ill or those with a family history of mental illness should not use cannabis; and (5) as with alcohol, no one should drive, fly or operate complex machinery while under the influence of marihuana.

As to the “chronic effects”, that is, the adverse effects that might occur from the chronic use of cannabis (daily use over many years), the Hall Report notes that there is still considerable “uncertainty” and Howard Prov. Ct. J. summarized its findings as follows, at paras. 45-46:

The “major probable adverse effects” from chronic use appear to be:

- respiratory diseases associated with smoking as the method of administration, such as chronic bronchitis, and the occurrence of histo[pa]th[o]logical changes that may be precursors to the development of malignancy;
- development of a cannabis dependence syndrome, characterized by an inability to abstain from or to control cannabis use;

phénomène, du fait que sa consommation stimule le désir d’expérimenter d’autres drogues et réduit les inhibitions à cet égard. »

La juge Howard a également fait état du rapport Hall (W. Hall, N. Solowij et J. Lemon, *National Drug Strategy : The health and psychological consequences of cannabis use* (1994)), dont elle a résumé les conclusions sur les [TRADUCTION] « [e]ffets aigus » de l’usage de la marihuana, c’est-à-dire les conséquences néfastes susceptibles de se produire pendant que la personne est sous l’effet de cette substance (au par. 44) :

[TRADUCTION] Considérées globalement, voici ce qui ressort des conclusions : (1) les consommateurs inexpérimentés devraient faire montre de prudence et, s’ils choisissent de fumer du cannabis, ils devraient le faire en compagnie de consommateurs expérimentés et dans un lieu approprié; (2) nul ne devrait étudier, se présenter à un examen ou se livrer à d’autres activités intellectuelles complexes dans l’état d’intoxication provoqué par le cannabis (ou d’ailleurs par l’alcool); (3) les femmes enceintes ne devraient pas fumer de cannabis (et ne devraient évidemment pas fumer la cigarette ni boire de l’alcool); (4) les personnes atteintes de maladies mentales ou celles possédant des antécédents familiaux à cet égard ne devraient pas consommer du cannabis; (5) comme c’est le cas pour l’alcool, nul ne devrait conduire un véhicule à moteur, piloter un avion ou faire fonctionner un appareil complexe lorsque ses facultés sont affaiblies par la marihuana.

Pour ce qui est des « effets chroniques », c’est-à-dire les effets néfastes que peut entraîner la consommation à long terme de cannabis (usage quotidien pendant de nombreuses années), le rapport Hall précise qu’il existe encore beaucoup d’[TRADUCTION] « incertitude » à cet égard; la juge Howard a résumé ainsi les conclusions du rapport (aux par. 45-46) :

[TRADUCTION] Les « principaux effets néfastes probables » de la consommation chronique semblent être les suivants :

- troubles respiratoires liés au fait que la substance est fumée, par exemple bronchite chronique et apparition de changements histopathologiques qui peuvent être des signes précurseurs du développement de tumeurs malignes;
- développement du syndrome de dépendance au cannabis, qui se caractérise par l’incapacité de s’abstenir d’en consommer ou de limiter sa consommation;

- subtle forms of cognitive impairment, most particularly of attention and memory, which persist while the user remains chronically intoxicated, and may or may not be reversible after prolonged abstinence from cannabis.

The “major possible adverse effects” from chronic use (that is, effects which remain to be confirmed by further research) are:

- an increased risk of developing cancers of the aerodigestive tract, i.e. oral cavity, pharynx, and oesophagus;
- an increased risk of leukaemia among offspring exposed while in utero; (since disproved)
- a decline in occupational performance marked by underachievement in adults in occupations requiring high level cognitive skills, and impaired educational attainment in adolescents;
- birth defects occurring among children of women who used cannabis during pregnancies. (since disproved)

Both Dr. Kalant and Dr. Connolly agreed that research since the publication of the Hall Report (1994) has failed to reveal any foundation for the above-noted concerns regarding (1) leukaemia among off-spring, and (2) birth defects among children of women who used marijuana during pregnancy. These concerns would no longer be considered as “risks” in the scientific community.

Finally, the Hall Report identifies three traditional “high risk groups”:

- (1) Adolescents with a history of poor school performance whose educational achievements may be further limited by cognitive impairments if chronically intoxicated, or who start using cannabis at an early age (there being a concern that such youths are at higher risk of becoming chronic users of cannabis as well as other drugs);
- (2) Women of childbearing age, because of the concern with the effects of smoking cannabis while pregnant; and
- (3) Persons with pre-existing diseases such as cardiovascular diseases, respiratory diseases, schizophrenia or

- formes subtiles d’affaiblissement des facultés cognitives, plus particulièrement manque d’attention et pertes de mémoire, qui persistent quand le consommateur reste intoxiqué de manière chronique et qui peuvent être réversibles ou non après une abstinence prolongée.

Les « principaux effets néfastes possibles » de la consommation chronique (c’est-à-dire les effets qui restent à être confirmés par des recherches additionnelles) sont les suivants :

- risque accru de cancers des voies aérodigestives, c’est-à-dire la cavité buccale, le pharynx et l’œsophage;
- risque accru de leucémie pour les enfants qui ont été exposés à la drogue pendant qu’ils étaient encore dans l’utérus de leur mère (la preuve du contraire a été apportée depuis);
- baisse du rendement professionnel marquée par une improductivité chez les adultes dont les activités requièrent l’application d’habiletés intellectuelles poussées et par des résultats scolaires médiocres chez les adolescents;
- anomalies congénitales chez les enfants dont la mère a consommé du cannabis pendant la grossesse (la preuve du contraire a été apportée depuis).

Les D<sup>rs</sup> Kalant et Connolly ont reconnu que les recherches effectuées depuis la publication du rapport Hall (1994) n’ont pas démontré le bien-fondé des inquiétudes concernant (1) la leucémie chez les descendants et (2) les anomalies congénitales chez les enfants des femmes ayant consommé de la marijuana pendant la grossesse. Ces problèmes ne seraient désormais plus considérés comme des « risques » dans les milieux scientifiques.

Enfin, le rapport Hall identifie les trois groupes traditionnels « à risque élevé » :

- (1) Les adolescents aux résultats scolaires médiocres dont la réussite scolaire peut être compromise davantage par des déficiences cognitives, en cas d’intoxication chronique, ou ceux qui commencent à consommer du cannabis lorsqu’ils sont très jeunes (on s’inquiète des risques accrus que ces jeunes deviennent des consommateurs chroniques de cannabis et d’autres drogues).
- (2) Les femmes en âge de procréer en raison des effets de la consommation de cannabis pendant la grossesse.
- (3) Les personnes qui souffrent d’affections préexistantes comme des maladies cardiovasculaires, des

other drug dependencies, all of whom may face a risk of precipitating or exacerbating the symptoms of their d[is]eases.

On the basis of this evidence, Howard Prov. Ct. J. concluded as follows with respect to the health risks to the user occasioned by marihuana use (at para. 48):

There was general agreement among the witnesses who appeared before me (save perhaps for Dr. Morgan) that the conclusions contained in the Hall Report were sound (except for the references to leukemia and birth defects), based on the scientific information available at this time. It should be noted that, apart from the “acute effects”, which are rare and transient, none of the above reports raise any significant concerns about the well-being of a healthy adult who is a low/occasional/moderate user of marihuana.

Howard Prov. Ct. J. then discussed the risk of harm to others or to society as a whole. She concluded that the only possible harm to individual members of society is related to the fact that an “individual who is in a state of intoxication induced by marihuana poses a risk to the health and safety of others should he or she drive, fly or operate complex machinery” (para. 49). However, Howard Prov. Ct. J. noted that while the state had a legitimate interest in protecting members of society from such conduct, s. 253(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, ch. C-46, already achieves this purpose. With respect to harm to society as a whole, Howard Prov. Ct. J., at paras. 51-52, concluded that

[t]he current widespread use of marihuana does not appear to have had any significant impact on the health care system of this province and, more importantly, it has not been perceived by our health care officials as a significant health concern, either provincially or nationally. . . .

The evidence establishes that any health care concerns (including financial concerns) associated with marihuana use in this country are minor compared to the social, criminal and financial costs associated with the use of alcohol or tobacc[o].

troubles respiratoires, la schizophrénie ou d’autres toxicomanies, du fait que la consommation du cannabis risque de précipiter la manifestation des symptômes de leurs maladies ou de les exacerber.

S’appuyant sur ces éléments de preuve, la juge Howard a tiré les conclusions suivantes au sujet des risques que présente la marihuana pour la santé de ceux qui en consomment (au par. 48) :

[TRADUCTION] Les témoins qui ont comparu devant moi (à l’exception peut-être du D<sup>r</sup> Morgan) s’accordaient pour dire que les conclusions du rapport Hall étaient valables (sauf pour ce qui est des mentions concernant la leucémie et les anomalies congénitales) compte tenu des données scientifiques disponibles à l’époque. Il convient de souligner que, exception faite des données sur les « effets aigus », qui sont rares et passagers, aucun des rapports susmentionnés ne fait état d’inquiétudes importantes au sujet du bien-être d’adultes en santé ne faisant qu’une consommation faible, occasionnelle ou modérée de marihuana.

La juge Howard a ensuite examiné la question du risque de préjudice pour d’autres personnes et pour l’ensemble de la société. Elle a conclu que le seul préjudice possible pour d’autres membres de la société est lié au fait qu’une [TRADUCTION] « personne en état d’intoxication après avoir consommé de la marihuana présente un risque pour la santé et la sécurité d’autres personnes si elle conduit un véhicule à moteur, pilote un avion ou fait fonctionner un appareil complexe » (par. 49). La juge Howard a toutefois souligné que, bien qu’il soit légitime pour l’État de protéger les membres de la société contre un tel comportement, l’al. 253a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, atteint déjà cet objectif. Quant au préjudice pour l’ensemble de la société, la juge de première instance a tiré la conclusion suivante (aux par. 51-52) :

[TRADUCTION] L’usage répandu qui est fait actuellement de la marihuana ne semble pas avoir d’effets importants sur le régime de soins de santé de la province et, facteur plus important, il n’est pas considéré par les autorités sanitaires comme un problème de santé important à l’échelle provinciale ou nationale. . . .

La preuve montre que les inquiétudes relatives aux soins de santé (y compris les inquiétudes financières) que suscite l’usage de la marihuana dans notre pays sont mineures par rapport aux coûts d’ordre social, criminel et financier liés à la consommation d’alcool et de tabac.

200

Finally, Howard Prov. Ct. J. considered the harm caused by the prohibition of marihuana, which she summarized as follows, at para. 63:

1. countless Canadians, mostly adolescents and young adults, are being prosecuted in the “criminal” courts, subjected to the threat of (if not actual) imprisonment, and branded with criminal records for engaging [in] an activity that is remark[a]bly benign (estimates suggest that over 600,000 Canadians now have criminal records for cannabis related offences); meanwhile others are free to consume society’s drugs of choice, alcohol and tobacco, even though these drugs are known killers;
2. disrespect for the law by upwards of one million persons who are prepared to engage in this activity, notwithstanding the legal prohibition;
3. distrust, by users, of health and educational authorities who, in the past, have promoted false and exaggerated allegations about marihuana; the risk is that marihuana users, especially the young, will no longer listen, even to the truth;
4. lack of open communication between young persons and their elders about their use of the drug or any problems they are experiencing with it, given that it is illegal;
5. the risk that our young people will be associating with actual criminals and hard drug users who are the primary suppliers of the drug;
6. the lack of governmental control over the quality of the drug on the market, given that it is available only on the black market;
7. the creation of a lawless sub-culture whose only reason for being is to grow, import and distribute a drug which is not available through lawful means;
8. the enormous financial costs associated with enforcement of the law; and
9. the inability to engage in meaningful research into the properties, effects and dangers of the drug, because possession of the drug is unlawful.

Enfin, la juge Howard a examiné et résumé ainsi, au par. 63, le préjudice causé par l’interdiction relative à la marihuana :

[TRADUCTION]

1. Existence d’un nombre incalculable de Canadiens, en majorité des adolescents et des jeunes adultes, qui sont poursuivis devant les cours « criminelles », sont menacés d’emprisonnement (lorsqu’ils ne sont pas effectivement emprisonnés) et traînent ensuite un casier judiciaire pour s’être livrés à une activité complètement inoffensive (on estime que plus de 600 000 Canadiens possèdent maintenant un casier judiciaire pour des infractions liées au cannabis); pendant ce temps, d’autres citoyens sont libres de consommer les drogues préférées de la société, l’alcool et le tabac, même si l’on sait qu’elles sont meurtrières.
2. Inobservation de la loi par plus d’un million de personnes qui sont prêtes à se livrer à cette activité, et ce bien que la loi l’interdise.
3. Méfiance des usagers à l’égard des autorités scolaires et sanitaires qui, dans le passé, ont défendu des affirmations erronées et exagérées au sujet de la marihuana, situation entraînant le risque que les consommateurs de marihuana, les jeunes en particulier, fassent la sourde oreille, même dans les cas où ce qu’on leur dit est vrai.
4. Manque de communication franche entre les jeunes et leurs aînés au sujet de la consommation de marihuana par les premiers ou des problèmes qu’ils vivent à cet égard, du fait que l’usage de cette drogue est illégal.
5. Risque que les jeunes s’associent avec de véritables criminels et des consommateurs de drogues dures qui sont les principaux fournisseurs de la drogue.
6. Absence de contrôle par le gouvernement de la qualité de la drogue, étant donné que celle-ci n’est vendue que sur le marché noir.
7. Création d’une sous-culture anarchique dont la seule raison d’être est la culture, l’importation et la distribution d’une drogue qu’il est impossible de se procurer par des voies légales.
8. Énormes coûts financiers liés à l’application de la loi.
9. Incapacité d’effectuer des recherches sérieuses sur les propriétés, les effets et les dangers de la drogue, du fait qu’il est illégal d’en avoir en sa possession.

We have to analyse the constitutional questions raised in these appeals on the basis of these facts. Although criminalization of marihuana is a sensitive political issue and raises many social policy considerations, our analysis is circumscribed by the findings of fact of the trial judges, which are well supported by an extensive record. These findings are the basis upon which we must decide whether, or to what extent, Parliament may criminalize under threat of imprisonment possession of marihuana for personal use and, alternatively, for the purpose of trafficking. We must determine whether, on the basis of these facts, constitutional requirements are met, with respect to both the division of powers issue and the *Charter* considerations. These cases are not about whether Parliament should or should not prohibit or regulate possession of marihuana, whether the law is fair or unfair to marihuana users, or whether the legislation is effective in reducing the harm occasioned by marihuana use. These cases ask us to determine the limits imposed by the *Charter* upon Parliament to use imprisonment as a sanction for prohibited conduct.

## II. Analysis

Parliament has full legislative power with respect to the criminal law, including the determination of the essential elements of any given crime. Prior to the enactment of the *Charter*, Parliament could prohibit any act and impose any penal consequences for infringing the prohibition, provided only that the prohibition served “a public purpose which can support it as being in relation to criminal law” (*Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 (“*Margarine Reference*”), p. 50; appeal to the Privy Council dismissed, [1951] A.C. 179). Once the legislation was found to have met this test, the courts had virtually no role in reviewing the substance of the legislation. However, with the entrenchment of the *Charter* in the Constitution, courts must now consider not only the *vires* of legislation, but also the compliance of legislation with the guarantees of the *Charter*

C’est à la lumière de ces faits que nous devons analyser les questions constitutionnelles soulevées dans les présents pourvois. Bien que la criminalisation de la marihuana soit une question politique délicate et qu’elle soulève de nombreuses considérations d’ordre social, les conclusions de fait des juges de première instance, qui sont bien étayées par un dossier détaillé, viennent circonscrire le cadre de notre analyse. C’est à partir de ces conclusions que nous devons décider si le Parlement peut criminaliser et rendre passible d’emprisonnement — et, dans l’affirmative, dans quelle mesure — la possession de marihuana aux fins de consommation personnelle ou aux fins de trafic. Nous devons décider si, compte tenu de ces faits, les exigences constitutionnelles ont été respectées au regard du partage des compétences et de considérations fondées sur la *Charte*. Les affaires dont nous avons été saisis ne portent pas sur la question de savoir si le Parlement doit interdire ou réglementer la possession de marihuana, si la loi est juste ou injuste à l’égard des consommateurs de marihuana ou encore si elle permet de réduire le préjudice découlant de l’usage de cette substance. Nous sommes plutôt appelés à déterminer les limites que la *Charte* impose au Parlement lorsqu’il a recours à l’emprisonnement pour punir le comportement qu’il prohibe.

## II. Analyse

Le Parlement possède la plénitude du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel, y compris pour établir les éléments constitutifs essentiels de tout crime. Avant l’édiction de la *Charte*, le Parlement pouvait interdire n’importe quel acte et imposer n’importe quelles conséquences pénales pour manquement à cette interdiction, pourvu seulement que celle-ci vise [TRADUCTION] « un intérêt public qui [pouvait] lui donner un fondement la rattachant au droit criminel » (*Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1 (« *Renvoi sur la margarine* »), p. 50; appel au Conseil privé rejeté, [1951] A.C. 179). Une fois que le tribunal avait jugé que la mesure législative respectait ce critère, il n’avait pratiquement plus aucun rôle à jouer dans l’examen de cette mesure. Toutefois, depuis l’ajout de la *Charte* à la Constitution, les tribunaux doivent désormais non seulement se

(*R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, at p. 651; *Motor Vehicle Reference*, *supra*, at pp. 496-97, *per* Lamer J., at p. 525, *per* Wilson J.).

203

In assessing *Charter* compliance, courts are to look both to the purpose and to the effect of the legislation (*R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1071, *per* Lamer J.). As Dickson J. (as he then was) said, speaking for the majority of this Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 334, “if a law with a valid purpose interferes by its impact, with rights or freedoms, a litigant could still argue the effects of the legislation as a means to defeat its applicability and possibly its validity”. Thus, as Lamer J. said in *Smith*, *supra*, at p. 1071:

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

Hence, in the cases before this Court, even if Parliament has the legislative power to prohibit and sanction possession of marihuana, i.e. if there is a legitimate legislative purpose falling under a federal head of power, the means chosen by Parliament to achieve this purpose, for example the type of sanction chosen to enforce the prohibition, may infringe the rights to life, liberty or security of the appellants in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice, as protected by s. 7 of the *Charter*.

204

These cases concern whether the provisions prohibiting possession of marihuana for personal use and, alternatively, for the purpose of

demandeur si la loi est *intra vires*, mais aussi déterminer si elle respecte les garanties prévues par la *Charte* (*R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, p. 651; *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, précité, p. 496-497, le juge Lamer, p. 525, la juge Wilson).

Les tribunaux appelés à contrôler la conformité d’une mesure législative avec la *Charte* doivent examiner à la fois l’objet de cette mesure et ses effets (*R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1071, le juge Lamer). Comme l’a dit le juge Dickson (plus tard Juge en chef) au nom de la majorité de la Cour dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 334, « si, de par ses répercussions, une loi qui a un objet valable porte atteinte à des droits et libertés, il serait encore possible à un plaideur de tirer argument de ses effets pour la faire déclarer inapplicable, voire même invalide ». Ainsi, comme l’a dit le juge Lamer dans l’arrêt *Smith*, précité, p. 1071 :

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

Par conséquent, dans les présents pourvois, même si le Parlement a le pouvoir de légiférer pour interdire et sanctionner la possession de marihuana, c’est-à-dire s’il existe un objectif législatif légitime relevant d’un chef de compétence fédérale, il est possible que les moyens retenus par le législateur pour réaliser cet objectif — par exemple le type de sanction choisi pour faire respecter l’interdiction — portent atteinte aux droits à la vie, à la liberté ou à la sécurité des appelants d’une manière qui ne soit pas conforme aux principes de justice fondamentale protégés par l’art. 7 de la *Charte*.

Dans les affaires qui nous occupent, il s’agit de décider si les dispositions interdisant la possession de marihuana aux fins de consommation personnelle

trafficking, are within the constitutional legislative power of the Parliament of Canada, either under its general peace, order and good government power (“POGG power”), or under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* pursuant to its criminal law power. These cases also concern whether the impugned provisions are contrary to s. 7 of the *Charter*. Much confusion has permeated the debate before us and in the courts below regarding these two related but distinct limits imposed upon Parliament’s legislative power. Much of the debate thus far has indeed surrounded whether Parliament could “criminalize” possession of marihuana. This issue must be decided according to the division of powers principles, and is but one aspect of the constitutional challenge before us. The *Charter* imposes additional constraints on Parliament when it chooses to provide for deprivation of liberty. I will analyse these two limits on legislative power in turn and endeavour to distinguish the thresholds to be met, as they are in my view distinct and serve different purposes.

#### A. *The Division of Powers Issue*

The appellants Clay and Caine challenge the prohibition against possession of marihuana as being beyond the authority of Parliament under the *Constitution Act, 1867*. My colleagues Gonthier and Binnie JJ. have concluded that the impugned provisions fall under the criminal law head of power. For that reason, they conclude that it is not necessary to revisit the correctness of the conclusion in *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984, with respect to Parliament’s residual authority to deal with drugs in general or marihuana in particular under the POGG power. I am in general agreement with the conclusion reached by my colleagues and I will only make a few comments, which will inform the *Charter* analysis.

et, dans l’autre cas, aux fins de trafic, relèvent de la compétence législative du Parlement du Canada soit en vertu de son pouvoir général d’assurer « la paix, l’ordre et le bon gouvernement », soit en vertu de son pouvoir de légiférer sur le droit criminel prévu au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il faut également se demander si les dispositions contestées contreviennent à l’art. 7 de la *Charte*. Ces deux limites connexes mais distinctes assujettissant le pouvoir législatif du Parlement ont suscité beaucoup de confusion au cours des débats devant nous et devant les juridictions inférieures. De fait, une bonne partie du débat a jusqu’ici porté sur la question de savoir si le Parlement pouvait « criminaliser » la possession de marihuana. Cette question, qui doit être tranchée conformément aux principes régissant le partage des compétences, ne constitue que l’un des aspects de la contestation constitutionnelle dont nous sommes saisis. La *Charte* a pour effet d’assujettir le Parlement au respect de certaines limites additionnelles lorsqu’il choisit d’établir une peine privative de liberté. Je vais analyser chacune de ces deux limites restreignant le pouvoir de légiférer et m’efforcer de différencier les critères à respecter, puisque, à mon avis, il s’agit effectivement de limites distinctes visant des fins différentes.

#### A. *La question du partage des compétences*

Les appellants Clay et Caine contestent l’interdiction relative à la possession de marihuana, affirmant qu’elle outrepassse la compétence reconnue au Parlement par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Mes collègues les juges Gonthier et Binnie concluent que les dispositions contestées relèvent du chef de compétence concernant le droit criminel. Pour cette raison, ils estiment qu’il n’est pas nécessaire de réexaminer la justesse de la conclusion tirée dans l’arrêt *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984, en ce qui concerne le pouvoir résiduel du Parlement de légiférer sur les drogues en général ou sur la marihuana en particulier en vertu de sa compétence touchant à la paix, à l’ordre et au bon gouvernement. Je souscris pour l’essentiel à la conclusion de mes collègues et je vais me contenter de faire quelques commentaires qui sous-tendront mon analyse fondée sur la *Charte*.

206

As mentioned above, legislation which properly falls under one of the federal heads of power will pass the division of powers challenge, but may still be found to infringe on a right or freedom protected by the *Charter*. With regard to the federal criminal law power, under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, Parliament has been accorded the power to make criminal law in the widest sense (see, *inter alia*, *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 28; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, at para. 118; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, at paras. 28-31). It is entirely within Parliament's discretion to determine what evil it wishes to suppress by penal prohibition and what threatened interest it thereby wishes to safeguard. Apart from the *Charter*, the only qualification attached to Parliament's plenary power over criminal law is that it cannot be employed colourably. Like other legislative powers, the criminal law power does not permit Parliament, simply by legislating in the proper form, colourably to invade areas of exclusively provincial legislative competence. To determine whether such a colourable attempt is made, we must determine whether a legitimate public purpose underlies the criminal prohibition (*Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226, at p. 237; *Hydro-Québec*, *supra*, at para. 121).

207

In the *Margarine Reference*, *supra*, Rand J. drew attention, at pp. 49-50, to the need to identify the evil or injurious effect at which a penal prohibition was directed and explained that a prohibition is not criminal unless it serves "a public purpose which can support it as being in relation to criminal law". Further, he explained that the "ordinary though not exclusive ends" served by the criminal law are "[p]ublic peace, order, security, health, [and] morality" (emphasis added).

208

The main objective of the impugned legislation here is protection from the possible adverse health consequences of marijuana use. The objective of

Comme je l'ai mentionné précédemment, une mesure législative qui peut être rattachée à un chef de compétence fédérale résistera à une contestation fondée sur le partage des compétences, mais il est néanmoins possible que le tribunal juge qu'elle porte atteinte à un droit ou à une liberté garanti par la *Charte*. En vertu de la compétence qui lui est reconnue à l'égard du droit criminel par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement est habilité à faire des lois régissant le droit criminel au sens le plus large du terme (voir, notamment, *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 28; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 118; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, par. 28-31). Le Parlement a entière discrétion pour décider des maux qu'il désire réprimer au moyen d'une interdiction pénale et quel intérêt menacé il souhaite ainsi protéger. Outre la *Charte*, le seul tempérament dont est assorti le pouvoir du Parlement en matière de droit criminel est le fait qu'il ne peut pas être utilisé de façon déguisée. Comme les autres pouvoirs législatifs, il n'autorise pas le Parlement à empiéter, au moyen d'une loi par ailleurs valide, sur des domaines de compétence législative provinciale exclusive. Pour décider si on est en présence d'une telle tentative d'empiètement, nous devons déterminer si l'interdiction criminelle repose sur un objectif public légitime (*Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, p. 237; *Hydro-Québec*, précité, par. 121).

Dans le *Renvoi sur la margarine*, précité, p. 49-50, le juge Rand a insisté sur la nécessité d'identifier le mal ou l'effet nuisible que vise l'interdiction criminelle et il a expliqué qu'une interdiction ne possède un caractère criminel que si elle tend à la réalisation [TRADUCTION] « d'un intérêt public qui peut lui donner un fondement la rattachant au droit criminel ». Il a en outre expliqué que les « buts habituels, bien que non exclusifs » que sert le droit criminel sont « [l]a paix publique, l'ordre, la sécurité, la santé [et] la moralité » (je souligne).

L'objet principal de la loi contestée en l'espèce est la protection contre les possibles effets néfastes pour la santé de l'usage de cette substance. L'objectif

the state in prohibiting marihuana has been summarized by Rosenberg J.A. in *Clay's* companion case *R. v. Parker* (2000), 146 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), at para. 143:

First, the state has an interest in protecting against the harmful effects of use of that drug. Those include bronchial pulmonary harm to humans; psychomotor impairment from marihuana use leading to a risk of automobile accidents and no simple screening device for detection; possible precipitation of relapse in persons with schizophrenia; possible negative effects on immune system; possible long-term negative cognitive effects in children whose mothers used marihuana while pregnant; possible long-term negative cognitive effects in long-term users; and some evidence that some heavy users may develop a dependency. The other objectives are: to satisfy Canada's international treaty obligations and to control the domestic and international trade in illicit drugs.

Jurisdiction over health is shared between Parliament and the provincial legislatures; their respective competence depends on the pith and substance of the particular measure at issue.

In *RJR-MacDonald*, *supra*, the issue was whether Parliament could validly employ its criminal law power to prohibit tobacco manufacturers from advertising their products to Canadians, and to increase public awareness concerning the hazards of tobacco use. La Forest J., at para. 32, concluded that the detrimental health effects of tobacco are both dramatic and substantial and that Parliament could validly employ the criminal law:

Given the “amorphous” nature of health as a constitutional matter, and the resulting fact that Parliament and the provincial legislatures may both validly legislate in this area, it is important to emphasize once again the plenary nature of the criminal law power. In the *Margarine Reference*, *supra*, at pp. 49-50, Rand J. made it clear that the protection of “health” is one of the “ordinary ends”

que poursuit l'État en interdisant l'usage de la marihuana a été résumé ainsi par le juge Rosenberg, dans l'arrêt *R. c. Parker* (2000), 146 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), par. 143, affaire connexe à l'affaire *Clay* :

[TRADUCTION] Tout d'abord, l'État a intérêt à protéger la population contre les effets néfastes de la consommation de cette drogue. Il s'agit notamment des affections broncho-pulmonaires chez les humains; l'affaiblissement des facultés psychomotrices causé par la consommation de la marihuana, qui entraîne des risques d'accidents d'automobiles et qu'aucun mécanisme simple ne permet de détecter; le déclenchement possible de rechutes chez les personnes souffrant de schizophrénie; les effets néfastes pour le système immunitaire; les effets néfastes à long terme sur les capacités cognitives des enfants dont les mères ont consommé de la marihuana pendant la grossesse; les possibles effets négatifs à long terme sur les capacités cognitives des consommateurs chroniques et certaines preuves indiquant que les grands consommateurs peuvent développer une dépendance. Les autres objectifs sont les suivants : le respect des obligations découlant des traités internationaux auxquels le Canada est partie et la lutte contre le commerce intérieur et international des drogues illicites.

Tant les législatures provinciales que le Parlement ont compétence pour légiférer en matière de santé; leur compétence respective dépend du caractère véritable de la mesure en cause.

Dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, il s'agissait de décider si le Parlement pouvait valablement invoquer sa compétence sur le droit criminel pour interdire aux fabricants de produits du tabac de faire de la publicité sur leurs produits auprès des Canadiens et pour sensibiliser davantage ces derniers aux méfaits de cette substance. Au paragraphe 32, le juge La Forest a conclu que les effets néfastes de l'usage du tabac sur la santé sont à la fois graves et importants et que le Parlement pouvait valablement invoquer sa compétence sur le droit criminel :

Vu que la santé comme matière constitutionnelle présente un caractère « informel » et qu'il s'ensuit que tant le Parlement que les législatures provinciales peuvent valablement légiférer dans ce domaine, il importe de faire ressortir de nouveau la nature plénière de la compétence en matière de droit criminel. Dans le *Renvoi sur la margarine*, précité, aux pp. 49 et 50, le juge Rand établit

served by the criminal law, and that the criminal law power may validly be used to safeguard the public from any “injurious or undesirable effect”. The scope of the federal power to create criminal legislation with respect to health matters is broad, and is circumscribed only by the requirements that the legislation must contain a prohibition accompanied by a penal sanction and must be directed at a legitimate public health evil. If a given piece of federal legislation contains these features, and if that legislation is not otherwise a “colourable” intrusion upon provincial jurisdiction, then it is valid as criminal law; see *Scowby*, *supra*, at pp. 237-38. [Emphasis added.]

210

The respondent argues that there is no baseline or threshold level of harm that must be reached before the criminal law power can be invoked. The Crown argues, citing *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128, at para. 29, and *Hydro-Québec*, *supra*, at para. 121, that the recognition of a *Charter* principle precluding Parliament from criminalizing conduct unless it can demonstrate a potential for serious or substantial harm would be inconsistent with the well-established constitutional principle that the criminal law can be used to enact legislation to address social, political, or economic interests or “some legitimate public purpose”. The respondent submits that even though there would be a rational basis for a statutory or regulatory prohibition, a “harm principle” would call for judicial review of what are essentially policy decisions. The submissions of the Attorney General of Ontario (“AGO”) are similar on this respect. The AGO argues that whether a criminal offence is reviewed by way of a *vires* analysis under the division of powers doctrine, or by way of a “harm principle” within the ambit of s. 7, the result will necessarily be the same. The AGO argues that the “harm principle”, at least as it has been formulated by Braidwood and Rosenberg J.J.A., does no more than reiterate the threshold test for Parliament’s exercise of its criminal law jurisdiction. The AGO further submits that Lamer J.’s analysis in *Motor Vehicle Reference* should not apply to a consideration of the *actus reus* of the offence. The AGO states that consideration of the *actus reus* is precluded because “the decision to criminalize specific types

clairement que la protection de la « santé » constitue un des « buts habituels » du droit criminel, et que la compétence en matière de droit criminel peut valablement être exercée pour protéger le public contre un « effet nuisible ou indésirable ». Le fédéral possède une vaste compétence pour ce qui est de l’adoption de lois en matière criminelle relativement à des questions de santé, et cette compétence n’est circonscrite que par les exigences voulant qu’elles comportent une interdiction accompagnée d’une sanction pénale, et qu’elles visent un mal légitime pour la santé publique. Si une loi fédérale donnée possède ces caractéristiques et ne constitue pas par ailleurs un empiétement « spécieux » sur la compétence provinciale, c’est alors une loi valide en matière criminelle; voir *Scowby*, précité, aux pp. 237 et 238. [Je souligne.]

L’intimée soutient que le législateur n’a pas à établir quelque niveau ou seuil de préjudice que ce soit avant d’être autorisé à invoquer sa compétence sur le droit criminel. Se référant aux arrêts *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, par. 29, et *Hydro-Québec*, précité, par. 121, le ministère public plaide que le fait de reconnaître que la *Charte* a pour effet d’empêcher le Parlement de criminaliser un comportement à moins qu’il ne puisse démontrer l’existence d’un risque de préjudice grave ou important serait incompatible avec le principe constitutionnel bien établi suivant lequel le droit criminel peut être utilisé pour édicter des lois visant des intérêts sociaux, politiques ou économiques ou [TRADUCTION] « un objectif public légitime ». L’intimée prétend que, même dans les cas où une interdiction d’origine légale ou réglementaire possède un fondement logique, l’application du « principe du préjudice » assujettirait au pouvoir de contrôle des tribunaux des mesures qui constituent essentiellement des décisions de politique générale. Le procureur général de l’Ontario a présenté des observations similaires sur ce point. Selon lui, que l’on contrôle la constitutionnalité d’une infraction criminelle par une analyse de sa validité au regard de la doctrine du partage des compétences ou par l’application d’un « principe du préjudice » au regard de l’art. 7, le résultat sera nécessairement le même. Il plaide que le « principe du préjudice », du moins tel qu’il a été formulé par les juges Braidwood et Rosenberg, ne fait que réaffirmer le critère préalable que doit respecter le Parlement avant d’être autorisé à exercer son pouvoir de légiférer en matière de droit criminel. Le procureur général de l’Ontario soutient en outre

of conduct belongs wholly to Parliament” (AGO’s factum, at para. 12).

It is not the courts’ function to reassess the wisdom of validly enacted legislation. As L’Heureux-Dubé J. said in *Hinchey*, *supra*, at para. 34, “the judiciary should not rewrite [legislation] to suit its own particular conception of what type of conduct can be considered criminal”. And further, at para. 36: “If Parliament chooses to criminalize conduct which, notwithstanding *Charter* scrutiny, appears to be outside of what a judge considers ‘criminal’, there must be a sense of deference to the legislated authority which has specifically written in these elements.”

Although courts cannot question the wisdom of legislation, they must assess its constitutionality. There is, as such, no constitutional threshold of harm required for legislative action under the criminal law power. There had been uncertainties in the past in this regard, as some would have required “significant, grave and serious risk of harm to public health, morality, safety or security” before a prohibition could fall within the purview of the criminal law power (see, e.g., *RJR-MacDonald*, *supra*, at paras. 199-202, *per* Major J.). It is now established that as long as the legislation is directed at a legitimate public health evil and contains a prohibition accompanied by a penal sanction, and provided that it is not otherwise a “colourable” intrusion upon provincial jurisdiction, Parliament has, under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, discretion to determine the extent of the harm it considers sufficient for legislative action (*RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 32; *Reference re Firearms Act (Can.)*, *supra*, at para. 27). Obviously, however, where Parliament relies on the protection of health as its legitimate public

que l’analyse faite par le juge Lamer dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act* ne saurait s’appliquer à l’examen de l’élément matériel (*actus reus*) de l’infraction. Il avance que cet examen ne peut être fait parce que [TRADUCTION] « la décision de criminaliser certains comportements relève entièrement du Parlement » (mémoire du procureur général de l’Ontario, par. 12).

Il n’appartient pas aux tribunaux de se prononcer sur la sagesse de mesures législatives valablement adoptées. Comme l’a dit la juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Hinchey*, précité, par. 34, « les tribunaux ne devraient pas récrire [les lois] pour [les] rendre conforme[s] à leur propre conception des catégories de comportements qui peuvent être considérés comme criminels ». Elle a ajouté ceci, au par. 36 : « Si le législateur choisit de rendre criminel un comportement qui, malgré un examen en vertu de la *Charte*, ne semble pas faire partie des comportements qu’un juge considère comme “criminels”, il faut faire preuve de retenue à l’égard de l’autorité législative qui a expressément inclus ces éléments. »

Bien que les tribunaux ne puissent remettre en question la sagesse des lois, ils doivent cependant évaluer la constitutionnalité de celles-ci. La Constitution ne requiert pas en soi l’existence d’un préjudice minimal pour justifier l’exercice du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel. Il y a eu, dans le passé, un certain flottement à cet égard, car certains auraient subordonné la validité d’une prohibition fondée sur la compétence relative au droit criminel à l’existence d’un « risque de préjudice grave et important pour la santé du public, sa moralité ou sa sécurité » (voir, par exemple, *RJR-MacDonald*, précité, par. 199-202, le juge Major). Il est désormais établi que si la loi vise un mal légitime pour la santé publique, comporte une interdiction assortie d’une sanction pénale et ne constitue pas par ailleurs un empiètement déguisé sur un chef de compétence provinciale, le Parlement possède, en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le pouvoir discrétionnaire de déterminer l’étendue du préjudice qu’il juge suffisant pour justifier une mesure législative (*RJR-MacDonald*, précité, par. 32; *Renvoi relatif à la*

211

212

purpose, it has to demonstrate the “injurious or undesirable effect” from which it seeks to safeguard the public. This will likely be done by demonstrating the harm to the health of individuals or the public associated with the prohibited conduct. While there is no constitutional threshold level of harm required before Parliament may use its broad criminal law power, conduct with little or no threat of harm is unlikely to qualify as a “public health evil”.

213 In *Hydro-Québec*, *supra*, at para. 120, La Forest J. came to a similar conclusion for the majority of this Court with regard to the mental element dimension of a criminal offence. He held:

... under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, it is also within the discretion of Parliament to determine the extent of blameworthiness that it wishes to attach to a criminal prohibition. . . . This flows from the fact that Parliament has been accorded plenary power to make criminal law in the widest sense. This power is, of course, subject to the “fundamental justice” requirements of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which may dictate a higher level of *mens rea* for serious or “true” crimes . . . .

Just as Parliament may determine the nature of the mental element pertaining to different crimes, it may determine the nature of the “evil or injurious effect” from which it wishes to protect the public. However, while Parliament has the power to define the elements of a crime, the courts have the mandate to review that definition to ensure that it complies with the *Charter* (see, e.g., *Vaillancourt*, *supra*, at p. 652). As I will discuss below, the “fundamental justice” requirements of s. 7 of the *Charter* may, where imprisonment is available as a punishment, call for an “evil or injurious effect” of a certain nature or degree.

*Loi sur les armes à feu (Can.)*, précité, par. 27). De toute évidence, toutefois, lorsque le Parlement invoque la protection de la santé comme objectif public légitime, il doit démontrer l’« effet nuisible ou indésirable » contre lequel il souhaite protéger la population. Il pourra vraisemblablement le faire en démontrant que le préjudice pour la santé de certaines personnes ou du public en général est lié au comportement prohibé. Bien que la Constitution n’ait pas pour effet de requérir la preuve d’un préjudice minimal avant que le Parlement puisse utiliser son vaste pouvoir législatif en matière de droit criminel, un comportement ne présentant que peu ou pas de risques de préjudice est peu susceptible d’être considéré comme un « mal [. . .] pour la santé publique ».

Dans l’arrêt *Hydro-Québec*, précité, par. 120, s’exprimant pour les juges majoritaires de la Cour, le juge La Forest a tiré une conclusion au même effet en ce qui a trait à l’élément moral d’une infraction criminelle. Il a dit ceci :

... aux termes du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il relève également du pouvoir discrétionnaire du Parlement de déterminer le degré de culpabilité qu’il souhaite attacher à une interdiction criminelle. [. . .] Cela découle du fait que le Parlement a été investi du plein pouvoir d’adopter des règles de droit criminel au sens le plus large du terme. Ce pouvoir est assujéti, naturellement, aux exigences de la « justice fondamentale » prescrites à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui peuvent dicter un degré plus élevé de *mens rea* dans le cas des crimes graves ou « proprement dits » . . . .

Tout comme le Parlement peut déterminer la nature de l’élément moral relatif à divers crimes, il peut déterminer la nature du « mal » ou l’« effet nuisible » contre lesquels il souhaite protéger le public. Cependant, quoique le Parlement ait la faculté de définir les éléments constitutifs d’un crime, les tribunaux ont pour mission de contrôler cette définition pour s’assurer qu’elle est conforme à la *Charte* (voir, par exemple, *Vaillancourt*, précité, p. 652). Comme je vais l’expliquer plus loin, dans les cas où l’emprisonnement est une des sanctions prévues, les principes de « justice fondamentale » de l’art. 7 de la *Charte* peuvent avoir pour effet d’exiger l’existence d’un « mal ou [d’un] effet nuisible » d’une certaine nature et d’un certain degré.

The concerns raised by the respondent and the AGO reflect the wrong focus in the courts below as to whether Parliament could “criminalize” possession of marihuana. Indeed, Howard Prov. Ct. J. in *Caine*, in considering the “harm principle”, wrote as follows, at paras. 117-20:

In my view, the proposals that the criminal law be used only to protect against conduct that involves demonstrable harm to another individual or other individuals or to society as a whole or against conduct that is seriously harmful or substantially harmful to society are not “principles of fundamental justice”. The case authorities are to the contrary. . . .

In fact, our Supreme Court has consistently granted Parliament “a broad discretion in proscribing conduct as criminal and in determining proper punishment”. *R. v. Hinchey* (1996), 111 C.C.C. (3d) 353 at 369-70. The principles applicable to Parliament’s law-making powers in the criminal sphere make clear that Parliament has a broad scope of authority to “criminalize” conduct in order to address any social, political or economic interests. . . .

If there was any doubt of how this principle might be applied in the present context, it was resolved when the Supreme Court of Canada indicated, in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada*, (*supra*) that Parliament may legislate under the criminal law power to protect Canadians from harmful drugs. . . .

The correct position is, in my view, that which is set out in *Butler*, (*supra*) at 165. To paraphrase in terms that are applicable to the case before me: Parliament may enact penal legislation prohibiting use of a drug, when it has a reasonable basis for concluding that there is a risk of harm to the health of the user, or a risk of harm to society as a whole. [Emphasis added.]

With respect, the trial judge confused the tests developed by this Court in division of power jurisprudence, which are used to determine whether Parliament has validly used its criminal power in a manner that is not a colourable intrusion upon provincial competences, with the *Charter* constraints imposed upon Parliament when otherwise valid

Les inquiétudes exprimées par l’intimée et par le procureur général de l’Ontario reflètent l’importance que les juridictions inférieures ont à tort accordée à la question de savoir si le Parlement pouvait « criminaliser » la possession de marihuana. De fait, la juge Howard a écrit ce qui suit aux par. 117-120 de l’affaire *Caine*, dans son examen du « principe du préjudice » :

[TRADUCTION] À mon avis, la proposition de ne recourir au droit criminel que pour prévenir un comportement qui cause effectivement préjudice à une ou plusieurs autres personnes ou à l’ensemble de la société ou un comportement qui cause un préjudice grave ou important à la société ne sont pas des « principes de justice fondamentale ». La jurisprudence indique le contraire. . .

En fait, la Cour suprême a constamment reconnu au Parlement « une compétence discrétionnaire étendue pour interdire certains comportements considérés comme criminels et pour déterminer quelle doit être la sanction appropriée ». *R. c. Hinchey* (1996), 111 C.C.C. (3d) 353, p. 369 et 370. Les principes applicables au pouvoir du Parlement de légiférer en matière criminelle indiquent clairement qu’il jouit d’une large compétence lui permettant de « criminaliser » des comportements afin de tenir compte d’intérêts sociaux, politiques ou économiques. . .

S’il existait des doutes quant à la manière dont ce principe pourrait être appliqué dans le présent contexte, ils ont été dissipés lorsque la Cour suprême du Canada a indiqué, dans l’arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada*, précité, que le Parlement peut, en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, légiférer pour protéger les Canadiens contre les drogues nocives. . .

À mon avis, la position appropriée est celle qui a été énoncée dans l’arrêt *Butler*, précité, p. 165. Je vais l’exprimer en des termes applicables à l’affaire dont je suis saisie : le Parlement peut adopter des lois à caractère pénal pour interdire l’usage d’une drogue lorsqu’il a des motifs raisonnables de conclure à l’existence d’un risque de préjudice pour la santé de l’usager ou d’un risque de préjudice pour l’ensemble de la société. [Je souligne.]

En toute déférence, j’estime que la juge de première instance a confondu, d’une part, les critères élaborés par la Cour dans ses arrêts sur le partage des pouvoirs et utilisés pour déterminer si le Parlement a validement exercé sa compétence en droit criminel d’une manière qui ne constitue pas un empiètement déguisé sur des compétences provinciales, et,

criminal legislation is alleged to infringe on rights protected by the *Charter*. In my respectful view, the same confusion appears in Braidwood J.A.'s analysis.

215

After a thorough review of the common law, leading treatises on the criminal law, law reform commission reports, Canadian federalism cases (addressing the federal criminal law power), and *Charter* jurisprudence, Braidwood J.A. came to the conclusion that the harm principle is indeed a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7. After having concluded as to the existence of this principle, Braidwood J.A. set “the appropriate threshold for criminal sanctions” (para. 139) and determined that “[t]he degree of harm must be neither insignificant nor trivial” (para. 138). In determining the appropriate threshold, Braidwood J.A. explained that he had to consider the “relationship, and parallels, between the Criminal Law power of Parliament pursuant to s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* and the test to be applied pursuant to s. 7 of the *Charter*” (para. 139). Braidwood J.A. was thus apparently concerned with affording Parliament the deference it is owed in legislating in criminal matters while at the same time give meaning to the harm principle, because, as he put it: “it is common sense that you don’t go to jail unless there is a potential that your activities will cause harm to others” (para. 134). This tension led him to conclude, at paras. 158-60:

In conclusion, the deprivation of the appellants’ liberty caused by the presence of penal provisions in the *NCA* is in accordance with the harm principle. I agree that the evidence shows that the risk posed by marihuana is not large. Yet, it need not be large in order for Parliament to act. It is for Parliament to determine what level of risk is acceptable and what level of risk requires action. The *Charter* only demands that a “reasoned apprehension of harm” that is not [in]significant or trivial. The appellants have not convinced me that such harm is absent in this case.

d’autre part, les contraintes que la *Charte* impose au Parlement et dont les tribunaux doivent contrôler le respect lorsqu’il est plaidé qu’une loi pénale par ailleurs valide porte atteinte aux droits garantis par la *Charte*. À mon humble avis, la même confusion est présente dans l’analyse du juge Braidwood.

Après un examen approfondi de la common law, des ouvrages faisant autorité en droit criminel, de rapports émanant de commissions de réforme du droit, des arrêts sur le fédéralisme canadien (portant sur la compétence fédérale en matière de droit criminel) et de la jurisprudence relative à la *Charte*, le juge Braidwood a estimé que le principe du préjudice est effectivement un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7. Après avoir conclu à l’existence de ce principe, le juge Braidwood a fixé [TRADUCTION] « le seuil approprié justifiant l’édiction de sanctions pénales » (par. 139) en précisant que [TRADUCTION] « [l]e préjudice ne doit être ni insignifiant ni négligeable » (par. 138). Il a expliqué que, pour fixer le seuil approprié, il avait dû s’interroger sur [TRADUCTION] « les liens et les parallèles entre le pouvoir reconnu au Parlement sur le droit criminel par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, d’une part, et le critère qui doit être utilisé pour l’application de l’art. 7 de la *Charte*, d’autre part » (par. 139). Il semble que le juge Braidwood voulait ainsi faire montre envers le Parlement de la déférence à laquelle ce dernier a droit lorsqu’il légifère sur le droit criminel, et par la même occasion donner un sens au principe du préjudice parce que, ainsi qu’il l’a dit, [TRADUCTION] « il est logique qu’on ne vous envoie pas en prison, à moins que vos actes ne soient susceptibles de causer préjudice à autrui » (par. 134). Ce tiraillement l’a amené à conclure ainsi, aux par. 158-160 :

[TRADUCTION] En conclusion, la privation de liberté qu’entraînent pour les appelants les dispositions pénales de la *Loi sur les stupéfiants* respecte le principe du préjudice. Je reconnais que la preuve montre que le risque présenté par la marihuana n’est pas élevé. Cependant, il n’est pas nécessaire qu’il le soit pour que le Parlement prenne des mesures. Il appartient au Parlement de déterminer le niveau de risque qui est acceptable et celui qui exige son intervention. La *Charte* requiert seulement [ . . . ] une « crainte raisonnée de préjudice » qui ne soit ni [in]signifiante ni négligeable. Les appelants ne m’ont pas convaincu de l’absence d’un tel préjudice en l’espèce.

Therefore, I find that the legal prohibition against the possession of marihuana does not offend the operative principle of fundamental justice in this case.

Determining whether the *NCA* strikes the “right balance” between the rights of the individual and the interests of the State is more difficult. In the end, I have decided that such matters are best left to Parliament. . . . I do not feel it is the role of this court to strike down the prohibition on the non-medical use of marihuana possession at this time. [Emphasis added.]

With respect, Braidwood J.A. wrongly focused his analysis on Parliament’s power to criminalize possession of marihuana. As I briefly mentioned above, and as my colleagues Gonthier and Binnie JJ. have also reviewed, the principles regarding the scope of Parliament’s criminal law power are now well established and harm may not be the sole basis upon which criminal law may be used. Parliament may have the power to prohibit certain conduct, be it under its criminal law power or otherwise, but it must respect minimum *Charter* requirements before it resorts to imprisonment as a sanction. In other words, the harm principle as a principle of fundamental justice operates to prevent restriction of liberty under s. 7 of the *Charter* and not as a constraint inherent in Parliament’s criminal law power.

The focus must therefore be on the use of imprisonment as a sanction attaching to a prohibited conduct. This becomes obvious upon consideration of the various sources of legislative power under which Parliament may prohibit and sanction certain activities or behaviours. To situate the harm principle within the principles regarding the criminal law power of Parliament would in fact exclude the applicability of this principle of fundamental justice to other prohibitions enforceable by imprisonment and, of course, to the enforcement of provincial statutes. For example, as my colleagues explained, the residual POGG power has application in only three situations: (i) a national emergency; (ii) the federal

Par conséquent, je considère que l’interdiction légale de posséder de la marihuana ne contrevient pas au principe de justice fondamentale applicable en l’espèce.

Il est plus difficile de déterminer si la *Loi sur les stupéfiants* établit un « juste équilibre » entre les droits de l’individu et les intérêts de l’État. En fin de compte, j’ai décidé qu’il était préférable de laisser ces questions à l’appréciation du Parlement. [. . .] Je ne crois pas que ce soit le rôle de la cour d’annuler à ce moment-ci l’interdiction relative à la possession de marihuana pour usage non médical. [Je souligne.]

En toute déférence, j’estime que le juge Braidwood a eu tort de centrer son analyse sur le pouvoir du Parlement de criminaliser la possession de marihuana. Comme je l’ai expliqué brièvement plus tôt, et comme mes collègues les juges Gonthier et Binnie l’ont eux aussi indiqué, les principes concernant l’étendue de la compétence du Parlement en matière criminelle sont désormais bien établis et l’existence d’un préjudice ne saurait être le seul fondement justifiant le recours au droit criminel. Le Parlement dispose peut-être du pouvoir d’interdire certains comportements, que ce soit en vertu de sa compétence sur le droit criminel ou en vertu d’un autre pouvoir, mais il doit respecter les exigences minimales établies par la *Charte* avant de recourir à l’emprisonnement comme sanction. En d’autres mots, en tant que principe de justice fondamentale, le principe du préjudice a pour effet d’empêcher la restriction du droit à la liberté garanti par l’art. 7 de la *Charte* mais il ne constitue pas une limite inhérente au pouvoir du Parlement de légiférer en matière criminelle.

Il faut donc s’attacher à la question du recours à l’emprisonnement comme sanction du comportement prohibé. Cette démarche ressort clairement de l’examen des diverses sources de pouvoir législatif en vertu desquelles le Parlement peut interdire et sanctionner certaines activités ou certains comportements. Classifier le principe du préjudice parmi les principes touchant à la compétence du Parlement sur le droit criminel exclurait en fait l’applicabilité de ce principe de justice fondamentale aux autres interdictions dont l’inobservation est punissable par l’emprisonnement et, évidemment, au contrôle des lois provinciales. Par exemple, comme l’ont expliqué mes collègues, le pouvoir résiduel concernant la

competence arose because the subject matter did not exist at the time of Confederation and clearly cannot be put into the class of matters of merely local or private nature; and (iii) where the subject matter “goes beyond local or provincial concern or interest and must, from its inherent nature, be the concern of the Dominion as a whole” (*Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914). The determination of whether the impugned legislation meets these criteria thus focuses on characteristics of the legislation that have nothing to do with those falling under the criminal law power, such as the necessity to identify an evil or injurious effect at which the prohibition is directed and a valid criminal law purpose. Needless to say, no harm, be it to identifiable others, to society as a whole, or to self, is required, or even relevant to the determination of whether legislation falls under the POGG power. The harm principle as applied by the courts below would thus be inapplicable to prohibitions enacted under the POGG power, or any other non-criminal fields of federal competence.

paix, l’ordre et le bon gouvernement ne s’applique que dans trois situations : (i) il existe une urgence nationale; (ii) le fédéral a compétence parce que la matière n’existait pas à l’époque de la Confédération et qu’elle ne relève pas de la catégorie des sujets de nature purement locale ou privée; (iii) la matière « dépasse [. . .] les intérêts locaux ou provinciaux et doit par sa nature même constituer une préoccupation pour le Dominion dans son ensemble » (*Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914). L’analyse permettant de décider si la loi contestée respecte ces critères porte donc essentiellement sur les caractéristiques de celle-ci qui n’ont rien à voir avec celles des lois relevant du pouvoir de légiférer sur le droit criminel, telle la nécessité de reconnaître le mal ou l’effet nuisible visé par l’interdiction et un objectif valide en droit criminel. Il va sans dire qu’aucun préjudice — que ce soit à l’intéressé lui-même, à d’autres personnes identifiables ou à la société en général — n’est requis ni même pertinent pour juger si la loi relève du pouvoir relatif à la paix, à l’ordre et au bon gouvernement. Le principe du préjudice, tel qu’il a été appliqué par les juridictions inférieures, serait donc inapplicable aux interdictions édictées en vertu de ce pouvoir ou de tout autre chef de compétence fédérale ne touchant pas au droit criminel.

217 The use of imprisonment, be it for a criminal offence, a prohibition enacted under the POGG power, or for any other offence created as a means of enforcement of non-criminal legislation, including provincial offences, must be subject to the same *Charter* requirements. The comments of Lamer C.J., in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at p. 189, are equally applicable here:

In my view, whether this offence (or the Act generally) is better characterized as “criminal” or “regulatory” is not the issue. The focus of the analysis in *Re B.C. Motor Vehicle Act* and *Vaillancourt* was on the use of imprisonment to enforce the prohibition of certain behaviour or activity. A person whose liberty has been restricted by way of imprisonment has lost no less liberty because he

La décision de recourir à l’emprisonnement, que ce soit à l’égard d’une infraction criminelle, d’une interdiction édictée en vertu du pouvoir relatif à la paix, à l’ordre et au bon gouvernement ou de quelque autre infraction créée pour faire respecter une loi à caractère non criminel, y compris les infractions provinciales, doit respecter les exigences établies par la *Charte* évoquées plus haut. Les commentaires du juge en chef Lamer dans l’arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, p. 189, s’appliquent également en l’espèce :

À mon avis, la question n’est pas de savoir si cette infraction (ou la Loi en général) doit être qualifiée de « pénale » ou de « réglementaire ». Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.* et l’arrêt *Vaillancourt*, l’analyse portait avant tout sur le recours à l’emprisonnement pour faire respecter l’interdiction de certains actes ou activités. La personne privée de sa liberté

or she is being punished for the commission of a regulatory offence as opposed to a criminal offence. Jail is jail, whatever the reason for it. In my view, it is the fact that the state has resorted to the restriction of liberty through imprisonment for enforcement purposes which is determinative of the principles of fundamental justice. [Emphasis in original.]

Similarly here, it is the fact that the state has resorted to the restriction of liberty through imprisonment for enforcement purposes which calls into play the harm principle as a principle of fundamental justice. I note here that the question is not whether imprisonment is used frequently or only in the rarest cases. The mere availability of imprisonment dictates the constitutional test to be applied (*Motor Vehicle Reference*, *supra*, at p. 515).

According to my colleagues' conclusion, the impugned legislation is within Parliament's legislative powers. For my purposes, once it is determined that the legislation falls within one of Parliament's constitutional heads of power, it does not matter whether the legislation falls under the criminal law power or otherwise. The key is indeed whether the approach taken by Parliament to enforce the prohibition of possession of marijuana is in accordance with the prescriptions of the *Charter*. This case is therefore an opportunity for this Court to evaluate the principles developed in *Motor Vehicle Reference* with respect to the *actus reus* of the offence.

#### B. *The Charter Issues*

The appellants Caine and Clay assert that the prohibition of possession of marijuana infringes s. 7 of the *Charter*. The s. 7 analysis requires the appellants to demonstrate a deprivation of liberty that is not in accordance with the principles of fundamental justice. Indeed, as *per* Iacobucci J. in *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at para. 38, the s. 7 analysis involves three stages:

The first question to be resolved is whether there exists a real or imminent deprivation of life, liberty, security of the

par l'emprisonnement n'est pas privée de moins de liberté parce qu'elle a été punie en raison de la perpétration d'une infraction réglementaire et non d'un crime. L'emprisonnement, c'est l'emprisonnement, peu importe la raison. À mon sens, c'est le fait que l'État a infligé une peine privative de liberté, en l'occurrence l'emprisonnement, pour faire respecter la loi qui est décisif du point de vue des principes de justice fondamentale. [Souligné dans l'original.]

De même, dans la présente affaire, c'est le fait que l'État a choisi de restreindre la liberté par l'emprisonnement pour faire respecter la loi qui fait intervenir le principe du préjudice en tant que principe de justice fondamentale. Je souligne ici qu'il ne s'agit pas de déterminer si l'emprisonnement est infligé fréquemment ou seulement dans des cas rarissimes. Le seul fait que la peine existe dicte le critère constitutionnel à appliquer (*Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, précité, p. 515).

Selon la conclusion de mes collègues, la mesure législative contestée relève des pouvoirs législatifs du Parlement. Pour les besoins des présents motifs, une fois qu'il a été jugé que la mesure correspond à un chef de compétence fédérale prévu par la Constitution, il importe peu de savoir si elle relève du pouvoir du Parlement en matière de droit criminel. Il s'agit plutôt fondamentalement de se demander si les moyens choisis par celui-ci pour faire respecter l'interdiction visant la possession de marijuana sont conformes aux exigences établies par la *Charte*. La présente affaire offre donc une occasion à la Cour d'évaluer les principes formulés dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act* à l'égard de l'élément matériel de l'infraction.

#### B. *Les questions touchant à la Charte*

Les appellants Caine et Clay affirment que l'interdiction visant la possession de marijuana contrevient à l'art. 7 de la *Charte*. Dans l'analyse fondée sur cet article, les appelants doivent démontrer que la privation de liberté n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. En fait, comme le précise le juge Iacobucci dans l'arrêt *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, par. 38, l'analyse fondée sur l'art. 7 comporte trois étapes :

La première question à résoudre est s'il y a privation réelle ou imminente de la vie, de la liberté, de la sécurité

218

219

person, or a combination of these interests. The second stage involves identifying and defining the relevant principle or principles of fundamental justice. Finally, it must be determined whether the deprivation has occurred in accordance with the relevant principle . . . .

I will now consider each of these three stages. I note that the analysis will concentrate on the challenge of the provisions prohibiting simple possession of marihuana. At the end of the analysis I will address Malmo-Levine's challenge to the prohibition of possession of marihuana for the purpose of trafficking.

(1) Deprivation of Life, Liberty, or Security of the Person

220 The respondent concedes, as the lower courts found, that the possibility of imprisonment under s. 3(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, engages the s. 7 liberty interest of the appellants. This is consistent with this Court's past holdings: *Motor Vehicle Reference*, *supra*, at p. 515; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at p. 789.

221 The appellants also argue that the right to use marihuana in the privacy of one's home is a fundamental aspect of personal autonomy and dignity. On this issue, I am in complete agreement with my colleagues Gonthier and Binnie JJ. Neither the widest view on liberty, as expressed by La Forest J., writing for himself, *L'Heureux-Dubé*, Gonthier and McLachlin JJ. on this issue, in *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 80, nor the interpretation of security as including a right to personal autonomy, cover the recreational use of marihuana, even in the privacy of one's home. This use does not qualify as a matter of fundamental importance so as to engage the liberty and security interests under s. 7 of the *Charter*. Put another way:

. . . the autonomy protected by the s. 7 right to liberty encompasses only those matters that can properly be characterized as fundamentally or inherently personal

de la personne ou d'une combinaison de ces trois droits. La deuxième étape consiste à identifier et à qualifier le ou les principes de justice fondamentale pertinents. Enfin, il faut déterminer si la privation s'est produite conformément aux principes pertinents . . . .

Je vais maintenant examiner chacune de ces trois étapes. Je signale que mon analyse portera essentiellement sur la contestation des dispositions interdisant la simple possession de marihuana. À la fin de mon analyse, j'examinerai la contestation par M. Malmo-Levine de l'interdiction visant la possession de marihuana en vue d'en faire le trafic.

(1) Atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne

L'intimée concède, conformément à la conclusion à cet effet des juridictions inférieures, que la peine d'emprisonnement prévue par le par. 3(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, met en cause le droit à la liberté garanti aux appelants par l'art. 7. Cette conclusion est conforme aux décisions antérieures de la Cour : *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, précité, p. 515; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 789.

Les appelants soutiennent aussi que le droit d'une personne de consommer de la marihuana dans l'intimité de son foyer constitue un aspect fondamental de l'autonomie et de la dignité de la personne. Sur ce point, je suis entièrement d'accord avec mes collègues les juges Gonthier et Binnie. Ni l'interprétation la plus large de la liberté, qu'a exprimée le juge La Forest en son propre nom et au nom des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 80, ni l'interprétation selon laquelle le droit à la sécurité inclue le droit à l'autonomie personnelle ne visent la consommation de marihuana à des fins récréatives, même dans l'intimité du foyer. Cet usage ne constitue pas une question d'importance fondamentale qui mettrait en jeu le droit à la liberté et à la sécurité garanti par l'art. 7 de la *Charte*. En d'autres mots :

. . . l'autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l'art. 7 ne comprend que les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou

such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence.

(*Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, at para. 66)

The threat of imprisonment clearly engages the s. 7 liberty interest of the appellants; since no one has addressed whether sanctions other than imprisonment could engage the right to liberty or security of the person, I will limit my analysis to the threat of imprisonment. Thus, I need not address here, given the scope of my analysis and the nature of this appeal, whether the imposition of a fine for simple possession of marijuana, or imprisonment as an alternative to the non-payment of a fine, or imposition of a criminal record *simpliciter*, engage the right to security or liberty of the person. Those issues were not addressed by the courts below and it would be both unwise and unnecessary to address them here. As the threat of imprisonment clearly engages the s. 7 liberty interest of the appellants, it is necessary to determine the relevant principles of fundamental justice, to which I now turn.

(2) The Relevant Principles of Fundamental Justice

The primary principle of fundamental justice put forth by the appellants is the alleged “harm principle”. The British Columbia Court of Appeal in *Caine* recognized the existence of a harm principle as a principle of fundamental justice, although the majority and the minority had different views on which threshold of harm was required by this principle. Rosenberg J.A. of the Court of Appeal for Ontario in *Clay* did not decide the issue but was ready to accept for the purposes of the case at bar that the harm principle was a principle of fundamental justice. The appellants also submit other principles of fundamental justice which they say are applicable to the cases at bar, namely the principle

d’essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l’essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l’indépendance individuelles.

(*Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 66)

La menace d’emprisonnement fait clairement intervenir le droit à la liberté garanti aux appelants par l’art. 7. Étant donné que personne n’a abordé la question de savoir si d’autres sanctions que l’emprisonnement pourraient mettre en cause le droit à la liberté ou à la sécurité de la personne, je vais limiter mon analyse à la menace d’emprisonnement. En conséquence, vu le cadre de mon analyse et la nature du présent pourvoi, je n’ai pas à me demander si, dans le cas de l’infraction de simple possession de marijuana, l’infliction d’une amende, l’infliction d’une peine d’emprisonnement en cas de non-paiement de cette amende ou le seul fait de l’établissement d’un casier judiciaire mettent en jeu le droit à la sécurité ou à la liberté de la personne. Ces questions n’ont pas été examinées par les juridictions inférieures et il serait à la fois inopportun et inutile de le faire maintenant. Comme la menace d’emprisonnement soulève manifestement le droit à la liberté garanti aux appelants par l’art. 7, il est essentiel de dégager les principes de justice fondamentale pertinents, tâche à laquelle je vais maintenant m’appliquer.

(2) Les principes de justice fondamentale pertinents

Les appelants invoquent en premier lieu le « principe du préjudice » qui, selon eux, constituerait un principe de justice fondamentale. Dans l’arrêt *Caine*, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a reconnu que ce principe est un principe de justice fondamentale, quoique les juges majoritaires et les juges minoritaires aient eu des conceptions divergentes quant au préjudice minimal requis par un tel principe. Dans l’arrêt *Clay*, le juge Rosenberg de la Cour d’appel de l’Ontario ne s’est pas prononcé sur cette question, mais il était disposé à reconnaître, pour les besoins de l’affaire dont il était saisi, que le principe du préjudice était un principe de justice fondamentale. Les appelants ont plaidé d’autres

of restraint, the principle precluding irrationality and arbitrariness in the legislative scheme and the principle of overbreadth (see para. 31 of the appellant Caine's factum).

224 Principles of fundamental justice have been defined as follows by Sopinka J. in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at pp. 590-91:

Principles of fundamental justice must not, however, be so broad as to be no more than vague generalizations about what our society considers to be ethical or moral. They must be capable of being identified with some precision and applied to situations in a manner which yields an understandable result. They must also, in my view, be legal principles. The now familiar words of Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 512-13, are as follows:

Consequently, the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets and principles, not only of our judicial process, but also of the other components of our legal system.

. . .

Whether any given principle may be said to be a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 will rest upon an analysis of the nature, sources, *rationale* and essential role of that principle within the judicial process and in our legal system, as it evolves.

225 As I mentioned earlier, in determining which principles of fundamental justice are at play here and in assessing their content and their scope, the focus must remain on the choice made by the state to resort to imprisonment to enforce the prohibition of possession of marihuana for personal use and alternatively, of possession of marihuana for the purpose of trafficking (*Wholesale Travel Group Inc.*, *supra*, at p. 189, *per* Lamer C.J.).

(a) *Harm Principle*

226 As Lamer J. recalled in *Motor Vehicle Reference*, *supra*, at p. 513, "[i]t has from time immemorial

principes de justice fondamentale qui, selon eux, s'appliquent à la présente espèce, à savoir le principe de la modération, le principe interdisant les lois irrationnelles et arbitraires et le principe de la portée excessive (voir le par. 31 du mémoire de l'appellant Caine).

Le juge Sopinka a défini ainsi les principes de justice fondamentale dans l'arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 591 :

Les principes de justice fondamentale ne doivent toutefois pas être généraux au point d'être réduits à de vagues généralisations sur ce que notre société estime juste ou moral. Ils doivent pouvoir être identifiés avec une certaine précision et appliqués à diverses situations d'une manière qui engendre un résultat compréhensible. Ils doivent également, à mon avis, être des principes juridiques. Le juge Lamer a tenu ces propos maintenant bien connus, dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 512 et 513 :

En conséquence, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux non seulement de notre processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système juridique.

. . .

La question de savoir si un principe donné peut être considéré comme un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 dépendra de l'analyse de la nature, des sources, de la raison d'être et du rôle essentiel de ce principe dans le processus judiciaire et dans notre système juridique à l'époque en cause.

Comme je l'ai dit précédemment, afin de dégager les principes de justice fondamentale en cause dans la présente affaire et de déterminer leur portée et leur contenu, il faut s'attacher à la décision de l'État de recourir à l'emprisonnement pour faire respecter l'interdiction visant la possession de marihuana aux fins de consommation personnelle ou aux fins de trafic (*Wholesale Travel Group Inc.*, précité, p. 189, le juge en chef Lamer).

a) *Le principe du préjudice*

Comme l'a rappelé le juge Lamer dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, précité, p. 513,

been part of our system of laws that the innocent not be punished.” This fundamental principle is at the core of his introductory remarks, at p. 492:

A law that has the potential to convict a person who has not really done anything wrong offends the principles of fundamental justice and, if imprisonment is available as a penalty, such a law then violates a person’s right to liberty under s. 7 of the *Charter of Rights and Freedoms* . . . .

In other words, absolute liability and imprisonment cannot be combined.

Since this landmark decision, courts have been “empowered, indeed required, to measure the content of legislation’ against the principles of fundamental justice contained in s. 7 of the *Charter*, and specifically, to ensure that the morally innocent not be punished” (*R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, at p. 17).

It is a fundamental substantive principle of criminal law that there should be no criminal responsibility without an act or omission accompanied by some sort of fault. The Latin phrase is *actus non facit reum, nisi mens sit rea* or “[t]he intent and the [a]ct must both concur to constitute the crime” (*Fowler v. Padget* (1798), 7 T.R. 509, 101 E.R. 1103 (K.B.), at p. 1106; see K. Roach, *Criminal Law* (2nd ed. 2000), at p. 8; D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (4th ed. 2001), at p. 359; G. Côté-Harper, P. Rainville and J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien* (4th ed. rev. 1998), at pp. 263-64; J. C. Smith and B. Hogan, *Criminal Law: Cases and Materials* (7th ed. 1999), at p. 27; A. P. Simester and G. R. Sullivan, *Criminal Law: Theory and Doctrine* (2000), at p. 21). Legal causation, which seeks to link the prohibited consequences to a culpable act of the accused, also reflects the fundamental principle that the morally innocent should not be punished (see *R. v. Nette*, [2001] 3 S.C.R. 488, 2001 SCC 78, at para. 45). In determining whether legal causation is established, the inquiry is directed at the question of whether the accused person should be held criminally responsible for the consequences that occurred from his or her conduct. As I said in *Nette*, *supra*, at para. 47, “[w]hile causation is a distinct issue from

« [d]epuis des temps immémoriaux, il est de principe dans notre système juridique qu’un innocent ne doit pas être puni. » Ce principe fondamental constitue la pierre angulaire de ses remarques introductives à la p. 492 :

Une loi qui permet de déclarer coupable une personne qui n’a véritablement rien fait de mal viole les principes de justice fondamentale et, si elle prévoit une peine d’emprisonnement, une telle loi viole le droit à la liberté garanti par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* . . . .

En d’autres termes, la responsabilité absolue et la peine d’emprisonnement ne peuvent être combinées.

Depuis cet arrêt de principe, les tribunaux ont « “le pouvoir et même le devoir d’apprécier le contenu de la loi” en fonction des principes de justice fondamentale évoqués à l’art. 7 de la *Charte* et, en particulier, de voir à ce que les personnes moralement innocentes n’encourent aucune sanction » (*R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, p. 17).

Selon un principe fondamental du droit criminel, il ne saurait y avoir responsabilité criminelle en l’absence d’une action ou omission accompagnée d’une faute. La maxime latine applicable est *actus non facit reum, nisi mens sit rea* ou « [u]n acte ne rend pas une personne coupable à moins que son intention ne soit coupable » (*Fowler c. Padget* (1798), 7 T.R. 509, 101 E.R. 1103 (K.B.), p. 1106; voir K. Roach, *Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 2000), p. 8; D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (4<sup>e</sup> éd. 2001), p. 359; G. Côté-Harper, P. Rainville et J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien* (4<sup>e</sup> éd. rév. 1998), p. 263-264; J. C. Smith et B. Hogan, *Criminal Law : Cases and Materials* (7<sup>e</sup> éd. 1999), p. 27; A. P. Simester et G. R. Sullivan, *Criminal Law : Theory and Doctrine* (2000), p. 21). La causalité juridique, qui vise à rattacher les conséquences prohibées à un acte coupable de l’accusé, reflète également le principe fondamental selon lequel les personnes moralement innocentes ne doivent pas être punies (voir *R. c. Nette*, [2001] 3 R.C.S. 488, 2001 CSC 78, par. 45). Pour décider si la causalité juridique a été établie, il faut se demander si l’accusé doit être tenu criminellement responsable des conséquences ayant résulté de sa conduite. Comme je l’ai dit dans l’arrêt *Nette*, précité, par. 47, « [b]ien que la causalité soit

*mens rea*, the proper standard of causation expresses an element of fault that is in law sufficient, in addition to the requisite mental element, to base criminal responsibility.” This inquiry seeks in fact to determine whether blame can be attributed to the accused and is illustrative of criminal law’s preoccupation that both the physical and mental elements of an offence coincide to reflect the blameworthiness attached to the offence and the offender.

228

In order to determine whether the principle developed in the *Motor Vehicle Reference* may apply to ground an element of fault in the *actus reus*, it is instructive to examine the interaction between the mental and physical elements of an offence and to review how the Court has applied that principle with respect to the *mens rea*. As Lamer J. explained in *Vaillancourt, supra*, at p. 652:

In effect, *Re B.C. Motor Vehicle Act* acknowledges that, whenever the state resorts to the restriction of liberty, such as imprisonment, to assist in the enforcement of a law, even, as in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, a mere provincial regulatory offence, there is, as a principle of fundamental justice, a minimum mental state which is an essential element of the offence. . . . *Re B.C. Motor Vehicle Act* did not decide what level of *mens rea* was constitutionally required for each type of offence, but inferentially decided that even for a mere provincial regulatory offence at least negligence was required, in that at least a defence of due diligence must always be open to an accused who risks imprisonment upon conviction. [Emphasis in original.]

Further, Lamer J. explained, at p. 653, that

whatever the minimum *mens rea* for the act or the result may be, there are, though very few in number, certain crimes where, because of the special nature of the stigma attached to a conviction therefor or the available penalties, the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime. Such is theft, where, in my view, a conviction requires proof of some dishonesty. Murder is another such offence.

une question distincte de la *mens rea*, le critère de causalité approprié comporte un élément de faute qui, outre l’élément moral requis, est suffisant en droit pour conclure à la responsabilité criminelle. » Cette analyse, qui consiste à décider si l’accusé peut être blâmé, illustre bien le souci du droit criminel de s’assurer que les éléments matériel et moral d’une infraction coïncident pour refléter le caractère blâmable associé à l’infraction et au délinquant.

Afin de déterminer si l’application du principe élaboré dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act* permet de dégager un élément de faute dans l’*actus reus*, il est utile de considérer l’interaction de l’élément moral et de l’élément matériel de l’infraction et de voir comment la Cour a appliqué le principe susmentionné à la *mens rea*. Comme l’a expliqué le juge Lamer dans l’arrêt *Vaillancourt*, précité, p. 652 :

En fait, dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, on reconnaît que dans tous les cas où l’État recourt à la restriction de la liberté, comme l’emprisonnement, pour assurer le respect de la loi, même si, comme dans ce renvoi, il ne s’agit que d’une simple infraction à une réglementation provinciale, la justice fondamentale exige que la présence d’un état d’esprit minimal chez l’accusé constitue un élément essentiel de l’infraction. [ . . . ] Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, on ne précise pas le degré de *mens rea* qu’exige la Constitution pour chaque type d’infraction, mais on établit indirectement que, même dans le cas d’une infraction à une réglementation provinciale, la négligence est au moins requise, en ce sens que l’accusé qui risque d’être condamné à l’emprisonnement s’il est déclaré coupable doit toujours pouvoir au moins invoquer un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable. [Souligné dans l’original.]

Le juge Lamer a en outre donné les explications suivantes, aux p. 653-654 :

. . . quelle que soit la *mens rea* minimale requise pour l’acte ou le résultat, il existe, quoiqu’ils soient très peu nombreux, des crimes pour lesquels, en raison de la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de ceux-ci ou des peines qui peuvent être imposées le cas échéant, les principes de justice fondamentale commandent une *mens rea* qui reflète la nature particulière du crime en question. Tel est le cas du vol dont, selon moi, on ne peut être déclaré coupable que s’il y a preuve d’une certaine malhonnêteté. Le meurtre en est un autre exemple.

The constitutionalization of fault requirements has indeed cast doubt on some *Criminal Code* offences and this Court has, in *Vaillancourt, supra*, and in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, for example, used the criteria of the stigma and punishment attached to an offence as determinative of the fault level or *mens rea* required for conviction. Specifically, the Court has decided that for murder and theft, principles of fundamental justice guaranteed by s. 7 of the *Charter* demand subjective intent or recklessness. Thus, the constructive murder provisions of the *Code* which required only objective foreseeability of death and in some circumstances, only a causal connection, were held to be unconstitutional.

The special mental element required for these offences gives rise to the moral blameworthiness which justifies the stigma and sentence attached to them: *Vaillancourt, supra*, at p. 654; *Martineau, supra*, at p. 646. In *Martineau*, it was decided that the essential role of requiring subjective foresight of death in the context of murder was to “maintain a proportionality between the stigma and punishment attached to a murder conviction and the moral blameworthiness of the offender” (p. 646). The principles of fundamental justice require, because of the special nature of the stigma attached to a murder conviction, and the available penalties, a *mens rea* reflecting the particular nature of the crime. The moral blameworthiness of a particular offender thus stems from the constitutionally required mental element, which is determined by considering the stigma and criminal sanction attaching to prohibited conduct.

In my view, the principle that stigma and punishment must be proportionate to the moral blameworthiness of the offender stands only if there is a sufficiently blameworthy element in the *actus reus* itself. A culpable mental state attached to a conduct may only be held “culpable” provided that the offender and his conduct ought to be blamed (see A. von Hirsch and N. Jareborg, “Gauging

La constitutionnalisation des exigences relatives à l’existence d’une faute a d’ailleurs remis en question la validité de certaines infractions prévues par le *Code criminel* et, dans les arrêts *Vaillancourt, précité*, et *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, par exemple, la Cour a utilisé les stigmates et la peine rattachés à une infraction comme critères de détermination du degré de faute ou de *mens rea* requis pour qu’il y ait déclaration de culpabilité. Plus précisément, la Cour a jugé que, pour le meurtre et le vol, les principes de justice fondamentale garantis par l’art. 7 de la *Charte* exigent qu’il y ait intention subjective ou insouciance. En conséquence, ont été jugées inconstitutionnelles les dispositions du *Code* créant l’infraction de meurtre par imputation, qui n’exigeaient que la prévisibilité objective de la mort et, dans certaines circonstances, un simple lien de causalité.

L’élément moral spécial requis pour ces infractions est la source de la culpabilité morale justifiant les stigmates et la peine associés à celles-ci : *Vaillancourt, précité*, p. 654; *Martineau, précité*, p. 646. Dans ce dernier arrêt, la Cour a décidé que la condition requérant la prévisibilité subjective de la mort dans le contexte d’un meurtre avait essentiellement pour rôle de « maintenir une proportionnalité entre les stigmates et la peine rattachés à une déclaration de culpabilité de meurtre et la culpabilité morale du délinquant » (p. 646). En raison du caractère particulier des stigmates liés à la déclaration de culpabilité pour meurtre et des peines applicables à cette infraction, les principes de justice fondamentale exigent que la *mens rea* reflète la nature particulière du crime. La culpabilité morale d’un délinquant découle donc de l’élément moral requis sur le plan constitutionnel, dont on détermine l’existence en examinant les stigmates et la sanction criminelle se rattachant au comportement prohibé.

À mon avis, le principe qui exige la proportionnalité entre, d’une part, les stigmates et la peine et, d’autre part, la culpabilité morale du délinquant ne reste valable que si l’*actus reus* lui-même comporte un caractère suffisamment blâmable. L’état d’esprit coupable associé à un comportement ne peut être jugé « coupable » que si le délinquant et son comportement doivent être blâmés (voir A. von Hirsch et

Criminal Harm: A Living-Standard Analysis” (1991), 11 *Oxford J. Legal Stud.* 1, at p. 6). This was implicitly recognized by this Court in *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, at pp. 964-65, where Sopinka J. held: “[p]rovided that there is a sufficiently blameworthy element in the *actus reus* to which a culpable mental state is attached, there is no additional requirement that any other element of the *actus reus* be linked to this mental state or a further culpable mental state” (emphasis added). Thus, in my opinion, the principles developed in *Motor Vehicle Reference* mandate a consideration of what is blamable in a specific conduct, i.e., what underlies stigma and punishment. Offences have both a mental and a physical element. An evaluation of the blameworthiness of conduct must take into account both elements so that wrongful conduct will not be held blamable without the necessary mental element and, on the other hand, a deliberate (or reckless or negligent) activity will not be held blamable without the activity being wrongful in the first place. Therefore, in assessing the moral blameworthiness of the offender, the inherent nature of the act committed, or the wrongfulness of the *actus reus*, must be considered.

231

What exactly is wrong or blameworthy in a given criminal offence is rarely an object of debate and is usually described by the harm or risk of harm associated with the conduct. Indeed, harm is so intrinsic to most offences that few would contest, for example, the harm to others associated with murder, assault, or theft. Murder affects the fundamental right to life; assault affects the victim’s security and dignity; and theft affects the victim’s material comfort and, in certain circumstances, his or her right to security, dignity and privacy. In fact, harm is often central to the requirement that punishment must be proportionate to the moral blameworthiness of the offender; in other words, “the fundamental principle of a morally based system of law [is] that those causing harm intentionally [should] be punished more severely than those causing harm unintentionally” (*Martineau, supra*, at p. 645; *Creighton, supra*, at p. 46; H. L. A. Hart, “Punishment and the Elimination of Responsibility”, in *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*

N. Jareborg, « Gauging Criminal Harm : A Living-Standard Analysis » (1991), 11 *Oxford J. Legal Stud.* 1, p. 6). Cette condition a été reconnue implicitement par la Cour dans l’arrêt *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, p. 964-965, où le juge Sopinka a dit ceci : « [à] la condition qu’il existe un élément suffisamment blâmable dans l’*actus reus* auquel se rattache un état d’esprit coupable, la loi n’exige pas qu’un autre élément de l’*actus reus* soit lié à cet état d’esprit ou à un autre état d’esprit coupable » (je souligne). Voilà pourquoi j’estime que les principes formulés dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act* commandent l’examen du caractère blâmable d’un comportement donné, c’est-à-dire ce qui est à l’origine des stigmates et de la peine. Les infractions comportent à la fois un élément moral et un élément matériel. L’évaluation du caractère blâmable d’un comportement doit tenir compte de ces deux éléments afin qu’un comportement fautif ne soit pas jugé blâmable en l’absence de l’élément moral nécessaire et, à l’inverse, qu’un acte délibéré (ou encore insouciant ou négligent) ne soit pas jugé blâmable s’il n’est pas au départ fautif. Par conséquent, pour juger de la culpabilité morale du délinquant, il faut tenir compte de la nature intrinsèque de l’acte commis ou du caractère fautif de l’*actus reus*.

L’élément précis qui, dans une infraction criminelle, est fautif ou blâmable fait rarement l’objet de débats et on le désigne habituellement en faisant état du préjudice ou risque de préjudice lié au comportement. De fait, l’existence d’un préjudice est un aspect tellement intrinsèque à la plupart des infractions que rares sont les personnes qui contesteraient, par exemple, le préjudice que causent à autrui le meurtre, les voies de fait ou le vol. Le meurtre porte atteinte au droit fondamental à la vie, les voies de fait touchent à la sécurité et à la dignité de la victime et le vol s’attaque au confort matériel de la victime en plus, dans certaines circonstances, de violer son droit à la sécurité, à la dignité et à la vie privée. En fait, le préjudice est souvent l’élément central de l’obligation de proportionnalité entre la peine et la culpabilité morale du délinquant; en d’autres mots, « le principe fondamental d’un système de droit fondé sur la morale [est] que ceux qui causent un préjudice intentionnellement [devraient] être punis plus sévèrement que ceux qui le font involontai-

(1968), at p. 162). Typically, the debate usually does not concern whether the conduct is harmful *per se*, but rather whether the level of harm caused or the inherent gravity of the conduct justify an increase in the harshness of labelling or sentencing.

Courts indeed often undertake an evaluation of the level of blameworthiness of the *actus reus*. Identical levels of intent (e.g., the intention to cause death) can lead to different degrees of labelling if the act itself is more deserving of condemnation. For instance, in *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695 (released concurrently with *Martineau, supra*), this Court analysed in light of s. 7 whether a sentencing scheme which classified murders done while committing certain underlying offences as more serious, and thereby attaching more serious penalties to them, was unconstitutional. This Court found the increased harshness of labelling and punishment to be constitutionally valid under s. 7. Lamer C.J. came to this by examining the blameworthiness of the offence (at p. 704):

The section is based on an organizing principle that treats murders committed while the perpetrator is illegally dominating another person as more serious than other murders. Further, the relationship between the classification and the moral blameworthiness of the offender clearly exists. . . . Parliament's decision to treat more seriously murders that have been committed while the offender is exploiting a position of power through illegal domination of the victim accords with the principle that there must be a proportionality between a sentence and the moral blameworthiness of the offender and other considerations such as deterrence and societal condemnation of the acts of the offender. [Emphasis added.]

Harm is frequently the determining factor in assessing the severity of an offence and in distinguishing between levels of responsibility for equally mentally blamable acts. For example, under s. 7, this Court, in *DeSousa (per Sopinka J.)*, held that Parliament could treat crimes that produce certain consequences as more serious than crimes that lack those consequences: “[I]t is acceptable to

rement » (*Martineau*, précité, p. 645; *Creighton*, précité, p. 46; H. L. A. Hart, « Punishment and the Elimination of Responsibility », dans *Punishment and Responsibility : Essays in the Philosophy of Law* (1968), p. 162). En général, il ne s’agit pas de déterminer si le comportement est préjudiciable en soi, mais plutôt si l’ampleur du préjudice causé ou la gravité intrinsèque du comportement justifient une qualification ou une peine plus sévère.

De fait, les tribunaux procèdent souvent à l’évaluation du caractère blâmable de l’*actus reus*. Une même intention (par exemple l’intention de causer la mort) peut entraîner des qualifications différentes si l’acte mérite davantage d’être condamné. À titre d’exemple, dans l’arrêt *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695 (rendu en même temps que l’arrêt *Martineau*, précité), la Cour a examiné, au regard de l’art. 7, la constitutionnalité d’un régime de détermination de la peine qui qualifiait de façon plus sérieuse les meurtres commis durant la perpétration de certaines infractions et qui les assortissait en conséquence de peines plus sévères. La Cour a conclu à la constitutionnalité de ces qualifications et peines plus sévères au regard de l’art. 7. Le juge en chef Lamer est arrivé à cette conclusion par suite de l’examen du caractère blâmable de l’infraction (à la p. 704) :

Le paragraphe est fondé sur un principe directeur qui considère que le meurtre commis pendant que son auteur domine illégalement une autre personne est plus grave qu’un autre meurtre. De plus, il y a nettement un rapport entre la classification et la culpabilité morale du délinquant. [. . .] La décision du Parlement de traiter plus sévèrement les meurtres commis pendant que leur auteur exploitait une situation de puissance par la domination illégale de la victime est conforme au principe qu’il doit y avoir proportionnalité entre une peine et la culpabilité morale du délinquant, ainsi qu’à d’autres considérations comme la dissuasion et la réprobation sociale des actes du délinquant. [Je souligne.]

En présence d’actes également blâmables sur le plan moral, le préjudice est souvent le facteur déterminant dans l’évaluation de la gravité d’une infraction et dans la différenciation des degrés de responsabilité. Par exemple, dans l’arrêt *DeSousa* (le juge Sopinka), la Cour a jugé, au regard de l’art. 7, que le législateur pouvait considérer certains crimes, qui entraînaient des conséquences

distinguish between criminal responsibility for equally reprehensible acts on the basis of the harm that is actually caused” (p. 967). See also *R. v. Williams*, [2003] 2 S.C.R. 134, 2003 SCC 41, at paras. 43-46.

234

These principles are also in line with all sentencing principles adopted by this Court. Indeed, harm, or the seriousness of prohibited conduct, along with mental blameworthiness, form the basis for culpability, and go hand in hand to determine the appropriate sentence (see D. E. Scheid, “Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments” (1997), 10 *Can. J.L. & Juris.* 441, at p. 484; von Hirsch and Jareborg, *supra*, at p. 2). It is a fundamental principle of sentencing that both the severity of the offence and the moral blameworthiness of the offender should dictate the quantum of sentence. As Lamer C.J. held in *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 36: “For offences where imprisonment is available, the *Code* sets maximum terms of incarceration in accordance with the relative severity of each crime.” And further, at para. 40: “It is a well-established tenet of our criminal law that the quantum of sentence imposed should be broadly commensurate with the gravity of the offence committed and the moral blameworthiness of the offender.” See also s. 718.1 of the *Criminal Code*, which states that “[a] sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender”: *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, at para. 82; *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18, at para. 18; G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978), at pp. 461-62.

235

Hence, harm or the risk of harm is a determinative factor in the assessment of the seriousness or wrongfulness of prohibited conduct. Harm associated with victimizing conduct, i.e., conduct which infringes on the rights and freedoms of identifiable persons, is the most obvious, and the concern usually is with how much the person has been harmed. This, in turn, is likely to dictate the extent of

données, comme plus graves que les crimes ne produisant pas ces conséquences : « il est acceptable d’établir une distinction quant à la responsabilité criminelle entre des actes également répréhensibles en fonction du préjudice qui est effectivement causé » (p. 967). Voir également *R. c. Williams*, [2003] 2 R.C.S. 134, 2003 CSC 41, par. 43-46.

Ces principes sont également conformes à tous les principes de détermination de la peine adoptés par la Cour. De fait, le préjudice — ou la gravité du comportement prohibé — et la culpabilité morale constituent le fondement même de la culpabilité et vont de pair pour déterminer la peine appropriée (voir D. E. Scheid, « Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments » (1997), 10 *Can. J.L. & Juris.* 441, p. 484; von Hirsch et Jareborg, *loc. cit.*, p. 2). Selon un principe fondamental de détermination de la peine, tant la gravité de l’infraction que la culpabilité morale du délinquant doivent dicter la sévérité de la peine. Comme l’a dit le juge en chef Lamer dans l’arrêt *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 36, « [d]ans le cas des infractions punissables par l’emprisonnement, le *Code* fixe des durées maximales d’incarcération correspondant à la gravité relative de chaque crime. » Il a ajouté ceci, au par. 40, « [i] existe un principe bien établi de notre droit criminel selon lequel l’importance de la peine infligée doit être généralement proportionnelle à la gravité de l’infraction commise et à la culpabilité morale du contrevenant ». Voir aussi l’art. 718.1 du *Code criminel*, qui précise que « [l]a peine est proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant » : *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, par. 82; *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18, par. 18; G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978), p. 461-462.

Par conséquent, le préjudice ou le risque de préjudice constitue un facteur déterminant dans l’appréciation de la gravité ou du caractère fautif du comportement interdit. Le préjudice découlant d’un comportement attentatoire, c’est-à-dire un comportement portant atteinte aux droits et libertés de personnes identifiables, est quelque chose d’évident et la difficulté consiste habituelle-

punishment or the difference in the labelling of an offence, as well as the level of *mens rea* necessary to establish culpability. Other forms of conduct cause harm that is more diffuse, where no identifiable persons have had their rights or freedoms infringed by the conduct; the harm there is collective and it is the public interest that is adversely affected. Finally, other conduct is even more distant from this notion of harm, and the prohibition of that conduct is aimed at advancing public interests distinct from the protection of individuals or society.

The fundamental question raised in these appeals is whether harm is a constitutionally required component of the *actus reus* of any offence punishable by imprisonment. We have seen above that harm may not be the only basis upon which Parliament may decide to prohibit or regulate a given type of conduct. We must now determine whether the *Charter* requires that harm be the sole basis upon which the state may employ the threat of imprisonment as a sanction against a prohibited conduct.

The debate over the harm principle takes place around the traditional confrontation between harm and morality as a basis for restricting an individual's liberty. The liberal view was initially espoused by Victorian philosopher and economist John Stuart Mill in his essay, *On Liberty*. He wrote:

The object of this Essay is to assert one very simple principle, as entitled to govern absolutely the dealings of society with the individual in the way of compulsion and control, whether the means used be physical force in the form of legal penalties, or the moral coercion of public opinion. That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to

ment à déterminer son étendue. Ce préjudice dicte généralement la sévérité de la peine ou la qualification de l'infraction ainsi que le degré de *mens rea* nécessaire pour établir la culpabilité. D'autres formes de comportement causent un préjudice plus imprécis. Il s'agit des situations où le comportement ne porte pas atteinte aux droits ou libertés de personnes identifiables, où le préjudice est collectif et où c'est l'intérêt public qui subit l'effet préjudiciable. Enfin, il existe d'autres comportements qui sont encore plus éloignés de cette notion de préjudice et dont l'interdiction vise à défendre des intérêts publics distincts de la protection de personnes données ou de la société.

La question fondamentale que soulèvent les présents pourvois consiste à décider si, suivant la Constitution, le préjudice constitue un élément essentiel de l'*actus reus* de toute infraction punissable par l'emprisonnement. Nous avons vu précédemment que l'existence d'un préjudice n'est pas la seule raison susceptible d'amener le Parlement à décider d'interdire ou de réglementer un comportement donné. Nous devons maintenant nous demander si par l'effet de la *Charte* le préjudice est le seul motif justifiant l'État de recourir à la menace d'emprisonnement comme sanction d'un comportement interdit.

Le débat sur le principe du préjudice s'inscrit dans le débat concernant l'opposition historique entre préjudice et moralité comme raison justifiant de restreindre la liberté de l'individu. L'interprétation libérale a au départ été défendue par le philosophe et économiste de l'ère victorienne, John Stuart Mill, dans son essai intitulé *De la liberté*, où il a écrit ceci :

L'objet de cet essai est de poser un principe très simple, fondé à régler absolument les rapports de la société et de l'individu dans tout ce qui est contrainte ou contrôle, que les moyens utilisés soient la force physique par le biais de sanctions pénales ou la contrainte morale exercée par l'opinion publique. Ce principe veut que les hommes ne soient autorisés, individuellement ou collectivement, à entraver la liberté d'action de quiconque que pour assurer leur propre protection. La seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres est de

236

237

prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant. He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinions of others, to do so would be wise, or even right. These are good reasons for remonstrating with him, or reasoning with him, or persuading him, or entreating him, but not for compelling him, or visiting him with any evil in case he do otherwise. To justify that, the conduct from which it is desired to deter him, must be calculated to produce evil to some one else. The only part of the conduct of any one, for which he is amenable to society, is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign. [Emphasis added.]

(J. S. Mill, *On Liberty and Considerations on Representative Government* (1946), at pp. 8-9)

Mill's principle was exclusive: "[T]he only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others" (p. 8 (emphasis added)).

238

Mill's assertion was challenged by Sir James Fitzjames Stephen in *Liberty, Equality, Fraternity* (1967), initially published in 1874, who strongly opposed any limitation on the power of the state to enforce morality. Stephen's argument was best captured in a now-famous passage: "there are acts of wickedness so gross and outrageous that, self-protection apart, they must be prevented as far as possible at any cost to the offender, and punished, if they occur, with exemplary severity" (p. 162). This debate between Mill and Stephen was reignited in England by the recommendation in 1957 of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution to decriminalize homosexuality on the basis that it is not the duty of the law to concern itself with immorality as such (*The Wolfenden Report* (1963), at paras. 61-62). The reactions to the *Wolfenden Report* have been vehement. Lord Patrick Devlin, in his Maccabean Lecture delivered at the British Academy in 1959 (later published: P. Devlin, *The Enforcement of Morals* (1965)), argued that purportedly immoral activities, like homosexuality and

l'empêcher de nuire aux autres. Contraindre quiconque pour son propre bien, physique ou moral, ne constitue pas une justification suffisante. Un homme ne peut pas être légitimement contraint d'agir ou de s'abstenir sous prétexte que ce serait meilleur pour lui, que cela le rendrait plus heureux ou que, dans l'opinion des autres, agir ainsi serait sage ou même juste. Ce sont certes de bonnes raisons pour lui faire des remontrances, le raisonner, le persuader ou le supplier, mais non pour le contraindre ou lui causer du tort s'il agit autrement. La contrainte ne se justifie que lorsque la conduite dont on désire détourner cet homme risque de nuire à quelqu'un d'autre. Le seul aspect de la conduite d'un individu qui soit du ressort de la société est celui qui concerne les autres. Mais pour ce qui ne concerne que lui, son indépendance est, de droit, absolue. Sur lui-même, sur son corps et son esprit, l'individu est souverain. [Je souligne.]

(J. S. Mill, *De la liberté* (1990), trad. de L. Lenglet, p. 74-75)

Le principe énoncé par Mill avait un caractère exclusif : « La seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres est de l'empêcher de nuire aux autres » (p. 74 (je souligne)).

Cette affirmation de Mill a été contestée par sir James Fitzjames Stephen dans l'ouvrage *Liberty, Equality, Fraternity* (1967), publié pour la première fois en 1874, où l'auteur s'opposait farouchement à toute restriction du pouvoir de l'État de faire respecter la moralité. L'extrait suivant, désormais célèbre, résume parfaitement le raisonnement de Stephen : [TRADUCTION] « certains actes sont d'une méchanceté à ce point grave et intolérable que, exception faite des situations de légitime défense, ils doivent autant que possible être réprimés, et ce quel qu'en soit le coût pour le délinquant, et, s'ils sont commis, ils doivent être punis avec une sévérité exemplaire » (p. 162). Ce débat entre Mill et Stephen a été ranimé en Angleterre lorsque le Committee on Homosexual Offences and Prostitution a recommandé en 1957 la décriminalisation de l'homosexualité parce qu'il ne ressortit pas au droit de se préoccuper de l'immoralité en tant que telle (*The Wolfenden Report* (1963), par. 61-62). Le *Wolfenden Report* a suscité de vives réactions. Par ailleurs, dans un texte qu'il a prononcé dans le cadre des Maccabean

prostitution, should remain criminal offences and he became associated with the principle of legal moralism — the principle that moral offences should be regulated because they are immoral (see on this: B. E. Harcourt, “The Collapse of the Harm Principle” (1999), 90 *J. Crim. L. & Criminology* 109, at pp. 111-12; B. Lauzon, *Les champs légitimes du droit criminel et leur application aux manipulations génétiques transmissibles aux générations futures* (2002), at p. 26).

This position is opposed to the liberal view of Professors Hart and Feinberg who reiterated Mill’s harm principle. According to J. Feinberg, who adopts a less exclusive view of the harm principle in *The Moral Limits of the Criminal Law* (1984), in the first volume, entitled *Harm to Others*, at p. 26, “[i]t is always a good reason in support of penal legislation that it would probably be effective in preventing . . . harm to persons other than the actor.” The debate between legal moralism and the harm principle has stimulated academic discussions and much has been written on this topic (see, *inter alia*, in addition to other sources cited throughout these reasons: “Symposium: The Moral Limits of the Criminal Law” (2001), 5 *Buff. Crim. L. Rev.* 1-319; *Mill’s On Liberty: Critical Essays* (1997), edited by Gerald Dworkin). Braidwood J.A. referred, at paras. 107-12, to various authors who either adopted the harm principle or incorporated it in their writings. One of the most prominent, H. L. Packer, in his influential *The Limits of the Criminal Sanction* (1968) said, at p. 267, that “harm to others” must be a “limiting criteri[on] for invocation of the criminal sanction”. This debate, which has remained focused, as I said earlier, on what should be criminalized, also permeated the work of the Law Reform Commissions in Canada on possible reforms of the *Criminal Code*. I need not expand on their recommendations for my purposes. Suffice it to say that Braidwood J.A. referred to various reports, all of which basically advocated that the criminal law should only be used, save in

Lectures devant la British Academy en 1959 (et qui a plus tard été publié : P. Devlin, *The Enforcement of Morals* (1965)), lord Patrick Devlin a soutenu que des activités censément immorales telles l’homosexualité et la prostitution devraient rester des infractions criminelles. Il a alors été associé au principe du moralisme juridique — principe selon lequel les infractions à la morale devraient être réglementées parce qu’elles sont immorales (voir, à ce sujet, B. E. Harcourt, « The Collapse of the Harm Principle » (1999), 90 *J. Crim. L. & Criminology* 109, p. 111-112; B. Lauzon, *Les champs légitimes du droit criminel et leur application aux manipulations génétiques transmissibles aux générations futures* (2002), p. 26).

Cette position est contraire au point de vue libéral préconisé par les professeurs Hart et Feinberg qui ont réaffirmé le principe du préjudice énoncé par Mill. Selon J. Feinberg, qui adopte une conception moins exclusive de ce principe dans le premier volume, intitulé *Harm to Others*, de son ouvrage *The Moral Limits of the Criminal Law* (1984), p. 26, [TRADUCTION] « [i]l est toujours justifié d’adopter une loi pénale susceptible d’empêcher [. . .] un préjudice à d’autres personnes qu’à l’auteur de l’acte. » Le débat opposant moralisme juridique et principe du préjudice a stimulé les discussions entre théoriciens et on a écrit abondamment sur ce sujet (voir, notamment, en plus des autres sources citées dans les présents motifs : « Symposium : The Moral Limits of the Criminal Law » (2001), 5 *Buff. Crim. L. Rev.* 1-319; *Mill’s On Liberty : Critical Essays* (1997), dir. Gerald Dworkin). Aux paragraphes 107-112, le juge Braidwood de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a cité plusieurs auteurs qui soit ont souscrit au principe du préjudice soit l’ont incorporé dans leurs travaux. L’un des plus connus, H. L. Packer, a dit, à la p. 267 de son important ouvrage intitulé *The Limits of the Criminal Sanction* (1968), que [TRADUCTION] « le préjudice à autrui » doit être considéré comme un « critèr[e] restreignant le recours aux sanctions pénales ». Ce débat qui, comme je l’ai dit plus tôt, est resté axé sur ce qui devrait être criminalisé, a aussi influencé les travaux des diverses commissions de réforme de droit au Canada qui ont étudié de possibles changements au *Code criminel*. Il n’est pas nécessaire

exceptional circumstances, where conduct causes or risks causing significant or grave harm to others or society (see paras. 113-16).

240 This philosophical and theoretical debate is of great interest and is a useful policy tool for law makers. It may also serve as a guide in the characterization of the harm principle as a principle of fundamental justice. However, as guardians of the constitutional principles of fundamental justice, courts are not expected to merely choose from among the competing theories of harm advanced by criminal law theorists. As Doherty J.A. said in *R. v. Murdock* (2003), 11 C.R. (6th) 43 (Ont. C.A.), at para. 31:

Nor should the harm principle be taken as an invitation to the judiciary to consecrate a particular theory of criminal liability as a principle of fundamental justice. This is so even if that theory has gained the support of law reformers, some of whom also happen to be judges. Judicial review of the substantive content of criminal legislation under s. 7 should not be confused with law reform. Judicial review tests the validity of legislation against the minimum standards set out in the *Charter*. Law reform tests the legal *status quo* against the law reformer's opinion of what the law should be.

241 This Court has discussed, albeit under s. 1, the interaction between morality and harm as a valid basis to restrict *Charter* rights. In *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 498, Sopinka J., writing for the majority, held that “[t]he objective of maintaining conventional standards of propriety, independently of any harm to society, is no longer justified in light of the values of individual liberty which underlie the *Charter*.” Sopinka J. also noted, at pp. 492-93, that “[t]o impose a certain standard of public and sexual morality, solely because it reflects the conventions

que je m’attarde à leurs recommandations dans les présents motifs. Il suffit de dire que le juge Braidwood a fait état de différents rapports qui ont tous essentiellement proposé que, sauf circonstances exceptionnelles, le législateur ne puisse avoir recours au droit criminel que dans les cas où le comportement litigieux cause ou est susceptible de causer un préjudice grave ou important à d’autres personnes ou à la société (voir les par. 113-116).

Ce débat théorique et philosophique présente un grand intérêt et constitue un instrument utile pour les législateurs. Il peut également servir de guide dans la définition du principe du préjudice comme principe de justice fondamentale. Toutefois, le rôle des tribunaux en tant que gardiens des principes de justice fondamentale garantis par la Constitution ne consiste pas simplement à choisir entre les diverses thèses avancées par les théoriciens du droit criminel à l’égard du principe du préjudice. Comme l’a dit le juge Doherty de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *R. c. Murdock* (2003), 11 C.R. (6th) 43, par. 31 :

[TRADUCTION] Il ne faut pas non plus considérer que le principe du préjudice invite les tribunaux judiciaires à ériger en principe de justice fondamentale une théorie particulière en matière de responsabilité criminelle, et ce même si cette théorie a obtenu l’appui de réformateurs du droit, dont certains sont également des juges. Le contrôle judiciaire d’une loi pénale au regard de l’art. 7 ne saurait être confondu avec le processus de réforme du droit. Le contrôle judiciaire vérifie la validité d’une mesure législative au regard des normes minimales prévues par la *Charte*, alors que, dans le cadre de la réforme du droit, on compare le statu quo juridique sur une question à ce que devrait être, de l’avis du réformateur, le droit sur cette question.

La Cour a déjà analysé, au regard de l’article premier toutefois, l’interaction de la moralité et du préjudice comme raison justifiant de restreindre les droits garantis par la *Charte*. Dans l’arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, le juge Sopinka, qui s’exprimait au nom des juges majoritaires, a dit que « [l]’objectif de maintenir des normes de bienséance traditionnelles, indépendamment du préjudice causé à la société, n’est plus justifié compte tenu des valeurs relatives à la liberté individuelle qui sous-tendent la *Charte* » (p. 498). Précédemment, aux

of a given community, is inimical to the exercise and enjoyment of individual freedoms, which form the basis of our social contract. . . . The prevention of ‘dirt for dirt’s sake’ is not a legitimate objective which would justify the violation of one of the most fundamental freedoms enshrined in the *Charter*.” Sopinka J. however conceded that Parliament had the right to legislate on the basis of some fundamental conception of morality for the purposes of safeguarding the values which are integral to a free and democratic society (at p. 493):

Moral disapprobation is recognized as an appropriate response when it has its basis in *Charter* values.

As the respondent and many of the interveners have pointed out, much of the criminal law is based on moral conceptions of right and wrong and the mere fact that a law is grounded in morality does not automatically render it illegitimate. In this regard, criminalizing the proliferation of materials which undermine another basic *Charter* right may indeed be a legitimate objective.

Sopinka J. found that the overriding objective of the impugned provision was not however moral disapprobation but the avoidance of harm to society, which he considered a substantial concern that justified restriction of the freedom of expression.

In a concurring opinion, Gonthier J., writing for himself and L’Heureux-Dubé J., said, at p. 522, that “the avoidance of harm to society is but one instance of a fundamental conception of morality”. Speaking about the type of moral claim that could justify an infringement of s. 2(b) of the *Charter*, Gonthier J. wrote, at pp. 523-24:

First of all, the moral claims must be grounded. They must involve concrete problems such as life, harm, well-being, to name a few, and not merely differences of opinion or of taste. Parliament cannot restrict *Charter* rights simply on the basis of dislike; this is what is meant by the expression “substantial and pressing” concern.

p. 492-493, le juge Sopinka avait dit qu’« [i]mposer une certaine norme de moralité publique et sexuelle, seulement parce qu’elle reflète les conventions d’une société donnée, va à l’encontre de l’exercice et de la jouissance des libertés individuelles qui forment la base de notre contrat social. [. . .] La prévention de “l’obscénité pour l’obscénité” ne constitue pas un objectif légitime qui justifierait la violation de l’une des libertés les plus fondamentales consacrées dans la *Charte*. » Il a cependant reconnu, à la p. 493, que le Parlement avait le droit, en se fondant sur une certaine conception fondamentale de la moralité, de légiférer pour protéger les valeurs qui font partie intégrante d’une société libre et démocratique :

[TRADUCTION] La désapprobation morale est reconnue comme une réponse appropriée lorsqu’elle repose sur les valeurs de la *Charte*.

Comme l’intimée et de nombreux intervenants l’ont fait ressortir, une bonne partie du droit criminel repose sur des conceptions morales de ce qui est bon et de ce qui est mauvais, et le simple fait qu’un texte législatif soit fondé sur la moralité ne le rend pas automatiquement illégitime. À cet égard, criminaliser la prolifération du matériel qui porte atteinte à un autre droit fondamental garanti par la *Charte* peut bien constituer un objectif légitime.

Le juge Sopinka a conclu que la disposition contestée ne visait toutefois pas à exprimer la désapprobation morale, mais à éviter qu’un préjudice soit causé à la société, objectif qui constituait selon lui une préoccupation réelle justifiant de porter atteinte à la liberté d’expression.

Dans des motifs concourants, le juge Gonthier, s’exprimant en son nom et au nom de la juge L’Heureux-Dubé, a dit, à la p. 522, que « le fait d’éviter qu’un préjudice soit causé à la société n’est qu’un exemple de conception fondamentale de la moralité ». Commentant les types de prétentions morales susceptibles de justifier une atteinte à l’al. 2b) de la *Charte*, il a écrit ceci, aux p. 523-524 :

Premièrement, les prétentions morales doivent être fondées. Elles doivent porter sur des problèmes concrets, comme la vie, le préjudice, le bien-être pour n’en nommer que quelques-uns; il ne doit pas s’agir simplement de divergences d’opinions ou de goûts. Le Parlement ne saurait restreindre les droits garantis par la *Charte* simplement pour des motifs d’aversion; c’est ce qu’on entend par préoccupation « réelle et urgente ».

Secondly, a consensus must exist among the population on these claims. They must attract the support of more than a simple majority of people. In a pluralistic society like ours, many different conceptions of the good are held by various segments of the population. . . . In this sense a wide consensus among holders of different conceptions of the good is necessary before the State can intervene in the name of morality.

243

In the present case, the state does not advance morality as a basis for restricting the right to liberty of the appellants, although it appears to have played an important role in the original addition of cannabis to the list of prohibited narcotics (both trial judges put special emphasis on the provocative writings of Edmonton, Alberta Magistrate Emily Murphy, which, according to Howard Prov. Ct. J., “consisted of reckless assertions of fact which were, quite simply, untrue” and which “helped to create a climate of irrational fear which, no doubt, provided some impetus to the movement to prohibit the use of marihuana” (para. 32)). Had the respondent based its legislation on morality grounds, we would have had to determine the sufficiency of this justification to resort to imprisonment in light of the harm principle as a principle of fundamental justice. However, it is not necessary to comment on the eventual success of such an argument because in any event, here, as in *Butler, supra*, the overriding purpose of the prohibition is not moral disapprobation, but the protection against harm. Therefore, we are not asked in these cases to take side in the “harm vs. morality” debate nor to determine if, and if so in which circumstances, conduct that offends morality could be said to harm others or society as a whole. The state purports to prohibit conduct that it says is directly harmful to the health of individuals, and incidentally to society as a whole.

244

I am of the view that the principles of fundamental justice require that whenever the state resorts to imprisonment, a minimum of harm to others

Deuxièmement, il doit exister un consensus au sein de la population quant à ces prétentions. Elles doivent bénéficier de l’appui de plus d’une majorité simple de la population. Dans une société pluraliste comme la nôtre, les divers segments de la population ont maintes conceptions différentes de ce qui est bien. [. . .] En ce sens, il doit exister un vaste consensus entre les tenants des diverses conceptions du bien pour que l’État puisse intervenir en invoquant la moralité.

En l’espèce, l’État n’invoque pas la moralité pour restreindre le droit des appelants à la liberté, bien que ce motif semble avoir joué un rôle important dans l’ajout initial du cannabis à la liste des stupéfiants interdits (dans les deux procès, les juges ont particulièrement insisté sur les écrits provocateurs de la magistrate Emily Murphy d’Edmonton en Alberta qui, selon la juge Howard, [TRADUCTION] « étaient constitués d’allégations de fait inconsidérées et tout bonnement fausses », « ayant contribué à créer un climat de crainte irrationnelle qui, sans aucun doute, a donné un élan au mouvement en faveur de l’interdiction de la marihuana » (par. 32)). Si l’intimée avait fondé sa mesure législative sur des principes de moralité, il nous aurait fallu statuer sur le caractère suffisant de ces motifs comme justification du recours à l’emprisonnement au regard du principe du préjudice en tant que principe de justice fondamentale. Il est toutefois inutile de commenter les chances de succès d’un tel argument, étant donné que quoi qu’il en soit, tout comme c’était le cas dans l’arrêt *Butler*, précité, l’objectif principal de l’interdiction en l’espèce n’est pas la désapprobation morale mais plutôt la protection contre un préjudice. En conséquence, nous n’avons pas, dans les présents pourvois, à prendre parti dans le débat opposant « préjudice et moralité » ni à déterminer s’il est possible de considérer qu’un comportement choquant la moralité ait pour effet de causer préjudice à d’autres personnes ou à la société en général et, si oui, dans quelles circonstances. L’État veut interdire un comportement qui, selon lui, est directement préjudiciable à la santé de certaines personnes et indirectement préjudiciable à l’ensemble de la société.

J’estime que les principes de justice fondamentale font en sorte que, dans tous les cas où l’État a recours à l’emprisonnement, l’existence d’un

must be an essential part of the offence. The state cannot resort to imprisonment as a punishment for conduct that causes little or no reasoned risk of harm to others. Prohibited conduct punishable by imprisonment cannot be harmless conduct or conduct that only causes harm to the perpetrator. As Braidwood J.A. said in *Caine*, “it is common sense that you don’t go to jail unless there is a potential that your activities will cause harm to others” (para. 134).

In *Murdock*, *supra*, Doherty J.A. characterized the harm principle as follows, at para. 33:

The harm principle, as a principle of fundamental justice, goes only so far as to preclude the criminalization of conduct for which there is no “reasoned apprehension of harm” to any legitimate personal or societal interest. If conduct clears that threshold, it cannot be said that criminalization of such conduct raises the spectre of convicting someone who has not done anything wrong. Difficult questions such as whether the harm justifies the imposition of a criminal prohibition or whether the criminal law is the best way to address the harm are policy questions that are beyond the constitutional competence of the judiciary and the institutional competence of the criminal law adversarial process.

Like Braidwood J.A. in *Caine* and Rosenberg J.A. in *Clay*, Doherty J.A.’s concern was, by his own words, to draw a distinction “between the harm principle as a principle of fundamental justice and closely related, but distinct policy questions surrounding the application of the criminal law” (para. 34). Indeed, he adds in a footnote at para. 33:

For example, many argue that the criminal sanction should be a last resort employed only if other forms of governmental action cannot adequately address the harm flowing from the conduct. This minimalist approach to criminal law may well be sound criminal law policy. However, it hardly reflects the historical reality of the scope of the criminal law so as to be properly described

préjudice minimal à autrui est nécessairement un élément essentiel de l’infraction. L’État ne peut pas sanctionner par l’emprisonnement un comportement qui ne crée peu ou pas de véritables risques pour autrui. Le comportement prohibé que l’on punit par l’emprisonnement ne peut pas être un comportement inoffensif ou préjudiciable uniquement à son auteur. Comme l’a dit le juge Braidwood dans l’arrêt *Caine*, [TRADUCTION] « il est logique qu’on ne vous envoie pas en prison, à moins que vos actes ne soient susceptibles de causer préjudice à autrui » (par. 134).

Dans l’arrêt *Murdock*, précité, le juge Doherty de la Cour d’appel de l’Ontario a fait les observations suivantes au sujet du principe du préjudice, au par. 33 :

[TRADUCTION] En tant que principe de justice fondamentale, le principe du préjudice ne fait qu’empêcher la criminalisation d’un comportement ne soulevant aucune « crainte raisonnée de préjudice » à l’égard d’un droit personnel ou sociétal légitime. Si le comportement souève une telle crainte, il n’est pas possible d’affirmer que sa criminalisation risque d’entraîner la condamnation d’une personne qui n’a rien fait de mal. Des questions épineuses comme celles de savoir si le préjudice justifie la création d’une interdiction pénale ou si le droit criminel est le meilleur moyen de remédier au préjudice sont des questions de politique générale qui débordent la compétence reconnue aux tribunaux judiciaires par la Constitution et la capacité, en tant qu’institution, du système de débat contradictoire applicable en droit criminel.

À l’instar des juges Braidwood dans *Caine* et Rosenberg dans *Clay*, le juge Doherty voulait, selon ses propres termes, faire la distinction [TRADUCTION] « entre le principe du préjudice comme principe de justice fondamentale et les questions de politique générale — intimement liées mais distinctes — concernant l’application du droit criminel » (par. 34). En fait, il a ajouté ceci, dans une note en bas de page au par. 33 :

[TRADUCTION] Par exemple, bon nombre de personnes soutiennent que la création de sanctions criminelles ne devrait être utilisée que comme moyen de dernier ressort, lorsque toutes les autres formes d’intervention gouvernementale ne permettent pas de corriger adéquatement le préjudice découlant du comportement. Il est fort possible que cette conception minimaliste du droit criminel soit

as a principle of fundamental justice. Any attempt to apply minimalist doctrine to a specific piece of legislation would raise complex questions of social policy which would defy effective resolution in the context of the adversarial criminal law process.

246

As I said before, however, the focus must remain on the choice by the state to resort to imprisonment to sanction conduct that it has decided to prohibit through its criminal law power or otherwise. The power of Parliament to use criminal law is broad and any concern as to what should be criminalized remains in the hands of the elected representatives. However, in my view, be it as a criminal sanction or as a sanction to any other prohibition, imprisonment must, as a constitutional minimum standard, be reserved for those whose conduct causes a reasoned risk of harm to others. “Doing nothing wrong” in that sense means acting in a manner which causes little or no reasoned risk of harm to others or to society. The *Charter* requires that the highest form of restriction of liberty be reserved for those who, at a minimum, infringe on the rights or freedoms of other individuals or otherwise harm society. I note that the notion of harm is not foreign to s. 7. Indeed, in addition to the cases referred to earlier, McLachlin J. (as she then was), in her dissenting reasons in *Rodriguez, supra*, at p. 618, referred to the notion of harm to others while discussing the scope of the right to security under s. 7:

Security of the person has an element of personal autonomy, protecting the dignity and privacy of individuals with respect to decisions concerning their own body. It is part of the persona and dignity of the human being that he or she have the autonomy to decide what is best for his or her body. This is in accordance with the fact, alluded to by McEachern C.J.B.C. below, that “s. 7 was enacted for the purpose of ensuring human dignity and individual

une politique judicieuse mais elle tient si peu compte de la réalité historique du champ d’application du droit criminel qu’elle peut difficilement être qualifiée de principe de justice fondamentale. Toute tentative d’appliquer une doctrine minimaliste à une mesure législative donnée soulèverait de complexes questions de politique sociale peu susceptibles d’être réglées efficacement dans le cadre du système de débat contradictoire applicable en matière criminelle.

Toutefois, comme je l’ai dit précédemment, l’analyse doit être axée sur la décision de l’État de recourir à l’emprisonnement pour sanctionner un comportement qu’il a choisi d’interdire en exerçant son pouvoir de légiférer sur le droit criminel ou en vertu d’un autre chef de compétence. Le Parlement dispose d’un large pouvoir en matière de droit criminel et c’est aux représentants élus qu’il revient de décider des comportements qui doivent être criminalisés. Cependant, que l’emprisonnement soit utilisé comme sanction d’un crime ou d’une autre prohibition, je suis d’avis que la Constitution requiert au minimum que cette peine soit réservée aux individus dont le comportement crée un véritable risque de préjudice pour autrui. En ce sens, « rien faire de mal » s’entend du fait d’agir d’une manière qui ne crée que peu ou pas de risques véritables de préjudice pour d’autres personnes ou pour la société. La *Charte* exige que la forme la plus totale de restriction de la liberté ne soit infligée qu’aux individus qui, au minimum, violent les droits ou libertés d’autres personnes ou causent de quelque autre façon préjudice à la société. Je souligne que la notion de préjudice n’est pas étrangère à l’art. 7. En effet, outre les arrêts mentionnés plus tôt, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dans ses motifs de dissidence dans l’arrêt *Rodriguez*, précité, p. 618, a fait état de la notion de préjudice à autrui dans le cours de son examen de la portée du droit à la sécurité garanti par l’art. 7 :

La sécurité de la personne comporte un élément d’autonomie personnelle protégeant la dignité et la vie privée des individus à l’égard des décisions concernant leur propre corps. Le pouvoir de décider de façon autonome ce qui convient le mieux à son propre corps est un attribut de la personne et de la dignité de l’être humain. Cela rejoint les propos du juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique, selon lequel [TRADUCTION] « l’art. 7 a été

control, so long as it harms no one else”: (1993), 76 B.C.L.R. (2d) 145, at p. 164. [Emphasis added.]

Where legislation which may deprive individuals of their liberty is aimed at protecting other individuals or society from the risk of harm caused by the prohibited conduct, courts must scrutinize carefully the harm alleged. In victimizing conduct, the attribution of fault is relatively straightforward because of the close links between the actor’s culpable conduct and the resulting harm to the victim. This Court has used principles of interpretation aimed at excluding from the criminal ambit conduct that is tenuously related to the alleged harm. Thus, in *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, the accused accepted that harm to children justified criminalizing possession of some forms of child pornography. The fundamental question was rather whether the prohibition went too far by criminalizing possession of an unjustifiable range of material. McLachlin C.J., for the majority of this Court, had this to say on whether the causal link between a specific prohibition and the harm to children was sufficient, at paras. 74, 75 and 95:

These exclusions support the earlier suggestion that Parliament’s goal was to prohibit possession of child pornography that poses a reasoned risk of harm to children. The primary definition of “child pornography” does not embrace every kind of material that might conceivably pose a risk of harm to children, but appears rather to target blatantly pornographic material. . . .

Yet problems remain. The interpretation of the legislation suggested above reveals that the law may catch some material that particularly engages the value of self-fulfilment and poses little or no risk of harm to children.

If the law is drafted in a way that unnecessarily catches material that has little or nothing to do with the

adopté afin de protéger la dignité humaine et la maîtrise individuelle, pour autant que cela ne nuise pas à autrui » : (1993), 76 B.C.L.R. (2d) 145, à la p. 164. [Je souligne.]

Lorsqu’une mesure législative dont l’application est susceptible de priver des individus de leur liberté a pour objet de protéger d’autres personnes ou la société contre le risque de préjudice causé par le comportement interdit, les tribunaux doivent examiner soigneusement le préjudice allégué. Dans le cas d’un comportement attentatoire, l’imputation de la faute est relativement simple en raison des liens étroits qui existent entre le comportement coupable et le préjudice en résultant pour la victime. La Cour a appliqué certains principes d’interprétation pour exclure du domaine criminel des comportements ayant des liens très ténus avec le préjudice allégué. Par exemple, dans l’arrêt *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, l’accusé reconnaissait que le préjudice susceptible d’être causé aux enfants justifiait la criminalisation de la possession de certains types de pornographie juvénile. La question fondamentale consistait plutôt à décider si l’interdiction allait trop loin et criminalisait sans justification la possession d’un éventail trop large de matériel. S’exprimant au nom de la majorité, la juge en chef McLachlin a fait les observations suivantes relativement au caractère suffisant du lien de causalité entre l’interdiction et le préjudice causé aux enfants, aux par. 74, 75 et 95 :

Ces exclusions étayaient l’affirmation faite plus tôt que l’intention du législateur était d’interdire la possession de la pornographie juvénile suscitant une crainte raisonnée qu’un préjudice ne soit causé à des enfants. La définition fondamentale de la pornographie juvénile n’englobe pas tous les types de matériel qui pourraient théoriquement présenter un risque de préjudice pour les enfants, mais semble plutôt viser le matériel nettement pornographique. . . .

Il reste que certains problèmes subsistent. Selon l’interprétation proposée plus haut, la disposition peut viser du matériel qui fait particulièrement intervenir la valeur de l’épanouissement personnel et ne présente que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants.

Si la disposition est rédigée de manière à englober inutilement du matériel qui n’a que peu ou rien à voir avec la

prevention of harm to children, then the justification for overriding freedom of expression is absent. [Emphasis added.]

While these comments were made under s. 1, they illustrate the threshold to be met to establish a sufficient causal link between prohibited conduct and the harm alleged to be caused by such conduct. Thus, for our purposes, if the prohibition of conduct engages a s. 7 interest, as the threat of imprisonment does, while the conduct poses little or no risk of harm to others, then the law is contrary to s. 7.

248

Where harm to society as a whole is alleged, how must such harm be assessed? Harm caused to collective interests, as opposed to harm caused to identifiable individuals, is not easy to quantify and even less easy to impute to a distinguishable activity or actor. In order to determine whether specific conduct, which perhaps only causes direct harm to the actor, or which seems rather benign, causes more than little or no risk of harm to others, courts must assess the interest of society in prohibiting and sanctioning the conduct. “Societal interests” may indeed form part of the s. 7 analysis where the operative principle of fundamental justice necessarily involves issues like the protection of society. McLachlin J., in *Rodriguez*, *supra*, best summarized this idea. She stated, at p. 622:

As my colleague Sopinka J. notes, this Court has held that the principles of fundamental justice may in some cases reflect a balance between the interests of the individual and those of the state. This depends upon the character of the principle of fundamental justice at issue. Where, for instance, the Court is considering whether it accords with fundamental justice to permit the fingerprinting of a person who has been arrested but not yet convicted (*R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387), or the propriety of a particular change in correctional law which

prévention du préjudice causé aux enfants, alors la suppression de la liberté d’expression n’est pas justifiée. [Je souligne.]

Bien que ces commentaires aient été faits dans le cadre de l’analyse fondée sur l’article premier, ils illustrent le critère minimal qui doit être respecté pour établir l’existence d’un lien de causalité suffisant entre le comportement interdit et le préjudice qui, prétend-on, serait causé par celui-ci. Par conséquent, pour les besoins des présents motifs, si l’interdiction d’un comportement met en jeu un droit protégé par l’art. 7, comme le fait la menace d’emprisonnement, alors que le comportement ne présente que « peu ou pas de risques de préjudice pour d’autres personnes », la mesure législative contrevient alors à l’art. 7.

Lorsque l’existence d’un préjudice pour l’ensemble de la société est alléguée, comment doit-on apprécier ce préjudice? Il n’est pas facile de quantifier le préjudice causé à des intérêts collectifs par opposition à celui causé à des personnes identifiables, et il est encore moins facile d’imputer la responsabilité de ce préjudice à une activité ou à un acteur reconnaissable. Pour déterminer si le comportement en question, qui ne cause peut-être qu’un préjudice direct à son auteur ou semble plutôt bénin, ne cause que « peu ou pas de risques de préjudice pour d’autres personnes », les tribunaux doivent évaluer l’intérêt qu’a la société à interdire ce comportement et à le punir. Les « intérêts sociétaux » peuvent effectivement faire partie de l’analyse fondée sur l’art. 7 lorsque le principe de justice fondamentale pertinent fait intervenir des préoccupations telle la protection de la société. Dans l’arrêt *Rodriguez*, précité, la juge McLachlin a très bien résumé cette idée. Elle a dit ceci, à la p. 622 :

Comme le souligne mon collègue le juge Sopinka, notre Cour a décidé que les principes de justice fondamentale peuvent dans certains cas refléter un équilibre entre les intérêts de l’individu et ceux de l’État. Cela dépend de la nature du principe de justice fondamentale en cause. Quand, par exemple, la Cour détermine si sont conformes à la justice fondamentale la prise d’empreintes digitales d’une personne qui a été arrêtée, mais pas encore déclarée coupable (*R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387), ou un changement précis apporté au droit

has the effect of depriving a prisoner of a liberty interest (*Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143), it may be that the alleged principle will be comprehensible only if the state's interest is taken into account at the s. 7 stage.

(See, *inter alia*, *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at pp. 151-52; *Godbout*, *supra*, at para. 78: "From the foregoing discussion, it is clear that deciding whether the infringement of a s. 7 right is fundamental[ly] just may, in certain cases, require that the right at issue be weighed against the interests pursued by the state in causing that infringement"; *Parker*, *supra*, at para. 113; *R. v. Pan* (1999), 134 C.C.C. (3d) 1, at paras. 177-87, appeal dismissed [2001] 2 S.C.R. 344, 2001 SCC 42, at paras. 39-40.) Considering the nature of the harm principle, societal interests will have to be assessed where the harm alleged to be associated with the prohibited conduct affects society as a whole rather than identifiable individuals.

Societal interests in prohibiting conduct are evaluated by balancing the harmful effects on society if the conduct in question is not prohibited by law against the effects of prohibiting the conduct in question. It would indeed be misleading to engage in an assessment of the state's interest in prohibiting conduct by evaluating solely the collective harm that the state wishes to prevent without also evaluating the collective costs incurred by preventing such harm (see *Packer*, *supra*, at p. 267: "[o]ne cannot meaningfully deal with the question of 'harm to others' without weighing benefits against detriments"). The harm or risk of harm to society caused by the prohibited conduct must outweigh any harm that may result from enforcement.

The impact conduct has on society will be assessed by gauging the tolerance society has for the negative effects (or harm) occasioned by the conduct in question. Similarly to what Sopinka J. said in *Butler*, *supra*, at p. 485, the stronger the inference of a risk of harm, the lesser the likelihood of tolerance. Such an assessment is contextual; it cannot

correctionnel qui a pour effet de priver un prisonnier d'un intérêt de liberté (*Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143), il se peut alors que le principe allégué ne soit compréhensible que si l'intérêt de l'État est pris en compte à l'étape de l'art. 7.

(Voir, notamment, *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, p. 151-152; *Godbout*, précité, par. 78 : « Il ressort clairement de l'analyse qui précède que, pour déterminer si l'atteinte à un droit garanti par l'art. 7 est conforme à la justice fondamentale, il faut, dans certains cas, soulever d'une part le droit en cause et d'autre part les objectifs poursuivis par l'État en portant atteinte à ce droit »; *Parker*, précité, par. 113; *R. c. Pan* (1999), 134 C.C.C. (3d) 1, par. 177-187; pourvoi rejeté [2001] 2 R.C.S. 344, 2001 CSC 42, par. 39-40.) Vu la nature du principe du préjudice, l'appréciation des intérêts sociétaux doit se faire dans les cas où le préjudice qu'entraînerait le comportement prohibé touche l'ensemble de la société plutôt que des personnes identifiables.

L'appréciation de l'intérêt qu'a la société à interdire un comportement consiste à soulever, d'une part, les effets préjudiciables qu'aurait pour celle-ci le fait de ne pas interdire par voie législative le comportement en cause et, d'autre part, les effets qui découleraient de la prohibition de celui-ci. Il serait d'ailleurs erroné de faire cette appréciation en examinant seulement le préjudice collectif que l'État désire prévenir et non les coûts qu'entraînerait pour la collectivité la prévention de ce préjudice (voir *Packer*, *op. cit.*, p. 267 : [TRADUCTION] « [i]l est impossible d'analyser à fond la question du "préjudice pour autrui" sans soulever les avantages et les inconvénients »). Le préjudice ou risque de préjudice que crée pour la société le comportement prohibé doit être plus grand que tout préjudice susceptible de résulter des mesures visant à le prévenir.

L'effet d'un comportement sur la société est déterminé en mesurant la tolérance de la société à l'égard des répercussions négatives (ou préjudice) de celui-ci. Comme l'a dit le juge Sopinka dans l'arrêt *Butler*, précité, p. 485, plus le risque de préjudice auquel on conclut est élevé, moins il y a de chances qu'il soit toléré. Cette appréciation

be undertaken in a vacuum and must therefore be made *in concreto*, by reference, where possible, to the tolerance society shows to the harm occasioned by comparable conduct. The risk of harm to society occasioned by the conduct must then be balanced against the costs imposed upon society by the prohibition of the conduct in question. The stronger the risk of harm to society caused by the conduct, the greater the costs society will be ready to bear to enforce its prohibition. Here once again, if the prohibition of conduct engages a s. 7 interest, as the threat of imprisonment does, while the conduct poses little or no risk of harm to others, then the law is contrary to s. 7.

251

I stress that where direct harm to identifiable others is caused by conduct, societal interests are easier to identify because of the nature of the relationship between the state, the offender, and the victim. As Doherty J.A. mentioned in *Murdock*, *supra*, at para. 35, in those circumstances, the state's interest is the protection of individuals in the community from the harm occasioned by the conduct in question. In prohibiting the conduct and in threatening imprisonment for its enforcement, the state restricts the actor's liberty in order to protect the rights or freedoms of others. In circumstances where one's rights and freedoms are directly threatened by another's actions, the state is justified in using imprisonment to sanction the conduct, provided that it causes more than little or no reasoned risk of harm to others. The justification is then grounded in the outer limits of individual freedom which reflect the need to preserve the rights and freedoms of others. In those circumstances, it would be offensive to pursue a further analysis as to whether the costs of enforcement of the offence are such that they outweigh the victim's rights. However, where others' rights and interests are not directly threatened by the prohibited conduct, the justification has a different source. In those circumstances, societal interests, comprising the benefits and detriments of a prohibition, must be such that the restriction of

est contextuelle; elle ne saurait être effectuée dans l'abstrait et elle doit par conséquent être réalisée *in concreto*, au moyen si possible d'une comparaison avec la tolérance que manifeste la société à l'égard d'un préjudice découlant d'un comportement analogue. Le risque de préjudice pour la société doit être examiné à la lumière des coûts que l'interdiction du comportement entraîne pour la société. Plus le risque de préjudice pour la société est élevé, plus celle-ci est disposée à supporter des coûts considérables pour faire respecter son interdiction. Encore une fois, si l'interdiction d'un comportement met en jeu un droit garanti par l'art. 7, comme le fait la menace d'emprisonnement, alors que le comportement ne présente que peu ou pas de risques de préjudice pour autrui, la mesure législative contestée contrevient à l'art. 7.

Je tiens à souligner que, dans les cas où un comportement cause directement préjudice à des personnes identifiables, les intérêts sociétaux en jeu sont plus faciles à reconnaître en raison de la nature des liens existant entre l'État, le délinquant et la victime. Comme l'a mentionné le juge Doherty dans l'arrêt *Murdock*, précité, par. 35, dans une telle situation l'intérêt de l'État est la protection de certains membres de la collectivité contre le préjudice résultant du comportement en cause. En interdisant le comportement, et en menaçant d'avoir recours à l'emprisonnement pour faire respecter son interdiction, l'État restreint la liberté de celui qui s'adonne à ce comportement, et ce dans le but de protéger les droits ou libertés d'autres personnes. Lorsque les droits et les libertés d'une personne sont directement menacés par les actes d'une autre, l'État est justifié de recourir à l'emprisonnement pour punir le comportement, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'un comportement ne créant que peu ou pas de risques de préjudice pour autrui. La mesure trouve alors sa justification aux confins de la notion de liberté individuelle, c'est-à-dire là où commence la nécessité de protéger les droits et les libertés d'autrui. En présence de telles circonstances, il serait inopportun de poursuivre l'analyse et de se demander si les coûts nécessaires pour faire respecter l'interdiction sont tels qu'ils l'emportent sur les droits de la victime. Toutefois, lorsque le comportement prohibé ne menace pas

the person's liberty produces a net benefit as a whole.

(b) *Other Principles of Fundamental Justice Involved*

The harm principle is dispositive of these appeals. Therefore, I need not discuss whether other principles of fundamental justice are involved and whether the impugned provisions are in accordance with them.

We must now determine whether the harm associated with marihuana use justifies the state's decision to use imprisonment as a sanction against the prohibition of its possession.

(3) Has the Deprivation of Liberty Occurred in Accordance with the Principles of Fundamental Justice?

It is useful at this stage to briefly revisit the harm caused by marihuana use as found by the trial judges. Although there is no need at this stage to reproduce the findings of the trial judges as to what harms are not associated with marihuana use, remember that these findings displaced many commonly held but entirely erroneous assumptions regarding the effects of marihuana use (see para. 192, above). As to the harmful effects of marihuana use, recall that *McCart J.* held in *Clay* that the consumption of marihuana is "not completely harmless" but "unlikely to create serious harm for most individual users or society" (para. 26).

Howard Prov. Ct. J. in *Caine* summarized her overall findings on harm as follows, at paras. 121-26:

directement les droits et intérêts d'autrui, la justification trouve sa source ailleurs. Dans un tel cas, les intérêts sociétaux — c'est-à-dire les avantages et les inconvénients de l'interdiction — doivent être tels que la restriction de la liberté de l'intéressé se traduise globalement par un avantage net.

b) *D'autres principes de justice fondamentale sont en cause*

Le principe du préjudice permet de trancher les présents pourvois. Je n'ai en conséquence pas besoin de me demander si d'autres principes de justice fondamentale sont en cause et si les dispositions contestées sont conformes à ceux-ci.

Nous devons maintenant déterminer si le préjudice lié à la consommation de marihuana justifie la décision de l'État d'avoir recours à l'emprisonnement pour faire respecter l'interdiction visant la possession de cette substance.

(3) La privation de liberté est-elle conforme aux principes de justice fondamentale?

À ce stade-ci, il convient de rappeler brièvement les effets néfastes de l'usage de la marihuana qui ont été constatés par les juges de première instance. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de reproduire toutes leurs conclusions sur les effets qui ne sont pas liés à l'usage de la marihuana, rappelons qu'ils ont écarté, dans leurs conclusions, de nombreuses hypothèses largement répandues mais totalement erronées quant aux effets de la consommation de cette substance (voir le par. 192 des présents motifs). Pour ce qui est des effets néfastes de l'usage de la marihuana, il convient de rappeler que, dans *Clay*, le juge *McCart* a dit que la marihuana [TRADUCTION] « n'est pas complètement inoffensive » mais qu'elle « est néanmoins peu susceptible d'avoir des effets néfastes graves pour la plupart des personnes qui en consomment ou pour la société » (par. 26).

Dans l'affaire *Caine*, par. 121-126, la juge Howard de la Cour provinciale a résumé ainsi ses conclusions générales sur la question du préjudice :

252

253

254

255

The evidence before me demonstrates that there is a reasonable basis for believing that the following health risks exist with [marihuana use].

There is a general risk of harm to the users of marihuana from the acute effects of the drug, but these adverse effects are rare and transient. Persons experiencing the acute effects of the drug will be less adept at driving, flying and other activities involving complex machinery. In this regard they represent a risk of harm to others in society. At current rates of use, accidents caused by users under the influence of marihuana cannot be said to be significant.

There is also a risk that any individual who chooses to become a casual user, may end up being a chronic user of marihuana, or a member of one of the vulnerable persons identified in the materials. It is not possible to identify these persons in advance.

As to the chronic users of marihuana, there are health risks for such persons. The health problems are serious ones but they arise primarily from the act of smoking rather than from the active ingredients in marihuana. Approximately 5% of all marihuana users are chronic users. At current rates of use, this comes to approximately 50,000 persons. There is a risk that, upon legalization, rates of use will increase, and with that the absolute number of chronic users will increase.

In addition, there are health risks for those vulnerable persons identified in the materials. There is no information before me to suggest how many people might fall into this group. Given that it includes young adolescents who may be more prone to becoming chronic users, I would not estimate this group to be minuscule.

All of the risks noted above carry with them a cost to society, both to the health care and welfare systems. At current rates of use, these costs are negligible compared to the costs associated with alcohol and drugs [*sic*]. There is a risk that, with legalization, user rates will increase and so will these costs.

The inevitable conclusion is that apart from the risks of impairment while driving, flying or

[TRADUCTION] La preuve qui m'a été soumise démontre l'existence de motifs raisonnables de croire que [la consommation de marihuana] comporte les risques suivants pour la santé.

Les effets aigus de la marihuana présentent un risque général pour les consommateurs de cette drogue, mais ces effets néfastes sont rares et passagers. Les personnes qui subissent ces effets aigus sont moins aptes à conduire un véhicule à moteur, à piloter un avion ou à exercer d'autres activités exigeant de faire fonctionner des appareils complexes. Ces personnes créent, de ce point de vue, un risque de préjudice pour les autres membres de la société. Eu égard aux niveaux actuels de consommation, on ne saurait affirmer que le nombre d'accidents causés par des personnes sous l'effet de la marihuana est important.

Il se peut également que la personne qui consomme occasionnellement de la marihuana devienne éventuellement un consommateur chronique ou fasse partie des personnes vulnérables mentionnées dans la documentation. Il est impossible d'identifier d'avance ces personnes.

Pour ce qui est des consommateurs chroniques de marihuana, ils courent des risques pour leur santé. Ces problèmes sont graves, mais ils découlent principalement du fait que la drogue est fumée, plutôt que des ingrédients actifs de celle-ci. Environ 5 % de tous les consommateurs de marihuana sont des consommateurs chroniques. Suivant les niveaux actuels de consommation, cela représente environ 50 000 personnes. La légalisation risque d'entraîner une augmentation des niveaux de consommation et, corollairement, du nombre absolu de consommateurs chroniques.

De plus, il existe également des risques pour la santé des personnes vulnérables mentionnées dans la documentation. On ne m'a fourni aucune information indiquant combien de personnes sont susceptibles d'entrer dans cette catégorie. Étant donné qu'il s'agit notamment de jeunes adolescents, personnes peut-être plus disposées à devenir des consommateurs chroniques, je ne crois pas qu'il s'agisse d'un groupe minuscule.

Tous les risques susmentionnés entraînent des coûts pour la société, tant pour le système de soins de santé que pour le régime d'aide sociale. Compte tenu des niveaux actuels de consommation, ces coûts sont négligeables si on les compare à ceux liés à l'alcool et aux drogues [*sic*]. La légalisation risque d'entraîner une augmentation du nombre d'utilisateurs et, en conséquence, de ces coûts.

La conclusion qui s'impose est que, exception faite des risques que comporte l'usage de la

operating complex machinery and the impact of marihuana use on the health care and welfare systems, to which I will return, the harms associated with marihuana use are exclusively health risks for the individual user, ranging from almost non-existent for low/occasional/moderate users of marihuana to relatively significant for chronic users. In my view, as I stated above, harm to self does not satisfy the constitutional requirement that whenever the state resorts to imprisonment, there must be a minimum harm to others as an essential part of the offence. The prohibition of conduct that only causes harm to self, regardless of the gravity of the harm, is not in accordance with the principles of fundamental justice and, if imprisonment is available as a means to enforce the prohibition, a breach of s. 7 of the *Charter* will have been established.

It is important at this stage to address a specific issue raised by my colleagues. Although they find that the purpose of the impugned legislation is the protection of health and public safety in general (see majority reasons at para. 65), my colleagues put great emphasis on the fact that it also aims at protecting vulnerable groups from self-inflicted harm (see majority reasons at paras. 76, 77, 100, 108, 123-126 and 132). Specifically, they recall the state's interest in acting to protect vulnerable groups, citing *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 70; and *B. (R.)*, *supra*, at para. 88. They also claim that the protection of vulnerable groups is a valid exercise of the criminal law power, citing *Rodriguez*, *supra*, at p. 595; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at pp. 74-75; *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381; *Sharpe*, *supra*; and *Butler*, *supra*. While the cases referred to by my colleagues clearly illustrate the state's interest in the protection of vulnerable groups from others who might harm them, they are far from suggesting that it is the vulnerable ones who should be sent to jail for their self-protection. Implicit in my colleagues' argument is that the state would be

marihuana pour la personne qui conduit un véhicule à moteur, pilote un avion ou fait fonctionner un appareil complexe et des répercussions de l'usage de cette substance sur les systèmes de soins de santé et d'aide sociale, questions sur lesquelles je vais revenir plus loin, les effets néfastes de la consommation de marihuana présentent exclusivement des risques pour la santé de l'utilisateur, risques qui vont de quasi inexistantes pour les personnes qui n'en font qu'une consommation faible, occasionnelle ou modérée à relativement élevés pour les consommateurs chroniques. Comme je l'ai dit précédemment, j'estime que le préjudice qu'une personne se cause à elle-même ne satisfait pas à l'exigence constitutionnelle selon laquelle, dans tous les cas où l'État a recours à l'emprisonnement, l'existence d'un préjudice minimal à autrui est un des éléments essentiels de l'infraction. L'interdiction d'un comportement qui ne cause préjudice qu'à son auteur, peu importe la gravité de ce préjudice, n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale et, si celui qui y contrevient est passible d'emprisonnement, la violation de l'art. 7 de la *Charte* est établie.

Il est important, à ce stade-ci, d'examiner une question précise qu'ont soulevée mes collègues. Bien que ces derniers concluent que la mesure législative contestée a pour objet de protéger la santé et la sécurité du public en général (voir les motifs de la majorité, par. 65), mes collègues insistent beaucoup sur le fait qu'elle vise aussi à protéger des groupes vulnérables contre les préjudices qu'ils peuvent s'infliger à eux-mêmes (voir les par. 76, 77, 100, 108, 123-126 et 132). De façon plus particulière, ils rappellent que l'État a intérêt à prendre des mesures pour protéger les groupes vulnérables, invoquant à cet effet les arrêts *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 70, et *B. (R.)*, précité, par. 88. Se référant aux arrêts *Rodriguez*, précité, p. 595; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 74-75; *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381; *Sharpe*, précité; et *Butler*, précité, ils affirment également que le législateur exerce valablement sa compétence sur le droit criminel lorsqu'il légifère pour protéger des groupes vulnérables. Bien que les arrêts invoqués par mes collègues montrent clairement que l'État a intérêt à protéger les groupes vulnérables contre

justified in threatening with imprisonment adolescents with a history of poor school performance, women of childbearing age and persons with pre-existing diseases such as cardiovascular diseases, respiratory diseases, schizophrenia and other drug dependencies, who are at particular risk of harming themselves by using marihuana. I do not think that an exception to the harm principle is justified to allow the state to threaten with imprisonment vulnerable people in order to prevent them from harming themselves. To this effect, I note Abella J.A.'s sound reasoning (with which the other members of the panel agreed, albeit on narrower grounds), in *R. v. M. (C.)* (1995), 30 C.R.R. (2d) 112 (Ont. C.A.), at pp. 121-23. In that case, the issue was the constitutionality of criminalizing anal intercourse between non-married persons under 18 years of age, regardless of consent:

The issue then comes down to this: is sending young persons to jail a reasonable way for the state to protect them from any risks associated with consensual anal intercourse?

If the prevention of harm by discouraging the risk is the objective, it is difficult to imagine a more intrusive way to protect an individual from harm than criminal prosecution. . . . The risk associated with unprotected sexual conduct is a health risk. It strikes me as decidedly inappropriate to deal with minimizing health risks at any age by using the punitive force of the *Criminal Code*, but especially so for young people.

There is no evidence that threatening to send an adolescent to jail will protect him (or her) from the risks of anal intercourse. I can see no rational connection between protecting someone from the potential harm of exercising

les personnes qui pourraient causer préjudice à ces groupes, ces décisions sont loin de suggérer qu'on envoie les personnes vulnérables en prison pour assurer leur propre protection. La proposition de mes collègues sous-entend que l'État serait justifié de menacer d'emprisonnement les adolescents ayant des résultats scolaires médiocres, les femmes en âge de procréer et les personnes souffrant de maladies préexistantes — par exemple des troubles cardiovasculaires, des problèmes respiratoires, la schizophrénie et d'autres toxicomanies —, autant de personnes qui risquent plus particulièrement de se faire du tort en consommant de la marihuana. Je ne pense pas qu'il soit justifié de déroger au principe du préjudice et de permettre à l'État de menacer d'emprisonnement des personnes vulnérables afin de les empêcher de se causer préjudice à elles-mêmes. À cet égard, je tiens à signaler le solide raisonnement énoncé par la juge Abella de la Cour d'appel de l'Ontario (auquel ont souscrit les autres juges qui ont entendu l'affaire, quoique pour des motifs plus restreints) dans l'arrêt *R. c. M. (C.)* (1995), 30 C.R.R. (2d) 112, p. 121-123. Dans cette affaire, la Cour d'appel devait se prononcer sur la constitutionnalité de la criminalisation des relations anales entre personnes non mariées âgées de moins de 18 ans, indépendamment de la question du consentement :

[TRADUCTION] La question qui se pose est donc la suivante : Est-il raisonnable pour l'État d'envoyer des jeunes en prison pour les protéger contre les risques liés aux relations anales consensuelles?

Si l'objectif poursuivi est de prévenir le préjudice en dissuadant les intéressés de s'exposer aux risques, il est difficile d'imaginer méthode plus envahissante que les poursuites criminelles pour protéger un individu contre un préjudice. [ . . . ] Le risque lié aux relations sexuelles non protégées est un risque pour la santé. Il me semble carrément inapproprié d'essayer de réduire les risques pour la santé, quel que soit l'âge en ayant recours aux mesures coercitives du *Code criminel*, particulièrement dans le cas de personnes aussi jeunes.

Il n'existe aucune preuve que la menace d'emprisonnement protège les adolescents ou les adolescentes contre les risques découlant des relations sexuelles anales. Il n'y a selon moi aucun rapport logique entre le fait de

sexual preferences and imprisoning that individual for exercising them. There is no proportionality between the articulated health objectives and the Draconian criminal means chosen to achieve them.

While these comments were made in the analysis of the proportionality test under s. 1, they reflect my view that sending vulnerable people to jail to protect them from self-inflicted harm does not respect the harm principle as a principle of fundamental justice. Similarly, the fact that some vulnerable people may harm themselves by using marihuana is not a sufficient justification to send other members of the population to jail for engaging in that activity. In other words, the state cannot prevent the general population, under threat of imprisonment, from engaging in conduct that is harmless to them, on the basis that other, more vulnerable persons may harm themselves if they engage in it, particularly if one accepts that imprisonment would be inappropriate for the targeted vulnerable groups. I agree with Packer that to justify imprisonment of both vulnerable persons and other members of the population on that basis would create a society in which “all are safe but none is free” (Packer, *supra*, at p. 65).

My colleagues Gonthier and Binnie JJ. have argued that imprisonment for simple possession is not a serious threat upon conviction for possession of marihuana by members of vulnerable groups, since it is only in the presence of “aggravating circumstances” that imprisonment will be a fit sentence. This assertion does not strengthen their position. In fact, it highlights the main difficulty. Imprisonment is an available punishment for simple possession. As demonstrated by the cases cited by my colleagues (at para. 156), imprisonment has been and continues to be employed by Canadian courts in sentencing those convicted of possession *simpliciter*. By definition, the vulnerable groups are the ones whose members are most likely to suffer harm from the use

protéger une personne contre les conséquences potentiellement dangereuses de l'exercice de ses préférences sexuelles et l'emprisonnement de cette personne parce qu'elle les a exercées. Il n'y a pas de commune mesure entre les objectifs en matière de santé clairement exprimés et les dispositions pénales draconiennes choisies pour les réaliser.

Bien que ces commentaires aient été faits à l'étape de la proportionnalité de l'analyse fondée sur l'article premier, ils reflètent mon opinion selon laquelle le fait d'envoyer des personnes vulnérables en prison pour les protéger contre elles-mêmes ne respecte pas le principe du préjudice en tant que principe de justice fondamentale. De même, le fait que certaines personnes vulnérables puissent se faire du tort en consommant de la marihuana n'est pas une raison suffisante pour emprisonner d'autres personnes se livrant à cette activité. En d'autres mots, l'État ne peut pas, en les menaçant d'emprisonnement, empêcher les justiciables en général d'adopter un comportement qui ne leur est pas préjudiciable, pour le motif que d'autres personnes plus vulnérables pourraient se causer préjudice à elles-mêmes si elles adoptaient ce comportement, particulièrement si on reconnaît que l'emprisonnement ne serait pas une mesure appropriée pour les groupes vulnérables visés. À l'instar de Packer, j'estime qu'invoquer ce motif pour justifier l'emprisonnement des personnes vulnérables et d'autres membres de la société aurait pour effet de créer une société dans laquelle [TRADUCTION] « tous sont à l'abri du danger mais nul n'est libre » (Packer, *op. cit.*, p. 65).

Mes collègues les juges Gonthier et Binnie ont avancé que les membres de groupes vulnérables déclarés coupables de possession de marihuana ne risquent pas sérieusement l'emprisonnement, puisque ce n'est qu'en présence de « circonstances aggravantes » que l'emprisonnement constitue une peine appropriée. Cette affirmation n'étaye pas leur position, mais fait plutôt ressortir la principale difficulté que soulève la situation. L'emprisonnement est une peine qui peut être infligée à l'égard de la simple possession. Comme l'illustrent les affaires mentionnées par mes collègues (au par. 156), des tribunaux canadiens ont, dans le passé, condamné à l'emprisonnement des personnes déclarées coupables de simple possession et cette peine continue

of marihuana. However, by the reasoning of my colleagues, it is those offenders who are not members of vulnerable groups, i.e., those that do not risk anything more than negligible harm to self and others, who will face the threat of imprisonment due to the “presence of aggravating circumstances” (para. 155).

260

The argument of the majority that the availability of imprisonment as a fit sentence in this case is more appropriately approached under s. 12 than under s. 7 is unconvincing. Section 12 of the *Charter* protects against “cruel and unusual treatment or punishment”. Although imprisonment is undoubtedly very serious, it is not inherently “cruel and unusual”. Section 7 provides the proper scope for considering whether the availability of imprisonment for an offence and the consequent engagement of the liberty interest in s. 7 are in accordance with the principles of fundamental justice. This accords with Lamer J.’s observations in *Motor Vehicle Reference*, *supra*, at p. 515:

A law enacting an absolute liability offence will violate s. 7 of the *Charter* only if and to the extent that it has the potential of depriving of life, liberty, or security of the person.

Obviously, imprisonment . . . deprives persons of their liberty. An offence has that potential as of the moment it is open to the judge to impose imprisonment. There is no need that imprisonment, as in s. 94(2), be made mandatory. [Emphasis added.]

It is inappropriate to restrict the consideration of the constitutionality of a person’s liberty interest to s. 12. Such a stance is counter to the notion that ss. 8 to 14 of the *Charter* are specific illustrations of the principles of fundamental justice in s. 7, as explained by Lamer J. in *Motor Vehicle Reference*,

d’être infligée. Par définition, les groupes vulnérables sont constitués de personnes susceptibles de subir des préjudices découlant de la consommation de marihuana. Toutefois, si on applique le raisonnement de mes collègues, c’est sur les délinquants qui ne font pas partie de groupes vulnérables — c’est-à-dire les personnes qui créent tout au plus un risque négligeable de préjudice pour eux-mêmes et pour autrui — que pèsera la menace d’emprisonnement à cause de la « présence de circonstances aggravantes » (par. 155).

L’argument de la majorité selon lequel il est préférable d’examiner au regard de l’art. 12 plutôt que de l’art. 7 la question de savoir si, en l’espèce, la seule possibilité d’emprisonnement constitue une peine appropriée n’est pas convaincant. L’article 12 de la *Charte* accorde à chacun la protection contre « tous traitements ou peines cruels et inusités ». Bien que l’emprisonnement soit indubitablement une mesure très sérieuse, une telle peine n’est pas intrinsèquement « cruelle et inusitée ». L’article 7 établit le cadre approprié pour l’examen de la question de savoir si la décision du législateur de prévoir la possibilité d’emprisonnement à l’égard d’une infraction — et l’atteinte au droit à la liberté en découlant — est conforme aux principes de justice fondamentale. Ces remarques sont compatibles avec les observations suivantes du juge Lamer dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, précité, p. 515 :

Une loi qui définit une infraction de responsabilité absolue ne violera l’art. 7 de la *Charte* que si et dans la mesure où elle peut avoir comme conséquence de porter atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne.

Manifestement, l’emprisonnement [. . .] prive les personnes de leur liberté. Une infraction peut avoir cet effet dès que le juge peut imposer l’emprisonnement. Il n’est pas nécessaire que l’emprisonnement soit obligatoire comme c’est le cas au par. 94(2). [Je souligne.]

Il ne convient pas de se limiter à l’art. 12 dans l’examen d’une atteinte au droit à la liberté d’une personne. Une telle position va à l’encontre de l’idée que les art. 8 à 14 de la *Charte* sont des exemples précis de principes de justice fondamentale visés à l’art. 7, comme l’a expliqué le juge Lamer dans le

*supra*, at p. 502. Where, as here, a principle of fundamental justice that is not specifically named in ss. 8 to 12 — the harm principle — is invoked, the analysis is appropriately conducted pursuant to s. 7.

With respect to the harm to others or to society as a whole occasioned by marihuana use, Howard Prov. Ct. J. (McCart J. came to the same conclusion) identified (i) the risk that persons intoxicated from marihuana may be less adept at driving, flying, or doing other activities involving complex machinery, and (ii) the “cost to society, both to the health care and welfare systems” (para. 126). Regarding the former, she acknowledges that “[a]t current rates of use, accidents caused by users under the influence of marihuana cannot be said to be significant” (para. 122). Regarding the latter, she acknowledged, at para. 52, that “[t]he evidence establishes that any health care concerns (including financial concerns) associated with marihuana use in this country are minor compared to the social, criminal and financial costs associated with the use of alcohol or tobacc[o]”, but considered that “[t]here is a risk that, with legalization, user rates will increase and so will these costs” (para. 126). Hence, describing the two risks of harm to others (from driving and from the burden on the health and welfare systems), Howard Prov. Ct. J. said that at current rates of use, the first risk “cannot be said to be significant”, and that the second is “minor”.

With respect, I can see no difference for the purpose of determining the level of harm to others caused by marihuana use between the terms “insignificant” and “trivial”, used by Braidwood J.A. in *Caine* and Rosenberg J.A. in *Clay* to describe

*Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, précité, p. 502. Dans les cas où, comme en l’espèce, on invoque un principe de justice fondamentale non mentionné expressément aux art. 8 à 12 — en l’occurrence le principe du préjudice — il faut procéder à l’analyse fondée sur l’art. 7.

Pour ce qui est du préjudice que la consommation de marihuana cause à d’autres personnes ou à l’ensemble de la société, la juge Howard (le juge McCart est arrivé à la même conclusion) a dégagé les éléments suivants : (i) le risque que les personnes ayant consommé de la marihuana soient moins aptes à conduire un véhicule à moteur, à piloter un avion ou à exercer d’autres activités exigeant de faire fonctionner des appareils complexes, (ii) [TRADUCTION] « des coûts pour la société, tant pour le système de soins de santé que pour le régime d’aide sociale » (par. 126). En ce qui concerne le premier élément, la juge a reconnu que « [e]u égard aux niveaux actuels de consommation, on ne saurait affirmer que le nombre d’accidents causés par des personnes sous l’effet de la marihuana est important » (par. 122). Pour ce qui est du deuxième élément, elle a reconnu que « [l]a preuve montre que les inquiétudes relatives aux soins de santé (y compris les inquiétudes financières) que suscite l’usage de la marihuana dans notre pays sont mineures par rapport aux coûts d’ordre social, criminel et financier liés à la consommation d’alcool et de tabac » (par. 52), mais elle a considéré que « [l]a légalisation risque d’entraîner une augmentation du nombre d’usagers et, en conséquence, de ces coûts » (par. 126). Par conséquent, décrivant les deux risques de préjudice à autrui (celui découlant de la conduite automobile et celui découlant du fardeau créé pour les systèmes de soins de santé et d’aide sociale), la juge Howard a dit, eu égard aux niveaux actuels de consommation, que, d’une part, « on ne saurait affirmer » que le premier risque « est important » et, d’autre part, que le second est « mineu[r] ».

En toute déférence, je ne vois aucune différence, aux fins de détermination de l’étendue du préjudice à autrui causé par la consommation de marihuana, entre les mots « *insignificant* » (insignifiant) et « *trivial* » (négligeable), utilisés

the threshold level of harm, and the expressions “cannot be said to be significant” and “negligible”, used by Howard Prov. Ct. J. to quantify the level of harm to society. Both Braidwood J.A. and Rosenberg J.A. concluded that the findings of fact of the trial judges show that marihuana indeed poses a risk of harm to others and society that is not insignificant nor trivial (paras. 141-43 in *Caine*; para. 34 in *Clay*). However, Braidwood J.A. came to this conclusion after he quoted in whole the passage from Howard Prov. Ct. J.’s reasons which summarizes all the possible harms associated with marihuana use, including health risks to the user. Rosenberg J.A. apparently did the same since he referred to the findings of McCart J. as a whole and concluded that this showed that “there is some harm associated with marijuana use” (para. 34). Braidwood J.A. and Rosenberg J.A. apparently failed to distinguish between harm caused only to self from harm which puts others or society as a whole at risk. Having made this essential distinction, I conclude that the evidence does not support a conclusion that marihuana use causes a reasoned risk of harm to others or to society that is not insignificant or trivial, to use Braidwood J.A.’s own terms.

par le juge Braidwood dans *Caine* et par le juge Rosenberg dans *Clay* pour décrire le préjudice, et les mots « *cannot be said to be significant* » (on ne saurait affirmer que le nombre [. . .] est important) et « *negligible* » (négligeable) utilisés par la juge Howard de la Cour provinciale pour quantifier le préjudice causé à la société. Les juges Braidwood et Rosenberg ont tous deux considéré que les conclusions de fait des juges de première instance montrent que la marihuana présente effectivement, tant pour d’autres personnes que pour la société, un risque de préjudice qui n’est ni négligeable ni insignifiant (par. 141-143 dans *Caine*; par. 34 dans *Clay*). Cependant, le juge Braidwood a tiré cette conclusion après avoir cité intégralement le passage des motifs de la juge Howard dans lequel elle résume tous les effets néfastes possibles liés à l’usage de la marihuana, y compris les risques pour la santé de l’usager. Le juge Rosenberg de la Cour d’appel a apparemment fait la même chose, puisqu’il a repris intégralement les constatations du juge McCart et conclu qu’elles indiquaient l’existence de [TRADUCTION] « certains effets préjudiciables liés à l’usage de la marihuana » (par. 34). Les juges Braidwood et Rosenberg n’ont visiblement pas fait de distinction entre le préjudice causé à soi-même uniquement et celui créant un risque pour d’autres personnes ou pour l’ensemble de la société. Comme je fais cette distinction essentielle, j’estime que la preuve ne permet pas de conclure que l’usage de la marihuana crée, pour d’autres personnes ou pour la société en général, un risque véritable de préjudice qui n’est ni insignifiant ni négligeable, pour reprendre les termes utilisés par le juge Braidwood.

263

In any event, in my view, the two spheres of risks to others or society as a whole identified by the trial judges are not sufficient to justify recourse to the most severe penalty imposed by law, a sentence generally viewed as a last resort (see *Motor Vehicle Reference, supra*, at p. 532, *per* Wilson J.). The two risks do not show that marihuana use causes more than little or no harm to others or to society. First, while the risk that persons experiencing the acute effects of the drug may be less adept at driving, flying and engaging in other activities involving complex machinery is indeed

Quoi qu’il en soit, je suis d’avis que les deux risques pour autrui ou pour la société en général dont l’existence a été constatée par les juges de première instance ne suffisent pas pour justifier l’application de la peine la plus sévère prévue par la loi, sanction qui est généralement considérée comme une solution de dernier recours (voir le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, précité, p. 532, la juge Wilson). Ces deux risques ne démontrent pas que la consommation de marihuana cause plus qu’un faible préjudice à autrui ou à la société. Tout d’abord, bien que le risque que des personnes ressentant les effets

a valid concern, the act of driving while under the influence of alcohol or drugs is an activity separate from mere possession and use. Such dangerous driving is already dealt with in the *Criminal Code*, and rightly so, because it is this act which risks victimizing identifiable others as well as society as a whole. In my view, the state cannot rely on this separate offence to justify the prohibition of possession of marihuana *simpliciter*. This is indeed the approach Parliament has adopted regarding alcohol. I note that in *Caine*, *supra*, Howard Prov. Ct. J. stated explicitly that “[a]part from the above problem [operation of vehicles or other machinery while intoxicated], there is no evidence to suggest that harm of any kind will befall individual members of society as a result of any actions by individual marihuana users” (para. 50).

The second negative effect on society as a whole found by the trial judge, i.e., general harm to the health care and welfare systems, is simply too remote and minor to justify the threat of imprisonment for simple possession of marihuana. Much seemingly innocent conduct may have deleterious consequences. In fact, it is not easy to identify conduct which can be said confidently to be without risk of injury in the long run (see, *inter alia*, A. von Hirsch, “Extending the Harm Principle: ‘Remote’ Harms and Fair Imputation”, in A. P. Simester and A. T. H. Smith, eds., *Harm and Culpability* (1996), 259, at p. 260; Harcourt, *supra*). Canadians have a universal health care system to deal with injuries and illnesses, irrespective of fault. Arguments solely based on vague general costs to the health care system cannot justify imprisonment for any kind of risky undertaking. There is hardly a net benefit to society in imprisoning, on the basis of the costs they impose on the health care and welfare systems, those very persons who may need access to and support from such systems. Canadians do not expect to go to jail whenever they embark on some adventure

aigus de la drogue puissent être moins aptes à conduire un véhicule à moteur, à piloter un avion ou à exercer d’autres activités exigeant de faire fonctionner un appareil complexe soit effectivement une préoccupation valide, le fait de conduire sous l’effet de l’alcool ou de drogues constitue toutefois une activité distincte du simple fait de posséder et consommer une telle substance. La conduite dangereuse fait déjà l’objet de dispositions dans le *Code criminel*, à juste titre d’ailleurs, parce que c’est cet acte qui risque de causer préjudice à d’autres personnes identifiables ainsi qu’à l’ensemble de la société. À mon avis, l’État ne peut pas invoquer cette infraction distincte pour justifier l’interdiction visant le simple fait d’être en possession de marihuana. C’est effectivement l’attitude qu’a adoptée le Parlement à l’égard de l’alcool. Je signale que, dans l’affaire *Caine*, précitée, la juge Howard a expressément dit que, [TRADUCTION] « exception faite du problème susmentionné [conduite, en état d’intoxication, de véhicules à moteur ou d’autres appareils], il n’y a aucune preuve que des actes accomplis par des consommateurs de marihuana causeront préjudice à certains membres de la société » (par. 50).

Le deuxième effet préjudiciable à l’ensemble de la société dont le juge de première instance a constaté l’existence, c’est-à-dire le préjudice général aux systèmes de soins de santé et d’aide sociale, est tout simplement trop éloigné et trop mineur pour justifier de punir par l’emprisonnement la simple possession de marihuana. Plusieurs comportements en apparence inoffensifs peuvent avoir des conséquences néfastes. En fait, il n’est pas facile de trouver un comportement au sujet duquel on peut affirmer, sans craindre de se tromper, qu’il ne présente aucun risque de préjudice à long terme (voir, notamment, A. von Hirsch, « Extending the Harm Principle : “Remote”, Harms and Fair Imputation », dans A. P. Simester et A. T. H. Smith, dir., *Harm and Culpability* (1996), 259, p. 260; Harcourt, *loc. cit.*). Les Canadiens ont un régime universel de soins de santé applicable aux blessures et maladies, indépendamment de toute faute contributive. On ne saurait invoquer uniquement de vagues coûts généraux pour le système de soins de santé dans le but de justifier l’infliction de l’emprisonnement pour tous les comportements à risque. Il est difficile d’affirmer

which involves a possibility of injury to themselves. I see no reason to single out those who may jeopardize their health by smoking marihuana.

265 In the cases before us, the societal interests in prohibiting marihuana possession must take into account, on the one hand, the burden that marihuana use imposes on the health care and welfare systems, and, on the other, the costs incurred by society because of the prohibition. Howard Prov. Ct. J. noted that at current rates of use, the costs imposed upon the health care and welfare systems by marihuana are negligible compared to the costs associated with alcohol and drugs. As I mentioned earlier, society's tolerance for the harmful effects that the conduct may entail must be assessed, where possible, by reference to its tolerance for comparable conduct. I will thus simply take note of the trial judges' findings that the burden that marihuana use imposes on society is "negligible" or "very, very small" compared to the costs imposed by comparable conduct that society tolerates (i.e., alcohol and tobacco use).

266 If there remained any doubt as to whether the harms associated with marihuana use justified the state in using imprisonment as a sanction against its possession, this doubt disappears when the harms caused by the prohibition are put in the balance. The record shows and the trial judges found that the prohibition of simple possession of marihuana attempts to prevent a low quantum of harm to society at a very high cost. A "negligible" burden on the health care and welfare systems, coupled with the many significant negative effects of the prohibition, cannot be said to amount to more than little or

que la société tirerait un avantage net du fait d'emprisonner certaines personnes qui peuvent avoir besoin de services de santé ou de services sociaux en raison des coûts qu'elles entraînent pour ces services. Les Canadiens ne s'attendent pas à aboutir en prison chaque fois qu'ils adoptent un comportement susceptible de leur être préjudiciable. Je ne vois aucune raison de réserver un traitement particulier aux personnes qui peuvent mettre leur santé en péril en fumant de la marihuana.

Dans les présents pourvois, l'intérêt qu'a la société à interdire la possession de marihuana doit tenir compte, d'une part, du fardeau que constitue la consommation de cette substance pour les systèmes de soins de santé et d'aide sociale et, d'autre part, des coûts de l'interdiction pour la société. La juge Howard a souligné que, compte tenu des niveaux actuels de consommation, les coûts qu'entraîne la consommation de marihuana pour les systèmes de soins de santé et d'aide sociale sont négligeables si on les compare à ceux liés à l'alcool et à d'autres drogues. Comme je l'ai indiqué précédemment, la tolérance de la société à l'égard des effets préjudiciables que le comportement peut entraîner doit si possible être appréciée par comparaison avec la tolérance de la société à l'égard d'un comportement analogue. Je vais donc simplement prendre acte de la conclusion des juges de première instance selon laquelle le fardeau qu'impose la consommation de marihuana à la société est [TRADUCTION] « négligeable » ou « très, très faible » si on le compare aux coûts liés à des comportements analogues que la société tolère (c'est-à-dire la consommation d'alcool et le tabagisme).

S'il subsiste encore des doutes quant à la question de savoir si les préjudices liés à la consommation de marihuana justifiaient le recours par l'État à l'emprisonnement comme sanction applicable en cas de possession de cette substance, ils disparaissent lorsque l'on jette dans la balance les effets préjudiciables de l'interdiction. Il ressort du dossier et des constatations des juges de première instance que l'interdiction de la simple possession de marihuana vise à empêcher un faible préjudice pour la société, mais qu'elle le fait à un coût très élevé. Il est tout simplement impossible d'affirmer

no reasoned risk of harm to society. I thus conclude that s. 3(1) and (2) of the *Narcotic Control Act*, as it prohibits the possession of marihuana for personal use under threat of imprisonment, violates the right of the appellants to liberty in a manner that is not in accordance with the harm principle, a principle of fundamental justice, contrary to s. 7 of the *Charter*.

#### (4) Possession for the Purpose of Trafficking

Before moving to the issue of whether the infringement is justified under s. 1 of the *Charter*, I will briefly address the issues raised by the appellant Malmo-Levine. Malmo-Levine argues that the prohibition of possession for the purpose of trafficking under s. 4(2) of the *Narcotic Control Act* infringes ss. 7 and 15 of the *Charter*. My colleagues Gonthier and Binnie JJ. have discussed Malmo-Levine's argument under s. 15, and have concluded that s. 4(2) of the *Narcotic Control Act* does not discriminate against the appellant since the decision to possess and traffic in marihuana is not an immutable personal characteristic, and treating persons who choose to do so in a differential manner in no way infringes human dignity or reinforces prejudicial stereotypes or historical disadvantage. I agree entirely with this conclusion.

Considering their conclusion that the prohibition of simple possession of marihuana does not violate s. 7 of the *Charter*, my colleagues Gonthier and Binnie JJ. did not address the issue raised by Malmo-Levine with regard to s. 7 and, for the same reason, neither did the courts below. In fact, Malmo-Levine's challenge at the British Columbia Court of Appeal was restricted to the part of his charge relating to possession (para. 8 of Braidwood J.A.'s reasons). Moreover, the findings of fact of the trial judges in *Clay* and *Caine* concern the harm

qu'un fardeau « négligeable » pour les systèmes de soins de santé et d'aide sociale, conjugué aux nombreux effets négatifs importants de l'interdiction, crée davantage qu'un faible risque véritable de préjudice pour la société. En conséquence, j'estime que les par. 3(1) et (2) de la *Loi sur les stupéfiants*, dans la mesure où ils interdisaient la possession de marihuana aux fins de consommation personnelle sous peine d'emprisonnement, portaient atteinte, en contravention de l'art. 7 de la *Charte*, au droit à la liberté des appelants d'une manière qui n'est pas conforme au principe du préjudice, un principe de justice fondamentale.

#### (4) Possession aux fins de trafic

Avant de se demander si l'atteinte est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, je vais me pencher brièvement sur les divers points soulevés par l'appellant Malmo-Levine. Ce dernier prétend que l'interdiction visant la possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic que prévoit le par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants* contrevient aux art. 7 et 15 de la *Charte*. Mes collègues les juges Gonthier et Binnie ont examiné cet argument présenté par M. Malmo-Levine sur le fondement de l'art. 15 et ils ont conclu que le par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants* n'est pas discriminatoire à l'égard de l'appellant, étant donné que la décision d'avoir de la marihuana en sa possession et d'en faire le trafic n'est pas une caractéristique personnelle immuable, et que le fait de traiter différemment les personnes qui choisissent d'agir ainsi ne porte d'aucune façon atteinte à la dignité humaine ni ne renforce des stéréotypes préjudiciables ou des désavantages historiques. Je suis entièrement d'accord avec cette conclusion.

Ayant conclu que l'interdiction visant la simple possession de marihuana ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte*, mes collègues les juges Gonthier et Binnie n'ont pas examiné la question soulevée par M. Malmo-Levine au sujet de l'art. 7, et les juridictions inférieures ne l'ont pas fait non plus, pour le même motif. En fait, devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, M. Malmo-Levine a uniquement contesté le chef d'accusation de possession (le juge Braidwood, par. 8). De plus, les conclusions de fait des juges de première instance dans les affaires

267

268

related to marihuana use, but there is nothing in the factual record concerning the harm associated specifically with the act of trafficking. Most if not all of the arguments before this Court have focussed on possession for personal use. On this record, it is virtually impossible to determine whether possession of marihuana for the purpose of trafficking causes more than little or no harm to others. I am aware that the health risks associated with marihuana use could be used to demonstrate that the trafficker, involving third parties, puts their health at risk and thus risks causing more than little or no harm to others than himself or herself. However, this obvious argument cannot be properly addressed without consideration of many factors which were not argued by the parties, such as, for instance, the issue of consent (see, e.g., P. Alldridge, “Dealing with Drug Dealing”, in *Harm and Culpability*, *supra*, at p. 239). A conclusion on this issue raised by the appellant Malmo-Levine would be based on pure speculation. On this record, I cannot conclude that the appellant has met his burden and therefore his constitutional challenge fails.

(5) Is the Infringement Justified Under Section 1 of the Charter?

269

This Court has explained, in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, the relation between ss. 7 and 1. McLachlin and Iacobucci JJ., writing for the majority, held as follows, at paras. 65-67:

It is also important to distinguish between balancing the principles of fundamental justice under s. 7 and balancing interests under s. 1 of the *Charter*. The s. 1 jurisprudence that has developed in this Court is in many respects quite similar to the balancing process mandated by s. 7. . . .

However, there are several important differences between the balancing exercises under ss. 1 and 7. The most important difference is that the issue under s. 7 is the delineation of the boundaries of the rights in question whereas under s. 1 the question is whether the viola-

*Clay et Caine* concernent le préjudice lié à la consommation de marihuana, mais rien dans le dossier factuel ne porte sur le préjudice découlant du trafic de marihuana. La plupart des arguments qui ont été soumis à la Cour portent essentiellement sur la possession aux fins de consommation personnelle. À la lumière du dossier, il est virtuellement impossible de déterminer si la possession de marihuana en vue d'en faire le trafic cause davantage qu'un faible préjudice à autrui. Je suis consciente que les risques pour la santé qui résultent de la consommation de marihuana pourraient servir à démontrer que le trafiquant, dont les activités touchent des tiers, met la santé de ces personnes en danger et risque de causer davantage qu'un faible préjudice à d'autres personnes qu'à lui-même. Toutefois, cet argument évident ne peut pas être examiné adéquatement sans considérer d'autres facteurs qui n'ont pas été débattus par les parties, notamment la question du consentement (voir, par exemple, P. Alldridge, « Dealing with Drug Dealing », dans *Harm and Culpability*, *op. cit.*, p. 239). Toute conclusion sur cette question soulevée par l'appelant Malmo-Levine ne serait que pure conjecture. À la lumière du dossier, je ne puis conclure que l'appelant s'est acquitté du fardeau de preuve qui lui incombait et, par conséquent, sa contestation constitutionnelle est rejetée.

(5) L'atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la Charte?

Dans l'arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, la Cour a expliqué le lien qui existe entre l'art. 7 et l'article premier. S'exprimant au nom des juges majoritaires, les juges McLachlin et Iacobucci ont tiré les conclusions suivantes, aux par. 65-67 :

Il est également important d'établir une distinction entre l'évaluation des principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 et l'évaluation d'intérêts fondée sur l'article premier de la *Charte*. La jurisprudence de notre Cour relative à l'article premier est, à maints égards, fort semblable au processus d'évaluation prescrit par l'art. 7. . . .

Il y a cependant plusieurs différences importantes entre l'évaluation fondée sur l'article premier et celle qui est fondée sur l'art. 7. La différence la plus importante réside dans le fait que la question qui se pose en vertu de l'art. 7 est celle de la délimitation des droits en question

tion of these boundaries may be justified. The different role played by ss. 1 and 7 also has important implications regarding which party bears the burden of proof. If interests are balanced under s. 7 then it is the rights claimant who bears the burden of proving that the balance struck by the impugned legislation violates s. 7. If interests are balanced under s. 1 then it is the state that bears the burden of justifying the infringement of the *Charter* rights.

Because of these differences, the nature of the issues and interests to be balanced is not the same under the two sections. As Lamer J. (as he then was) stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 503: “the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system”. In contrast, s. 1 is concerned with the values underlying a free and democratic society, which are broader in nature. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, Dickson C.J. stated, at p. 136, that these values and principles “embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society”. In *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 737, Dickson C.J. described such values and principles as “numerous, covering the guarantees enumerated in the *Charter* and more”. [Emphasis added.]

In the cases before this Court, certain factors would be better evaluated in the analysis under s. 1, where the Crown will bear the burden of proving them, rather than under s. 7. As Rosenberg J.A. held in *Parker*, *supra*, the companion case of *Clay* at the Court of Appeal for Ontario, at para. 119:

Thus, the difference between the s. 1 and the s. 7 analysis is important not only because of the different interests to be considered but also because of the shift in the burden of proof. For example, the Crown argued that in considering whether the law struck the right balance between the accused’s interests and the interests of the state under s. 7, the court should consider Canada’s international treaty obligations. It may be, however, that such interests are more properly a matter for consideration under s. 1, in which case the Crown would bear the onus

tandis que la question qui se pose en vertu de l’article premier est de savoir si le non-respect de ces limites peut être justifié. Le rôle différent que jouent l’article premier et l’art. 7 a également des répercussions importantes sur l’identité de la partie à qui incombe le fardeau de la preuve. Si les intérêts sont évalués en vertu de l’art. 7, c’est la personne qui revendique des droits qui a le fardeau de prouver que l’équilibre établi par la mesure législative contestée viole l’art. 7. Si les intérêts sont évalués en vertu de l’article premier, il incombe alors à l’État de justifier l’atteinte aux droits garantis par la *Charte*.

À cause de ces différences, la nature des questions et des intérêts qui doivent être évalués n’est pas la même pour les deux articles. Comme le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l’a dit dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 503, « les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique ». Par contre, l’article premier touche les valeurs qui sous-tendent une société libre et démocratique, qui sont plus larges par nature. Dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef Dickson a affirmé, à la p. 136, que ces valeurs et ces principes « comprennent (. . .) le respect de la dignité inhérente de l’être humain, la promotion de la justice et de l’égalité sociales, l’acceptation d’une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société ». Dans l’arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, à la p. 737, le juge en chef Dickson a décrit ces valeurs et principes comme étant « nombreux, englobant les garanties énumérées dans la *Charte* et plus encore ». [Je souligne.]

Dans les présents pourvois, il est préférable d’évaluer certains facteurs dans l’analyse fondée sur l’article premier — étape à laquelle il incombe au ministère public d’en faire la preuve — plutôt que dans l’analyse fondée sur l’art. 7. Comme l’a dit le juge Rosenberg dans l’arrêt *Parker*, précité (dossier connexe de l’affaire *Clay* devant la Cour d’appel de l’Ontario, au par. 119) :

[TRADUCTION] En conséquence, la différence entre l’analyse fondée sur l’article premier et celle fondée sur l’art. 7 est importante non seulement en raison des intérêts distincts dont il faut tenir compte, mais aussi à cause de l’inversion du fardeau de la preuve. Par exemple, le ministère public a soutenu que, le tribunal appelé à décider si la mesure législative a établi l’équilibre requis par l’art. 7 entre les droits de l’accusé et ceux de l’État doit prendre en compte les obligations découlant de traités internationaux auxquels le Canada est partie. Il se peut

of demonstrating that the violation of s. 7 was necessary to uphold Canada's treaty obligations. See *R. v. Malmo-Levine*, 2000 BCCA 335, at para. 151, 145 C.C.C. (3d) 225.

Some balancing of societal interests has been done here under s. 7 in ascertaining the existence and the content of the harm principle as a principle of fundamental justice. In many instances, Canada's treaty obligations will be apposite to a s. 7 analysis. Indeed, in some cases an examination of international law will provide indispensable insight into the scope and content to be given to the "principles of fundamental justice" (*Motor Vehicle Reference*, *supra*, at p. 503; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, at para. 46; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7, at paras. 79-81). This is not the case here, however. Given the nature of the harm principle, Canada's treaty obligations are not particularly helpful in demonstrating the existence or application of the principle as a principle of fundamental justice. Treaty obligations and international law generally may, of course, also be considered under s. 1 in the determination of whether a violation of s. 7 can be justified (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 140-41; *Mills*, *supra*, at paras. 65-67).

271 However, while s. 7 violations may be saved by s. 1, this will occur rarely, as was explained by Lamer C.J. in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services)*, *supra*, at para. 99:

Section 7 violations are not easily saved by s. 1. . . .

. . . .

This is so for two reasons. First, the rights protected by s. 7 — life, liberty, and security of the person — are very significant and cannot ordinarily be overridden by

toutefois qu'il soit préférable d'examiner ces droits au regard de l'article premier, auquel cas il incombe au ministère public de démontrer que la violation de l'art. 7 était nécessaire pour permettre au Canada de respecter ses obligations issues de traités. Voir *R. c. Malmo-Levine*, 2000 BCCA 335, par. 151, 145 C.C.C. (3d) 225.

En l'espèce, une certaine mise en balance des intérêts de la société a été faite, au cours de l'analyse fondée sur l'art. 7, pour décider si le principe du préjudice est un principe de justice fondamentale et, si oui, quel est son contenu. Dans bon nombre de cas, les obligations issues de traités du Canada sont pertinentes dans le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 7. D'ailleurs, dans certaines affaires, l'examen du droit international fournit des indications indispensables sur la portée qui doit être reconnue aux « principes de justice fondamentale » (*Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, précité, p. 503; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 46; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7, par. 79-81). Nous ne sommes toutefois pas en présence d'une telle affaire en l'espèce. Vu la nature du principe du préjudice, les obligations issues de traités du Canada ne sont pas particulièrement utiles pour établir l'existence ou l'application du principe de ce préjudice en tant que principe de justice fondamentale. Évidemment, ces obligations ainsi que le droit international en général peuvent néanmoins être également pris en compte dans l'analyse fondée sur l'article premier, pour décider si la violation de l'art. 7 peut être justifiée (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 140-141; *Mills*, précité, par. 65-67).

Toutefois, bien que certaines violations de l'art. 7 puissent être justifiables au regard de l'article premier, cela ne se produit que rarement, comme l'a expliqué le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires)*, précité, par. 99 :

Il n'est pas facile de sauver une atteinte à l'art. 7 par application de l'article premier. . . .

. . . .

Deux raisons expliquent ceci. D'abord, les intérêts protégés par l'art. 7 — la vie, la liberté et la sécurité de la personne — revêtent une grande importance et

competing social interests. Second, rarely will a violation of the principles of fundamental justice, specifically the right to a fair hearing, be upheld as a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society.

The general approach in international law is that a state may not invoke its internal law as justification for its failure to perform a treaty (*Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, Art. 27; *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392, at p. 410). However, the treaty obligations Canada has undertaken in the war on drugs are subject to, *inter alia*, Canada's "constitutional limitations" (*Single Convention on Narcotic Drugs, 1961*, Can. T.S. 1964 No. 30, Art. 36) and Canada's "constitutional principles and the basic concepts of its legal system" (*Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, Can. T.S. 1990 No. 42, Art. 3(2)). The express subordination of these treaties to the requirements of domestic constitutional law suggests that they would not significantly assist an attempt to justify the s. 7 violation in s. 1.

The respondent has not made any submissions regarding s. 1, and none of the courts below considered the issue. Given that the burden is on the Crown to establish that the infringement was justified under s. 1, I conclude that it has not met this burden.

### III. Conclusion

#### A. *Malmo-Levine*

For the foregoing reasons, in the case of the appellant David Malmo-Levine, I would dismiss the appeal.

The constitutional questions in the *Malmo-Levine* appeal should be answered as follows:

1. Does prohibiting possession of Cannabis (marihuana) for the purpose of trafficking under s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1,

généralement, des exigences sociales concurrentes ne pourront prendre le pas sur eux. Ensuite, le non-respect des principes de justice fondamentale — et, en particulier, du droit à une audience équitable — sera rarement reconnu comme une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

En droit international, on considère qu'un État ne peut invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution des obligations prévues par un traité (*Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 27; *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392, p. 410). Toutefois, l'exécution par le Canada de ses obligations issues de traités en matière de lutte contre la drogue est subordonnée, entre autres choses, au respect de ses « dispositions constitutionnelles » (*Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, R.T. Can. 1964 n° 30, art. 36) et « de ses principes constitutionnels et des concepts fondamentaux de son système juridique » (*Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, R.T. Can. 1990 n° 42, par. 3(2)). La subordination expresse de ces traités aux exigences du droit constitutionnel interne tend à indiquer que les premiers ne seraient pas très utiles pour tenter de justifier, à l'étape de l'article premier, la violation d'un droit garanti par l'art. 7.

L'intimée n'a pas présenté d'observations au sujet de l'article premier et aucune des juridictions inférieures n'a examiné cette question. Comme il incombait au ministère public d'établir que l'atteinte est justifiée au regard de l'article premier, j'estime qu'il ne s'est pas acquitté de ce fardeau.

### III. Conclusion

#### A. *Malmo-Levine*

Pour les motifs qui précèdent, dans le cas de l'appelant David Malmo-Levine, je rejeterais le pourvoi.

Je répondrais de la manière suivante aux questions constitutionnelles soulevées dans le pourvoi *Malmo-Levine* :

1. Est-ce que l'interdiction d'avoir en sa possession du Cannabis (marihuana) en vue d'en faire le trafic prévoit le par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*,

272

273

274

by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to Question 1 is in the affirmative, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

3. Does prohibiting possession of Cannabis (marihuana) for the purpose of trafficking under s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), infringe s. 15(1) of the *Charter* by discriminating against a certain group of persons on the basis of their substance orientation, occupation orientation, or both?

Answer: No.

4. If the answer to Question 3 is in the affirmative, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

#### B. *Caine*

275 In the case of the appellant Victor Eugene Caine, I would allow the appeal and set aside the conviction for simple possession.

276 The constitutional questions in the *Caine* appeal should be answered as follows:

1. Does prohibiting possession of Cannabis (marihuana) for personal use under s. 3(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and*

L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l'art. 3 de l'annexe de cette loi (maintenant l'art. 1 de l'annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19), porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?

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

3. Est-ce que l'interdiction d'avoir en sa possession du Cannabis (marihuana) en vue d'en faire le trafic que prévoit le par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l'art. 3 de l'annexe de cette loi (maintenant l'art. 1 de l'annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19), porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte* en traitant un certain groupe de personnes de façon discriminatoire sur le fondement de leur orientation sous l'angle de la substance concernée, de leur orientation sous l'angle de leur occupation ou de leur orientation sous ces deux aspects?

Réponse : Non.

4. Si la réponse à la question 3 est affirmative, l'atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?

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

#### B. *Caine*

Dans le cas de l'appelant Victor Eugene Caine, j'accueillerais le pourvoi et j'annulerais la déclaration de culpabilité pour simple possession.

Je répondrais de la manière suivante aux questions constitutionnelles soulevées dans le pourvoi *Caine* :

1. Est-ce que l'interdiction d'avoir en sa possession du Cannabis (marihuana) aux fins de consommation personnelle — interdiction prévue au par. 3(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l'art. 3 de

*Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If the answer to Question 1 is in the affirmative, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: No.

3. Is the prohibition on the possession of Cannabis (marihuana) for personal use under s. 3(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), within the legislative competence of the Parliament of Canada as being a law enacted for the peace, order and good government of Canada pursuant to s. 91 of the *Constitution Act, 1867*; as being enacted pursuant to the criminal law power in s. 91(27) thereof; or otherwise?

Answer: Yes.

The following are the reasons delivered by

LEBEL J. (dissenting in *Caine*) — I have had the opportunity of reading the joint reasons of Justices Gonthier and Binnie who would dismiss the appeal, and those of Justice Arbour who would allow it. With respect for the other view, I am in agreement with the disposition suggested by Arbour J. and I would answer the constitutional questions as she proposes. Nevertheless, I am not yet convinced that we should raise the harm principle to the level of a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. On this question, I share the skepticism of my colleagues Binnie and Gonthier JJ. I part company with them, however, at the point where they hold that the prohibition of simple possession of marihuana is not an arbitrary or irrational legislative response. On the evidence which is available to us and which was carefully reviewed by Arbour J., the law, as it stands, is indeed an arbitrary response

l'annexe de cette loi (maintenant l'art. 1 de l'annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19) — porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?

Réponse : Non.

3. Est-ce que l'interdiction d'avoir en sa possession du Cannabis (marihuana) aux fins de consommation personnelle — interdiction prévue au par. 3(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l'art. 3 de l'annexe de cette loi (maintenant l'art. 1 de l'annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19) — relève de la compétence législative du Parlement du Canada en tant que règle de droit édictée soit en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, soit en vertu du pouvoir de légiférer sur le droit criminel prévu au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, soit en vertu d'un autre pouvoir?

Réponse : Oui.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident dans *Caine*) — J'ai pris connaissance des motifs conjoints des juges Gonthier et Binnie, qui sont d'avis de rejeter le pourvoi, ainsi que des motifs de la juge Arbour, qui pour sa part l'accueillerait. Avec égards pour l'avis contraire, je souscris au dispositif que propose la juge Arbour de même qu'aux réponses qu'elle donne aux questions constitutionnelles. Néanmoins, je ne suis pas convaincu que nous devrions élever le principe du préjudice au rang des principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Sur ce point, je partage le scepticisme de mes collègues les juges Binnie et Gonthier. Je ne peux toutefois me ranger à leur conclusion selon laquelle l'interdiction visant la simple possession de marihuana ne constitue pas une réponse législative arbitraire ou irrationnelle. À la lumière de la preuve dont nous disposons et qu'a soigneusement examinée la juge Arbour, dans

to social problems. The Crown has failed to properly delineate the societal concerns and individual rights at stake, more particularly the liberty interest involved in this appeal.

278 The process of delineation of rights under s. 7 unavoidably involves balancing competing rights and interests (*R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at paras. 65-66). In this respect, concerns about the harm done to society or some of its members or even to the accused themselves must be weighed together with the consequences which flow from the criminalization of simple possession. A balancing of this nature must occur when it is asserted that the liberty interest of the accused has been infringed in a way that is inconsistent with the tenets of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. Such an analysis is not as narrowly focussed as a review of a punishment under s. 12 of the *Charter* where courts must determine whether a specific penalty should be considered as cruel and unusual because of its grossly disproportionate nature.

279 In the course of a s. 7 analysis, the inquiry of the Court is more subtle, broader, and more difficult. Although the availability of imprisonment triggers the inquiry into the applicability of s. 7, the investigation must move beyond the sole question of the penalty and the courts must take into account all relevant factors viewed as a whole, in order to determine whether a breach of fundamental rights has been made out. It is made out if and when the response to a societal problem may overreach in such a way as to taint the particular legislative response with arbitrariness. (See for example, *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, at para. 47; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, at para. 76; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at pp. 621 and 625.)

280 On the evidence which is available in this appeal, such a legislative overreach happened. I do not need to engage in any additional review of this evidence, given that it was carefully reviewed and discussed by my colleagues. I will not even attempt to

sa forme actuelle la loi apporte effectivement une solution arbitraire à certains problèmes sociaux. Le ministère public n'a pas été en mesure de bien définir les préoccupations sociales et les droits individuels qui sont en jeu, plus particulièrement le droit à la liberté que soulève le présent pourvoi.

Pour définir correctement les droits garantis par l'art. 7, il faut inmanquablement mettre en balance des droits et intérêts opposés (*R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 65-66). À cet égard, on doit soupeser les craintes concernant le préjudice causé à la société ou à certains de ses membres, voire à l'accusé lui-même, et les conséquences de la criminalisation de la simple possession de marijuana. Une telle mise en balance s'impose lorsque l'accusé prétend qu'on a porté atteinte à son droit à la liberté d'une manière incompatible avec les préceptes de la justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte*. Cette analyse n'est pas aussi étroitement circonscrite que l'examen d'une sanction au regard de l'art. 12 de la *Charte*, où le tribunal doit se demander si la peine en question possède un caractère exagérément disproportionné et si elle doit, de ce fait, être tenue pour cruelle et inusitée.

Dans l'analyse fondée sur l'art. 7, l'examen auquel doit se livrer le tribunal est plus subtil, il a une portée plus large, et il est aussi plus ardu. Bien que l'applicabilité de l'art. 7 découle de la possibilité d'emprisonnement, le tribunal ne doit pas limiter son examen à la seule question de la peine, mais il lui faut aussi tenir compte de tous les facteurs pertinents, considérés globalement, pour décider si une atteinte à un droit fondamental a été établie. Il y a atteinte lorsque la mesure législative édictée pour répondre à un problème social peut avoir une portée à ce point excessive qu'elle en devient arbitraire. (Voir, par exemple, *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 47; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 76; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 621 et 625.)

À la lumière de la preuve dont nous disposons dans le présent pourvoi, la mesure législative en cause présente une portée excessive. Il n'est pas nécessaire que je procède à un examen supplémentaire de cette preuve, que mes collègues ont déjà

summarize it again. In my mind, it cannot be denied that marihuana can cause problems of varying nature and severity to some people or to groups of them. Nevertheless, the harm its consumption may cause seems rather mild on the evidence we have. In contrast, the harm and the problems connected with the form of criminalization chosen by Parliament seem plain and important. Few people appear to be jailed for simple possession but the law remains on the books. The reluctance to enforce it to the extent of actually jailing people for the offence of simple possession seems consistent with the perception that the law, as it stands, amounts to some sort of legislative overreach to the apprehended problems associated with marihuana consumption. Moreover, besides the availability of jail as a punishment, the enforcement of the law has tarred hundreds of thousands of Canadians with the stigma of a criminal record. They have had to bear the burden of the consequences of such criminal records as Arbour J. points out. The fundamental liberty interest has been infringed by the adoption and implementation of a legislative response which is disproportionate to the societal problems at issue. It is thus arbitrary and in breach of s. 7 of the *Charter*. For these reasons, I agree with Arbour J. that fundamental rights are at stake, that they were breached, and that this Court must intervene as part of its duty under the Constitution to uphold the fundamental principles of our constitutional order.

English version of the reasons delivered by

DESCHAMPS J. (dissenting in *Caine*) — The appellants contest Parliament's power to prohibit the simple possession of marihuana. Their challenge is based on two grounds: the division of powers and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

soigneusement examinée et analysée. Je ne tenterai même pas de la résumer à nouveau. À mon avis, il est indéniable que la marihuana peut causer à certaines personnes ou à certains groupes des problèmes de nature et de gravité variables. Néanmoins, compte tenu de la preuve qui nous a été présentée, le préjudice susceptible d'être causé par la consommation de cette substance paraît assez peu important. À l'opposé, le préjudice et les problèmes associés à la forme de criminalisation retenue par le législateur paraissent clairs et importants. Il semble que peu de gens soient emprisonnés pour simple possession de marihuana, mais il n'en reste pas moins que la loi continue de prévoir cette possibilité. La réticence des tribunaux à infliger cette peine et à emprisonner effectivement une personne déclarée coupable de simple possession semble confirmer la perception selon laquelle la loi, dans sa forme actuelle, constitue en quelque sorte une réaction législative démesurée aux problèmes que fait craindre la consommation de marihuana. Non seulement la loi permet-elle l'emprisonnement, mais son application signifie que des centaines de milliers de Canadiens sont aux prises avec les stigmates qu'entraînent des antécédents judiciaires et doivent, comme le signale la juge Arbour, supporter les conséquences de l'existence d'un casier judiciaire. L'adoption et l'application d'une mesure législative qui est disproportionnée aux problèmes sociétaux visés ont porté atteinte au droit fondamental à la liberté. Cette mesure est en conséquence arbitraire et contrevient à l'art. 7 de la *Charte*. Pour ces motifs, j'estime, à l'instar de la juge Arbour, que des droits fondamentaux sont en jeu, que ces droits ont été violés et que notre Cour doit intervenir dans le cadre de l'obligation qui lui incombe, en vertu de la Constitution, de faire respecter les principes fondamentaux de notre ordre constitutionnel.

Les motifs suivants ont été rendus par

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente dans *Caine*) — Les appelants contestent le pouvoir du Parlement de prohiber la simple possession de marihuana. Leur contestation comporte deux volets : le partage des pouvoirs et la *Charte canadienne des droits et libertés*.

282 Like my colleagues, I conclude that, in Canada, the prohibition of the possession of drugs lies within federal jurisdiction. At issue here is Parliament's power to prohibit certain conduct by imposing a sanction of imprisonment, whether pursuant to its jurisdiction over peace, order and good government or under its criminal law power. As the exercise for determining the proper division of powers depends more upon a categorization of the nature of the enactment than on the enactment's legality, which is the focus of a *Charter* challenge, I find that Parliament may validly exercise its coercive power by invoking a ground falling within its criminal law jurisdiction, namely health.

283 There remains the question of conformity with the *Charter*. Four main arguments are raised: Parliament may not use its coercive power to limit an individual's personal freedom to use marihuana; the purpose of the original statute (*The Opium and Narcotic Drug Act, 1923*, S.C. 1923, c. 22) has shifted over time; the prohibition is unconstitutional because marihuana does not harm anyone other than its users; and the prohibition is disproportionate and arbitrary.

284 I agree with the majority of this Court on the arguments relating to the protection of lifestyle and the shifting purpose of the Act. I will limit my comments to the arguments concerning the "harm principle" and the arbitrary nature of the legislation. The latter argument leads me to conclude that the inclusion of cannabis in the schedule to the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1 (rep. S.C. 1996, c. 19, s. 94), infringes the appellants' right to liberty.

#### I. The "Harm Principle"

285 The "harm principle", as defined by John Stuart Mill, is cited and interpreted in both the majority opinion and the opinion of Arbour J. I agree with the conclusion of the majority in that I am of the opinion that the "harm principle" is not a principle of fundamental justice *per se*, but I believe it would be useful

Comme mes collègues, je conclus que la prohibition de la possession de drogues au Canada relève de la compétence du législateur fédéral. Que ce soit en vertu de son pouvoir de légiférer pour assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement ou de sa compétence en matière de droit criminel, ce qui est en jeu ici, c'est le pouvoir d'intervention du Parlement pour prohiber une conduite et la sanctionner par l'emprisonnement. Comme l'exercice requis pour déterminer si le partage des pouvoirs est respecté relève davantage de la catégorisation de la nature de la loi que de l'évaluation de sa légalité, comme c'est le cas pour l'application de la *Charte*, je constate que le Parlement fédéral peut avoir recours à son pouvoir de contrainte puisqu'il peut invoquer une matière qui relève de sa compétence sur le droit criminel, soit la santé.

Reste la question de la conformité à la *Charte*. Quatre arguments principaux sont plaidés : le Parlement ne peut utiliser son pouvoir de contrainte pour violer le choix personnel de faire usage de marihuana; l'objet de la loi originale (*Loi de l'opium et des drogues narcotiques, 1923*, S.C. 1923, ch. 22) ne peut plus être légitimement invoqué; la prohibition est inconstitutionnelle parce que la marihuana ne causerait de dommage qu'aux usagers eux-mêmes; la prohibition est disproportionnée et arbitraire.

Je me rallie à mes collègues de la majorité quant aux arguments ayant trait à la protection du mode de vie et à la modification de l'objet original de la Loi. Je limiterai mes commentaires aux arguments concernant le « principe du préjudice » et le caractère arbitraire de la Loi. Je retiens le dernier argument pour conclure que l'inclusion du cannabis dans l'annexe de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1 (abr. L.C. 1996, ch. 19, art. 94), porte atteinte au droit à la liberté des appelants.

#### I. Le « principe du préjudice »

Le « principe du préjudice », défini par John Stuart Mill, est cité et interprété tant dans l'opinion de la majorité que dans celle de la juge Arbour. Je souscris à la conclusion de mes collègues de la majorité, en ce que je ne suis pas d'avis que le « principe du préjudice » est un principe de justice

to focus on one aspect of their reasoning and even elaborate upon it.

A vision of the criminal law based on Mill's work, attractive though it may be, leaves the state no room to intervene in order to safeguard the moral values that are fundamental to a free and democratic society: see *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 493. Mill's restrictive position does not fit well with the Canadian reality, in which it is accepted that social morality and criminal law are inextricably linked. Many prohibitions cannot be rationalized under the "harm principle", as emphasized in para. 118 of the majority opinion. Moreover, the state's intervention in punishing a crime is generally the expression of a popular consensus condemning socially reprehensible conduct, such as murder or sexual assault. Thus, reprehension for such conduct must generally be accompanied by the requirement that the individual understand that the conduct is blameworthy, in other words, that the individual have a guilty mind (*mens rea*): see in this regard H. L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (1968), at p. 262; V. V. Ramraj, "Freedom of the Person and the Principles of Criminal Fault" (2002), 18 *S. Afr. J. Hum. Rts.* 225. To be sure, morality alone cannot be the sole justification for the state's exercise of its criminal law power. Still, social morality remains an integral part of the justificatory framework for allowing the state to use this power, and its categorical exclusion under the "harm principle" demonstrates the limitations of this concept.

Moreover, I believe that restricting criminal law to situations in which harm is caused to others would minimize the role of the state as protector of society. Indeed, the fundamental purpose of criminal justice is the protection of society: see *Report of the Canadian Committee on Corrections — Toward Unity: Criminal Justice and Corrections* (the Ouimet Report) (1969), at p. 11. The "harm principle" can prove difficult to apply, for example, when the victim is not easily identifiable, as in the case of certain crimes against society as a whole. Mill was himself ambiguous on this point. The state's use of dissuasive sanctions can also help to eliminate

fondamentale en soi, mais je crois utile de préciser un élément du raisonnement et même d'y ajouter.

Si attrayante que soit la vision du droit criminel qui se dégage de l'ouvrage de Mill, elle ne laisse pas place à l'intervention de l'État pour garantir le respect de certaines valeurs morales de notre société qui demeurent fondamentales à la réalisation d'une société libre et démocratique : voir *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 493. La position restrictive de Mill colle donc mal à la réalité canadienne où il est acquis que la moralité sociale est inextricablement liée au droit criminel. Ainsi, maintes prohibitions ne peuvent être rationalisées par le « principe du préjudice », comme la majorité le souligne au par. 118. De plus, l'intervention de l'État pour sanctionner un crime traduit généralement un consensus populaire concernant une conduite socialement répréhensible, tel le meurtre ou l'agression sexuelle. À cet égard, la réprobation d'une conduite implique généralement l'exigence que la personne comprenne que sa conduite est répréhensible, autrement dit qu'elle ait une intention coupable (*mens rea*) : voir à ce sujet H. L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (1968), p. 262; V. V. Ramraj, « Freedom of the Person and the Principles of Criminal Fault » (2002), 18 *S. Afr. J. Hum. Rts.* 225. Certes, la morale ne peut, à elle seule, justifier le recours de l'État au droit criminel. Il reste que la moralité sociale fait partie intégrante du cadre justificatif permettant à l'État de recourir au droit criminel et que son exclusion catégorique du « principe du préjudice » met en relief l'insuffisance du concept.

Par ailleurs, j'estime que la restriction du droit criminel aux situations où un dommage est causé à autrui minimise le rôle de l'État comme protecteur de la société. En effet, le principe de base de la justice criminelle est de protéger la société : voir à ce sujet le *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle — Justice pénale et correction : un lien à forger* (Rapport Ouimet) (1969), p. 11. Le « principe du préjudice » peut s'avérer difficile d'application, par exemple, lorsque la victime ne peut être identifiée facilement, comme dans certains crimes commis contre la société dans son ensemble. Mill est lui-même ambigu à cet effet. Le

286

287

conduct where the resulting harm may be difficult to evaluate or prove, such as corruption, in certain cases.

288 The criminal law thus finds its justification in the protection of society, both as a whole and in its individual components. While there can be no doubt that the state is justified in using its criminal law tools to prevent harm to others, this principle is too narrow to encompass all the elements that may place limits on the state's exercise of the criminal law. It cannot validly be characterized as a principle of fundamental justice.

II. Arbitrary Nature of the Inclusion of Marihuana in the Schedule to the *Narcotic Control Act*

289 The criminal law is one of the most aggressive weapons the state has to enforce its dictates. This weapon must be wielded with great care. The courts must intervene when an enactment violates constitutional guarantees. More specifically, and without repeating the detailed comments of my colleagues, the courts must act when the right to liberty is infringed without regard for the principles of fundamental justice. In the present case, I believe Parliament has exercised its power arbitrarily.

290 When the state prohibits socially neutral conduct, that is, conduct that causes no harm, that is not immoral and upon which there is no societal consensus as to its blameworthiness, it cannot do so without raising a problem of legitimacy and, consequently, losing credibility. Citizens become inclined not to take the criminal justice system seriously and lose confidence in the administration of justice. Judges become reluctant to impose the sanctions attached to such laws.

291 Recognizing this chain reaction allows one to grasp the importance of the principle of fundamental justice which holds that for the state to be able to justify limiting an individual's liberty, the legislation upon which it bases its actions must not be arbitrary: see, e.g., *R. v. Arkel*, [1990] 2 S.C.R. 695, at p. 704; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at pp. 619-20 (*per*

recours de l'État à des sanctions dissuasives peut aussi contribuer à l'élimination de conduites dans les cas où il pourrait s'avérer difficile d'évaluer et de prouver le dommage, par exemple dans certaines affaires de corruption.

Le droit criminel trouve donc sa justification dans la protection de la société, vue tant dans son ensemble que dans ses composantes. En ce sens, s'il est certain que l'État est justifié d'intervenir en utilisant les outils du droit criminel pour prévenir le dommage à autrui, ce principe est trop étroit pour réunir tous les éléments qui peuvent limiter l'action de l'État en droit criminel. Il ne peut valablement être qualifié de principe de justice fondamentale.

II. Le caractère arbitraire de l'inclusion de la marihuana dans l'annexe de la *Loi sur les stupéfiants*

Le droit criminel est une des armes les plus puissantes dont l'État dispose pour faire respecter ses prescriptions. Cette arme doit être utilisée avec discernement. Les tribunaux doivent intervenir lorsque la loi viole les garanties constitutionnelles, en particulier, et je ne reviendrai pas sur les énoncés détaillés de mes collègues, lorsque le droit à la liberté est enfreint sans égards pour les principes de justice fondamentale. En l'espèce, j'estime que l'exercice législatif est arbitraire.

Lorsque l'État prohibe une conduite socialement neutre, c'est-à-dire une conduite qui ne cause pas de préjudice, qui n'est pas immorale et pour laquelle il n'y a pas de consensus social concernant la réprobation, il ne peut que faire face à un problème de légitimité et, par conséquent, de perte de crédibilité. Les citoyens sont enclins à banaliser le système de justice criminelle et perdent confiance dans l'administration de la justice. Les juges hésitent à imposer les sanctions prévues par ces lois.

La prise de conscience de ces réactions en chaîne permet de saisir toute l'importance du principe de justice fondamentale qui veut qu'avant de pouvoir justifier la limitation de la liberté d'un individu, l'État doit se fonder sur une loi qui n'est pas arbitraire : voir, par exemple, *R. c. Arkel*, [1990] 2 R.C.S. 695, p. 704; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993]

McLachlin J. (as she then was) dissenting); *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at p. 793. There are several basic tenets of criminal law that can be used to measure the arbitrariness of a prohibition. I shall rely on three of these principles here: the need for the state to protect society from harm, the availability of tools other than criminal law that could adequately control the conduct and the proportionality of the measure to the problem in question. In emphasizing these three rules, I do not mean to suggest that others could not be used to determine if an enactment is arbitrary, nor that these three rules must always be met in a given case. They do, however, serve to delineate the legitimate scope of criminal law. These rules are not new. They were referred to over 35 years ago by the Canadian Committee on Corrections (Ouimet Report, *supra*, at p. 12) in the chapter dealing with the basic principles and goals of criminal justice. I realize that such working groups usually attempt to describe the law as it should be, in a normative sense, but in this chapter, the Committee took care to outline the foundations specific to our criminal law. Those factors are still relevant today.

Is the inclusion of marihuana in the schedule to the *Narcotic Control Act* arbitrary?

As mentioned by the majority, the reasons for adding marihuana to the schedule to the *Narcotic Control Act* are nebulous, at best. The historical background outlined by the trial judge in the case of the appellant Caine clearly shows that Parliament's decision was made at a time when a climate of irrational fear predominated, owing to a campaign led by Edmonton magistrate Emily Murphy, who claimed that marihuana caused users to lose their minds, along with all sense of moral responsibility, becoming maniacs capable of murder and many other acts of cruelty.

Fortunately, the consequences of marihuana use are nothing like those described at that time. Although I do not accept the "harm principle" as an

3 R.C.S. 519, p. 619-620 (motifs dissidents de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef)); *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 793. Plusieurs règles de base du droit criminel peuvent être utilisées pour mesurer le caractère arbitraire d'une prohibition. J'aurai ici recours à trois de ces règles, soit le besoin de l'État de protéger la société contre un préjudice, la possibilité pour l'État d'avoir recours à d'autres outils que le droit criminel pour réprimer adéquatement une conduite et la proportionnalité de la mesure par rapport au problème à enrayer. Le choix de ces trois règles ne signifie pas qu'on ne peut en utiliser d'autres pour statuer sur le caractère arbitraire d'une loi, ni qu'elles doivent toujours toutes trois être respectées dans un cas donné. Elles circonscrivent cependant le champ d'application légitime du droit criminel. Ces règles ne sont pas nouvelles. Elles ont déjà été mentionnées il y a plus de 35 ans par le Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle (Rapport Ouimet, *op. cit.*, p. 12) au chapitre traitant des principes de base et des buts de la justice criminelle. Je conçois qu'un tel groupe de travail cherche habituellement à décrire ce que la loi devrait être, au sens normatif, mais, dans ce chapitre, le Comité s'attardait à retracer les fondements propres à notre droit criminel. Ces facteurs sont toujours d'actualité.

Qu'en est-il de l'inclusion de la marihuana dans l'annexe de la *Loi sur les stupéfiants*?

Comme le mentionne la majorité, les motifs justifiant l'ajout de la marihuana dans l'annexe de la *Loi sur les stupéfiants* sont des plus nébuleux. Il ressort certainement de l'historique fait par le juge de première instance dans le dossier de l'appelant Caine que la décision du gouvernement a été prise à une époque où régnait un climat de crainte irrationnelle engendrée par une campagne menée par une magistrate d'Edmonton, Emily Murphy, qui prétendait que la marihuana faisait perdre la raison, et donc tout sens de responsabilité morale, et que ses adeptes devenaient des maniaques capables de tuer ou d'infliger toutes sortes de traitements cruels.

Les conséquences de l'usage de la marihuana sont, heureusement, totalement étrangères à ce qui a pu alors être décrit. Même si je ne reconnais pas

292

293

294

independent principle, I believe that the need for the state to protect society from harm plays an active role in any assessment of the arbitrariness of legislation. As a general rule, the state is justified in using the coercive tools of criminal law in cases where an individual willfully causes harm.

295 Although I do not adopt the approach of my colleague Arbour J., who would limit the sanction of imprisonment to cases where harm is done to others, I agree with her description of the consequences of marihuana use. The inherent risks of marihuana use, apart from those related to the operation of vehicles and the impact on public health care and social assistance systems, affect only the users themselves. These risks can be situated on a spectrum, ranging from no risk for occasional users to more significant risks for frequent users and vulnerable groups. On the whole, with a few exceptions, moderate use of marihuana is harmless. Thus, it seems doubtful that it is appropriate to classify marihuana consumption as conduct giving rise to a legitimate use of the criminal law in light of the *Charter*.

296 An examination of the second criterion, that of the availability of more tailored methods than the criminal law for controlling conduct, is equally perplexing.

297 The criminal law is an indispensable tool, but only in very limited circumstances: when society needs to be protected from an offender, when punishment is required to deter an individual or society in general from committing offences and when corrective measures specific to this field of law are necessary (see s. 718 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46). The minimal harm caused by marihuana does not fit squarely within the categories of conduct usually kept in check by the criminal law.

298 I would refer back to the comments made by Arbour J. (at paras. 192 to 200) concerning the risks identified by the trial judges. Only three

le « principe du préjudice » comme principe autonome, j'estime que le besoin de l'État de protéger la société contre un dommage joue un rôle actif dans l'évaluation du caractère arbitraire de la législation. Ainsi, le fait qu'une personne cause volontairement un dommage constitue, règle générale, une justification pour l'État de recourir aux outils de contrainte du droit criminel.

Bien que je n'adopte pas l'approche de ma collègue la juge Arbour qui limite le droit d'imposer l'emprisonnement aux cas de dommages à autrui, je souscris à la description qu'elle fait des conséquences de l'usage de la marihuana. Les risques inhérents à l'usage de la marihuana, mis à part ceux liés à la conduite de véhicules et à l'impact sur les régimes publics de soins et d'aide, ne pèsent que sur les usagers eux-mêmes. Ces risques se situent sur une échelle qui va d'une absence de risque pour les usagers occasionnels à des risques plus significatifs pour les consommateurs fréquents ou pour les groupes vulnérables. Dans l'ensemble, sauf exceptions, l'usage modéré de la marihuana s'avère inoffensif. Pour cette raison, il y a lieu de douter de la pertinence de sa classification comme conduite donnant ouverture à un recours légitime au droit criminel sous le régime de la *Charte*.

L'étude du second critère, celui du choix du droit criminel pour réprimer une conduite alors que d'autres moyens plus adaptés sont disponibles, laisse tout aussi perplexé.

Le droit criminel s'avère une arme indispensable dans des circonstances très circonscrites : lorsque la société a besoin d'être protégée contre les délinquants, lorsqu'une punition est nécessaire pour créer un effet dissuasif sur un individu ou sur la société en général et lorsque les mesures correctrices propres à ce domaine du droit sont nécessaires (voir l'art. 718 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46). Le peu de préjudice causé par la marihuana cadre mal avec les conduites habituellement réprimées par le droit criminel.

Je me reporte aux commentaires élaborés de la juge Arbour (au par. 192 à 200) au sujet des risques relevés par les juges de première instance.

groups are traditionally identified as requiring state intervention for their protection: young persons, pregnant women and certain people with medical conditions. This line of reasoning does not have to be pushed very far before it becomes obvious that criminal law is not society's preferred means of controlling the conduct of these groups. The use of imprisonment and all the other aspects of the criminal justice system, including the imposition of a criminal record, to suppress conduct that causes little harm to moderate users or to control high-risk groups for whom the effectiveness of deterrence or correction is highly dubious and seems to me out of keeping with Canadian society's standards of justice.

This brings me to the third factor, proportionality. The harmful effects of marihuana use have already been discussed and are highly debatable. The harm caused by its prohibition, however, is clear and significant. For the details, I refer back once again to the effects listed by Arbour J. (para. 200). A balancing of these two factors yields the result that the harm caused by prohibiting marihuana is fundamentally disproportionate to the problems created by its use that the state seeks to suppress.

While I am more comfortable using three criteria for evaluating constitutionality rather than just one, I nevertheless agree with LeBel J.'s analysis with regard to proportionality.

The harm caused by using the criminal law to punish the simple use of marihuana far outweighs the benefits that its prohibition can bring. LeBel J. notes that the fact that jail sentences are rarely imposed illustrates the perception of judges that imprisonment is not a sanction that befits the inherent dangers of using marihuana. In the case of the appellant Caine, Howard Prov. Ct. J. also observed that the prohibition had brought the law into disrepute in the eyes of over one million people. These are exactly the kinds of reactions that are indicative of the arbitrariness of the impugned provisions. As I have already mentioned, and as Howard Prov. Ct. J. observed, when the state prohibits socially neutral

Seulement trois groupes sont traditionnellement identifiés comme justifiant l'intervention de l'État dans son rôle de protecteur : les jeunes, les femmes enceintes et certains malades. Sans qu'il soit nécessaire de pousser le raisonnement très loin, il paraît évident que ce ne sont pas là des groupes pour lesquels la société privilégie le recours au droit criminel comme moyen de contrôle. Le recours à l'emprisonnement, et même à l'appareil criminel tout entier, y compris, entre autres, l'imposition de casiers judiciaires, pour réprimer une conduite qui ne cause que peu de dommages aux utilisateurs modérés ou pour encadrer des groupes à risque pour lesquels l'effet dissuasif ou correctif est plus que douteux ne me paraît pas à la hauteur des normes de justice de la société canadienne.

Cette réflexion m'amène à l'étude du troisième facteur, la proportionnalité. Les effets préjudiciables de l'usage de la marihuana ont déjà été discutés, et sont très discutables. Ceux causés par la prohibition sont toutefois certains et importants. Pour les détails, je me reporte à nouveau à l'énumération de la juge Arbour (par. 200). Il ressort de la comparaison de ces deux données que les effets préjudiciables de la prohibition sont foncièrement disproportionnés par rapport au problème créé par l'usage que l'État cherche à enrayer.

Quoique je préfère évaluer la conformité constitutionnelle d'après trois critères plutôt qu'un seul, je me rallie par ailleurs à l'analyse du juge LeBel au sujet de la proportionnalité.

Les effets préjudiciables du recours au droit criminel pour sanctionner le simple usage de la marihuana dépassent de loin les bienfaits de la prohibition. Le juge LeBel note d'ailleurs que le fait que la peine d'emprisonnement ne soit pas fréquemment imposée illustre la réaction des juges : l'emprisonnement n'est pas une sanction compatible avec les dangers inhérents à l'usage de la marihuana. La juge Howard de la Cour provinciale, dans le dossier de l'appellant Caine, constate aussi que la prohibition a eu pour effet de discréditer la loi chez plus d'un million de personnes. Ce sont justement ces réactions qui dénotent le caractère arbitraire de la loi. Comme je l'ai déjà mentionné, lorsque l'État prohibe une

299

300

301

conduct, it exposes itself to the risk of eroding its credibility.

302 Canadian society is changing. Its knowledge base is growing, and its morals are evolving. Even if it was once the case, and in my view it never was, the prohibition against cannabis is no longer defensible. My analysis leads me to conclude that the little harm caused by marihuana casts doubt on the appropriateness of state intervention in this case. When I weigh the prohibition against, first, other available methods for countering the harm that marihuana use presents and, second, the problems caused by marihuana use, I must conclude that the legislation is inconsistent with the constitutional guarantee in s. 7 of the *Charter*.

303 The respondent did not attempt to justify the prohibition under s. 1 of the *Charter*. It has therefore not satisfied its burden.

304 For these reasons, I agree with the disposition proposed by Arbour J.

#### APPENDIX

Extracts from a document entitled *Cannabis: a health perspective and research agenda*, Division of Mental Health and Prevention of Substance Abuse, World Health Organization (1997), at pp. 30-31:

##### *Chronic health effects of cannabis use*

The chronic use of cannabis produces additional health hazards including:

- selective impairments of cognitive functioning which include the organization and integration of complex information involving various mechanisms of attention and memory processes;
- prolonged use may lead to greater impairment, which may not recover with cessation of use, and which could affect daily life functions;

conduite socialement neutre, il s'expose à ce que sa crédibilité soit érodée. C'est la constatation qu'a faite la juge Howard.

La société canadienne se transforme, ses connaissances s'accroissent et sa morale évolue. La prohibition du cannabis, si elle l'a un jour été, ce que je ne crois pas, n'est de toute évidence aujourd'hui plus de mise. Suite à mon analyse, je conclus que le peu de dommage causé par la marihuana fait douter de la pertinence de l'intervention de l'État en l'espèce. En outre, lorsque je jauge la prohibition par rapport, premièrement, aux autres moyens disponibles pour circonscrire le dommage que l'usage représente et, deuxièmement, aux problèmes qu'elle engendre, je ne peux que conclure que la loi n'est pas conforme à la garantie constitutionnelle de l'art. 7 de la *Charte*.

L'intimée n'a pas tenté de justifier la prohibition en vertu de l'article premier de la *Charte*. Elle ne s'est donc pas acquittée de son fardeau.

Pour ces motifs, je suis d'accord avec le dispositif proposé par la juge Arbour.

#### ANNEXE

Extraits du rapport intitulé *Cannabis : a health perspective and research agenda*, Division de la santé mentale et de la prévention des toxicomanies, Organisation mondiale de la santé (1997), p. 30-31 :

##### [TRADUCTION]

##### *Effets chroniques de la consommation de cannabis sur la santé*

La consommation chronique de cannabis crée d'autres risques pour la santé, notamment les suivants :

- troubles sélectifs du fonctionnement cognitif, touchant notamment l'organisation et l'intégration d'informations complexes dans lesquels interviennent divers mécanismes d'attention et processus mnémoniques;
- une consommation prolongée peut entraîner des troubles plus importants, qui peuvent être irréversibles même si la personne cesse de consommer du cannabis et qui peuvent affecter les fonctions de la vie quotidienne;

- development of a cannabis dependence syndrome characterized by a loss of control over cannabis use is likely in chronic users;
  - cannabis use can exacerbate schizophrenia in affected individuals;
  - epithelial injury of the trachea and major bronchi is caused by long-term cannabis smoking;
  - airway injury, lung inflammation, and impaired pulmonary defence against infection from persistent cannabis consumption over prolonged periods;
  - heavy cannabis consumption is associated with a higher prevalence of symptoms of chronic bronchitis and a higher incidence of acute bronchitis than in the non-smoking cohort;
  - cannabis use during pregnancy is associated with impairment in fetal development leading to a reduction in birth weight;
  - cannabis use during pregnancy may lead to postnatal risk of rare forms of cancer although more research is needed in this area.
- les consommateurs chroniques risquent fort de développer un syndrome de dépendance qui se caractérise par l’incapacité de limiter leur consommation de cannabis;
  - la consommation de cannabis peut aggraver la schizophrénie chez les personnes atteintes de cette maladie;
  - le fait de fumer du cannabis pendant une très longue période cause des lésions épithéliales de la trachée et des bronches souches;
  - la consommation soutenue de cannabis pendant des périodes prolongées peut provoquer des lésions des voies aériennes, des inflammations pulmonaires et l’affaiblissement des mécanismes pulmonaires de défense contre les infections;
  - une forte consommation de cannabis est associée à une prévalence plus grande des symptômes de bronchite chronique et à une incidence plus élevée de la bronchite aiguë qu’au sein de la cohorte des non-consommateurs;
  - la consommation de cannabis pendant la grossesse est associée à l’altération du développement du fœtus causant une réduction du poids à la naissance;
  - la consommation de cannabis pendant la grossesse peut entraîner un risque postnatal de formes rares de cancer, quoique des recherches plus poussées soient requises dans ce domaine.

The health consequences of cannabis use in developing countries are largely unknown because of limited and non-systematic research, but there is no reason *a priori* to expect that biological effects on individuals in these populations would be substantially different to what has been observed in developed countries. However, other consequences might be different given the cultural and social differences between countries.

#### *Therapeutic uses of cannabinoids*

Several studies have demonstrated the therapeutic effects of cannabinoids for nausea and vomiting in the advanced stages of illnesses such as cancer and AIDS. Dronabinol (tetrahydrocannabinol) has been available by prescription for more than a decade in the USA. Other therapeutic uses of cannabinoids are being demonstrated by controlled studies, including treatment of asthma and glaucoma, as an antidepressant, appetite stimulant, anticonvulsant and anti-spasmodic, research in this area should continue. For example, more basic research on the central and peripheral mechanisms of the effects of

Dans les pays en développement, les conséquences de l’usage du cannabis pour la santé sont largement inconnues car la recherche sur le sujet est limitée et non systématique. Cependant, *a priori*, il n’y a aucune raison de s’attendre à ce que les effets biologiques sur ces populations soient sensiblement différents de ceux observés dans les pays développés. En revanche, d’autres conséquences pourraient être différentes compte tenu des particularités culturelles et sociales des pays.

#### *Usage thérapeutique des cannabinoïdes*

Plusieurs études ont montré les effets thérapeutiques des cannabinoïdes chez les personnes souffrant de nausées et de vomissements à des stades avancés de maladies comme le cancer ou le sida. Aux États-Unis, le dronabinol (tétrahydrocannabinol) est délivré sur ordonnance depuis plus de dix ans. Des études contrôlées révèlent que les cannabinoïdes peuvent être utilisés à d’autres fins thérapeutiques, entre autres pour le traitement de l’asthme et du glaucome ainsi que comme antidépresseurs, stimulants de l’appétit, anticonvulsivants et antispasmodiques. Il y a donc lieu de poursuivre les recherches dans

cannabinoids on gastrointestinal function may improve the ability to alleviate nausea and emesis. More research is needed on the basic neuropharmacology of THC and other cannabinoids so that better therapeutic agents can be found.

*Appeal in Malmo-Levine dismissed.*

*Appeal in Caine dismissed, ARBOUR, LEBEL and DESCHAMPS JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant Caine: Conroy & Company, Abbotsford.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Vancouver.*

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

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Arvay Finlay, Victoria.*

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

ce domaine. Par exemple, des recherches fondamentales plus poussées sur les mécanismes centraux et périphériques des effets des cannabinoïdes sur la fonction gastro-intestinale pourraient permettre de trouver de meilleurs moyens d'atténuer les nausées et les vomissements. Il faut aussi effectuer davantage de recherches sur la neuropharmacologie fondamentale du THC et des autres cannabinoïdes de manière à découvrir de meilleurs agents thérapeutiques.

*Pourvoi rejeté dans Malmo-Levine.*

*Pourvoi rejeté dans Caine, les juges ARBOUR, LEBEL et DESCHAMPS sont dissidents.*

*Procureurs de l'appellant Caine : Conroy & Company, Abbotsford.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Vancouver.*

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

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Arvay Finlay, Victoria.*

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