

LA CRISE DES SURDOSES D'OPIOÏDES AU CANADA : QUAND LA DÉCRIMINALISATION DES DROGUES DEVIENT UNE QUESTION DE DROIT À LA VIE

Nicolas Rioux*

Cet article se penche sur la constitutionnalité de la criminalisation de la possession simple de drogues au Canada au regard du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité garanti à l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés. En utilisant une littérature scientifique variée, l'auteur analyse de quelles façons la criminalisation affecte les comportements humains de façons parfois préjudiciables aux droits fondamentaux : réticence à contacter les services d'urgence en cas de surdose, réticence à utiliser du matériel d'injection stérile, précipitation dangereuse des injections lorsque pratiquées publiquement, accroissement des maladies transmissibles par le sang telles que le VIH ou l'hépatite C en milieu carcéral, augmentation des risques de décès par surdoses dans les jours suivant la libération d'un détenu toxicomane, stigmatisation susceptible de nuire à la sensibilisation ou à la sollicitation de services d'aide et plus encore.

La deuxième partie s'intéresse à la justification potentielle des atteintes identifiées. La jurisprudence semble indiquer que les atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité identifiées ne peuvent qu'être totalement disproportionnées à l'objectif législatif de sorte que la criminalisation ne respecte pas les principes de justice fondamentale. Finalement, bien que l'objectif législatif soit réel et urgent et que la criminalisation constitue un moyen rationnel de l'accomplir, l'atteinte n'apparaît pas minimale et les effets préjudiciables semblent dépasser les bénéfices de la limitation aux droits fondamentaux de sorte qu'il puisse être argumenté que la criminalisation de la possession simple de drogues soit inconstitutionnelle.

This article addresses the constitutionality of the criminalization of the simple possession of drugs in Canada given the right to life, liberty and security guaranteed by section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. The author considers a broad spectrum of scientific literature to identify how

* L'auteur est détenteur d'une licence en droit (LL.L.) et d'une maîtrise en droit constitutionnel (LL.M.) de l'Université d'Ottawa. Il est actuellement doctorant en droit (LL.D.) et auxiliaire d'enseignement à la Faculté de droit de l'Université Laval. Cet article s'inspire de sa thèse de maîtrise dédiée à la problématique de la criminalisation de la possession simple de drogues au Canada. L'auteur tient d'ailleurs à remercier son superviseur de thèse Pr. David Robitaille pour ses judicieux conseils tout au long de sa recherche et de sa rédaction. L'article n'engage toutefois que son auteur.

criminalization affects human behaviours in ways that sometimes infringe on fundamental rights. For example, criminalization leads to: hesitation to contact emergency services in the event of an overdose, hesitation to use sterile injection material, rapid injection by drug users in public places, an increase in blood borne diseases such as HIV and hepatitis C in prisons, an increased risk of overdose deaths in the days following the release of an incarcerated person with a substance use disorder, stigmatization that is likely to hinder awareness efforts and make drug users less likely to seek help, and more.

The second part looks at the potential justification of the infringements identified. The case law seems to suggest that infringements of the right to life, liberty and security that have been identified are necessarily disproportionate to the legislative objective, such that criminalization violates the principles of fundamental justice. Lastly, although the legislative objective is real and urgent, and criminalization is a rational means of achieving it, the infringements do not appear minimal and the adverse effects seem to outweigh the benefits of limiting fundamental rights, such that it could be argued that the criminalization of the simple possession of drugs is unconstitutional.

Table des matières

Introduction	391
I. Les atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité attribuables à la criminalisation de la possession simple de drogues	394
A. La criminalisation des drogues : Un voile sur les stratégies de réduction des méfaits	397
B. L’incarcération comme facteur contributif de contraction de maladies transmissibles par le sang et de surdoses chez les consommateurs	403
II. L’analyse de la justification des atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité.....	410
A. Le principe de justice fondamentale interdisant la disproportion totale	410
B. Le test de l’article premier de la <i>Charte</i>	413
i) La prescription par une règle de droit, l’objectif réel et urgent et le lien rationnel	413
ii) L’atteinte minimale.....	415
iii) La proportionnalité des effets	419
iv) Le remède constitutionnel approprié	423
Conclusion.....	424

Introduction

En février 2020, un député fédéral déposait un projet de loi privé à la Chambre des communes du Canada proposant la décriminalisation de la possession simple de toutes les drogues¹. Près d'un an plus tard, le Ministre de la Justice, David Lametti, déposait le projet de loi C-22 qui propose une réforme plus modérée : la reconnaissance que la consommation de drogues est un enjeu de santé publique et la codification d'une limitation au pouvoir discrétionnaire des procureurs de poursuivre un individu pour possession simple de drogues². Ces deux initiatives législatives se veulent des réponses à la crise des surdoses d'opioïdes qui frappe le Canada depuis 2016³. Tristement, 21 174 Canadiens sont décédés des suites d'une surdose d'opioïdes entre janvier 2016 et décembre 2020⁴. Cette crise s'est notamment vue exacerbée par l'arrivée de la COVID-19⁵ alors qu'au cours des quinze premiers mois de la crise, 2 423 personnes ont succombé d'une surdose de drogues en Colombie-Britannique⁶. Selon l'Association canadienne pour la santé mentale, « [l]e Canada doit traiter la consommation d'opioïdes comme un problème de santé et non comme une affaire criminelle. [...] [L]a décriminalisation est un élément clé pour contrer la crise des opioïdes qui tue actuellement des milliers de personnes »⁷. De son côté, l'Association canadienne de santé publique affirme qu'il « existe une solution de rechange à la criminalisation : une démarche de santé publique qui vise le maintien et l'amélioration de la santé des populations fondée sur les principes de la justice sociale, des

¹ Canada C-235, *Loi modifiant la Loi réglementant certaines drogues et autres substances et d'autres lois en conséquence*, 1^{re} sess, 43^e lég, 2020, art 3 (première lecture le 26 février 2020).

² Canada C-22, *Loi modifiant le Code criminel et la Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, 2^e sess, 43^e lég, 2021, art 20 (première lecture le 18 février 2021) [Projet de loi C-22].

³ Coalition canadienne des politiques sur les drogues, « [Overdose](#) », 2021, en ligne : <drugpolicy.ca/fr/our-work/issues/overdose/>.

⁴ Comité consultatif spécial sur l'épidémie de surdoses d'opioïdes, *Méfais associés aux opioïdes au Canada*, Ottawa, Agence de la santé publique du Canada, juin 2021, en ligne : <sante-infobase.canada.ca/mefais-associes-aux-substances/opioides-stimulants>.

⁵ Mathieu Gohier, « [La COVID-19 fait grimper le nombre de surdoses d'opioïdes en Colombie-Britannique](#) », *Radio-Canada* (31 mai 2020), en ligne : <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1707725/coronavirus-opioides-surdose-colombie-britannique>.

⁶ British Columbia, Ministry of Public Safety & Solicitor General, *Illicit Drug Toxicity Deaths in BC (January 1, 2011–May 31, 2021)* à la p 9, en ligne : <https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/birth-adoption-death-marriage-and-divorce/deaths/coroners-service/statistical/illicit-drug.pdf>.

⁷ Association canadienne pour la santé mentale, « [Politique sur les opioïdes de l'ACSM—Communiqué de presse](#) », 13 mai 2018, en ligne : <cmha.ca/fr/news/politique-sur-les-opioides-de-lacsm-communique-de-presse>.

droits de la personne et de l'équité, des politiques et des pratiques éclairées par des données probantes [...] »⁸.

À la suite d'un récent appel à la décriminalisation de toutes les drogues par l'Association canadienne des chefs de police, le gouvernement de la Colombie-Britannique a officiellement fait la demande au gouvernement fédéral d'élaborer un plan national en ce sens⁹. Comme l'affirme le premier ministre de la province : « Les interdictions criminelles sont inefficaces pour dissuader la consommation de drogues. La criminalisation de la possession de drogue mène à la stigmatisation individuelle et systémique qui empêche les utilisateurs de rechercher des services d'aide »¹⁰. Tout récemment, les conseillers municipaux de la ville de Vancouver ont unanimement voté en faveur d'une motion exigeant que le gouvernement fédéral exempte le territoire de la ville de l'application de l'infraction de possession simple de drogues¹¹ criminalisée à l'article 4(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*¹² (ci-après la « Loi »). Cette motion était adoptée à peine trois semaines après un référendum dans l'État américain de l'Oregon par lequel la majorité des électeurs ont voté en faveur de la décriminalisation de la possession simple de drogues sur leur territoire¹³.

En filigrane d'une pression politique ascendante, la littérature scientifique récente semble corroborer ce mouvement en faveur de la décriminalisation de la possession simple de drogues et attribue une part de responsabilité au modèle criminel pour les phénomènes de surdose. Si la problématique semble de prime abord entièrement politique, elle est également susceptible d'impliquer la sphère juridique. La *Charte canadienne des droits et libertés* énonce à son article 7 que « [c]hacon a

⁸ Association canadienne de santé publique, « [Décriminalisation de la consommation personnelle de substances psychotropes](#) », énoncé de position, 6 novembre 2017, en ligne : <www.cpha.ca/fr/decriminalisation-de-la-consommation-personnelle-de-substances-psychotropes>.

⁹ Radio-Canada, « [La Colombie-Britannique demande à Ottawa de décriminaliser la possession simple de drogues](#) », 21 juillet 2020, en ligne : <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1721191/surdose-opioides-horgan-trudeau-decriminalisation-drogues-ottawa>.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ The Canadian Press, « [Drug decriminalization unanimously endorsed by Vancouver city council](#) », *CTV News* (26 novembre 2020), en ligne : <bc.ctvnews.ca/drug-decriminalization-unanimously-endorsed-by-vancouver-city-council-1.5205625>.

¹² *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, LC 1996, c 19, art 4(1) [Loi].

¹³ Cleve R Wootson Jr et Jaclyn Peiser, « [Oregon decriminalizes possession of hard drugs, as four other states legalize recreational marijuana](#) », *The Washington Post* (4 novembre 2020), en ligne : <<https://www.washingtonpost.com/nation/2020/11/04/election-drugs-oregon-new-jersey/>>.

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 »¹⁴.

Bien que la Cour suprême du Canada ait déjà rejeté l'idée que la consommation de drogues soit protégée par le droit à la liberté prévu à l'article 7¹⁵, la possibilité d'emprisonnement pour possession simple demeure suffisante pour engager ce droit et justifier un examen au regard de l'article 7¹⁶. De son côté, le droit à la sécurité protège l'intégrité physique et psychologique des personnes de l'action de l'État¹⁷. Dans le célèbre arrêt *Morgentaler*, les juge Beetz et Estey parlaient du droit à la sécurité comme incluant « le droit au traitement médical d'un état dangereux pour la vie ou la santé, sans menace de répression pénale »¹⁸. Plus récemment, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c PHS Community Services Society* examinant une décision du ministre fédéral de la Santé de refuser d'exempter un centre d'injections supervisées de l'application de la *Loi*, la Cour suprême discute en ces termes du principe de justice fondamentale interdisant la disproportion totale :

[L]'inaccessibilité éventuelle de services de santé et l'augmentation corrélative du risque de décès et de maladie auquel sont exposés les toxicomanes l'emportent sur tout avantage qui pourrait résulter du maintien d'une interdiction absolue de possession de drogues illégales dans les locaux d'Insite.¹⁹

Finalement, « le droit à la vie entre en jeu lorsqu'une mesure ou une loi prise par l'État a directement ou indirectement pour effet d'imposer la mort à une personne ou de l'exposer à un risque accru de mort »²⁰. La portée du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité garanti par la *Charte* et la littérature scientifique contemporaine sur la question de la criminalisation

¹⁴ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, art 7 [*Charte*].

¹⁵ *R c Malmo-Levine; R c Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 RCS 571 au para 87 [*Malmo-Levine*] : « En toute déférence, nous estimons que la décision de M. Malmo-Levine de centrer son mode de vie sur la consommation récréative de marijuana 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. »

¹⁶ *Ibid* au para 84.

¹⁷ *Carter c Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 RCS 331 au para 64 [*Carter*]; voir aussi *Rodriguez c Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 RCS 519 aux pp 587-88.

¹⁸ *R c Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30 au para 68.

¹⁹ *Canada (Procureur général) c PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44 [2011] 3 RCS 134 au para 136 [*PHS*].

²⁰ *Carter*, *supra* note 17 au para 62.

des drogues nous invitent à nous questionner sur la constitutionnalité de l'infraction de possession simple de drogues au Canada. L'article 4(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* violerait-il l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* d'une manière qui ne puisse raisonnablement se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique ?

I. Les atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité attribuables à la criminalisation de la possession simple de drogues

Avant d'explorer la littérature scientifique portant sur les atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité, examinons la jurisprudence entourant la question du lien de causalité. L'existence d'un lien de causalité suffisant entre la criminalisation et les atteintes que nous identifierons est importante, car elle constitue la porte d'entrée de l'application de l'article 7 de la *Charte*²¹. Il faut qu'il y ait un lien entre « l'effet imputable à l'État et le préjudice subi »²². L'action gouvernementale ou la mesure législative n'a pas à être l'unique ou même la principale cause d'une atteinte pour entraîner la responsabilité de l'État au regard de la *Charte*²³, pourvu que l'atteinte ne soit pas hypothétique²⁴ et qu'elle survienne ou soit susceptible de survenir en raison d'une contribution de l'État à une série d'événements. Par exemple, l'extradition d'un individu vers un pays où la peine de mort risque de lui être infligée dénote un lien de causalité suffisant pour entraîner une atteinte au droit à la vie attribuable à l'État canadien même si cette atteinte découle ultimement des actions d'un gouvernement étranger²⁵. Ainsi, pour que le lien de causalité soit juridiquement suffisant pour rendre l'État imputable d'une violation des droits fondamentaux, il n'est pas nécessaire qu'il ait commis un geste suffisant en lui-même pour porter atteinte à un droit garanti :

[D]ans les cas où la participation du Canada est un préalable nécessaire à l'atteinte et où cette atteinte est une conséquence parfaitement prévisible de la participation

²¹ Margot Young, « [Section 7 : The Right to Life, Liberty, and Security of the Person](#) » dans Peter Oliver, Patrick Macklem et Nathalie Des Rosiers, dir, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017, 792, doi : <doi.org/10.1093/law/9780190664817.003.0037>.

²² *Canada (Procureur général) c Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 RCS 1101 au para 75 [Bedford].

²³ *Ibid* au para 76; voir également *Blencoe c Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 RCS 307 au para 60 [Blencoe].

²⁴ *Operation Dismantle c La Reine*, [1985] 1 RCS 441, aux para 15, 18.

²⁵ *États-Unis c Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 RCS 283 au para 54 [Burns]; voir aussi *Suresh c Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 RCS 3 au para 54 [Suresh].

canadienne, le gouvernement ne saurait être libéré de son obligation de respecter les principes de justice fondamentale uniquement parce que l'atteinte en cause serait le fait d'autrui.²⁶

Prenons maintenant un instant pour nous pencher plus précisément sur la jurisprudence relative à la capacité (ou à l'incapacité) des justiciables d'exercer des choix sur leur mode de vie et à la façon dont les tribunaux ont interprété la question du lien de causalité dans ces litiges analogues à notre objet d'analyse²⁷. Dans l'arrêt *PHS*, le Procureur général du Canada tentait de faire valoir que les choix de consommation des toxicomanes brisaient le lien de causalité entre le refus du gouvernement d'octroyer une exemption au centre d'injections supervisées *Insite* (ce qui menaçait son opérationnalisation) et les risques de surdoses et de transmission de maladies découlant de ce refus²⁸. Similairement dans l'arrêt *Bedford*, on invoquait que les risques encourus par les travailleuses du sexe en se prostituant exonéraient l'État des atteintes à leur vie et à leur sécurité qui pouvaient découler de l'application des dispositions criminalisant la tenue de « maisons de débauche » ou interdisant de « vivre des produits de la prostitution d'autrui »²⁹. Dans les deux cas, la Cour suprême rejeta ce genre de prétentions aux motifs que les toxicomanes ressentent souvent un besoin incontrôlable de consommer³⁰ et que les travailleuses du sexe doivent souvent affronter une réalité socio-économique précaire qui les contraint à pratiquer la prostitution³¹. Le fait que les atteintes au droit à la vie et à la sécurité soient causées par les gestes des victimes elles-mêmes n'a donc pas pour effet de briser le lien de causalité avec l'action gouvernementale. Plus implicitement, dans l'arrêt *Carter* portant sur la constitutionnalité de la criminalisation de l'aide médicale à mourir, la Cour suprême a reconnu une atteinte au droit à la vie du fait qu'il était démontré que des individus s'enlevaient la vie prématurément par

²⁶ *Suresh*, *supra* note 25.

²⁷ Kimberly Potter, « The Role of Choice in Claims under Section 15 of the Charter: The Impact of Recent Developments in Section 7 Jurisprudence » (2016) 35:2 NJCL 181 à la p 190 :

In both *Insite* and *Bedford*, the Court engaged in a more in-depth analysis of the systemic factors that constrained the claimants' choices and held the government accountable for the consequence it imposes on the claimants as a result of their so-called choices. These cases recognize that there are often constraints on the ability of claimants to make choices, and as such, the circumstances in which choice is exercised must be examined more closely. Although in some sense the claimants "chose" to use drugs, in the case of *Insite*, and, engage in prostitution, in the case of *Bedford*, those choices were not made freely.

²⁸ *PHS*, *supra* note 19 aux para 97–99.

²⁹ *Bedford*, *supra* note 22 aux para 79–80.

³⁰ *PHS*, *supra* note 19 aux para 99–101.

³¹ *Bedford*, *supra* note 22 aux para 85–86.

crainte qu'une perte d'autonomie éventuelle les prive par la suite de cette possibilité dans un contexte où l'aide médicale à mourir ne pourrait légalement leur être prodiguée³². Dans ces cas, bien que les atteintes au droit à la vie découlent ultimement et substantiellement du geste des personnes souffrantes, la Cour suprême refusa d'exonérer l'État pour sa contribution collatérale sans laquelle le geste ultime ne surviendrait pas, du moins aussi hâtivement. La définition du droit à la vie apportée dans *Carter* souligne implicitement l'interprétation généreuse guidant l'analyse du lien de causalité suffisant dans de telles affaires : « le droit à la vie entre en jeu lorsqu'une mesure ou une loi prise par l'État a directement ou indirectement pour effet d'imposer la mort à une personne ou de l'exposer à un risque accru de mort. »³³ [Nous soulignons]

Au regard de la jurisprudence, force est de constater que des atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité peuvent dénoter un lien de causalité suffisant avec une disposition législative même si ces atteintes découlent des actions des individus en étant victimes en raison de leur capacité de choisir réduite³⁴. Il en ressort que les comportements de consommation de drogues dangereux pour la vie et la sécurité des personnes qui surviennent en raison de la criminalisation de la possession simple ou qui sont accentués par celle-ci nous apparaissent *causés par l'État* au regard d'une analyse en vertu de l'article 7 de la *Charte*. Analysons maintenant la nature des restrictions aux droits fondamentaux que la criminalisation entraîne actuellement.

³² *Carter*, *supra* note 17 au para 16; voir aussi *Truchon c Procureur général du Canada*, 2019 QCCS 3792 au para 521.

³³ *Carter*, *supra* note 17 au para 62.

³⁴ La Cour d'appel de la Colombie-Britannique abonde également dans le même sens dans *Victoria (City) v Adams*, 2009 BCCA 563 au para 107 (« Clearly, the claimant in *Parker* did not “choose” to have epilepsy. This, however, did not prevent his decision with respect to treatment from being protected under s. 7. Similarly, the fact that homelessness is not a choice does not mean that a homeless person’s decision to provide him or herself with some form of shelter is not protected under s. 7. Treatment is as much a “necessary response” to illness as sheltering oneself is to the state of being homeless. The fact that a claimant has not chosen their underlying situation does not mean that a decision taken in response to it is not protected by the s. 7 liberty interest. »).

A. La criminalisation des drogues : Un voile sur les stratégies de réduction des méfaits

La littérature existante nous permet de constater que la criminalisation des drogues nuit à l'acquisition de matériel d'injection sécuritaire et décourage la sollicitation des centres d'injections supervisées³⁵. Un sondage réalisé auprès de 458 consommateurs de drogue injectable à Vancouver rapportait que seulement 22% de ces consommateurs étaient intéressés à fréquenter un centre d'injections supervisées s'il y avait une présence policière à proximité alors que ce chiffre grimpeait à 92% sans cette présence³⁶. Plus concrètement, des chercheurs ont examiné le nombre de seringues distribuées par un centre de distribution dans le cadre d'un programme d'échange de seringues à Vancouver avant et après l'implantation d'une opération de surveillance policière antidroge à proximité. Sur une période de quatre semaines précédant le début de l'opération, 35 539 seringues ont été distribuées par le centre comparativement à seulement 26 053 dans les quatre semaines suivant le début de celle-ci³⁷. Ces données sont préoccupantes considérant le risque plus élevé de partage de seringues chez les consommateurs ayant difficilement accès à du matériel

³⁵ Line Beauchesne, « La décriminalisation de la possession simple de l'ensemble des drogues : ses limites » (2020) 18:1 *Drogues, santé et société* 1; Geneviève Nault, Émilie Couture-Glassco et Katharine Larose-Hébert, « Le mal caché de la rue : le poids de l'étiquette » (2016) 22:1 *Reflète* 56; Kanna Hayashi et al., « Experiences with urine drug testing by police among people who inject drugs in Bangkok, Thailand » (2014) 25:2 *Int J Drug Policy* 297; Karla D Wagner, Rebecca Simon-Freeman et Ricky N Bluthenthal, « The Association Between Law Enforcement Encounters and Syringe Sharing Among IDUs on Skid Row: A Mixed Methods Analysis » (2013) 17:8 *AIDS Behav* 2637 [Wagner, Simon-Freeman et Bluthenthal]; Steffanie A Strathdee et Javier Rio Navarro, « Commentary on Salmon *et al.* (2010): The case for safer inhalation facilities—waiting to inhale » (2010) 105:4 *Addiction* 684; Kate Shannon et al., « Mapping violence and policing as an environmental-structural barrier to health service and syringe availability among substance-using women in street-level sex work » (2008) 19:2 *Int J Drug Policy* 140; Thomas Kerr, Will Small et Evan Wood, « The public health and social impacts of drug market enforcement: A review of the evidence » (2005) 16:4 *Int J Drug Policy* 210 [Kerr, Small et Wood (2005)]; Thomas Kerr et al., « Potential use of safer injecting facilities among injection drug users in Vancouver's Downtown Eastside » (2003) 169:8 *CMAJ* 759 [Kerr et al (2003)]; Evan Wood et al., « The Impact of a Police Presence on Access to Needle Exchange Programs » (2003) 34:1 *J Acquired Immune Deficiency Syndromes* 116 [Wood et al (2003)]; Evan Wood et al., « Needle exchange and difficulty with needle access during an ongoing HIV epidemic » (2002) 13:2 *Int J Drug Policy* 95; Ricky N Bluthenthal et al., « Collateral damage in the war on drugs: HIV risk behaviors among injection drug users » (1999) 10:1 *Int J Drug Policy* 25; Ricky N Bluthenthal et al., « Impact of law enforcement on syringe exchange programs: a look at Oakland and San Francisco » (1997) 18:1 *Medical Anthropology* 61.

³⁶ Kerr et al (2003), *supra* 35 à la p 759.

³⁷ Wood et al (2003), *supra* note 35 à la p 116.

stérique³⁸. Dans une autre étude réalisée à Vancouver et à Prince George auprès de 372 Autochtones toxicomanes, les répondants ayant rapporté avoir été arrêtés par la police par le passé étaient cinq fois plus susceptibles de partager du matériel d'injection³⁹. Chez les communautés autochtones, la consommation de drogues par injection est d'ailleurs la principale cause de transmission de l'hépatite C et du VIH⁴⁰. Ce phénomène de partage de seringues pourrait s'expliquer notamment du fait que la vue de matériel d'injection entraîne une suspicion de la part des forces de l'ordre et agit ainsi comme un facteur dissuasif chez les consommateurs⁴¹. De plus, la *Loi* prévoit que la possession illégale des substances énumérées à ses annexes inclue « toute chose contenant, y compris superficiellement, une telle substance et servant—ou destinée à servir ou conçue pour servir—à la produire ou à l'introduire dans le corps humain »⁴². Les consommateurs peuvent donc craindre que la seule vue du matériel d'injection par les forces de l'ordre entraîne une intervention et la confiscation du matériel⁴³.

Certaines études tendent également à démontrer qu'une surveillance policière géographiquement ciblée vers les toxicomanes tend à faire déplacer le marché noir duquel ils s'approvisionnent et donc, à les déplacer eux aussi⁴⁴. Ce déplacement pourrait ultimement nuire aux stratégies de réduction des méfaits⁴⁵ en augmentant la difficulté de contact entre les consommateurs et les intervenants sociaux ainsi qu'en éloignant les

³⁸ *Ibid* à la p 117.

³⁹ Stephen W Pan et al, « The Cedar Project: Impacts of policing among young Aboriginal people who use injection and non-injection drugs in British Columbia, Canada » (2013) 24:5 *Int J Drug Policy* 449 [Pan et al].

⁴⁰ *Ibid* à la p 450.

⁴¹ Will Small et al, « Impacts of intensified police activity on injection drug users: Evidence from an ethnographic investigation » (2006) 17:2 *Int J Drug Policy* 17 aux pp 89–90 [Small et al].

⁴² *Loi, supra* note 12, art 2(2)(b)(ii).

⁴³ Alissa Greer et al, « Police Encounters and Experiences among Youths and Adults Who Use Drugs: Qualitative and Quantitative Findings of a Cross-Sectional Study in Victoria, British Columbia » (2018) 60:4 *Canadian J Criminology & Criminal Justice* 478 à la p 493; le Canada ne semble pas être le seul endroit où la confiscation de seringues est pratiquée par les autorités policières malgré la légalité de la possession de ce matériel : Robin A Pollini et al, « Syringe possession arrests are associated with receptive syringe sharing in two Mexico–US border cities » (2007) 103:1 *Addiction* 101.

⁴⁴ Small et al, *supra* note 41; Kerr, Small et Wood (2005), *supra* note 35; Lisa Maher et David Dixon, « The Cost of Crackdowns: Policing Cabramatta's Heroin Market » (2001) 13:1 *Current Issues in Criminal Justice* 5 à la p 7 [Maher et Dixon].

⁴⁵ Pierre Brisson, « [L'approche de réduction des méfaits](#) », Institut national de santé publique du Québec (INSPQ), 10 avril 2012, en ligne : <www.inspq.qc.ca/espace-itss/l-approche-de-reduction-des-mefaits> (« La caractéristique centrale de l'approche de réduction des méfaits repose sur la réduction des conséquences négatives liées à l'usage des drogues plutôt que l'élimination du comportement d'usage lui-même. »).

consommateurs des centres d'injections supervisées⁴⁶. Ces déplacements seraient également susceptibles d'augmenter les probabilités de survenance de surdoses à l'abri des regards, réduisant du coup les chances d'être repéré et médicalement assisté⁴⁷.

La crainte d'être arrêté par les forces de l'ordre entraîne plusieurs comportements risqués, notamment chez les consommateurs de drogues injectables comme l'héroïne qui sont alors incités à s'injecter rapidement⁴⁸. Comme l'explique une chercheuse, « [w]hile using drugs in public, people who are afraid of interaction with law enforcement and being seen by the general public may feel too hurried to make time for a “test shot” to assess potency, which can lead to overdose »⁴⁹. Une étude réalisée à Vancouver et publiée en 2013 a permis de constater que 64% des 125 consommateurs de drogues injectables sondés avaient déjà précipité une injection, un comportement fortement associé à la présence policière⁵⁰. Une autre étude réalisée à Vancouver confirme cette association alors que 62% des consommateurs de drogue injectable sondés ont relaté avoir eu ce comportement de précipitation⁵¹. En addition du risque de surdose, cette pratique est particulièrement dangereuse du fait qu'elle limite les précautions sanitaires préalables à l'injection comme l'utilisation de matériel stérile et, dans les cas où l'injection est exercée sur l'aîne ou la vaine jugulaire, augmente la possibilité de percer une artère majeure et de causer ainsi une paralysie ou la mort⁵². Une étude longitudinale récente arrive d'ailleurs à la conclusion que le fait de vivre des épisodes de répression policière préjudiciables aux stratégies de réduction des méfaits est associé à une probabilité deux fois plus élevée d'être victime d'une surdose non mortelle chez les travailleuses du sexe qui consomment des drogues⁵³.

⁴⁶ Richard Curtis et al, « Street-level drug markets: Network structure and HIV risk » (1995) 17:3-4 *Social Networks* 229.

⁴⁷ Maher et Dixon, *supra* note 44 à la p 9.

⁴⁸ Jason S Melo et al, « Do law enforcement interactions reduce the initiation of injection drug use? An investigation in three North American settings » (2018) 182 *Drug Alcohol Dependence* 67 à la p 68 [Melo et al]; Wagner, Simon-Freeman et Bluthenthal, *supra* note 35 à la p 2640.

⁴⁹ Alison Sutter, Matt Curtis et Taeko Frost, « Public drug use in eight U.S. cities: Health risks and other factors associated with place of drug use » (2019) 64 *Int J Drug Policy* 62 à la p 65.

⁵⁰ Pan et al, *supra* note 39 à la p 454.

⁵¹ Brandon DL Marshall et al, « Public injecting and HIV risk behaviour among street-involved youth » (2010) 110:3 *Drug Alcohol Dependence* 254 à la p 255.

⁵² Campbell Aitken et al, « The impact of a police crackdown on a street drug scene: evidence from the street » (2002) 13:3 *Int J Drug Policy* 193 à la p 200.

⁵³ Shira Goldenberg et al, « Police-related barriers to harm reduction linked to non-fatal overdose amongst sex workers who use drugs: Results of a community-based cohort in Metro Vancouver, Canada » (2020) 76 *Int J Drug Policy* 1 à la p 4 (pdf).

Non seulement la criminalisation de la possession simple de drogues a pour effet d'affecter négativement les comportements de consommation des consommateurs, mais elle affecte également ceux de leur entourage. Lorsqu'une personne assiste à une surdose, la crainte marquée d'être l'objet de conséquences légales est associée dans la littérature à une forte réticence à contacter les services d'urgence⁵⁴. Ce constat est particulièrement inquiétant considérant que l'existence d'un délai précédant l'appel des services d'urgence ou la simple omission de les appeler constitue un facteur contributif important, voire déterminant des décès par surdose de drogues⁵⁵. Dans un sondage réalisé en Ontario dans les villes de Guelph, Waterloo et Wellington, seulement 54% des 291 consommateurs de drogue sondés ont affirmé être prêts à contacter les services d'urgence et à rester sur les lieux d'une surdose jusqu'à l'arrivée des premiers secours⁵⁶. La réticence de la moitié des répondants de l'échantillon a principalement

⁵⁴ Asmara Tesfaye Rogoza et al, « Exploring willingness to engage with law enforcement among syringe service program participants in New York City » (2020) 78 *Int J Drug Policy* 1 à la p 3 (pdf); Arden R Barry et Chantal E Chris, « Primary care and the RCMP. Unexpected partnership in opioid harm reduction » (2018) 64:7 *Can Family Physician* 489 à la p 490; Cathy Zadoretzky et al, « The New York 911 Good Samaritan Law and Opioid Overdose Prevention Among People Who Inject Drugs » (2017) 9:3 *World Medical and Health Policy* 318 à la p 333; Corey S Davis et Derek Carr, « Legal changes to increase access to naloxone for opioid overdose reversal in the United States » (2015) 157 *Drug Alcohol Dependence* 112 à la p 113; Karla D Wagner et al, « Association between non-fatal opioid overdose and encounters with healthcare and criminal justice systems: Identifying opportunities for intervention » (2015) 153 *Drug Alcohol Dependence* 215; Jan Klimas et al, « Urban overdose hotspots: a 12-month prospective study in Dublin ambulance services » (2014) 32:10 *American J Emerg Med* 1168; Amy SB Bohnert et al, « Policing and risk of overdose mortality in urban neighborhoods » (2011) 113:1 *Drug Alcohol Dependence* 62; Alex S Bennett et al, « Characteristics of an Overdose Prevention, Response, and Naloxone Distribution Program in Pittsburgh and Allegheny County, Pennsylvania » (2011) 88:6 *J Urban Health* 1020; Lauren Enteen et al, « Overdose Prevention and Naloxone Prescription for Opioid Users in San Francisco » (2010) 87:6 *J Urban Health* 931; Karin E Tobin et al, « Evaluation of the Staying Alive programme: Training injection drug users to properly administer naloxone and save lives » (2009) 20:2 *Int J Drug Policy* 131; Athanasia Togia et al, « Drug Abuse-Related Emergency Calls: A Metropolis-Wide Study » (2008) 23:1 *Prehosp Disaster Med* 36; Susan G Sherman et al, « A qualitative study of overdose responses among Chicago IDUs » (2008) 5 *Harm Reduction J* 1; Nat Wright et al, « Homeless drug users' awareness and risk perception of peer "Take Home Naloxone" use – a qualitative study » (2006) 1 *Substance Abuse Treatment, Prevention and Policy* 1; Shane Darke, Joanne Ross et Wayne Hall, « Overdose among heroin users in Sydney, Australia: II. Responses to overdose » (1996) 91:3 *Addiction* 413.

⁵⁵ Karen H Seal et al, « Naloxone Distribution and Cardiopulmonary Resuscitation Training for Injection Drug Users to Prevent Heroin Overdose Death: A Pilot Intervention Study » (2005) 82:2 *J Urban Health* 303; Kristen C Ochoa et al, « Overdosing among young injection drug users in San Francisco » (2001) 26:3 *Addictive Behaviours* 453.

⁵⁶ Kayla M Follett et al, « Barriers to Calling 9-1-1 during Overdose Emergencies in a Canadian Context » (2014) 15:1 *Critical Social Work* 18 à la p 21.

été attribuée à la crainte d'être arrêté pour possession simple, pour bris de condition⁵⁷ ou pour homicide involontaire⁵⁸. Dans une autre étude réalisée en Colombie-Britannique, près de 60% des consommateurs ayant préalablement assisté à une surdose d'opioïdes ont affirmé ne pas avoir contacté les services d'urgence, soit par crainte d'être arrêté, soit parce qu'ils croyaient que l'administration de naloxone⁵⁹ allait permettre à la situation de l'individu de se régulariser⁶⁰. Dans un sondage réalisé au Manitoba, 49 des 93 épisodes de surdose relatés par les répondants n'ont mené à aucun appel des services d'urgence dont la deuxième cause était la crainte d'être arrêté⁶¹. Dans une autre étude canadienne, 44% des consommateurs ayant assisté à une surdose n'ont pas contacté les services d'urgence pour les mêmes raisons⁶².

En réponse à cette problématique, le Parlement fédéral a adopté en 2017 la *Loi sur les bons samaritains secourant les victimes de surdose*⁶³. Cette initiative vient modifier la *Loi* afin de conférer aux individus présents sur les lieux d'une surdose une immunité contre toute poursuite criminelle pour possession simple, l'idée étant que cette immunité dissiperait les craintes de ces individus quant à la sollicitation des services d'urgence⁶⁴. Une étude récente souligne toutefois l'incompréhension ou l'ignorance de plusieurs jeunes face à cette immunité :

Work is still needed to educate youth and others about the [Good Samaritan Drug Overdose Act]. Although the interviews in this study took place at least six months and up to a year after the GSDOA was enacted, youth did not always understand the intent and implications of the act. They were uncertain what would happen if they called 9-1-1 during an overdose and if they would be charged for possession. [...] [Y]outh with more experience knew that there were limits to the GSDOA

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Voir notamment *R c Creighton*, [1993] 3 RCS 3 à la p 13; Amanda D Latimore et Rachel S Bergstein, « “Caught with a body” yet protected by law? Calling 911 for opioid overdose in the context of the Good Samaritan Law » (2017) 50 Int J Drug Policy 82 à la p 85.

⁵⁹ La naloxone est un médicament qui permet temporairement d'inverser les effets d'une surdose d'opioïdes.

⁶⁰ Oluwajenyo Banjo et al, « A quantitative and qualitative evaluation of the British Columbia Take Home Naloxone program » (2014) 2:3 CMAJ Open E153 à la p E157.

⁶¹ Bozat-Emre Songul et al, « Lessons learned from launching the Manitoba Take-Home Naloxone Program » (2018) 38:6 Health Promotion and Chronic Disease Prevention in Canada 252 à la p 253.

⁶² Mohammad Karamouzian et al, « Correlates of seeking emergency medical help in the event of an overdose in British Columbia, Canada: Findings from the Take Home Naloxone program » (2019) 71 Int J Drug Policy 157 à la p 159.

⁶³ LC 2017, c 4.

⁶⁴ *Loi, supra* note 12, art 4.1(2).

in terms of outstanding warrants and this complicated their decision to call. [...] [Y]outh who have been criminalized for drug use have good reason to be concerned about calling 9–1–1.⁶⁵

Il semblerait donc que l'immunité législative ne soit pas suffisante pour évacuer toute crainte de conséquences légales advenant la sollicitation des services d'urgence. Même les personnes en étant bien au fait continuent d'être perplexes⁶⁶. Une autre étude réalisée en Ontario récemment corrobore cette réalité :

[A] fundamental shift in drug policy that includes the decriminalization of simple drug possession would help address the deadly stigma that deters people from seeking services and contributes to overdose incidents and deaths. Indeed, such a foundational shift in Canada's drug policy would mean the Good Samaritan Drug Overdose Act would no longer be necessary.⁶⁷

Puisque le régime légal actuellement en place permet la sollicitation des services d'urgence dans les situations de surdose sans crainte de conséquences légales, il convient de nuancer les conséquences constitutionnelles de cette réalité. Le lien de causalité entre l'atteinte au droit à la vie et à la sécurité découlant de la réticence à contacter les services d'urgence et l'action gouvernementale apparaît plus ténu que les autres atteintes que nous exposons. Après tout, nul n'est censé ignorer la loi⁶⁸ et cette dernière prévoit une exemption qui permet de contourner certaines atteintes aux droits fondamentaux. Reste qu'en adoptant une posture davantage critique que positiviste, la criminalisation des drogues entraîne des effets délétères évitables advenant une réforme légale axée sur la réduction des méfaits plutôt que sur la répression. Et à défaut d'embrasser un tel modèle, un énorme travail d'éducation et de sensibilisation est à faire.

Les stigmates rattachés à la possession simple de drogues sont ainsi suffisamment importants pour augmenter les risques de surdoses mortelles des consommateurs, que ce soit par l'empressement à s'injecter, par l'éloignement géographique des consommateurs face aux

⁶⁵ Marion Selfridge et al, « "It's like super structural"—Overdose experiences of youth who use drugs and police in three non-metropolitan cities across British Columbia » (2020) 76 *Int J Drug Policy* 1 à la p 7 (pdf).

⁶⁶ Stephen Koester et al, « Why are some people who have received overdose education and naloxone reticent to call Emergency Medical Services in the event of overdose? » (2017) 48 *Int J Drug Policy* 115 à la p 120.

⁶⁷ Emily van der Meulen, Sandra Ka Hon Chu et Janet Butler-McPhee, « "That's why people don't call 911": Ending routine police attendance at drug overdoses » (2021) 88 *Int J Drug Policy* 1 à la p 4 (pdf).

⁶⁸ *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art 19 [*Code criminel*].

ressources d'aide ou par la réticence à contacter les services d'urgence. La criminalisation semble également limiter les stratégies de réduction des méfaits telles que l'approvisionnement en matériel d'injection stérile, augmentant ainsi les risques de propagation de maladies transmissibles par le sang tels que le VIH ou l'hépatite C.

B. L'incarcération comme facteur contributif de contraction de maladies transmissibles par le sang et de surdoses chez les consommateurs

Si la criminalisation des drogues entraîne certaines conséquences néfastes pour la vie et la sécurité de consommateurs en liberté, elle comporte également des risques pour les consommateurs incarcérés. En premier lieu, la prévalence de maladies transmissibles par le sang est beaucoup plus élevée en prison qu'à l'extérieur⁶⁹. Cette prévalence plus élevée peut s'expliquer notamment par la forte concentration de consommateurs de drogues injectables incarcérés par rapport à la population générale⁷⁰. La difficulté d'accès à des seringues stériles en prison semblerait également y être pour quelque chose⁷¹. Dans une étude canadienne conduite dans un pénitencier fédéral, 85 des 350 détenus interrogés ont affirmé s'être au moins une fois injecté une drogue en détention⁷². De ces 85 détenus, 67 ont affirmé avoir au moins partagé une fois du matériel d'injection dans ces conditions⁷³. Le partage important de matériel d'injection dans les prisons explique certainement le fait qu'environ 2% des détenus dans les pénitenciers fédéraux sont atteints du VIH⁷⁴.

Afin de répondre à cette problématique, Service correctionnel Canada a lancé en juin 2018 le *Programme d'échange de seringues dans les prisons (PESP)* qui vise à fournir du matériel d'injection sécuritaire aux détenus

⁶⁹ Carla Treloar et al, « Acquiring hepatitis C in prison: the social organisation of injecting risk » (2015) 12:1 Harm Reduction J 1 [Treloar et al]; Samuel R Friedman et al, « Drug Arrests and Injection Drug Deterrence » (2011) 101:2 American J Public Health 344; Louisa Degenhardt et al, « Prevention of HIV infection for people who inject drugs: why individual, structural, and combination approaches are needed » (2010) 376:9737 The Lancet 285; Ralf Jürgens et al, « People who use drugs, HIV, and human rights » (2010) 376:9739 The Lancet 475 [Jürgens et al].

⁷⁰ PM Ford et al, « HIV, hepatitis C and risk behaviour in a Canadian medium-security federal penitentiary » (2000) 93:2 QJ Med 113 à la p 116 [Ford et al].

⁷¹ Treloar et al, *supra* note 69 à la p 1.

⁷² Ford et al, *supra* note 70 à la p 115.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Kevin Denys Bonnycastle et Charles Villebrun, « Injecting Risk Into Prison Sentences: A Quantitative Analysis of a Prisoner-Driven Survey to Measure HCV/HIV Seroprevalence, Risk Practices, and Viral Testing at One Canadian Male Federal Prison » (2011) 91:3 The Prison Journal 325 à la p 328.

toxicomanes dans les établissements carcéraux fédéraux⁷⁵. Toutefois, puisque les seringues peuvent constituer un danger pour les membres du personnel correctionnel et les autres détenus, ce programme requiert certaines vérifications de sécurité :

Avant de participer au PESP, les détenus doivent avoir une rencontre avec les Services de santé du [Service Correctionnel du Canada] au cours de laquelle un membre du personnel infirmier leur fournira de l'information en matière de santé concernant la consommation de substances, les pratiques de consommation sécuritaire et les méfaits de la consommation de drogue, ainsi que du counseling sur les risques de maladies infectieuses, et les aiguillera vers d'autres services de soins de santé. La participation doit ensuite être approuvée par le directeur de l'établissement ou le sous-directeur, qui confirme si la participation d'un détenu au PESP comporte des préoccupations en matière de sécurité. Cette détermination nécessite la tenue d'une évaluation de la menace et des risques semblable à celle utilisée pour les EpiPen et les aiguilles à insuline. Les détenus qui participent au PESP doivent également signer un contrat attestant qu'ils comprennent les règlements du PESP et que tout manquement pourrait entraîner la cessation de leur participation au programme.⁷⁶

Ces exigences de sécurité ont d'ailleurs récemment été contestées sur la base de l'article 7 de la *Charte* au motif qu'elles pouvaient empêcher certains détenus d'avoir un accès raisonnable à du matériel d'injection sécuritaire⁷⁷. Puisque le programme est en cours d'implantation, la Cour a refusé de statuer sur le fond, mais a affirmé en *obiter* que le risque que peuvent représenter des détenus en possession de seringues n'était pas irrationnel ou hypothétique et qu'il rendait les exigences de sécurité conformes aux principes de justice fondamentale⁷⁸. Il est à noter que les programmes d'échange de seringues ne sont pas encore envisagés dans les centres correctionnels provinciaux québécois⁷⁹. Puisque de tels centres ont juridiction en ce qui a trait aux individus qui purgent des sentences d'emprisonnement de moins de deux ans⁸⁰ et donc, sur la forte majorité

⁷⁵ Service correctionnel Canada, « [Le Programme d'échange de seringues dans les prisons](http://www.csc-scc.gc.ca/health/002006-2004-fr.shtml) », 2019, en ligne : <www.csc-scc.gc.ca/health/002006-2004-fr.shtml>.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Simons et al v Minister of Public Safety et al*, 2020 ONSC 1431 aux para 8–9.

⁷⁸ *Ibid* au para 58.

⁷⁹ Association québécoise pour la promotion de la santé des personnes utilisatrices de drogues, [Absence de programmes d'échange de seringues dans les établissements de détention provinciaux : le Québec doit agir pour protéger la santé des citoyens](#), document à l'attention de Mme Marie Rinfret, Protectrice du citoyen, ombudsman correctionnel du Québec, Montréal, AQPSUD, mai 2017, en ligne : <aqpsud.org/wp-content/uploads/2019/03/%C3%89change-de-seringues-%C3%A9tablissement-de-%C3%A9tention_protecteur-du-citoyen_AQPSUD-2017.pdf>.

⁸⁰ *Code criminel*, *supra* note 68, art 743.1(3).

des individus qui sont incarcérés pour possession simple de drogues, il convient de se pencher sur la situation spécifique de ces établissements.

Une étude portant sur 1 607 détenus se trouvant dans 7 centres de détention provinciaux québécois permet notamment de constater une prévalence de transmission de l'hépatite C très élevée dans cette population⁸¹. En 2014, 11,9% des hommes détenus dans un centre de détention provincial québécois étaient atteints de l'hépatite C, par rapport à 19,2% chez les femmes détenues⁸². Le partage de matériel d'injection dans les centres provinciaux est certainement une réalité qui contribue fortement à ces données alarmantes⁸³. Effectivement, les données démontrent que les autres comportements susceptibles d'accroître la transmission de maladies tels que la pratique de tatouages avec du matériel non stérile ou encore les pratiques sexuelles non protégées derrière les barreaux ne semblent pas y contribuer de façon importante⁸⁴. Contrairement aux seringues, les préservatifs sont des produits fournis dans les établissements provinciaux, ce qui peut tendre à limiter cette transmission⁸⁵. Alors que les seringues sont en vente libre au Canada⁸⁶, la difficulté de s'en procurer dans certains milieux carcéraux est problématique. L'impossibilité de se procurer du matériel d'injection stérile en détention combinée à l'existence de troubles liés à l'usage de substances chez certains détenus est susceptible d'exacerber la transmission de l'hépatite C et du VIH. Ce constat illustre la difficile conciliabilité entre la criminalisation de la possession simple de drogue et des stratégies efficaces de réduction des méfaits.

En addition des préoccupations dont nous venons de faire état, l'emprisonnement semble être un facteur contributif important des surdoses de drogue dans la période immédiate suivant la libération des

⁸¹ Céline Poulin et al, « Prevalence of HIV and hepatitis C virus infections among inmates of Quebec provincial prisons » (2007) 177:3 CMAJ 252 à la p 254 [Poulin et al].

⁸² Yohan Courtemanche et al, *Étude de prévalence du VIH et du VHC chez les personnes incarcérées dans les établissements de détention provinciaux au Québec*, rapport de recherche, CHU de Québec, 2016 à la p 43 [Courtemanche et al].

⁸³ Agence de la santé et des services sociaux de Montréal, *Évaluation de l'implantation d'un test de détection du VIH à résultat rapide dans les centres de détention de la région de Montréal*, rapport final, 2014 aux pp 13-14, en ligne : <collections.banq.qc.ca/ark:/52327/bs2398698>.

⁸⁴ Poulin et al, *supra* note 81 à la p 254; Courtemanche et al, *supra* note 82 à la p 42.

⁸⁵ Mathieu Turbide, « [Des condoms en prison](#) », *Journal de Montréal* (7 août 2010), en ligne : <www.journaldemontreal.com/2010/08/07/des-condoms-en-prison>. « L'étude de prévalence relatée par Yohan Courtemanche précise qu'en date de 2014, il était estimé que 1,5% des hommes et 0,5% des femmes avaient eu des relations sexuelles lors de leur incarcération. » (Courtemanche et al, *supra* note 82).

⁸⁶ Jonathan Pyzer, « [Is Drug Paraphernalia a Crime?](#) », blogue, Pyzer Criminal Lawyers Toronto, 2017, en ligne : <www.torontodefencelawyers.com/blog/general-category/drug-paraphernalia-crime/>.

consommateurs incarcérés⁸⁷. Une étude écossaise arrivait par exemple à la conclusion que les détenus consommant des drogues injectables et atteints du VIH étaient 34 fois plus susceptibles de succomber d'une surdose au cours des deux semaines suivant leur libération qu'à toute autre période⁸⁸. Une autre étude réalisée en Angleterre et au pays de Galles concluait pour sa part que les femmes incarcérées entre 1998 et 2000 étaient 69 fois plus à risque de décéder d'une surdose dans la semaine suivant leur libération alors que ce multiplicateur était de 29 chez les hommes⁸⁹. Ce taux de surdose drastiquement plus élevé a étroitement été relié à la période d'incarcération elle-même :

Globally, substance use disorders are highly prevalent in criminal justice populations with the leading cause of death among previously incarcerated individuals being unintentional drug overdose, especially in the time period immediately following release. This risk may be explained by decreases in physiological drug tolerance as a result of abstinence during incarceration, and therefore subsequent return to drug use at previous levels following release can be fatal. [...] [H]owever, an alternate explanation is that recently released individuals may have increased cravings or partake in celebratory drug taking behavior upon release.⁹⁰ (Références omises)

⁸⁷ Claire Keen et al, « Non-fatal drug overdose after release from prison: A prospective data linkage study » (2020) 206 *Drug Alcohol Dependence* 1 [Keen et al]; Lia N Pizzicato et al, « Beyond the walls: Risk factors for overdose mortality following release from the Philadelphia Department of Prisons » (2018) 189 *Drug Alcohol Dependence* 108 [Pizzicato et al]; Mahesh KB Parmar et al, « Randomized controlled pilot trial of naloxone on-release to prevent post-prison opioid overdose deaths » (2017) 112:3 *Addiction* 502; Anne Bukten et al, « High risk of overdose death following release from prison: variations in mortality during a 15-year observation period » (2017) 112:8 *Addiction* 1432; Simon J Forsyth et al, « Striking subgroup differences in substance-related mortality after release from prison » (2014) 109:10 *Addiction* 1676; Ingrid A Binswanger et al, « Mortality After Prison Release: Opioid Overdose and Other Causes of Death, Risk Factors, and Time Trends From 1999 to 2009 » (2013) 159:9 *Annals Internal Medicine* 592; Elizabeth LC Merrill et al, « Meta-analysis of drug-related deaths soon after release from prison » (2010) 105:9 *Addiction* 1545; Michael Farrell et John Marsden, « Acute risk of drug-related death among newly released prisoners in England and Wales » (2008) 103:2 *Addiction* 251 [Farrell et Marsden]; Ingrid A Binswanger et al, « Release from Prison—A High Risk of Death for Former Inmates » (2007) 356:2 *New England J Medicine* 157; Matthew Warner-Smith et al, « Heroin overdose: causes and consequences » (2001) 96:8 *Addiction* 1113; SR Seaman, RP Brettle et Sheila M Gore, « Mortality from overdose among injecting drug users recently released from prison: database linkage study » (1998) 316:7129 *British Medical J* 426 [Seaman, Brettle et Gore].

⁸⁸ Seaman, Brettle et Gore, *supra* note 87 à la p 428.

⁸⁹ Farrell et Marsden, *supra* note 87 à la p 254.

⁹⁰ Pizzicato et al, *supra* note 87 à la p 108.

L'abstinence qu'entraîne l'emprisonnement chez certains consommateurs dépendants semble donc exacerber les comportements de consommation préjudiciables suivant leur libération. Tel que l'illustre le docteur Aaron Orkin de la *Toronto's Mount Sinai Hospital*, « putting drug users in jail without access to the drug they need is the same as depriving a diabetic of insulin »⁹¹. Plusieurs études canadiennes se sont intéressées à ce triste phénomène. Une corrélation entre la libération récente de prison et la survenance de surdoses non mortelles a été établie chez un échantillon de 1 600 consommateurs de drogues injectables de Vancouver⁹². Une autre étude longitudinale vancouveroise arrive également à ce constat⁹³. Sur une période s'étalant de 2000 à 2012 en Ontario, 2,3 détenus par tranche de 1 000 sont décédés d'une surdose de drogues dans les deux semaines suivant leur libération d'un établissement provincial comparativement à seulement 0,4 après six mois de libération⁹⁴. Une autre étude longitudinale ayant recensé les décès causés par une surdose chez les détenus après leur libération d'un établissement provincial ontarien confirme le phénomène : entre 2006 et 2013, 702 détenus ont succombé d'une surdose de drogues dans l'année suivant leur libération⁹⁵. De ce nombre, 137 surdoses mortelles (19,5%) ont eu lieu dans les 7 premiers jours de la libération des détenus⁹⁶. Alors que certains experts prônent l'implantation de programmes de traitements de substitution à la méthadone dans les établissements carcéraux⁹⁷, d'autres préconisent la distribution de kit de naloxone aux individus récemment libérés afin de contrer les surdoses d'opioïdes⁹⁸. La problématique illustre encore une fois la difficile conciliabilité du traitement de la toxicomanie avec l'emprisonnement des consommateurs affligés par la dépendance et partant, les revers de la criminalisation de la possession simple de drogues sur la santé publique canadienne.

⁹¹ Marcus Gee, « [Danger beyond the prison gates: One in 10 overdose deaths happen to ex-inmates within year of release](http://www.theglobeandmail.com/canada/article-within-a-year-of-release-one-in-10-ex-prisoners-die-of-overdose/) », *The Globe and Mail* (30 novembre 2018), en ligne : <www.theglobeandmail.com/canada/article-within-a-year-of-release-one-in-10-ex-prisoners-die-of-overdose/>.

⁹² Thomas Kerr et al, « Predictors of non-fatal overdose among a cohort of polysubstance-using injection drug users » (2007) 87:1 *Drug Alcohol Dependence* 39 à la p 42.

⁹³ Stuart A Kinner et al, « Incidence and risk factors for non-fatal overdose among a cohort of recently incarcerated illicit drug users » (2012) 37:6 *Addictive Behaviours* 691.

⁹⁴ Fiona G Kouyoumdjian et al, « Mortality over 12 years of follow-up in people admitted to provincial custody in Ontario: a retrospective cohort study » (2016) 4:2 *CMAJ* E153 à la p E157.

⁹⁵ Emily Groot et al, « Drug Toxicity Deaths after Release from Incarceration in Ontario, 2006-2013: Review of Coroner's Cases » (2016) 11:7 *PLOS ONE* 1 à la p 3 (pdf).

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Pizzicato et al, *supra* note 87 à la p 113.

⁹⁸ Keen et al, *supra* note 87 à la p 8 (pdf).

Si la littérature scientifique a pu permettre de recenser de quelle façon la criminalisation des drogues pouvait porter atteinte au droit à la vie et à la sécurité des consommateurs d'un point de vue empirique, certains chercheurs se sont également attardés à son influence normative sur les comportements de consommation des justiciables d'un point de vue davantage sociologique. Il est par exemple avéré que les jeunes intègrent les habitudes de consommation d'alcool de leurs parents dès un très jeune âge⁹⁹ :

It seems that from age 4 onwards, children are increasingly capable of internalizing normative information through observational learning of adults or from exposure to media messages, thereby developing a greater knowledge of the prevalence and context of adult's alcohol use.¹⁰⁰ (Références omises)

Dans le cas des drogues illégales, le modèle de consommation « adéquat » à adopter est beaucoup plus difficile à inculquer en raison des stigmates rattachés à la consommation et du caractère *underground* de celle-ci qui empêche le potentiel observateur d'intégrer des normes de consommation raisonnables¹⁰¹. L'absence d'indicateurs normatifs sur les circonstances, la nature ou la quantité d'une consommation raisonnable de drogues peut par la suite affecter le comportement de l'individu n'ayant jamais consommé une substance X lorsqu'il fera face à celle-ci pour la première fois :

Outre son apparente inefficacité à réduire le nombre de consommateurs de drogues, la prohibition contribue activement à la dichotomie opposant abstinence et usage compulsif. Une personne souhaitant prendre de la drogue aura donc beaucoup de difficulté à choisir un schéma de consommation modérée.¹⁰²

La stigmatisation entourant les drogues illégales peut également avoir pour effet d'inciter l'autorité parentale ou scolaire à adopter un discours prohibitionniste si radical qu'il risque d'être décrédibilisé et ignoré par le

⁹⁹ Lisa Rapaport, « Kids see you when you're drinking », *Reuters* (3 janvier 2020), en ligne : <www.reuters.com/article/us-health-parenting-alcohol/kids-see-you-when-youre-drinkingidUSKBN1Z225A>.

¹⁰⁰ Carmen Voogt et al, « From Age 4 to 8, Children Become Increasingly Aware About Normative Situations for Adults to Consume Alcohol » (2020) 55:1 *Alcohol & Alcoholism* 104 à la p 109.

¹⁰¹ Nous nous devons de spécifier qu'en aucun cas, nous ne valorisons la consommation de substances psychoactives. La remarque que nous faisons ici compare plutôt le cas où la consommation de ces substances se produit à l'abri des regards par rapport à cette même consommation dans un contexte plus ouvert et moins stigmatisé.

¹⁰² Tom Decorte, « Les effets adverses des politiques officielles en matière de drogue sur les mécanismes d'autorégulation des consommateurs de drogues illicites » (2010) 9:1 *Drogues, santé et société* 295 au para 18.

jeune¹⁰³. En effet, si le discours véhiculé est trop détaché des expériences de consommation ou des observations des jeunes, on risque de perdre leur écoute attentive¹⁰⁴. Il est d'ailleurs démontré que les campagnes de sensibilisation qui militent en faveur de l'abstinence ou qui exagèrent les dangers de la consommation s'avèrent bien moins efficaces que celles qui tendent à brosser un portrait plus objectif¹⁰⁵. Finalement, la criminalisation pourrait rendre la consommation de drogues illégales attrayante pour certains jeunes en quête de rébellion¹⁰⁶. Ce goût pour la rébellion pourrait potentiellement expliquer la baisse globale de consommation de drogues chez les jeunes portugais dans les années suivant la décriminalisation des drogues au Portugal¹⁰⁷.

En conclusion, la littérature scientifique que nous avons abordée démontre de manière claire que la criminalisation de la possession simple de drogues entraîne des atteintes au droit à la vie et à la sécurité des justiciables. Que ce soit en décourageant l'emploi de matériel d'injection stérile, en incitant les consommateurs à s'injecter rapidement afin de ne pas être repérés, en éloignant géographiquement les consommateurs des ressources d'aide, en dissuadant la sollicitation des services d'urgence lors de phénomènes de surdoses, en accroissant la transmission des maladies transmissibles par le sang telles que le VIH ou l'hépatite C, en stimulant les surdoses mortelles suivant la libération de prison ou en stigmatisant les consommateurs qui deviennent plus difficiles à sensibiliser ou qui deviennent plus réticents à chercher de l'aide, la criminalisation de la possession simple de drogues, par l'entremise de l'article 4(1) de la *Loi*

¹⁰³ WA Bogart, *Off the Street. Legalizing Drugs*, Toronto, Dundurn Press, AJ Patrick Boyer Book, 2016 à la p 180.

¹⁰⁴ Voir généralement Isidore Obot et Joanne Csete, *Prevention of drug use and problematic use*, Open Society Foundation, 2015 à la p 1.

¹⁰⁵ Margaret Pereira, John Scott et Amanda Beem, « Imaginary Drug Control and the Failures of Contemporary Australian Drug Policy » (2020) 47:1 Contemporary Drug Problems 29; Guillermo Aureano et Simon Coutu, « [Drug Use for Grown-Ups : une théorie originale sur les drogues](#) », *Radio-Canada* (11 février 2021), en ligne : <ici.radio-canada.ca/premiere/emissions/plus-on-est-de-fous-plus-on-lit/segments/entrevue/343121/drogue-criminalisation-demonisation-traffic-livre?fbclid=IwAR2JvEJmzSqw3zjq1pjEvmLb7Sry0e yM1FTMXRtKyktXQdxQ8WSnRbQTJsE>.

¹⁰⁶ Keith J Hayward, « The vilification and pleasures of youthful transgression » dans John Muncie, Gordon Hughes et Eugene McLaughlin, dir, *Youth Justice: Critical Readings*, Londres, SAGE, 2002, 80; Robert J MacCoun, « Drugs and the Law: A Psychological Analysis of Drug Prohibition » (1993) 113:3 Psychological Bulletin 497 à la p 504.

¹⁰⁷ European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, [Portugal Country Drug Report](#), 2019, en ligne : <www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/11331/portugal-cdr-2019_0.pdf> [European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction]; Caitlin Elizabeth Hughes et Alex Stevens, « What can we learn from the Portuguese decriminalization of illicit drugs? » (2010) 50:6 British J Criminology 999 à la p 1008 [Hughes et Stevens].

réglementant certaines drogues et autres substances, nous apparaît menacer les droits constitutionnels des justiciables canadiens protégés par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour reprendre le lexique de l'arrêt *Blencoe* sur le lien de causalité suffisant permettant l'ouverture d'une analyse de l'article 7, *n'eut-été*¹⁰⁸ l'action gouvernementale, que ce soit par la répression policière, l'emprisonnement ou la stigmatisation qui en découle, il nous apparaît clair que beaucoup de vies pourraient être sauvées. Lorsqu'il y a atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité, il faut déterminer si celles-ci sont commises « en conformité avec les principes de justice fondamentale »¹⁰⁹. Un de ces principes nous intéressera plus particulièrement pour le bien du présent article : le principe de justice fondamentale interdisant la disproportion totale¹¹⁰.

II. L'analyse de la justification des atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité

A. Le principe de justice fondamentale interdisant la disproportion totale

Il est bien reconnu en droit canadien que les droits et libertés constitutionnellement garantis par la *Charte* ne sont pas absolus¹¹¹. Il peut effectivement arriver qu'une atteinte à un droit fondamental soit constitutionnellement valide lorsqu'elle vise l'accomplissement d'un objectif impératif d'une manière qui respecte les normes de proportionnalité reconnues par la jurisprudence. Il convient donc dans un premier temps d'identifier l'objectif poursuivi par le législateur en criminalisant la possession simple de drogues¹¹². La Cour suprême a

¹⁰⁸ *Blencoe*, *supra* note 23 au para 69.

¹⁰⁹ *Charte*, *supra* note 14.

¹¹⁰ Nous n'analyserons pas la disposition au regard des principes de justice fondamentale du caractère arbitraire ou de la portée excessive. L'arrêt *Carter*, *supra* note 17, est clair à l'effet que « lorsqu'une activité pose certains risques, la prohiber constitue un moyen rationnel de réduire les risques » (au para 100). Bien que nous soutenions plus loin que la criminalisation de la possession simple ne réussit pas réellement à atteindre ses objectifs, il existe tout de même un lien logique suffisant au sens de ces principes de justice fondamentale. L'inefficacité de la prohibition sera mieux analysée à l'étape finale du test de l'article premier portant sur la proportionnalité des effets. Pour une analyse des principes de justice fondamentale interdisant la portée excessive ou le caractère arbitraire, l'auteur invite le lecteur à prendre connaissance des pages 85 à 104 de son mémoire de maîtrise : Nicolas Rioux, [La criminalisation de la possession simple de drogue au Canada : Un modèle constitutionnellement fragile?](https://ruor.uottawa.ca/bitstream/10393/41442/1/Rioux_Nicolas_2020_th%C3%A8se.pdf), thèse de maîtrise en droit, Faculté des Études supérieures, Université d'Ottawa, 2020, en ligne : <ruor.uottawa.ca/bitstream/10393/41442/1/Rioux_Nicolas_2020_th%C3%A8se.pdf>.

¹¹¹ *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103 au para 65 [*Oakes*].

¹¹² *Carter*, *supra* note 17 au para 73.

maintes fois réitéré que ce régime visait deux objets : la protection de la santé publique et le maintien de la sécurité publique¹¹³.

Abordons maintenant le principe de justice fondamentale interdisant la disproportion totale, principe qui a été résumé de belle façon par le professeur Hamish Stewart :

The test for gross disproportionality is whether the law (or other state action) is so “extreme” that it is “*per se* disproportionate to any legitimate government interest” or, put more colloquially, “where the seriousness of the deprivation is totally out of sync with the objective of the measure; or, put more politically, where “the draconian impact of the law and its object [is] entirely outside the norms accepted in our free and democratic society.” As with the norm against overbreadth, a violation of the norm against gross disproportionality can be established by the law’s effect on a single person.¹¹⁴

Prenons l’arrêt *Bedford* qui, comme en l’espèce, portait sur une législation susceptible d’entraîner des atteintes graves à la sécurité et à la vie des justiciables. Des travailleuses du sexe y contestaient la constitutionnalité de trois dispositions du *Code criminel* qui criminalisaient le fait de tenir une maison de débauche¹¹⁵ ou de s’y trouver, le fait de vivre de la prostitution d’autrui et le fait de communiquer en public à des fins de prostitution. Dans le cas de l’interdiction relative aux maisons de débauche et au proxénétisme, la Cour suprême a reconnu que l’interdiction empêchait concrètement les travailleuses d’embaucher des chauffeurs ou des gardes du corps, de vérifier l’état de santé des clients et de prendre des mesures sanitaires préventives¹¹⁶. Pour ce qui est de la communication en public, elle aurait permis aux travailleuses du sexe, en l’absence d’interdiction criminelle, « de jauger leurs clients éventuels afin d’écarter ceux qui sont intoxiqués et qui pourraient être enclins à la violence, ce qui serait de nature à réduire les risques auxquels elles s’exposent »¹¹⁷. La possibilité qu’une seule vie ait pu être sauvée fut jugée suffisante pour que la Cour suprême, unanime, considère l’atteinte comme totalement disproportionnée : « À supposer que l’évaluation préalable ait pu empêcher une seule femme de monter à bord de la voiture de Robert Pickton, la gravité des effets

¹¹³ *PHS*, *supra* note 19 au para 110; *Malmö-Levine*, *supra* note 15 au para 140; *R c Smith*, 2015 CSC 34, [2015] 2 RCS 602 au para 24.

¹¹⁴ Hamish Stewart, *Fundamental justice: section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2^e éd, Irwin Law, Toronto, 2019 à la p 183.

¹¹⁵ Nous reconnaissons et dénonçons le caractère péjoratif de cette expression et ne l’employons que dans le but de rester fidèle au libellé de l’article du *Code criminel* en litige ici.

¹¹⁶ *Bedford*, *supra* note 22 au para 64.

¹¹⁷ *Ibid* au para 69.

préjudiciables est démontrée. »¹¹⁸ Dans cette même logique, le refus du ministre fédéral de la Santé d'accorder une exemption permettant au centre d'injections supervisées *Insite* d'opérer à Vancouver fut jugé totalement disproportionné en ce que ce refus paralysait un service susceptible de sauver des vies¹¹⁹.

Si le principe de justice fondamentale interdisant la disproportion totale vise à mettre en balance la gravité d'une atteinte avec l'objectif derrière la mesure à l'origine de cette atteinte et qu'un effet totalement disproportionné sur une seule personne peut suffire à violer ce principe, il est difficile d'imaginer de quelle manière une atteinte à la vie d'un justiciable puisse tout de même être conforme à l'article 7. Comme l'affirme le professeur Louis-Philippe Lampron :

[I] nous semble tout bonnement impossible d'imaginer un seul cas où un tribunal régulièrement constitué pourrait légitimement affirmer, au terme de la démarche en deux étapes (violation/justification) préalable à l'obtention d'une réparation en vertu d'une des lois sur les droits fondamentaux, la prévalence de tout droit ou de toute liberté fondamentale dans un cas où l'exercice de ce même droit ou liberté serait de nature à porter atteinte au cœur du droit à la vie d'un autre individu.¹²⁰

Dans la première partie de cet article, nous avons fait la démonstration de l'interprétation généreuse que la jurisprudence accorde à la reconnaissance d'un lien de causalité suffisant entre l'action gouvernementale et une atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité, tout particulièrement dans le cas des atteintes au droit à la vie. Nous avons par la suite élaboré sur les multiples façons par lesquelles la criminalisation pouvait exacerber les phénomènes de surdose ou encore la propagation de maladies transmissibles par le sang en milieu carcéral. Sans revenir longuement sur la littérature scientifique exposant ces effets¹²¹, il semble qu'elle permette d'arriver à la conclusion que la criminalisation de la possession

¹¹⁸ *Ibid* au para 158.

¹¹⁹ *PHS*, *supra* note 19 au para 133.

¹²⁰ Louis-Philippe Lampron, *La hiérarchie des droits. Convictions religieuses et droits fondamentaux au Canada*, thèse de doctorat, Université Laval, 2012 à la p 280.

¹²¹ Puisque l'atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale risque rarement d'être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, l'analyse de la conformité à ces principes est souvent le cœur de l'analyse dans les décisions judiciaires portant sur l'article 7. Si la section que nous accordons à l'analyse du principe interdisant la disproportion totale est concise, c'est surtout parce que la pondération entre la sévérité des atteintes aux droits fondamentaux par rapport à l'objectif législatif s'expose d'elle-même dans l'identification des atteintes effectuée dans la première partie du présent article. De plus, comme nous l'avons vu, une atteinte au droit à la vie d'une seule personne ne semble pas pouvoir être conforme au principe interdisant la disproportion totale. Dans ces circonstances, il est difficile

simple porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité des justiciables d'une manière totalement disproportionnée à son objet. Les vies de nombreux consommateurs sont menacées quotidiennement par le système actuel qui exacerbe les surdoses de drogue et ces atteintes ne peuvent que contrevenir au principe de justice fondamentale interdisant la disproportion totale. La violation de l'article 7 nous apparaissant établie, tournons-nous maintenant vers le cadre analytique requis par l'article premier de la *Charte*. La criminalisation de la possession simple de drogues viole-t-elle l'article 7 de la *Charte* d'une manière qui puisse se justifier en vertu de l'article premier?

B. Le test de l'article premier de la *Charte*

i) La prescription par une règle de droit, l'objectif réel et urgent et le lien rationnel

Pour qu'une restriction puisse se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*, il faut en premier lieu qu'elle soit prescrite par une règle de droit¹²². La criminalisation de la possession simple de drogues découle de la règle de droit prescrite à l'article 4(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* qui édicte que « [s]auf dans les cas autorisés aux termes des règlements, la possession de toute substance inscrite aux annexes I, II ou III est interdite »¹²³. On retrouve notamment au sein de l'annexe I des drogues comme l'opium, la codéine, la morphine, la cocaïne, la kétamine, le fentanyl, la méthamphétamine, l'ecstasy, les amphétamines et l'héroïne¹²⁴. L'annexe II porte sur les cannabis de synthèse¹²⁵. Finalement, l'annexe III inclut le méthylphénidate, les champignons magiques (psilocybine), la mescaline et le LSD¹²⁶. L'infraction de possession est assortie d'une peine maximale de sept ans d'emprisonnement lorsqu'elle porte sur une substance prévue à l'annexe I¹²⁷, de cinq ans moins un jour pour l'annexe II¹²⁸ et de trois ans pour l'annexe III¹²⁹. La restriction peut donc être considérée comme prescrite par une règle de droit et ouvre application à l'analyse du test de l'article premier. À noter qu'il est difficile pour une disposition qui porte atteinte à l'article 7 de se justifier en vertu de l'article

d'imaginer que des atteintes au droit à la vie de milliers, voire de dizaines de milliers de Canadiens puissent respecter ce principe.

¹²² *R c Therens*, [1985] 1 RCS 613 au para 60.

¹²³ *Loi*, *supra* note 12.

¹²⁴ *Ibid*, ann I.

¹²⁵ *Ibid*, ann II.

¹²⁶ *Ibid*, ann III.

¹²⁷ *Ibid*, art 4(3)(a).

¹²⁸ *Ibid*, art 4(4)(a).

¹²⁹ *Ibid*, art 4(6)(a).

premier¹³⁰. Ce ne serait toutefois pas impossible¹³¹. Pour qu'une mesure attentatoire demeure constitutionnellement valide, le gouvernement a le fardeau par prépondérance des probabilités de satisfaire aux quatre étapes de l'analyse¹³².

La première étape de cette analyse consiste à se demander si la restriction répond à un objectif réel et urgent¹³³. À l'exception de quelques cas dispersés¹³⁴, cette étape de l'analyse est somme toute relativement peu exigeante¹³⁵. L'objectif de la criminalisation des drogues est « la protection de la santé publique et le maintien de la sécurité publique. Son objet de maintien de la sécurité publique est réalisé par l'interdiction de posséder les substances énumérées et d'en faire le trafic. Son objet de protection de la santé publique est réalisé [...] par les interdictions prévues aux par. 4(1) et 5(1) »¹³⁶. La sécurité publique a été reconnue comme un objectif réel et urgent dans l'arrêt *Safarzadeh-Markhali*, bien que dans des circonstances quelque peu différentes¹³⁷. Pour sa part, la protection du régime de santé public a été reconnue comme un objectif réel et urgent dans l'arrêt *Chaoulli*¹³⁸. Bien que la Cour suprême n'ait jamais explicitement reconnu l'objectif de protection de la santé et de la sécurité publiques comme réel et urgent en matière de criminalisation des drogues, il est fort raisonnable qu'il puisse être reconnu comme tel au regard non seulement de la jurisprudence que nous venons de mentionner, mais également des effets délétères causés par la consommation de drogues, d'autant plus en contexte de crise des surdoses d'opioïdes.

Une fois l'objectif réel et urgent identifié et reconnu comme tel, il faut se demander s'il existe un lien rationnel entre les restrictions au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité que nous avons identifiées et cet

¹³⁰ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C-B)*, [1985] 2 RCS 486 au para 85 [*Renvoi sur la Motor Vehicle Act*]; *R c Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 RCS 180 au para 57 [*Safarzadeh-Markhali*]; *Burns*, *supra* note 25 au para 133.

¹³¹ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, *supra* note 130 au para 85; voir *R v Michaud*, 2015 ONCA 585, où une disposition ayant une portée excessive fut maintenue en vertu de l'article premier.

¹³² *Oakes*, *supra* note 111 au para 68.

¹³³ *Frank c Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 RCS 3 au para 46.

¹³⁴ *Fraser c Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28; *Canada (Procureur général) c Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 RCS 429 au para 55; *Vriend c Alberta*, [1998] 1 RCS 493 au para 116; *R c Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 RCS 295 au para 141.

¹³⁵ Errol P Mendes, « Section 1 of the Charter after 30 years: The Soul or the Dagger at its Heart? » dans Errol P Mendes et Stéphane Beaulac, dir, *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 5^e éd, Markham, LexisNexis Canada, 2013, 293 à la p 310 [Mendes].

¹³⁶ *PHS*, *supra* note 19 au para 110.

¹³⁷ *Safarzadeh-Markhali*, *supra* note 130 au para 59.

¹³⁸ *Chaoulli c Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 RCS 791 au para 155 [*Chaoulli*].

objectif¹³⁹. Puisque l'arrêt *Carter* précise que l'existence du lien rationnel peut être fondée sur la raison ou la logique et que la prohibition d'une activité qui pose certains risques constitue un moyen rationnel de réduire ces risques¹⁴⁰, il est également manifeste que la criminalisation de la possession simple de drogues constitue un moyen rationnel de protéger la santé et la sécurité publiques.

ii) L'atteinte minimale

L'atteinte minimale constitue une étape cruciale de l'analyse de l'article premier¹⁴¹. Elle peut se résumer ainsi :

Pour démontrer que l'atteinte est minimale, la partie qui cherche à justifier la contravention doit établir que la mesure contestée restreint le droit en question « aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l'objectif législatif » : *RJR MacDonald*, par. 160. L'atteinte au droit en question doit être « minimale », en ce qu'elle « ne dépasse pas ce qui est nécessaire ». ¹⁴²

Il faut ainsi se demander s'il existe des moyens moins préjudiciables de réaliser l'objectif législatif de protection de la santé et de la sécurité publiques d'une manière substantielle¹⁴³. L'existence d'alternatives pratiquées à l'international peut être utile dans l'analyse du critère de l'atteinte minimale¹⁴⁴. Cela nous emmène à étudier le cas particulier du Portugal.

Depuis le 1^{er} juillet 2001, la possession simple de toutes les drogues ne constitue plus une infraction criminelle au Portugal¹⁴⁵. Il n'est donc plus criminel de posséder jusqu'à un gramme d'héroïne, deux grammes de cocaïne ou vingt-cinq grammes de cannabis¹⁴⁶. La possession simple demeure toutefois une infraction administrative passible de sanctions pénales autres que l'emprisonnement¹⁴⁷. Parmi les sanctions non pécuniaires utilisées, on retrouve l'interdiction de transporter une arme

¹³⁹ *R c KRJ*, 2016 CSC 31, [2016] 1 RCS 906 au para 68.

¹⁴⁰ *Carter*, *supra* note 17 aux para 99-100.

¹⁴¹ *Mendes*, *supra* note 135 à la p 318.

¹⁴² *R c Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 RCS 3 au para 68.

¹⁴³ *Alberta c Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 RCS 567 au para 53.

¹⁴⁴ *Carter*, *supra* note 17 au para 117; *Chaoulli*, *supra* note 138.

¹⁴⁵ Caitlin Hughes, « Portuguese drug policy » dans Renaud Colson et Henri Bergeron, dir, *European Drug Policies: The Ways of Reform*, New York, Routledge, 2017, 164 à la p 168.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Hannah Laqueur, « Uses and Abuses of Drug Decriminalization in Portugal » (2015) 40:3 *Law & Social Inquiry* 746 à la p 752 [Laqueur].

à feu, de visiter certaines personnes ou certains lieux ou de posséder une licence professionnelle¹⁴⁸. Pour ce qui est des sanctions pécuniaires, la possession simple peut entraîner jusqu'à l'équivalent d'un mois de salaire au taux horaire minimum en amende¹⁴⁹.

Au moment de constater l'infraction, le corps de police procède à la confiscation de la drogue découverte¹⁵⁰. La personne sera sommée de comparaître devant la *Commission for the Dissuasion of Drug Addiction* qui est essentiellement constituée d'un panel d'experts :

The CDTs are regional panels made up of three people, including lawyers, social workers and medical professionals. Alleged offenders are referred by the police to the CDTs, who then discuss with the offender the motivations for and circumstances surrounding their offence and are able to provide a range of sanctions, including community service, fines, suspensions on professional licenses and bans on attending designated places. However, their primary aim is to dissuade drug use and to encourage dependent drug users into treatment. Towards this end, they determine whether individuals are dependent or not. For dependent users, they can recommend that a person enters a treatment or education programme instead of receiving a sanction. For non-dependent users, they can order a provisional suspension of proceedings, attendance at a police station, psychological or educational service, or impose a fine.¹⁵¹

Bien que le modèle portugais instauré il y a une vingtaine d'années comporte toujours un élément répressif, sa bifurcation vers une approche de santé publique a donné des résultats fort positifs. Une réduction des coûts sociaux *per capita* de l'ordre de 18% a été observée de 2000 à 2010 au pays¹⁵². Alors que le Portugal était, au cours des années 80 et 90, l'un des endroits en Europe où l'héroïne était la plus consommée¹⁵³, le coefficient de consommation à risque d'opioïdes tels que l'héroïne était désormais en 2015 de 5.21 par 1000 habitants comparativement à la moyenne européenne s'étalant de 0.48 à 8.42 par 1000 habitants¹⁵⁴. Pour sa part, le nombre de surdoses annuel est passé de 350 en 1999 à près de 250 en

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ Pauline Landel et Anna C Zielinska, « La politique de décriminalisation des drogues au Portugal, Entretien avec le prof. João Goulão » (2016) 86:2 *Mouvements* 151.

¹⁵¹ Hughes et Stevens, *supra* note 107 à la p 1002.

¹⁵² Ricardo Gonçalves, Ana Lourenço et Sofia Nogueira da Silva, « A social cost perspective in the wake of the Portuguese strategy for the fight against drugs » (2015) 26:2 *Int J Drug Policy* 199 à la p 207.

¹⁵³ Sónia Félix et Pedro Portugal, « Drug decriminalization and the price of illicit drugs » (2017) 39 *Int J Drug Policy* 121 à la p 121.

¹⁵⁴ European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, *supra* note 107 à la p 26.

2009¹⁵⁵. La transmission du VIH par voie injectable a également chuté de façon dramatique dans les années suivant la décriminalisation des drogues au Portugal¹⁵⁶.

Nous pourrions continuer longtemps sur les bénéfices largement reconnus de la réforme juridique opérée au Portugal. L'essentiel du propos demeure le suivant : le meilleur moyen de réduire la consommation de drogues et de s'assurer que celle qui subsiste demeure raisonnable et sécuritaire se retrouve dans une approche non coercitive qui favorise l'intervention en santé publique plutôt que l'intervention punitive par l'entremise du système criminel. Le modèle portugais nous permet avant tout de constater que la suppression de l'aspect répressif d'un régime visant à réduire les dommages causés par les drogues n'a pas pour effet de faire augmenter la consommation de drogues dans une population donnée. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique affirmait d'ailleurs déjà il y a 30 ans la difficile conciliabilité de l'application des objectifs de dissuasion générale et spécifique avec la criminalisation d'un comportement compulsif :

While I am content to accept, at least for the purposes of this case, that sentences of incarceration can have a deterrent effect in cases of trafficking and trafficking related offences, including importing, where the offender or potential offender is not an addict, I have grave doubts that the same can be said in cases of possession where the offender who is to be specifically deterred, or the potential offender who is to benefit from the so-called general deterrent effect of such a sentence, is addicted to the substance in question.¹⁵⁷

Il n'est donc pas surprenant qu'une littérature écrasante arrive à la conclusion qu'il n'existe aucun lien de corrélation entre la sévérité d'un régime législatif en matière de lutte aux drogues et la prévalence d'usage de substances dans la population concernée¹⁵⁸. Partant de cette prémisse,

¹⁵⁵ Laqueur, *supra* note 147 à la p 770.

¹⁵⁶ European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, *supra* note 107 à la p 26.

¹⁵⁷ *R v Preston* (1990), 47 BCLR (2d) 273, 1990 CanLII 576 (CA) à la p 15 (pdf).

¹⁵⁸ Marijana M Kotlaja et Jennifer V Carson, « Cannabis Prevalence and National Drug Policy in 27 Countries: An Analysis of Adolescent Substance Use » (2019) 63:7 Int J Offender Therapy & Comparative Criminology 1082; Melo et al, *supra* note 48; Richard A Grucza et al, « Cannabis decriminalization: A study of recent policy change in five U.S. states » (2018) 59 Int J Drug Policy 67; Brendan Hughes, João Matias et Paul Griffiths, « Inconsistencies in the assumptions linking punitive sanctions and use of cannabis and new psychoactive substances in Europe » (2008) 113:12 Addiction 2155; Jakub Červený et al, « Cannabis decriminalization and the age of onset of cannabis use » (2017) 43 Int J Drug Policy 122; Daniele Scarscelli et al, « Does fear of sanctions or sanctions discourage drug use? The point of view of a sample of illegal drug users in Italy » (2012) 19:6 Drugs:

il est raisonnable d'affirmer que l'adoption de l'alternative portugaise ne réduirait l'accomplissement de l'objectif législatif du Parlement fédéral d'aucune manière. Et c'est sans compter le fait que cette alternative ne constitue qu'une possibilité timide dans le spectre des encadrements légaux qu'il serait possible d'envisager comme, notamment, la dépenalisation complète de la possession simple de drogues.

Advenant que le Canada exempte de toute sanction criminelle la possession simple de drogues, il serait logiquement possible de neutraliser plusieurs atteintes au droit à la vie et à la sécurité que nous avons identifiées dans la première partie de cet article. Des consommateurs sans-abris s'empresseraient-ils de s'injecter rapidement par crainte d'être aperçus par la police si la possession n'était pas un crime? L'arrêt des opérations de répression policière à proximité des centres d'injections supervisées aurait-il pour effet de rendre les consommateurs moins réticents à les fréquenter? Le fait qu'il n'y ait plus de crainte d'être arrêté et fouillé en raison du fait de transporter du matériel d'injection stérile favoriserait-il son utilisation plus fréquente? Des individus assistant à une surdose seraient-ils plus susceptibles de solliciter les services d'urgence et de demeurer sur place afin d'assister la victime jusqu'à l'arrivée des secours? Comment la transmission du VIH ou de l'hépatite C chez les consommateurs incarcérés pourrait elle-même se produire si ceux-ci n'étaient pas incarcérés en raison de leur seule dépendance en premier lieu? Comment un consommateur pourrait-il être victime du phénomène de surdoses massives suivant la libération de prison s'il n'était pas incarcéré en premier lieu? La sensibilisation aux saines pratiques de consommation ne serait-elle pas socialement émancipée par une plus grande ouverture à cette problématique? La stigmatisation liée à la toxicomanie ne pourrait-elle pas être en partie étouffée par ce nouveau dialogue? Ces questions se répondent d'elles-mêmes.

Les données probantes donnent à penser que plusieurs alternatives à la criminalisation de la possession simple pourraient constituer des solutions permettant de protéger la santé et la sécurité publiques aussi efficacement tout en réduisant de façon importante et substantielle les atteintes au droit à la vie et à la sécurité qui émanent du régime criminel. Il est donc difficile de voir comment la criminalisation de la possession simple pourrait constituer une atteinte minimale si des alternatives

Education, Prevention and Policy 484; Jürgens et al, *supra* note 69; Hughes et Stevens, *supra* note 107; Evan Wood et al, « Vienna Declaration: a call for evidence-based drug policies » (2010) 376:9738 *The Lancet* 310; Louisa Degenhardt et al, « Toward a Global View of Alcohol, Tobacco, Cannabis, and Cocaine Use: Findings from the WHO World Mental Health Surveys » (2008) 5:7 *PLoS Medicine* e141; Eric Single, Paul Christie et Robert Ali, « The Impact of Cannabis Decriminalisation in Australia and the United States » (2000) 21:2 *J Public Health Policy* 157.

permettaient de sauver des vies sans atténuer la réalisation de l'objectif législatif. Et c'est sans compter le fait que l'État porte atteinte à la liberté des consommateurs de drogues en criminalisant ce qui, dans bien des cas, constitue le symptôme d'un trouble requérant des soins. Comme l'affirme un psychologue, « addiction is the only psychological disorder with symptoms that can be punished by law »¹⁵⁹.

Il est utile de préciser que l'abandon du régime criminel en matière de possession simple n'empêcherait pas la lutte **contre** le trafic, l'importation ou la production de drogues ni même contre la possession en vue du trafic ou la conduite avec les facultés affaiblies. Il est légitime et trivialement justifiable que les gouvernements provinciaux et fédéral continuent à lutter de concert féroce contre ces comportements nuisibles dans notre société. Tout comme la Cour suprême l'affirmait pour les travailleuses du sexe, « [l]e législateur a le pouvoir de réprimer la nuisance, mais pas au prix de la santé, de la sécurité et de la vie¹⁶⁰ » des consommateurs de drogues. Tout en luttant contre les personnes qui s'enrichissent illégalement du commerce des drogues et qui introduisent dans nos communautés des substances hautement dangereuses telles que le fentanyl et le carfentanyl, il est non seulement possible de porter assistance aux consommateurs atteints d'une dépendance, mais il est surtout un devoir constitutionnel de ne pas les incarcérer en guise de traitement.

Tel que nous le soutenons, les atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité que nous avons identifiées dans la littérature scientifique ne sont pas minimales. L'analyse constitutionnelle prendrait donc théoriquement fin ici. Attardons-nous tout de même au dernier critère de l'analyse de l'article premier : la proportionnalité des effets.

iii) La proportionnalité des effets

Pour les fins de l'ultime étape, il faut mettre en balance deux éléments. D'un côté, l'incidence de la criminalisation de la possession simple de drogues sur les droits fondamentaux des justiciables et, de l'autre, les effets bénéfiques de la criminalisation « au plan de l'intérêt supérieur du public »¹⁶¹. Il s'agit de voir « si les avantages découlant de la limitation sont proportionnels aux effets préjudiciables »¹⁶².

¹⁵⁹ Allison N Kurti et Jesse Dallery, « Review of Heyman's addiction: A disorder of choice » (2012) 45:1 J Applied Behavioral Analysis 229 à la p 230.

¹⁶⁰ *Bedford*, *supra* note 22 au para 136.

¹⁶¹ *Carter*, *supra* note 17 au para 122.

¹⁶² *Thomson Newspapers Co c Canada (Procureur général)*, [1998] 1 RCS 877 au para 125.

Les effets bénéfiques de la criminalisation de la possession simple de drogues sont plutôt limités. Comme nous l'avons vu à l'étape de l'atteinte minimale, il est difficile de soutenir que ce régime législatif permet de réduire la consommation globale de drogues dans une population donnée. Ce constat pourrait en partie s'expliquer du fait que les consommateurs de drogues dépendants ont une capacité de contrôle réduite sur leur consommation¹⁶³ par rapport aux consommateurs plus occasionnels ou modérés et que cette dépendance atténuée donc considérablement l'efficacité de la dissuasion comme objectif pénologique derrière la norme législative. Il est toutefois possible d'affirmer que l'emprisonnement des consommateurs de drogue permet, dans plusieurs cas, de neutraliser cette consommation pour le temps de l'incarcération¹⁶⁴. Il permet également de dénoncer la consommation de drogues dans notre société comme un tort causé à la collectivité par les coûts qu'elle peut entraîner en soins de santé et en perte de productivité¹⁶⁵.

La criminalisation peut également constituer un facteur favorisant la dispensation de programmes de traitement de la toxicomanie¹⁶⁶. En effet, un juge peut reporter la détermination de la peine afin de permettre à un contrevenant de participer à un tel programme¹⁶⁷. Une ordonnance de probation peut également être assortie de la condition de participer à un traitement si le contrevenant y consent¹⁶⁸, et ce, notamment dans l'objectif de le réhabiliter¹⁶⁹. Néanmoins, les consommateurs les plus gravement affectés par la dépendance seront aussi plus susceptibles d'échouer au programme et, partant, de demeurer dans le cercle de la judiciarisation :

[T]he most dependent users often fail the program and are sent back to the judicial system, while less dependent individuals (who have a better chance of managing their drug use and, consequently, of graduating) are rewarded. [...] This may result in an increase in both the overall costs to the judicial and correctional

¹⁶³ Jeanette Kennett, Nicole A Vincent et Anke Snoek, « Drug Addiction and Criminal Responsibility » dans Jens Clausen et Neil Levy, dir, *Handbook of Neuroethics*, Dordrecht, Springer, 2015, 1065; Edmund Henden, Hans Olav Melberg et Ole Jørgen Røgeberg, « Addiction: Choice or compulsion? » (2013) 4 *Frontiers in Psychiatry* 1.

¹⁶⁴ *Code criminel*, *supra* note 68, art 718c).

¹⁶⁵ *Ibid*, art 718a).

¹⁶⁶ L'article 10(1) de la *Loi*, *supra* note 12, se lit d'ailleurs comme suit : « Sans qu'en soit limitée la portée générale du *Code criminel*, le prononcé des peines prévues à la présente partie a pour objectif essentiel de contribuer au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre tout en favorisant la réinsertion sociale des délinquants et, dans les cas indiqués, leur traitement et en reconnaissant les torts causés aux victimes ou à la collectivité ». (Nous soulignons)

¹⁶⁷ *Code criminel*, *supra* note 68, art 720(2).

¹⁶⁸ *Ibid*, art 732.1(3)(g); *Loi*, *supra* note 12, art 10(4).

¹⁶⁹ *R v Voong*, 2015 BCCA 285 au para 37.

system and the prolongation of the individual's placement within these systems, despite the failure of these systems to effectively address drug dependence.¹⁷⁰

Ces programmes de traitement ont d'ailleurs fait l'objet de critiques pour leur faible taux de graduation¹⁷¹. Le taux de réussite de tels programmes était de 11% à Ottawa et Regina, de 10% à Vancouver entre 2001 et 2005 et de 15% à Toronto de 2007 à 2008¹⁷². Il est toutefois possible de constater que la criminalisation de la possession simple de drogues permet de judiciariser des individus qui seraient susceptibles d'être traités pour leur dépendance par l'entremise du programme qu'un tribunal pourrait leur imposer. En ce sens, la criminalisation remplit un effet bénéfique qui est dans l'intérêt supérieur du public.

Au chapitre des effets préjudiciables de la criminalisation, nous retrouvons bien évidemment l'ensemble des atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité que nous avons exposées plus tôt et sur lesquelles nous ne reviendrons pas ici. Nous désirons plutôt porter une attention particulière à certaines conséquences néfastes de la criminalisation qui dépassent le cadre individuel. En premier lieu, la criminalisation de la possession simple de drogues tend à exacerber la surreprésentation carcérale de plusieurs communautés minoritaires. Une étude concluait par exemple en 2002 que le quart des accusations de possession simple de drogues portées dans la ville de Toronto visait des personnes noires alors que cette communauté ne représentait, à cette époque, que 8% de la population torontoise¹⁷³.

Les données manquent cruellement à ce chapitre, mais il est possible, voire probable, que la criminalisation opère une discrimination en ce qu'elle permet de cibler plus aisément certaines catégories d'individus qui doivent se résoudre à consommer dans des circonstances plus propices à la détection par les forces de l'ordre. Il en est ainsi des personnes vivant dans la rue. Ce sont principalement ces personnes qui précipitent leurs injections d'une manière dangereuse afin d'échapper aux regards de la police. Leurs actions sont étalées sur la place publique et aucun mur ne les

¹⁷⁰ Daniel Werb et al, « Drug treatment courts in Canada: An evidence-based review » (2007) 12:2 HIV/AIDS Policy Law Rev 12 à la p 16.

¹⁷¹ Michael Weinrath et al, « A Quantitative Study of a Drug Treatment Court in a Western Canadian City: Post-sentencing and Reoffence Outcomes » (2019) 61:4 Canadian J Criminology & Criminal Justice 45 à la p 47.

¹⁷² Réseau juridique canadien VIH/sida, *Impaired Judgment: Assessing the Appropriateness of Drug Treatment Courts as a Response to Drug Use in Canada*, Toronto, 2011, en ligne: <www.hivlegalnetwork.ca/site/wp-content/uploads/2013/09/DTCs-Oct11-E.pdf>.

¹⁷³ Todd Gordon, « Neoliberalism, Racism, and the War on Drugs in Canada » (2006) 33:1 Social Justice 59 à la p 69.

sépare d'une intervention policière. Il s'ensuit que la criminalisation de la possession, en étant appliquée de façon prépondérante sur une population pauvre et marginalisée, tend à opérer une discrimination similaire à celle qu'orchestre par ailleurs la pauvreté elle-même. Elle contribue donc à perpétuer des inégalités raciales et socio-économiques susceptibles de porter atteinte au droit à l'égalité garanti par l'article 15(1) de la *Charte*.

En deuxième lieu, la criminalisation de la possession simple de drogues monopolise d'importantes ressources financières en matière de coûts d'incarcération, de frais de justice et de ressources policières: « Serious and plausible arguments maintain that removing a prohibition that is, in any event, widely ignored will free law-enforcement resources to concentrate on real crime without undermining public order »¹⁷⁴. Sachant qu'un détenu en centre de détention provincial coûte environ 213\$ par jour¹⁷⁵ et que la durée médiane d'incarcération pour possession simple de drogues en 2013 était de 14 jours¹⁷⁶, force est de constater que la décriminalisation permettrait d'économiser des milliers de dollars par individu incarcéré pour possession simple de drogues.

Bien sûr, le fait qu'un régime légal entraîne des dépenses gouvernementales ou s'applique de façon inéquitable à l'ensemble de la population ne pourrait être en soi suffisant pour légitimer l'abolition de ce régime. Toutefois, ces éléments se joignent à de nombreuses atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité, ce qui pourrait indiquer cette conclusion, d'autant plus que le régime lui-même ne semble pas réussir de manière substantielle à atteindre ses objectifs législatifs. Le nombre de morts humaines, victimes collatérales de la criminalisation, ne peut que constituer un effet préjudiciable supérieur aux quelques effets bénéfiques strictement pénologiques que nous avons identifiés. La criminalisation de la possession simple de drogues nous apparaît donc constituer un régime violant l'article 7 d'une manière injustifiable au regard de l'article premier de la *Charte* en ce qu'elle ne constitue pas une atteinte minimale ni une atteinte dont les effets bénéfiques surpassent les effets préjudiciables. Il convient alors de se questionner sur la réparation adéquate que ce constat pourrait exiger.

¹⁷⁴ Christopher P Manfredi, « [Liberal morality and the myths of drug criminalization](#) », *Policy Options* (1^{er} octobre 2001), en ligne : <policyoptions.irpp.org/magazines/should-we-legalize-drugs/liberal-morality-and-the-myths-of-drug-criminalization/>.

¹⁷⁵ Alter Justice, « [Le coût de la détention](#) », statistiques, 23 février 2019, en ligne : <www.alterjustice.org/dossiers/statistiques/couts-detention.html>.

¹⁷⁶ Adam Cotter, Jacob Greenland et Maisie Karam, [Les infractions relatives aux drogues au Canada, 2013](#), Statistique Canada, 2015, en ligne : <www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85-002-x/2015001/article/14201-fra.htm>.

iv) Le remède constitutionnel approprié

Lorsqu'une disposition législative viole un droit fondamental garanti par la *Charte* d'une manière qui ne puisse se justifier au regard de l'article premier, l'article 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* trouve application. Il se lit comme suit : « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit »¹⁷⁷. Notre analyse portait ici précisément sur l'article 4 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*. Comme l'arrêt *Schachter* le précise, « [s]i la partie irrégulière d'une loi peut être isolée, il est conforme aux principes juridiques de déclarer inopérante seulement cette partie »¹⁷⁸.

Puisqu'il se dégage de la littérature que nous avons abordée tout au long de cet article qu'il s'agit de la *criminalisation* de la possession simple de drogues qui cause les atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité protégés par l'article 7 de la *Charte*, la réparation adéquate serait alors de décriminaliser le comportement en question. Pour ce faire, il faudrait alors invalider l'article 4(1) de la *Loi* dans la mesure où les sanctions découlant de son application impliquent un aspect criminel tel que l'emprisonnement, toute autre sentence privative de liberté ou l'imposition d'un casier judiciaire. Les articles 4(3), 4(4) et 4(6) de la *Loi* devraient donc être invalidés dans la mesure où ils prévoient une peine d'emprisonnement¹⁷⁹. La possibilité d'imposer des amendes pécuniaires pour possession simple de drogues nous apparaît toutefois pouvoir subsister considérant que la littérature scientifique disponible ne permet pas d'affirmer avec assurance que ces seules sanctions porteraient atteinte aux droits fondamentaux que nous avons abordés en l'espèce.

L'État pourrait ainsi conserver toute sa latitude pour légiférer en la matière et instaurer un régime similaire au Portugal où la possession simple est une infraction administrative susceptible de permettre à une commission ou à un tribunal de proposer des solutions de santé publique aux consommateurs interceptés telles que des programmes de traitement de la toxicomanie, des traitements de substitution à la méthadone et plus encore. L'État pourrait également choisir de dépénaliser complètement la possession simple de drogues afin de permettre une meilleure réponse en matière de santé publique.

¹⁷⁷ *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, art 52(1).

¹⁷⁸ *Schachter c Canada*, [1992] 2 RCS 679 à la p 697 [*Schachter*].

¹⁷⁹ À noter que nous n'analysons pas l'infraction d'obtention de substances prévue à l'article 4(2) de la *Loi* puisque la prescription de drogues par ordonnance médicale constitue un sujet entièrement distinct de celui de la possession simple. Les conclusions auxquelles nous arrivons ne visent donc pas cette disposition.

Il est utile de rappeler les limites derrière l'imposition d'amendes pécuniaires. Comme l'exposait avec sensibilité la Juge Martin dans l'arrêt *Boudreault* :

Les initiatives favorisant la réinsertion sociale doivent être conçues en tenant compte du cas particulier de chaque contrevenant; ainsi, un traitement adapté ou une peine visant la réintégration du contrevenant à la société ainsi que sa réussite future représente le meilleur moyen d'atteindre cet objectif. À mon avis, une sanction pénale insurmontable ne favorise guère la réalisation de celui-ci.¹⁸⁰

Comme nous l'avons vu, les personnes sans-abris sont, du fait qu'elles consomment dans la rue, bien plus à risque d'être détectées par les corps policiers. L'incapacité de payer de ces personnes et leur marginalisation sociale devraient toujours être prises en compte dans la détermination d'une peine juste¹⁸¹. Une approche thérapeutique cadrerait beaucoup mieux dans tous les cas avec la problématique de la toxicomanie. Il faudrait d'ailleurs rester alerte aux conséquences potentiellement négatives de la simple pénalisation de la possession simple des drogues. Entraînerait-elle des effets dangereux sur la sécurité et la vie des consommateurs tel qu'il en est avec la criminalisation? Le retrait de l'aspect criminel du comportement suffirait-il à encourager les consommateurs à utiliser du matériel d'injection stérile, à contacter les services d'urgence en cas de surdoses ou à adopter des pratiques de consommation sécuritaires? Il s'agit d'une question à laquelle il est impossible de répondre en l'absence de données probantes. Qu'il convienne pour le bien du présent article de reconnaître que la criminalisation de la possession simple de toutes les drogues au Canada n'est plus une option viable.

Conclusion

Nous avons vu de quelle manière est interprété en jurisprudence le lien de causalité entre une atteinte et l'action gouvernementale et de quelles façons l'État peut ultimement être responsable des conséquences fatales de ses politiques publiques. Nous avons ensuite exploré les différentes atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui découlent de la criminalisation de la possession simple de drogue. Elles sont multiples : précipitation des injections, difficulté d'approvisionnement en matériel d'injection stérile, réticence à appeler les secours en cas de surdose, précipitation de ces phénomènes de surdose à la libération de prison, augmentation de la propagation de l'hépatite C et du VIH, déformation des modèles de consommation et stigmatisation des consommateurs entraînant une réticence à aller chercher de l'aide. Nous avons vérifié la

¹⁸⁰ *R c Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 RCS 599 au para 82 [*Boudreault*].

¹⁸¹ *Ibid* au para 94.

conformité de ces atteintes au principe de justice fondamentale interdisant la disproportion totale pour arriver à la conclusion que des politiques publiques qui risquent de causer des morts ne sont pas conformes à cette exigence constitutionnelle. Par la suite, nous avons étudié l'objectif gouvernemental derrière la criminalisation et son lien de connexité avec les moyens utilisés. Manifestement, la criminalisation remplit un objectif réel et urgent d'une manière rationnelle. Toutefois, nous avons également constaté que des alternatives permettraient d'atteindre davantage l'objectif législatif de protection de la santé et de la sécurité publiques sans être aussi préjudiciables envers les justiciables canadiens. Les effets préjudiciables de la criminalisation nous apparaissent également disproportionnés par rapport à ses effets bénéfiques. Nous avons en définitive approché la question du remède constitutionnel approprié que nous semblait constituer la décriminalisation législative de la possession simple de drogues au Canada.

Point n'appartient à l'auteur de décider de ce qui respecte la Constitution canadienne ou non. Les conclusions auxquelles nous arrivons en l'espèce n'ont bien sûr aucune force exécutoire ni ne garantissent-elles une interprétation similaire devant les tribunaux judiciaires advenant qu'un tel litige se présente éventuellement. Le fait d'aborder la question de la criminalisation des drogues au Canada sous un angle positiviste en impliquant les droits fondamentaux garantis par la *Charte* se justifie ici en raison de la grille d'analyse intéressante qu'il sous-tend et qui permet de traiter la question à l'aide d'un raisonnement logique pragmatique : de quelle façon la criminalisation peut-elle porter atteinte aux droits fondamentaux des consommateurs? Ce régime législatif permet-il d'atteindre des objectifs de protection de la santé et de la sécurité publiques et existe-t-il des alternatives moins préjudiciables permettant tout autant sinon plus d'atteindre ces objectifs? L'approche constitutionnelle privilégiée fut, en quelque sorte, le guide méthodologique de notre recherche en ce qu'elle dirigeait nos réflexions dans les balises du cadre analytique de l'article premier de la *Charte* tel que développé en jurisprudence et limitait nos conclusions à ce qu'il semblait raisonnable d'affirmer par prépondérance des probabilités à la lumière de faits sociaux qui pourraient être admissibles en preuve en l'espèce.

Si nous affirmons que l'exactitude des conclusions auxquelles nous arrivons ne peut être confirmée de manière absolue, c'est en raison du caractère incertain des faits sociaux qui les sous-tendent. La professeure Danielle Pinard exposait de manière fort intelligible la difficile détermination de la constitutionnalité d'une loi en matière de *Charte* alors qu'une telle détermination ne peut s'appuyer que sur des faits n'étant pas toujours absolument avérés :

Les faits sociaux sont par nature incertains. Les allégations à leur égard ne sont ni vraies ni fausses. Il s'agit d'un monde d'approximations. Y a-t-il un lien entre l'absence de responsabilité criminelle des parents pour la correction physique de leurs enfants et la protection de la famille ? Entre une interdiction de souscrire à des assurances privées et la protection de l'intégrité d'un système public universel de soins de santé ? [...] Entre la criminalisation de la pornographie juvénile et la protection de la sécurité des enfants ? Entre le retrait du droit de vote à certains détenus et l'accroissement du respect de la règle de droit et l'imposition de sanctions appropriées ? [...] Ce sont là autant de questions qui ne peuvent essentiellement recevoir que des réponses nuancées et imprécises. De plus, les sciences sociales, la source d'information privilégiée sur ces phénomènes de société, ne savent généralement pas ce que le droit aurait besoin de savoir d'elles. Les juristes ont parfois une vision naïve des sciences sociales, espèrent y retrouver des réponses précises alors que l'avancée de ces sciences ne fait que révéler l'étendue d'un abîme infini d'ignorance. Les scientifiques ne peuvent nous garantir ni la certitude, ni l'objectivité que l'on attend d'eux.¹⁸²

Nous tenons donc à préciser que l'objectif de cet article n'est pas en soi de convaincre le lecteur de l'inconstitutionnalité de la criminalisation de la possession simple de drogues au Canada. Nous désirions plutôt, à l'aide d'un imposant corpus littéraire scientifique, soulever le débat entourant les politiques publiques les plus opportunes pour encadrer la toxicomanie dans la société canadienne et, plus généralement, la consommation de substances psychoactives. Avec la crise des surdoses d'opioïdes qui afflige notre société, un tel débat est nécessaire, actuel et urgent. Les récents appels à la décriminalisation des drogues en témoignent. Dans une déclaration commune de l'Organisation Mondiale de la Santé et de l'Organisation des Nations Unies, on appelait les États partis à agir en ce sens :

Reviewing and repealing punitive laws that have been proven to have negative health outcomes and that counter established public health evidence [is recommended]. These include laws that criminalize or otherwise prohibit [...] drug use or possession of drugs for personal use [...]¹⁸³.

Il serait souhaitable que la sphère politique agisse sur ce plan en amont des tribunaux et que des solutions soient trouvées rapidement. En août 2020, le Service des poursuites pénales du Canada a d'ailleurs transmis de nouvelles lignes directrices à ses procureurs quant à l'utilisation de

¹⁸² Danielle Pinard, « La Promesse Brisée de Oakes » dans Luc B Tremblay et Grégoire Charles N Webber, dir, *La limitation des droits de la Charte : essais critiques sur l'arrêt R c Oakes*, Montréal, Thémis, 2009, 131 aux pp 135–136.

¹⁸³ Organisation mondiale de la Santé, [Joint United Nations statement on ending discrimination in health care settings](https://www.who.int/news/item/27-06-2017-joint-united-nations-statement-on-ending-discrimination-in-health-care-settings), déclaration, 27 juin 2017, en ligne : <www.who.int/news/item/27-06-2017-joint-united-nations-statement-on-ending-discrimination-in-health-care-settings>.

leur discrétion dans les poursuites qu'ils intentent. Selon celle-ci, « une poursuite pénale pour la possession d'une substance contrôlée au titre de l'art. 4(1) de la LRCDas ne devrait être envisagée que dans les cas les plus graves »¹⁸⁴. Comme nous l'avons également vu en introduction, le Ministre de la Justice du Canada a déposé en février 2021 le projet de loi C-22 qui vise la possession simple de drogues. On désire ajouter à la *Loi* certains principes directeurs reconnaissant par exemple que « l'infliction de sanctions pénales pour la possession de drogues à des fins de consommation personnelle peut accroître la stigmatisation liée à la consommation de drogues et est incompatible avec les données probantes établies en matière de santé publique »¹⁸⁵ ou que « l'utilisation de ressources judiciaires est plus indiquée dans le cas des infractions qui présentent un risque pour la sécurité publique »¹⁸⁶. On désire également baliser le pouvoir discrétionnaire des procureurs en ajoutant qu'« [u]ne poursuite contre l'individu à qui est imputée une infraction prévue au paragraphe 4(1) ne peut être engagée ou continuée que dans les cas où, compte tenu des principes énoncés à l'article 10.1, le poursuivant est d'avis que le recours à l'avertissement ou au renvoi visés à l'article 10.2 ou encore aux *mesures de rechange* au sens de l'article 716 du *Code criminel* ne sont pas opportuns, mais que la poursuite l'est dans les circonstances »¹⁸⁷.

Il s'agit d'un pas dans la bonne direction. Reste maintenant à voir si les partis d'opposition se rallieront à ce projet de loi, perspective qui est envisageable considérant que le Nouveau Parti Démocratique et le Parti Vert sont en faveur de la décriminalisation de la possession simple de drogues et que le chef du Parti conservateur Erin O'Toole s'est dit ouvert au débat¹⁸⁸. Avec les élections fédérales qui s'annoncent cet automne, il est fort possible que ce projet de loi, qui était toujours en deuxième lecture au moment d'écrire ces lignes¹⁸⁹, soit relégué aux oubliettes avec la dissolution de la chambre. Dans tous les cas, avec l'adoption d'une réforme législative ayant le même esprit que le projet de loi C-22, le débat entourant les

¹⁸⁴ Service des poursuites pénales du Canada, [Les poursuites portant sur la possession d'une substance contrôlée aux termes de l'art. 4\(1\) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances](#), Ligne directrice, Ottawa, 17 août 2020, en ligne : <www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/pub/sfpg-fpsd/sfp-fps/tpd/p5/ch13.html>.

¹⁸⁵ Projet de loi C-22, *supra* note 2, art 20.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ Christian Noël, « Ottawa plus clément face à la possession simple de drogue », *Radio-Canada* (18 février 2021), en ligne : <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1771612/loi-delinquants-toxicomanes-non-violents-peines-code-criminel>.

¹⁸⁹ Parlement du Canada, [Projet de loi émanant du gouvernement \(Cdc\). C-22 Loi modifiant le Code criminel et la Loi réglementant certaines drogues et autres substances](#), historique du projet de loi, en ligne : <www.parl.ca/LegisInfo/BillDetails.aspx?Language=F&billId=11104167>.

drogues avancerait d'un grand pas au Canada et la lutte contre la crise des surdoses d'opioïdes s'en verrait améliorée et étoffée. Non seulement pourrait-on désormais véritablement approcher la problématique de la consommation de drogues comme un enjeu de santé publique, mais également comme une question ... de droit à la vie.