

THE COMPETITION TRIBUNAL

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

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

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

B E T W E E N:

COMMISSIONER OF COMPETITION

Applicant

and

GOOGLE CANADA CORPORATION AND GOOGLE LLC

Respondents

**BOOK OF AUTHORITIES OF GOOGLE CANADA CORPORATION
AND GOOGLE LLC
VOLUME 15 OF 20**

PUBLIC

-2-

August 22, 2025

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

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

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

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

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

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

Tel: 416.863.0900
Fax: 416.863.0871

Lawyers for the Respondents, Google
Canada Corporation and Google LLC

PUBLIC

-3-

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

Alexander M. Gay

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

Donald Houston

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

John Syme

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

Derek Leschinsky

Email: derek.leschinsky@cb-bq.ca

Katherine Rydel

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

Sanjay Kumbhare

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

Tel: 613.296.4470

Fax: 819.953.9267

Lawyers for the Applicant, the Commissioner of Competition

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

Email: Tribunal@ct-tc.gc.ca

PUBLIC

INDEX

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

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

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

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

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

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

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

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

Michael Esty Ferguson *Appellant***v.****Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*INDEXED AS: **R. v. FERGUSON**Neutral citation: **2008 SCC 6.**

File No.: 31692.

2007: November 13; **2008: February 29.**Present: **McLachlin C.J.** and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Detainee being held in cell at RCMP detachment shot by police officer during altercation — Police officer convicted of manslaughter committed with use of firearm — Criminal Code providing for mandatory minimum four-year sentence — Whether minimum sentence constitutes cruel and unusual punishment in circumstances of this case — If so, whether trial judge entitled to grant constitutional exemption from four-year minimum and impose lesser sentence — Constitution Act, 1982, s. 52 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 12, 24(1) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 236(a).

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Constitutional exemption — Availability — Whether constitutional exemption under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms available to accused as remedy in particular case where minimum sentence of imprisonment found to be cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of Charter — Whether appropriate remedy is declaration pursuant to s. 52 of Constitution

Please see in particular paras. 49-51, 72 and 73*c.***Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*RÉPERTORIÉ : **R. c. FERGUSON**Référence neutre : **2008 CSC 6.**

N° du greffe : 31692.

2007 : 13 novembre; 2008 : 29 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Détenu incarcéré dans une cellule du détachement de la GRC abattu par un policier au cours d'une altercation — Policier déclaré coupable d'homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu — Peine minimale obligatoire de quatre ans prescrite par le Code criminel — La peine minimale constitue-t-elle une peine cruelle et inusitée dans les circonstances de l'affaire? — Dans l'affirmative, le juge du procès peut-il accorder une exemption constitutionnelle écartant l'emprisonnement minimal de quatre ans et infliger une peine moins sévère? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12, 24(1) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 236a).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Exemption constitutionnelle — Possibilité d'obtenir une exemption — Un accusé peut-il obtenir une exemption constitutionnelle en vertu de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés à titre de réparation dans une situation particulière où la peine d'emprisonnement minimale est jugée constituer une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la Charte?

Act, 1982 that law imposing such punishment is inconsistent with Charter.

During an altercation with a detainee held in a cell at an RCMP detachment, the accused, an RCMP officer, shot and killed the detainee. The accused was charged with second-degree murder but was convicted by a jury of the lesser offence of manslaughter. Notwithstanding the mandatory minimum sentence of four years imposed by s. 236(a) of the *Criminal Code* for manslaughter with a firearm, the trial judge imposed a conditional sentence of two years less a day. He granted the accused a constitutional exemption from the four-year sentence because, on the circumstances of this case, he found that the minimum mandatory sentence constituted cruel and unusual punishment in violation of s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The majority of the Court of Appeal overturned that sentence and held that the mandatory minimum must be imposed.

Held: The appeal should be dismissed.

There is no basis for concluding that the four-year minimum sentence prescribed by Parliament amounts to cruel and unusual punishment on the facts of this case. In the absence of any s. 12 violation, the trial judge's proper course in the circumstances was to apply the four-year minimum sentence. [29] [31]

The appropriateness of the minimum sentence of four years that Parliament has prescribed for the offence of manslaughter committed with the use of a firearm depends on what the jury concluded about the accused's conduct. The trial judge in this case was required to find facts consistent with the jury's manslaughter verdict, to the extent that this was necessary to enable him to sentence the accused. The sentencing inquiry was shaped by a four-year mandatory minimum sentence prescribed by s. 236(a) of the *Criminal Code* and the only issues were whether the sentence should be more than four years, or whether the facts of the case were such that a four-year sentence would be grossly disproportionate. The trial judge correctly concluded that on the basis of the jury's verdict, he must find facts consistent with the jury's rejection of both self-defence and intent for murder. On the basis of the jury's rejection of intent for murder, the trial judge then properly concluded that the jury had found that when he fired the second shot, the accused neither intended to cause death nor bodily harm that he knew was likely to cause death. The trial judge, however, erred when he went on

— *La réparation appropriée consiste-t-elle à déclarer en vertu de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 que la disposition législative prescrivant cette peine est incompatible avec la Charte?*

Au cours d'une altercation avec un détenu incarcéré dans une cellule d'un détachement de la GRC, l'accusé, un agent de la GRC, a tué le détenu avec son arme à feu. Il a été accusé de meurtre au deuxième degré, mais un jury l'a reconnu coupable de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable. Le juge lui a infligé une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour, malgré l'al. 236a) du *Code criminel* qui prévoit une peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement en cas d'homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu. Il a accordé à l'accusé une exemption constitutionnelle écartant la peine minimale obligatoire de quatre ans parce qu'il estimait que, dans les circonstances, la peine minimale obligatoire constituait une peine cruelle et inusitée contraire à l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel, à la majorité, a annulé la sentence et jugé que la peine minimale devait être infligée.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Rien ne permet de conclure que la peine minimale de quatre ans prescrite par le législateur constitue une peine cruelle et inusitée compte tenu des faits de l'espèce. En l'absence d'une violation de l'art. 12 de la *Charte*, le juge du procès devait, dans les circonstances, appliquer la peine minimale de quatre ans. [29] [31]

La justesse de la peine minimale de quatre ans que le législateur a prescrite pour un homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu dépend des conclusions du jury quant à la conduite de l'accusé. Le juge du procès devait faire les constatations de fait compatibles avec le verdict d'homicide involontaire coupable rendu par le jury, dans la mesure où elles étaient nécessaires pour lui permettre de déterminer quelle peine infliger à l'accusé. L'analyse requise pour la détermination de la peine était fonction de la peine minimale obligatoire de quatre ans prescrite par l'al. 236a) du *Code criminel* et les seules questions pertinentes étaient celles de savoir si la peine devait être supérieure à quatre ans et si les faits de l'affaire étaient tels qu'une peine de quatre ans était exagérément disproportionnée. Le juge du procès a conclu à bon droit que le verdict rendu par le jury l'obligeait à faire les constatations de fait compatibles avec le rejet par celui-ci de la légitime défense et de l'existence de l'intention requise pour commettre un meurtre. Les jurés ayant écarté l'existence de l'intention requise pour commettre un meurtre, le juge du procès a eu raison de conclure qu'ils avaient estimé

to make detailed findings of fact on the accused's conduct and went beyond what was required to deal with the sentencing issues before him. It was not open to him to attempt to reconstruct the logical process of the jury and, more critically, to develop a theory to support the jury's verdict which was not only speculative, but contrary to the evidence. When the erroneous findings of the trial judge are set aside, no basis remains for concluding that the four-year mandatory minimum sentence prescribed by Parliament constitutes cruel and unusual punishment on the facts of this case. [15] [19-21] [24] [28]

In any event, a constitutional exemption is not an appropriate remedy for a s. 12 violation. If the law imposing a minimum sentence is found to be unconstitutional on the facts of a particular case, it should be declared inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. The arguments for a constitutional exemption under s. 24(1) of the *Charter* are outweighed and undermined by counter-considerations. First, while the availability of constitutional exemptions for mandatory minimum sentencing laws has not been conclusively decided, the weight of authority thus far is against them and sounds a cautionary note. Second, since Parliament's intention in passing mandatory minimum sentence laws is to remove judicial discretion to impose a sentence below the stipulated minimum, to allow courts to grant constitutional exemptions for mandatory minimum sentences would directly contradict Parliament's intent and represent an inappropriate intrusion into the legislative sphere. Third, it is apparent that s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* and s. 24(1) of the *Charter* serve different remedial purposes. Section 52(1) provides a remedy for laws that violate *Charter* rights either in purpose or in effect; s. 24(1), by contrast, provides a remedy for government acts that violate *Charter* rights. Fourth, constitutional exemptions for mandatory minimum sentence laws buy flexibility at the cost of undermining the rule of law and the values that underpin it: certainty, accessibility, intelligibility, clarity and predictability. Allowing unconstitutional laws to remain on the books deprives Parliament of certainty as to the constitutionality of the law in question and thus of the opportunity to remedy it. In granting constitutional exemptions, courts would be altering the state of the law on constitutional grounds without giving clear guidance to Parliament as to what the Constitution requires

que l'accusé n'avait pas l'intention de causer la mort ni d'infliger des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer la mort lorsqu'il a tiré le second coup de feu. Le juge du procès a cependant commis une erreur en faisant d'autres constatations de fait détaillées au sujet de la conduite de l'accusé et est allé au-delà de ce qui était nécessaire pour trancher les questions pertinentes pour la détermination de la peine. Il ne pouvait ni tenter de reconstituer le raisonnement du jury ni, ce qui est plus grave, élaborer, au soutien du verdict du jury, une théorie qui non seulement reposait sur des hypothèses, mais allait à l'encontre de la preuve. Si l'on écarte les conclusions de fait erronées tirées par le juge du procès, plus rien ne permet de conclure que la peine minimale obligatoire de quatre ans prescrite par le législateur constitue une peine cruelle et inusitée compte tenu des faits de l'espèce. [15] [19-21] [24] [28]

Quoi qu'il en soit, l'exemption constitutionnelle n'est pas une réparation convenable en cas de violation de l'art. 12. Si une peine minimale est jugée inconstitutionnelle au regard des faits dans une cause particulière, elle doit être déclarée incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les arguments en faveur de l'octroi d'une exemption constitutionnelle en vertu du par. 24(1) de la *Charte* sont affaiblis et supplantés par des considérations contraires. Premièrement, même si la question de la possibilité de recourir à des exemptions constitutionnelles pour écarter l'application de dispositions prescrivant une peine minimale obligatoire n'a pas encore été résolue de façon définitive, la jurisprudence prépondérante ne tend pas, pour l'heure, à l'octroi de telles exemptions et incite à la prudence. Deuxièmement, puisque le législateur, en adoptant une disposition législative qui prescrit une peine minimale obligatoire, veut précisément retirer aux juges le pouvoir discrétionnaire d'infliger une peine inférieure à la peine minimale prescrite, permettre aux tribunaux d'accorder de telles exemptions constitutionnelles contrecarre directement l'intention du législateur et représente un empiètement injustifié sur le domaine législatif. Troisièmement, il est évident que les par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et 24(1) de la *Charte* visent des objets réparateurs différents. Le paragraphe 52(1) offre une réparation lorsque des dispositions législatives violent des droits garantis par la *Charte*, par leur objet ou par leur effet, tandis que le par. 24(1) offre un recours pour les actes gouvernementaux qui violent des droits garantis par la *Charte*. Quatrièmement, les exemptions constitutionnelles à l'égard des dispositions qui prescrivent une peine minimale obligatoire offrent la souplesse aux dépens de la primauté du droit et des valeurs qui la sous-tendent : la certitude, l'accessibilité, l'intelligibilité, la clarté et

in the circumstances. [13] [40] [48] [52-56] [61] [67-69] [73-74]

Cases Cited

Referred to: *R. v. Morrisey*, [2000] 2 S.C.R. 90, 2000 SCC 39; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Birchall* (2001), 158 C.C.C. (3d) 340, 2001 BCCA 356; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Wiles*, [2005] 3 S.C.R. 895, 2005 SCC 84; *R. v. Brown*, [1991] 2 S.C.R. 518; *R. v. Braun* (1995), 95 C.C.C. (3d) 443; *R. v. Fiqia* (1994), 162 A.R. 117; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Lawrence* (1987), 58 C.R. (3d) 71; *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *R. v. Kelly* (1990), 59 C.C.C. (3d) 497; *R. v. Madeley* (2002), 160 O.A.C. 346; *R. v. Desjardins* (1996), 182 N.B.R. (2d) 321; *R. v. McGillivray* (1991), 62 C.C.C. (3d) 407; *R. v. Netser* (1992), 70 C.C.C. (3d) 477; *R. v. Chief* (1989), 51 C.C.C. (3d) 265; *R. v. Kumar* (1993), 85 C.C.C. (3d) 417; *R. v. Lapierre* (1998), 123 C.C.C. (3d) 332; *R. v. Chabot* (1992), 77 C.C.C. (3d) 371; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81; *R. v. Demers*, [2004] 2 S.C.R. 489, 2004 SCC 46; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12, 24.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 34(2), 220(a), 236(a), 718 to 718.2, 724(2), (3)(d), (e).

Authors Cited

Bingham, Lord. "The Rule of Law" (2007), 66 *Cambridge L.J.* 67.

la prévisibilité. Permettre que des dispositions législatives inconstitutionnelles demeurent dans le corpus législatif empêche le législateur de savoir avec certitude si la disposition législative en cause est constitutionnelle et, partant, le prive de la possibilité de la corriger. En accordant des exemptions constitutionnelles, les cours de justice modifieraient l'état du droit pour des motifs constitutionnels sans indiquer clairement au législateur ce que la Constitution exige dans les circonstances. [13] [40] [48] [52-56] [61] [67-69] [73-74]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Morrisey*, [2000] 2 R.C.S. 90, 2000 CSC 39; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Birchall* (2001), 158 C.C.C. (3d) 340, 2001 BCCA 356; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Wiles*, [2005] 3 R.C.S. 895, 2005 CSC 84; *R. c. Brown*, [1991] 2 R.C.S. 518; *R. c. Braun* (1995), 95 C.C.C. (3d) 443; *R. c. Fiqia* (1994), 162 A.R. 117; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Lawrence* (1987), 58 C.R. (3d) 71; *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *R. c. Kelly* (1990), 59 C.C.C. (3d) 497; *R. c. Madeley* (2002), 160 O.A.C. 346; *R. c. Desjardins* (1996), 182 R.N.-B. (2^e) 321; *R. c. McGillivray* (1991), 62 C.C.C. (3d) 407; *R. c. Netser* (1992), 70 C.C.C. (3d) 477; *R. c. Chief* (1989), 51 C.C.C. (3d) 265; *R. c. Kumar* (1993), 85 C.C.C. (3d) 417; *R. c. Lapierre*, [1998] R.J.Q. 677; *R. c. Chabot*, [1992] R.J.Q. 2102; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81; *R. c. Demers*, [2004] 2 R.C.S. 489, 2004 CSC 46; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12, 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 34(2), 220(a), 236(a), 718 à 718.2, 724(2), (3)(d), (e).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Doctrine citée

Bingham, Lord. « The Rule of Law » (2007), 66 *Cambridge L.J.* 67.

Fuller, Lon L. *The Morality of Law*, 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1969.

Rosenberg, Morris, and Stéphane Perrault. “Ifs and Buts in Charter Adjudication: The Unruly Emergence of Constitutional Exemptions in Canada” (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 375.

Sankoff, Peter. “Constitutional Exemptions: Myth or Reality?” (1999-2000), 11 *N.J.C.L.* 411.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Fruman, Paperny and O’Brien J.J.A.) (2006), 65 Alta. L.R. (4th) 44, 397 A.R. 1, 384 W.A.C. 1, 212 C.C.C. (3d) 161, 41 C.R. (6th) 97, 145 C.R.R. (2d) 309, [2006] 12 W.W.R. 1, [2006] A.J. No. 1150 (QL), 2006 CarswellAlta 1216, 2006 ABCA 261, varying the sentence imposed by Hawco J. (2004), 39 Alta. L.R. (4th) 166, 372 A.R. 309, [2005] 4 W.W.R. 737, [2004] A.J. No. 1535 (QL), 2004 CarswellAlta 1780, 2004 ABQB 928. Appeal dismissed.

Noel C. O’Brien, Q.C., for the appellant.

Richard A. Saull and Michael Conner, for the respondent.

Robert J. Frater and Nancy Dennison, for the intervener the Attorney General of Canada.

David Finley and Kimberley Crosbie, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jean-Vincent Lacroix and Gilles Laporte, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Andrew K. Lokan and Caroline V. Jones, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] This appeal raises two questions. First, does imposition of the four-year mandatory minimum sentence for manslaughter with a firearm constitute cruel and unusual punishment contrary to s. 12

Fuller, Lon L. *The Morality of Law*, 2nd ed. New Haven : Yale University Press, 1969.

Rosenberg, Morris, and Stéphane Perrault. « Ifs and Buts in Charter Adjudication : The Unruly Emergence of Constitutional Exemptions in Canada » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 375.

Sankoff, Peter. « Constitutional Exemptions : Myth or Reality? » (1999-2000), 11 *R.N.D.C.* 411.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Fruman, Paperny et O’Brien) (2006), 65 Alta. L.R. (4th) 44, 397 A.R. 1, 384 W.A.C. 1, 212 C.C.C. (3d) 161, 41 C.R. (6th) 97, 145 C.R.R. (2d) 309, [2006] 12 W.W.R. 1, [2006] A.J. No. 1150 (QL), 2006 CarswellAlta 1216, 2006 ABCA 261, modifiant la peine infligée par le juge Hawco (2004), 39 Alta. L.R. (4th) 166, 372 A.R. 309, [2005] 4 W.W.R. 737, [2004] A.J. No. 1535 (QL), 2004 CarswellAlta 1780, 2004 ABQB 928. Pourvoi rejeté.

Noel C. O’Brien, c.r., pour l’appelant.

Richard A. Saull et Michael Conner, pour l’intimée.

Robert J. Frater et Nancy Dennison, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

David Finley et Kimberley Crosbie, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Jean-Vincent Lacroix et Gilles Laporte, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

Andrew K. Lokan et Caroline V. Jones, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] Le pourvoi soulève deux questions. Premièrement, infliger la peine minimale obligatoire de quatre ans d’emprisonnement prévue pour un homicide involontaire coupable avec usage

of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in the circumstances of this case? Second, can an offender who demonstrates that a mandatory minimum sentence would constitute cruel and unusual punishment in his case obtain a stand-alone constitutional exemption from the application of that minimum sentence?

[2] I conclude that the answer to both questions is no. On the facts of this case, the minimum sentence imposed by s. 236(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, is not grossly disproportionate and so does not constitute cruel and unusual punishment in violation of s. 12 of the *Charter*. In any event, a constitutional exemption is not an appropriate remedy for a s. 12 violation. If a minimum sentence is found to be unconstitutional on the facts of a particular case, the law imposing the sentence is inconsistent with the *Charter* and therefore falls under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

II. Facts and Procedural History

[3] This case arises out of the fatal shooting of Darren Varley by an RCMP officer, in the small town of Pincher Creek in southwestern Alberta, while he was being held in a cell at the RCMP detachment. The RCMP officer who shot Mr. Varley, Michael Esty Ferguson, was charged with second-degree murder but convicted by a jury of the lesser offence of manslaughter. The judge imposed a conditional sentence of two years less a day, notwithstanding the mandatory minimum sentence of four years imposed by s. 236(a) of the *Criminal Code* for manslaughter with a firearm ((2004), 39 Alta. L.R. (4th) 166, 2004 ABQB 928). The majority of the Alberta Court of Appeal overturned that sentence, and held that the mandatory minimum must be imposed ((2006), 65 Alta. L.R. (4th) 44, 2006 ABCA 261). Constable Ferguson appeals to this Court, contending that a four-year sentence in the circumstances would constitute cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the *Charter*, and that the trial judge was right to grant him a

d'une arme à feu équivaut-il, dans les circonstances de l'espèce, à infliger une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Deuxièmement, le contrevenant qui démontre qu'une peine minimale obligatoire constituerait une peine cruelle et inusitée dans son cas peut-il obtenir une exemption constitutionnelle autonome écartant l'application de cette peine minimale?

[2] Je conclus que ces deux questions doivent recevoir une réponse négative. Eu égard aux faits de l'affaire, la peine minimale prévue à l'al. 236a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, n'est pas exagérément disproportionnée et ne constitue pas une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la *Charte*. Quoi qu'il en soit, l'exemption constitutionnelle n'est pas une réparation convenable en cas de violation de l'art. 12. En effet, si une peine minimale est jugée inconstitutionnelle au regard des faits en cause, la disposition qui prescrit cette peine est incompatible avec la *Charte* et tombe, par conséquent, sous le coup de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

II. Faits et historique des procédures judiciaires

[3] L'affaire découle de la mort de Darren Varley, qui a été abattu par un agent de la Gendarmerie royale du Canada, pendant qu'il était détenu dans une cellule au détachement de la GRC à Pincher Creek, une petite ville du sud-ouest de l'Alberta. Michael Esty Ferguson, l'agent qui a abattu M. Varley, a été accusé de meurtre au deuxième degré, mais un jury l'a reconnu coupable de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable. Le juge lui a infligé une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour, malgré l'al. 236a) du *Code criminel* qui prévoit une peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement en cas d'homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu ((2004), 39 Alta. L.R. (4th) 166, 2004 ABQB 928). La Cour d'appel de l'Alberta, à la majorité, a annulé cette sentence et a statué que la peine minimale devait être infligée ((2006), 65 Alta. L.R. (4th) 44, 2006 ABCA 261). Le gendarme Ferguson se pourvoit devant notre Cour, faisant valoir que, dans les circonstances, une

constitutional exemption from the four-year minimum sentence imposed by Parliament.

[4] The events leading to the shooting of Mr. Varley may be briefly summarized. On the evening of October 2, 1999, Darren Varley went to Leo's bar in Pincher Creek to socialize with friends. He met up with his fiancée, Chandel Bachand, and his sister, Alaine Varley. At some point, unnoticed by Mr. Varley, Ms. Bachand left the bar. Later in the evening, Mr. Varley and his friend Rod Tuckey became involved in a fight with a number of persons in the bar's parking lot, because he believed Ms. Bachand had gotten into a van with strangers. Mr. Tuckey required medical attention and was taken to hospital by Pat Bitango and Sarah Weatherill. Mr. Varley stayed behind to search for Ms. Bachand, with the help of his sister.

[5] Around 3:30 in the morning of October 3, Darren Varley and Alaine Varley arrived at Pincher Creek Hospital to visit Mr. Tuckey. Mr. Varley remained concerned about the whereabouts of his fiancée. The security officer on duty, Earl Langille, called the RCMP and Mr. Varley spoke to the RCMP Telecoms Operator. As a result of this call, Constable Ferguson was dispatched to the hospital, where he met Darren Varley, Alaine Varley, Sarah Weatherill, Pat Bitango, and Earl Langille in the lobby. Mr. Varley, who was intoxicated, insistently demanded that Constable Ferguson take action to find his fiancée. Constable Ferguson grabbed Mr. Varley and, according to the testimony of witnesses, punched him in the jaw and forced him to the ground. Constable Ferguson handcuffed Mr. Varley and took him to the police cruiser. Alaine Varley repeatedly asked Constable Ferguson to release Mr. Varley into her custody, but he refused.

[6] After placing Mr. Varley in the police cruiser, Constable Ferguson returned to the hospital. Left

peine de quatre ans d'emprisonnement constituerait une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la *Charte*, et que c'est à juste titre que le juge du procès lui a accordé une exemption constitutionnelle écartant l'application de la peine minimale de quatre ans prescrite par le législateur.

[4] Les événements ayant mené à la mort par balle de M. Varley peuvent être résumés brièvement. Pendant la soirée du 2 octobre 1999, Darren Varley s'est rendu au bar Leo's à Pincher Creek pour y rencontrer des amis. Il y a retrouvé sa fiancée, Chandel Bachand, et sa sœur, Alaine Varley. À un certain moment, à l'insu de M. Varley, M^{me} Bachand a quitté le bar. Plus tard au cours de la soirée, M. Varley et son ami Rod Tuckey se sont battus avec plusieurs personnes dans le stationnement du bar, parce qu'il croyait que M^{me} Bachand était montée à bord d'une fourgonnette avec des inconnus. Son état requérant des soins médicaux, M. Tuckey a été emmené à l'hôpital par Pat Bitango et Sarah Weatherill. Monsieur Varley est resté sur place pour tenter de retrouver M^{me} Bachand avec l'aide de sa sœur.

[5] Aux environs de 3 h 30 le 3 octobre, Darren et Alaine Varley sont arrivés à l'hôpital de Pincher Creek pour rendre visite à M. Tuckey. Monsieur Varley était encore inquiet, parce qu'il ne savait pas où se trouvait sa fiancée. Earl Langille, l'agent de sécurité de service à ce moment-là, a téléphoné à la GRC dont l'opérateur en télécommunication s'est entretenu avec M. Varley. Par suite de cet appel, le gendarme Ferguson a été envoyé à l'hôpital où il a rencontré Darren Varley, Alaine Varley, Sarah Weatherill, Pat Bitango et Earl Langille dans le hall. Monsieur Varley, qui était ivre, a demandé avec insistance au gendarme Ferguson de prendre des mesures pour trouver sa fiancée. Le gendarme Ferguson a empoigné M. Varley et, selon des témoins, lui a donné un coup de poing à la mâchoire et l'a plaqué au sol. Il lui a passé les menottes et l'a emmené à la voiture de patrouille. Alaine Varley a demandé plusieurs fois en vain au gendarme Ferguson de lui confier M. Varley.

[6] Après avoir fait monter M. Varley à bord de la voiture de patrouille, le gendarme Ferguson est

alone, Mr. Varley kicked in the window of the police cruiser. On returning, Constable Ferguson drove Mr. Varley to the detachment. Constable Ferguson booked Mr. Varley and the two entered the cell area with the assistance of the booking officer. After opening Mr. Varley's cell, the booking officer walked back to his desk, a few feet away, and Constable Ferguson entered the cell with Mr. Varley. Within a few seconds, Mr. Varley was shot twice: first, non-fatally, in the stomach, and then, fatally, in the head. Up to three seconds elapsed between the first and second shot. Constable Ferguson emerged from the cell and telephoned an off-duty colleague. Mr. Varley died from the second shot after having been transported to Calgary Foothills Hospital by air ambulance. Constable Ferguson testified that Mr. Varley attacked him when he entered the cell, pulling his bulletproof vest over his head and face and grabbing his firearm from its holster. At trial, he testified that he and Mr. Varley were still struggling for the gun when the shots went off. However, in an earlier statement, supported by expert evidence and accepted by the trial judge for sentencing purposes, Constable Ferguson said that he had regained control of the gun when the shots were fired.

III. Issues

- [7] 1. Does imposition of the four-year minimum sentence imposed by s. 236(a) of the *Criminal Code* constitute cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the *Charter* in the circumstances of this case?
2. If so, was the trial judge entitled to grant a constitutional exemption from the four-year minimum and to impose a lesser sentence?

retourné à l'hôpital. Laissé seul, M. Varley a donné des coups de pied dans la vitre de la voiture de patrouille. À son retour, le gendarme Ferguson a emmené M. Varley au détachement, a procédé à sa mise en détention, puis est entré avec lui dans la section des cellules en compagnie de l'agent responsable des mises en détention. Après avoir ouvert la porte de la cellule de M. Varley, l'agent est retourné à son bureau, situé quelques pieds plus loin. Le gendarme Ferguson est alors entré dans la cellule avec M. Varley. En quelques secondes, M. Varley a été atteint de deux balles : la première lui a causé une blessure non mortelle à l'estomac, la seconde l'a blessé mortellement à la tête. Jusqu'à trois secondes se sont écoulées entre le premier et le deuxième coup de feu. Le gendarme Ferguson est sorti de la cellule et a téléphoné à un collègue qui n'était pas en service. Monsieur Varley est mort des suites de sa deuxième blessure après avoir été transporté au Foothills Hospital de Calgary par ambulance aérienne. Selon le gendarme Ferguson, au moment où il est entré dans la cellule, M. Varley l'a attaqué, lui a remonté son gilet pare-balles sur la tête et le visage et a saisi son arme qui était dans son étui. Au procès, il a déclaré qu'il luttait encore avec M. Varley pour récupérer l'arme lorsque les coups sont partis. Cependant, dans une déclaration antérieure, étayée par la preuve d'expert et acceptée par le juge du procès aux fins de détermination de la peine, le gendarme Ferguson a dit qu'il avait repris la maîtrise de l'arme lorsque les coups de feu ont été tirés.

III. Questions en litige

- [7] 1. Dans les circonstances de l'espèce, infliger la peine minimale de quatre ans d'emprisonnement prévue à l'al. 236a) du *Code criminel* équivaut-il à infliger une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la *Charte*?
2. Dans l'affirmative, le juge du procès pouvait-il accorder une exemption constitutionnelle écartant l'application de la peine minimale de quatre ans et infliger une peine moins lourde?

IV. Analysis

1. *Does imposition of the four-year minimum sentence imposed by s. 236(a) of the Criminal Code constitute cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the Charter in the circumstances of this case?*

[8] Section 236(a) imposes a four-year minimum sentence for manslaughter with a firearm:

236. Every person who commits manslaughter is guilty of an indictable offence and liable

(a) where a firearm is used in the commission of the offence, to imprisonment for life and to a minimum punishment of imprisonment for a term of four years;

[9] Constable Ferguson argues that imposing the minimum sentence in his case violates s. 12 of the *Charter*, which provides a guarantee against cruel and unusual punishment:

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

[10] This Court has held that the four-year mandatory minimum sentence for criminal negligence causing death with a firearm (s. 220(a) of the *Criminal Code*) is not unconstitutional: *R. v. Morrisey*, [2000] 2 S.C.R. 90, 2000 SCC 39. In so holding, the Court applied the reasonable hypotheticals analysis of cases that might be expected to arise, developed in *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485. Here we are concerned with the mandatory minimum sentence imposed by s. 236(a) for a different offence, manslaughter committed with the use of a firearm.

[11] As Arbour J. indicated in her concurring opinion in *Morrisey* (para. 61), there is considerable overlap between unlawful act manslaughter, which is the offence we are dealing with in this case, and criminal negligence causing death, which was the offence before the Court in *Morrisey*. The British Columbia Court of Appeal has taken this

IV. Analyse

1. *Dans les circonstances de l'espèce, infliger la peine minimale de quatre ans d'emprisonnement prévue à l'al. 236a) du Code criminel équivaut-il à infliger une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la Charte?*

[8] L'alinéa 236a) prévoit une peine minimale de quatre ans d'emprisonnement pour un homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu :

236. Quiconque commet un homicide involontaire coupable est coupable d'un acte criminel passible :

a) s'il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction, de l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant de quatre ans;

[9] Le gendarme Ferguson soutient que le fait de lui infliger cette peine minimale, dans son cas particulier, contrevient à l'art. 12 de la *Charte*, qui le protège contre les peines cruelles et inusitées :

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

[10] Notre Cour a jugé que la peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement pour négligence criminelle causant la mort par suite de l'usage d'une arme à feu (al. 220a) du *Code criminel*) n'est pas inconstitutionnelle : *R. c. Morrisey*, [2000] 2 R.C.S. 90, 2000 CSC 39. Dans cet arrêt, la Cour a appliqué l'analyse des situations hypothétiques raisonnables susceptibles de se présenter, élaborée dans *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485. En l'espèce, il est question de la peine minimale obligatoire prescrite par l'al. 236a) pour une infraction différente, soit l'homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu.

[11] Comme l'a mentionné la juge Arbour dans son opinion concordante dans *Morrisey* (par. 61), il y a beaucoup de recoupements entre l'homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal, l'infraction qui nous intéresse, et la négligence criminelle causant la mort, celle dont il était question dans *Morrisey*. La Cour d'appel de la

fact into account in upholding the constitutionality of s. 236(a): *R. v. Birchall* (2001), 158 C.C.C. (3d) 340, 2001 BCCA 356. Constable Ferguson's argument at sentencing and in the Court of Appeal appears to have implicitly accepted that, as a matter of precedent, s. 236(a) does not violate s. 12 of the *Charter*.

[12] Constable Ferguson relies instead on Arbour J.'s concurring remarks in *Morrissey* to the effect that, given the wide range of circumstances under which the offences of unlawful act manslaughter and criminal negligence causing death can be committed, it is not possible to conclude on the basis of a reasonable hypotheticals analysis that the mandatory minimum sentence will be constitutional in every possible application. He argues that *Morrissey* should be read as having held that s. 220(a) and s. 236(a) are constitutional only in most of their applications, and that a constitutional exemption should be granted in those rare cases where applying the sentence would lead to an unconstitutional result.

[13] I have concluded that a constitutional exemption is not an appropriate remedy for a mandatory minimum sentence that results in a sentence that violates s. 12. This does not imply, however, that no remedy is available in the case of a mandatory minimum sentence that brings about an unconstitutional result — for instance, in circumstances not previously considered as part of a reasonable hypotheticals analysis. If a mandatory minimum sentence would create an unconstitutional result in a particular case, the minimum sentence must be struck down. It is therefore necessary to consider whether imposition of the mandatory minimum sentence provided for in s. 236(a) would result in cruel and unusual punishment on the facts of Constable Ferguson's case.

[14] The test for whether a particular sentence constitutes cruel and unusual punishment is

Colombie-Britannique a tenu compte de ce facteur lorsqu'elle a confirmé la constitutionnalité de l'al. 236a) : *R. c. Birchall* (2001), 158 C.C.C. (3d) 340, 2001 BCCA 356. Dans son argumentation, tant à l'audience de détermination de la peine que devant la Cour d'appel, le gendarme Ferguson semble avoir implicitement tenu pour acquis que, selon la jurisprudence, l'al. 236a) ne contrevient pas à l'art. 12 de la *Charte*.

[12] Le gendarme Ferguson fonde plutôt son argumentation sur les remarques concordantes formulées par la juge Arbour dans *Morrissey* selon lesquelles, compte tenu du vaste éventail de circonstances dans lesquelles les infractions d'homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal et de négligence criminelle causant la mort peuvent être commises, il est impossible d'affirmer, à partir d'une analyse des situations hypothétiques raisonnables, que la peine minimale obligatoire sera constitutionnelle dans toutes les situations possibles. Le gendarme Ferguson plaide qu'il faut comprendre de l'arrêt *Morrissey* que les al. 220a) et 236a) ne sont constitutionnels que dans la plupart des cas où ils sont appliqués, et qu'une exemption constitutionnelle devrait être accordée dans les rares occasions où l'infliction de la peine entraînerait un résultat inconstitutionnel.

[13] J'ai conclu qu'une exemption constitutionnelle n'est pas une réparation convenable à l'égard d'une peine minimale obligatoire entraînant une peine contraire à l'art. 12. Cela ne signifie pas qu'il n'existe aucune réparation lorsqu'une peine minimale obligatoire aboutit à un résultat inconstitutionnel — par exemple, dans des circonstances qui n'auraient pas déjà été envisagées dans une analyse des situations hypothétiques raisonnables. Si une telle peine entraînait un résultat inconstitutionnel dans un cas particulier, il faudrait invalider la peine minimale. Par conséquent, il est nécessaire de se demander si infliger la peine minimale obligatoire prescrite à l'al. 236a) équivaldrait à infliger une peine cruelle et inusitée dans le cas du gendarme Ferguson.

[14] Pour décider si une peine donnée est cruelle et inusitée, il faut se demander si elle est

whether the sentence is grossly disproportionate: *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045. As this Court has repeatedly held, to be considered grossly disproportionate, the sentence must be more than merely excessive. The sentence must be “so excessive as to outrage standards of decency” and disproportionate to the extent that Canadians “would find the punishment abhorrent or intolerable”: *R. v. Wiles*, [2005] 3 S.C.R. 895, 2005 SCC 84, at para. 4, citing *Smith*, at p. 1072, and *Morrissey*, at para. 26. The question thus becomes: is a four-year sentence of imprisonment grossly disproportionate to the offence of manslaughter as committed by Constable Ferguson?

[15] The appropriateness of a sentence is a function of the purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code* as applied to the facts that led to the conviction. It follows that the appropriateness of the minimum sentence of four years that Parliament has prescribed for Constable Ferguson’s offence depends on what the jury concluded about Constable Ferguson’s conduct.

[16] This poses a difficulty in a case such as this, since, unlike a judge sitting alone, who has a duty to give reasons, the jury gives only its ultimate verdict. The sentencing judge therefore must do his or her best to determine the facts necessary for sentencing from the issues before the jury and from the jury’s verdict. This may not require the sentencing judge to arrive at a complete theory of the facts; the sentencing judge is required to make only those factual determinations necessary for deciding the appropriate sentence in the case at hand.

[17] Two principles govern the sentencing judge in this endeavour. First, the sentencing judge “is bound by the express and implied factual implications of the jury’s verdict”: *R. v. Brown*, [1991] 2 S.C.R. 518, p. 523. The sentencing judge “shall accept as proven all facts, express or implied, that are essential to the jury’s verdict of guilty” (*Criminal Code*, s. 724(2)(a)), and must not accept as fact any evidence consistent only with a verdict

exagérément disproportionnée : *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045. Notre Cour a conclu à maintes reprises qu’il ne suffit pas qu’une peine soit excessive pour être jugée exagérément disproportionnée. Elle doit être « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » et disproportionnée au point où les Canadiens « considéreraient cette peine odieuse ou intolérable » : *R. c. Wiles*, [2005] 3 R.C.S. 895, 2005 CSC 84, par. 4, citant *Smith* à la p. 1072 et *Morrissey* au par. 26. La question devient donc la suivante : une peine de quatre ans d’emprisonnement est-elle exagérément disproportionnée par rapport à l’infraction d’homicide involontaire coupable commise par le gendarme Ferguson?

[15] La justesse d’une peine est fonction des objectifs et principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2 du *Code criminel*, appliqués aux faits ayant mené à la déclaration de culpabilité. Par conséquent, la justesse de la peine minimale de quatre ans que le législateur a prescrite pour l’infraction commise par le gendarme Ferguson dépend des conclusions tirées par le jury quant à la conduite de ce dernier.

[16] Cette situation crée cependant une difficulté dans un cas comme celui qui nous occupe puisque, contrairement au juge siégeant seul, qui est tenu de motiver sa décision, le jury ne rend que son verdict final. Le juge qui détermine la peine doit donc s’efforcer de dégager, à partir des questions soumises au jury et du verdict rendu par celui-ci, les faits nécessaires pour la détermination de la peine. Cette tâche n’oblige pas nécessairement le juge qui prononce la sentence à élaborer une théorie complète concernant les faits, puisqu’il n’est tenu de tirer que les conclusions factuelles nécessaires pour décider de la peine appropriée dans le cas dont il est saisi.

[17] Le juge chargé de la détermination de la peine s’acquitte de cette tâche en suivant deux principes. Premièrement, il « est lié » par la base factuelle expresse ou implicite du verdict du jury : *R. c. Brown*, [1991] 2 R.C.S. 518, p. 523. Il « considère comme prouvés tous les faits, exprès ou implicites, essentiels au verdict de culpabilité qu’a rendu le jury » (*Code criminel*, al. 724(2)a)), et il ne doit pas considérer comme un fait tout élément de preuve

rejected by the jury: *Brown; R. v. Braun* (1995), 95 C.C.C. (3d) 443 (Man. C.A.).

[18] Second, when the factual implications of the jury's verdict are ambiguous, the sentencing judge should not attempt to follow the logical process of the jury, but should come to his or her own independent determination of the relevant facts: *Brown; R. v. Fiqia* (1994), 162 A.R. 117 (C.A.). In so doing, the sentencing judge "may find any other relevant fact that was disclosed by evidence at the trial to be proven" (s. 724(2)(b)). To rely upon an aggravating fact or previous conviction, the sentencing judge must be convinced of the existence of that fact or conviction beyond a reasonable doubt; to rely upon any other relevant fact, the sentencing judge must be persuaded on a balance of probabilities: ss. 724(3)(d) and 724(3)(e); see also *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Lawrence* (1987), 58 C.R. (3d) 71 (Ont. H.C.). It follows from the purpose of the exercise that the sentencing judge should find only those facts necessary to permit the proper sentence to be imposed in the case at hand. The judge should first ask what the issues on sentencing are, and then find such facts as are necessary to deal with those issues.

[19] Following these principles, the trial judge in this case was required to find facts, consistent with the jury's manslaughter verdict, to the extent that this was necessary to enable him to sentence Constable Ferguson. The sentencing inquiry was shaped by s. 236(a)'s prescription of a four-year mandatory minimum sentence. The only issues were whether the sentence should be more than four years, as the Crown contended, and whether the facts of the case were such that a four-year sentence would be grossly disproportionate, as Constable Ferguson contended.

[20] The trial judge correctly turned his mind to the basis on which he had instructed the jury

qui n'est compatible qu'avec un verdict rejeté par le jury : *Brown; R. c. Braun* (1995), 95 C.C.C. (3d) 443 (C.A. Man.).

[18] Deuxièmement, lorsque la base factuelle du verdict rendu par le jury est ambiguë, le juge qui détermine la peine ne doit pas tenter de suivre le raisonnement du jury, mais il doit plutôt tirer ses propres conclusions concernant les faits pertinents : *Brown; R. c. Fiqia* (1994), 162 A.R. 117 (C.A.). Ce faisant, il peut, « à l'égard des autres faits pertinents qui ont été révélés lors du procès [. . .] les accepter comme prouvés » (al. 724(2)b)). Pour s'appuyer sur un fait aggravant ou une condamnation antérieure, le juge qui détermine la peine doit être convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de ce fait ou de cette condamnation; pour se fonder sur tout autre fait pertinent, il doit être convaincu de l'existence de ce fait par une preuve prépondérante : al. 724(3)d) et e); voir aussi *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Lawrence* (1987), 58 C.R. (3d) 71 (H.C. Ont.). Il ressort de cette démarche que le juge du procès ne doit s'appuyer que sur les constatations de fait nécessaires pour lui permettre d'infliger la peine appropriée dans l'affaire dont il est saisi. Il doit d'abord se demander quelles sont les questions pertinentes pour la détermination de la peine et, ensuite, faire les constatations de fait nécessaires pour trancher ces questions.

[19] Conformément à ces principes, le juge du procès devait, en l'espèce, faire les constatations de fait compatibles avec le verdict d'homicide involontaire coupable rendu par le jury, dans la mesure où elles étaient nécessaires pour lui permettre de déterminer quelle peine infliger au gendarme Ferguson. L'analyse requise pour la détermination de la peine était fonction de la peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement prescrite par l'al. 236a). Les seules questions pertinentes étaient celles de savoir si la peine devait être supérieure à quatre ans, ainsi que le prétendait le ministère public, et si les faits de l'affaire étaient tels qu'une peine de quatre ans était exagérément disproportionnée, ainsi que le soutenait le gendarme Ferguson.

[20] Le juge du procès a porté à juste titre son attention sur les éléments qu'il avait indiqués au

it could reach a verdict of manslaughter. The trial judge had instructed the jury that if it rejected both self-defence and intent for murder (intent to cause death or bodily harm likely to cause death), it must reach a verdict of manslaughter. The trial judge did not leave any other basis for a manslaughter verdict with the jury. Hence the trial judge correctly concluded that on the basis of the jury's verdict, he must find facts consistent with the jury's rejection of both self-defence and intent for murder. On the basis of the jury's rejection of intent for murder, the trial judge properly concluded that the jury had found that when he fired the second shot, Constable Ferguson neither intended to cause death nor bodily harm that he knew was likely to cause death.

[21] However, the trial judge did not stop with these conclusions. He went on to make detailed findings of fact on Constable Ferguson's conduct. It was open to him under s. 724(2)(b) of the *Criminal Code* to supplement the jury's findings insofar as this was necessary for sentencing purposes. However, it was not open to him to go beyond what was required to deal with the sentencing issues before him, or to attempt to reconstruct the logical process of the jury: *Brown; Fiqia*. Nor was it open to him to find facts inconsistent with the jury's verdict or the evidence; a trial judge must never do this. The trial judge in the case at bar committed both these errors.

[22] First, the trial judge erred in attempting to reconstruct the logical reasoning of the jury. The law holds that the trial judge must not do this, and for good reason. Jurors may arrive at a unanimous verdict for different reasons and on different theories of the case: *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652. It is speculative and artificial to attribute a single set of factual findings to the jury, unless it is clear

jury, dans ses directives, comme susceptibles de fonder un verdict d'homicide involontaire coupable. Il avait précisé au jury que, s'il rejetait à la fois la légitime défense et l'existence de l'intention requise pour commettre un meurtre (l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles de nature à causer la mort), il devait rendre un verdict d'homicide involontaire coupable. Le juge du procès n'a indiqué au jury aucun autre motif pouvant justifier un tel verdict. Voilà pourquoi il a conclu à bon droit que le verdict rendu par le jury l'obligeait à faire les constatations de fait compatibles avec le rejet par celui-ci de la légitime défense et de l'existence de l'intention requise pour commettre un meurtre. Les jurés ayant écarté l'existence de l'intention requise pour commettre un meurtre, le juge du procès a eu raison de conclure qu'ils avaient estimé que le gendarme Ferguson n'avait pas l'intention de causer la mort ni d'infliger des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer la mort lorsqu'il a tiré le second coup de feu.

[21] Cependant, le juge du procès ne s'en est pas tenu à ces conclusions. Il a fait d'autres constatations de fait détaillées au sujet de la conduite du gendarme Ferguson. Il pouvait, en application de l'al. 724(2)b) du *Code criminel*, compléter les conclusions du jury uniquement dans la mesure où cela était nécessaire pour prononcer la sentence. Toutefois, il ne pouvait pas aller au-delà de ce qui était nécessaire pour trancher les questions pertinentes pour la détermination de la peine, ni tenter de reconstituer le raisonnement du jury : *Brown; Fiqia*. Il ne pouvait pas non plus faire de constatation de fait incompatible avec le verdict rendu par le jury ou avec la preuve, ce dont un juge du procès doit toujours s'abstenir. Or, en l'espèce, le juge du procès a commis ces deux erreurs.

[22] Premièrement, le juge du procès a commis une erreur en tentant de reconstituer le raisonnement du jury. Le droit n'autorise pas le juge du procès à procéder à cet exercice, et ce, pour une bonne raison. Les jurés peuvent arriver à un verdict unanime en s'appuyant sur des raisons différentes et sur des thèses différentes concernant l'affaire : *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652.

that the jury must unanimously have found those facts. Where any ambiguity on this exists, the trial judge should consider the evidence and make his or her own findings of fact consistent with the evidence and the jury's findings.

[23] Here the trial judge, having properly concluded that the jury must have rejected self-defence and intent for murder, went on to attempt to reconstruct further facts that may or may not reflect what was in the mind of the jurors. First, he found that the jury must have concluded that the first shot had been fired in self-defence. Although there is evidence capable of supporting such a finding, this finding was not required by the jury's verdict. The jury's verdict does not unequivocally indicate a particular characterization of the two shots. Indeed, the jury was not asked to make a finding one way or the other about the first shot. The Crown based its case on the second shot, presumably because the evidence was that the second shot caused death, and the first shot did not. The trial judge should have considered all the evidence in order to make his own findings of fact consistent with the jury's verdict to the extent they were relevant to the two issues before him.

[24] Second, and more critically, the trial judge went on to develop a theory to support the jury's verdict which was not only speculative, but contrary to the evidence. This theory was that Constable Ferguson's second shot was instantaneous and instinctive, the virtually automatic result of his police training. The theory rests on the premise that Constable Ferguson was following training that made the second shot following on a first self-defence shot a matter of instinctive reaction rather than conscious decision. Based on this theory, the trial judge found as a fact that Constable Ferguson was not acting in anger when he fired the second

Attribuer un seul ensemble de conclusions factuelles à tous les jurés relève de l'hypothèse et de la fiction, sauf s'il est clair que ces constatations de fait ont inévitablement fait l'unanimité. Devant une ambiguïté, le juge du procès doit examiner la preuve et faire ses propres constatations de fait compatibles avec la preuve et les conclusions du jury.

[23] En l'espèce, après avoir conclu à juste titre que le jury avait nécessairement rejeté la légitime défense et l'existence de l'intention requise pour commettre un meurtre, le juge du procès a tenté de reconstituer d'autres faits qui pouvaient être conformes ou non à ce que les jurés avaient à l'esprit. Premièrement, il a estimé que le jury devait avoir conclu que le premier coup de feu avait été tiré en légitime défense. Il existait certes des éléments de preuve permettant d'étayer une telle conclusion, mais celle-ci n'était pas nécessaire au verdict rendu par le jury. Le verdict du jury n'indique pas de manière non équivoque une qualification particulière des deux coups de feu. En effet, le jury n'était pas appelé à trancher dans un sens ou dans l'autre quant au premier coup de feu. La cause du ministère public reposait sur le second coup de feu, vraisemblablement parce que la preuve démontrait que c'était celui-ci, et non le premier, qui avait causé la mort. Le juge du procès aurait dû examiner tous les éléments de preuve afin de faire ses propres constatations de fait compatibles avec le verdict du jury, dans la mesure où elles étaient pertinentes pour trancher les deux questions dont il était saisi.

[24] Deuxièmement, et ce qui est plus grave, le juge du procès a élaboré, au soutien du verdict du jury, une théorie qui non seulement reposait sur des hypothèses, mais allait en outre à l'encontre de la preuve. Selon cette théorie, le gendarme Ferguson aurait tiré le second coup de feu instantanément et instinctivement, une réaction quasi automatique résultant de l'entraînement qu'il a reçu en tant que policier. Cette théorie repose sur l'hypothèse selon laquelle le gendarme Ferguson a simplement mis en pratique l'entraînement reçu, de sorte que le second coup de feu, suivant un premier coup de feu tiré en légitime défense,

shot, but in response to his training. This finding was critical to the trial judge's conclusion that the minimum sentence of four years prescribed by s. 236(a) of the *Criminal Code* constituted cruel and unusual punishment, violating s. 12 of the *Charter*.

[25] There are two problems with this crucial finding. First, it is inconsistent with the trial judge's other conclusions as well as with the jury's verdict. As the Court of Appeal noted, the instantaneous and instinctive shot theory contradicts the trial judge's conclusion that the first shot was fired in self-defence and the second was not, a conclusion that requires that the two shots be regarded as two separate transactions to be evaluated individually according to the criteria for self-defence in *Criminal Code*, s. 34(2). The instantaneous and instinctive theory, on the other hand, rests on the premise that the second shot was a virtual continuation of the first shot, motivated by the same mental state, namely self-defence. Had the trial judge found that the second shot was instantaneous and instinctive, he should have considered the two shots together as a single transaction, and would have been required by the jury's verdict to hold that this transaction, in its entirety, did not constitute self-defence.

[26] Second, the instantaneous and instinctive explanation for the second and fatal shot does not sit comfortably with uncontradicted evidence relating to the circumstances of the shooting. The booking officer estimated the time between the two shots at up to three seconds, as did the inmate in the next cell, Herman No Chief. While the length of the interval between the two shots may be difficult to determine with precision, it seems clear that there was an interval. This was not a case of immediately successive shots. This is supported by the fact that

résultait d'une réaction instinctive plutôt que d'une décision consciente. Se fondant sur cette théorie, le juge du procès a considéré que le gendarme Ferguson n'avait pas tiré le second coup de feu sous l'effet de la colère, mais plutôt comme il avait été entraîné à le faire. Cette constatation du juge du procès a été cruciale dans sa décision portant que la peine minimale de quatre ans prescrite par l'al. 236a) du *Code criminel* constituait une peine cruelle et inusitée contrevenant à l'art. 12 de la *Charte*.

[25] Cette constatation cruciale du juge du procès pose problème à deux égards. Tout d'abord, elle est incompatible avec les autres conclusions qu'il a tirées et avec le verdict du jury. Ainsi que l'a fait remarquer la Cour d'appel, la théorie selon laquelle le coup de feu aurait été instantané et instinctif contredit la conclusion du juge du procès voulant que le premier coup de feu ait été tiré en légitime défense, mais non le deuxième, une conclusion qui oblige à considérer les deux coups de feu comme deux actes distincts, devant être examinés séparément au regard des critères de la légitime défense énoncés au par. 34(2) du *Code criminel*. La théorie du coup de feu instantané et instinctif repose au contraire sur l'hypothèse voulant que le second coup de feu ait été la suite virtuelle du premier et ait été motivé par le même état d'esprit, c'est-à-dire la légitime défense. Si le juge du procès avait estimé que le deuxième coup de feu avait été tiré de manière instantanée et instinctive, il aurait dû considérer que les deux coups de feu constituaient un seul et même acte et, vu le verdict du jury, il aurait dû conclure que cet acte, pris comme un tout, ne constituait pas de la légitime défense.

[26] Ensuite, l'explication selon laquelle le second coup de feu — qui a été mortel — a été tiré de manière instinctive et instantanée ne cadre pas bien avec la preuve non contredite relative aux circonstances de la fusillade. L'agent responsable des mises en détention, tout comme le détenu dans la cellule voisine, Herman No Chief, a estimé qu'il s'était écoulé jusqu'à trois secondes entre les deux coups de feu. Bien qu'il puisse être difficile de déterminer avec précision combien de temps s'est écoulé entre les deux coups de feu, il semble qu'il y ait bel et bien

Constable Ferguson's firearm did not permit rapid, automatic second shots.

[27] The finding that Constable Ferguson's second shot was not a matter of anger or judgment, but simply a matter of training, is a vital component of the trial judge's conclusion that Constable Ferguson was at the very low end of the spectrum of moral blameworthiness, such that four years' imprisonment would be grossly disproportionate and intolerable to an informed public, and so would violate s. 12 of the *Charter*. It follows that his conclusion that the four-year minimum sentence was unconstitutional in this case is fatally flawed.

[28] When the erroneous findings of the trial judge are set aside, no basis remains for concluding that the four-year mandatory minimum sentence prescribed by Parliament constitutes cruel and unusual punishment on the facts of this case. The trial judge recognized as aggravating factors that Constable Ferguson was well trained in the use of firearms and stood in a position of trust with respect to Mr. Varley, and correctly noted that the standard of care was higher than would be expected of a normal citizen. By way of mitigation, the trial judge noted that Constable Ferguson's actions were not planned, that Mr. Varley initiated the altercation in the cell, that Constable Ferguson had little time to consider his response, and that his instincts and training played a role in the shooting. The mitigating factors are insufficient to make a four-year sentence grossly disproportionate. The absence of planning, the apparent fact that Mr. Varley initiated the altercation in the cell, and the fact that Constable Ferguson did not have much time to consider his response, are more than offset by the position of trust Constable Ferguson held and by the fact that he had been trained to respond appropriately to the common situation of resistance by a detained person. I agree with the Court of Appeal that the mitigating factors do not reduce Constable

eu un intervalle entre eux. Il ne s'agissait pas d'une succession immédiate de coups de feu, conclusion étayée par le fait que l'arme du gendarme Ferguson ne permettait pas de tirer rapidement et automatiquement deux coups de feu successifs.

[27] La constatation selon laquelle le second coup de feu du gendarme Ferguson n'était pas le résultat de la colère ou d'une décision consciente, mais plutôt le fruit de l'entraînement constitue un élément essentiel de la conclusion du juge du procès portant que le gendarme Ferguson se trouvait tout au bas de l'échelle de la culpabilité morale, de sorte qu'une peine de quatre ans d'emprisonnement serait exagérément disproportionnée et intolérable pour un public bien informé et contreviendrait ainsi à l'art. 12 de la *Charte*. Il en résulte que la conclusion du juge du procès selon laquelle la peine minimale de quatre ans était inconstitutionnelle en l'espèce souffre d'un défaut fatal.

[28] Si l'on écarte les conclusions de fait erronées tirées par le juge du procès, plus rien ne permet de conclure que la peine minimale obligatoire de quatre ans prescrite par le législateur constitue une peine cruelle et inusitée compte tenu des faits de l'espèce. Le juge du procès a reconnu que l'entraînement qu'avait reçu le gendarme Ferguson dans le manie- ment des armes à feu et la position de confiance qu'il occupait à l'égard de M. Varley constituaient des facteurs aggravants, et il a souligné à juste titre que la norme de diligence à laquelle était tenu le policier était plus élevée que celle à laquelle devait se conformer un simple citoyen. À titre de facteurs atténuants, le juge du procès a fait remarquer que les actes du gendarme Ferguson n'étaient pas planifiés, que M. Varley était à l'origine de l'altercation dans la cellule, que le gendarme Ferguson avait eu peu de temps pour réagir et que son instinct et son entraînement ont joué un rôle dans la fusillade. Les facteurs atténuants ne suffisent pas à rendre la peine de quatre ans exagérément disproportionnée. En effet, l'absence de planification, le fait que M. Varley était à l'origine de l'altercation dans la cellule et le fait que le gendarme Ferguson n'a pas eu beaucoup de temps pour réagir sont loin de contrebalancer la position de confiance qu'occupait le gendarme Ferguson et le fait qu'il avait été entraîné à réagir adéquatement

Ferguson's moral culpability to the extent that the mandatory minimum sentence is grossly disproportionate in his case.

[29] I conclude that there is no basis for concluding that the four-year minimum sentence prescribed by Parliament amounts to cruel and unusual punishment on the facts of this case.

[30] Ordinarily, a s. 12 analysis for a mandatory minimum sentence requires both an analysis of the facts of the accused's case and an analysis of reasonable hypothetical cases: *Goltz*, at pp. 505-6. At his sentencing hearing and in the Court of Appeal, however, Constable Ferguson did not rely on reasonable hypotheticals to contest the constitutionality of s. 236(a). He contended simply that s. 236(a) was unconstitutional as applied to the facts of his case. The reasonable hypotheticals not having been argued, there was no basis for the sentencing judge or the Court of Appeal to reach a conclusion on whether s. 236(a) was unconstitutional on a reasonable hypotheticals analysis. Constable Ferguson offers an alternative argument based on reasonable hypotheticals for the first time in this Court. In my view, Constable Ferguson has not pointed to a hypothetical case where the offender's minimum level of moral culpability for unlawful act manslaughter using a firearm would be less than that in the reasonable hypotheticals considered in *Morrissey*.

[31] In the absence of any s. 12 violation, the trial judge's proper course in the circumstances was to apply the four-year minimum sentence: *Morrissey*.

[32] Furthermore, the absence of any s. 12 violation renders it unnecessary to proceed to a consideration of whether s. 236(a) could be justified under s. 1.

à la résistance qu'opposent souvent les personnes détenues. Je conviens avec la Cour d'appel que les facteurs atténuants ne réduisent pas la culpabilité morale du gendarme Ferguson au point où la peine minimale obligatoire serait exagérément disproportionnée dans son cas.

[29] J'estime donc que rien ne permet de conclure que la peine minimale de quatre ans prescrite par le législateur constitue une peine cruelle et inusitée compte tenu des faits de l'espèce.

[30] Habituellement, l'évaluation d'une peine minimale obligatoire au regard de l'art. 12 requiert à la fois l'analyse des faits propres à l'accusé et l'analyse des situations hypothétiques raisonnables : *Goltz*, p. 505-506. Or, lors de l'audience de détermination de la peine et devant la Cour d'appel, le gendarme Ferguson ne s'est pas appuyé sur des situations hypothétiques raisonnables pour contester la constitutionnalité de l'al. 236a). Il a simplement fait valoir que cette disposition était inconstitutionnelle lorsqu'elle était appliquée aux faits qui lui étaient propres. L'argument fondé sur des situations hypothétiques raisonnables n'ayant pas été plaidé, rien ne permettait au juge chargé de la détermination de la peine ni à la Cour d'appel de trancher la question de savoir si, au terme d'une telle analyse, ils auraient conclu à l'inconstitutionnalité de l'al. 236a). Le gendarme Ferguson plaide, pour la première fois, devant notre Cour, l'argument subsidiaire fondé sur les situations hypothétiques raisonnables. À mon avis, le gendarme Ferguson n'a pas décrit de situation hypothétique où le degré minimal de culpabilité morale d'un contrevenant ayant commis un homicide involontaire coupable au moyen d'un acte illégal comportant l'usage d'une arme à feu serait moindre que dans les situations hypothétiques raisonnables examinées dans *Morrissey*.

[31] En l'absence d'une violation de l'art. 12, le juge du procès devait, dans les circonstances, appliquer la peine minimale de quatre ans : *Morrissey*.

[32] En outre, comme il n'a pas été contrevenu à l'art. 12, il est inutile de déterminer si l'al. 236a) pourrait se justifier au sens de l'article premier.

2. *If the imposition of the four-year mandatory minimum sentence violated s. 12 of the Charter in the circumstances of this case, was the trial judge entitled to grant a constitutional exemption from the four-year minimum and to impose a lesser sentence?*

[33] Having found that the four-year minimum sentence of imprisonment required by s. 236(a) does not violate Constable Ferguson's right not to suffer cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the *Charter*, it is not necessary to consider whether a constitutional exemption would have been available had we found a violation of s. 12. As the Court of Appeal recognized, however, there has been considerable debate and disagreement in the lower courts as to whether the remedy of a constitutional exemption is available. The matter having been fully argued, it is appropriate to settle the question of whether a constitutional exemption would have been available to Constable Ferguson, had the minimum sentence violated s. 12 of the *Charter*.

[34] I note at the outset that the issue is not *whether* a remedy lies to prevent the imposition of cruel and unusual punishment contrary to the *Charter*, but *which* remedies are available. The imposition of cruel and unusual punishment contrary to ss. 12 and 1 of the *Charter* cannot be countenanced. A court which has found a violation of a *Charter* right has a duty to provide an effective remedy. The only issue is whether a law imposing such punishment can be permitted to stand subject to constitutional exemptions in particular cases, or whether the only remedy is a declaration that the law is inconsistent with the *Charter* and hence falls under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[35] Two remedial provisions govern remedies for *Charter* violations: s. 24(1) of the *Charter* and

2. *Si, dans les circonstances de l'espèce, infliger la peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement allait à l'encontre de l'art. 12 de la Charte, le juge du procès pouvait-il accorder une exemption constitutionnelle écartant l'application de la peine minimale de quatre ans et infliger une peine moins lourde?*

[33] Comme nous avons conclu que la peine minimale de quatre ans d'emprisonnement prescrite par l'al. 236a) ne porte pas atteinte à la protection contre les peines cruelles et inusitées garantie au gendarme Ferguson par l'art. 12 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de déterminer si une exemption constitutionnelle aurait pu être accordée si nous avions conclu à une violation de l'art. 12. Cependant, ainsi que la Cour d'appel l'a reconnu, on note une vive controverse dans les juridictions inférieures quant à savoir s'il est possible d'accorder une exemption constitutionnelle à titre de réparation. Ce point ayant été pleinement débattu, il convient de trancher la question de savoir si une exemption constitutionnelle aurait pu être accordée au gendarme Ferguson s'il avait été jugé que la peine minimale contrevenait à l'art. 12 de la *Charte*.

[34] D'entrée de jeu, je souligne que la question n'est pas de savoir *s'il* existe un recours empêchant l'infliction d'une peine cruelle et inusitée interdite par la *Charte*, mais plutôt de savoir *quelles* réparations peuvent être accordées. On ne saurait tolérer qu'une peine cruelle et inusitée soit infligée en violation de l'art. 12 et de l'article premier de la *Charte*. Le tribunal qui conclut à la violation d'un droit garanti par la *Charte* a l'obligation d'accorder une réparation efficace. La seule question qui se pose est celle de savoir si une disposition qui prescrit une telle peine peut être maintenue quitte à ce qu'une exemption constitutionnelle soit accordée dans certains cas, ou si la seule réparation possible consiste en un jugement déclarant que la loi est incompatible avec la *Charte* et tombe donc sous le coup de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[35] Deux dispositions régissent les réparations pouvant être accordées en cas de violation de la

s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Section 24(1) confers on judges a wide discretion to grant appropriate remedies in response to *Charter* violations:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

Section 24(1) has generally been seen — at least until now — as providing a case-by-case remedy for unconstitutional acts of government agents operating under lawful schemes whose constitutionality is not challenged. The other remedy section, s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, confers no discretion on judges. It simply provides that laws that are inconsistent with the *Charter* are of no force and effect to the extent of the inconsistency:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

When a litigant claims that a law violates the *Charter*, and a court rules or “declares” that it does, the effect of s. 52(1) is to render the law null and void. It is common to describe this as the court “striking down” the law. In fact, when a court “strikes down” a law, the law has failed by operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[36] The usual remedy for a mandatory sentencing provision that imposes cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the *Charter* is a declaration that the law is of no force and effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. This was the remedy sought in *Goltz, Morrisey*, and *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711. The mandatory minimum sentence provisions in these cases were held to be constitutional. But it was argued that had the provisions been held to be unconstitutional, the appropriate remedy was the s. 52 remedy of striking down.

Charte : les par. 24(1) de la *Charte* et 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 24(1) confère aux juges un vaste pouvoir discrétionnaire leur permettant d'accorder une réparation convenable en cas de violation de la *Charte* :

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

On considère généralement — du moins l'a-t-on fait jusqu'à maintenant — que le par. 24(1) prévoit l'octroi d'une réparation au cas par cas pour les actes inconstitutionnels des mandataires du gouvernement agissant en vertu de régimes licites dont la constitutionnalité n'est pas contestée. L'autre disposition réparatrice, le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ne confère aucun pouvoir discrétionnaire aux juges. Elle prévoit simplement que les dispositions qui sont incompatibles avec la *Charte* sont inopérantes :

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Lorsqu'une partie prétend qu'une disposition contrevient à la *Charte* et qu'un tribunal juge ou « déclare » que tel est bien le cas, le par. 52(1) a pour effet de rendre cette disposition inopérante. On dit généralement alors que le tribunal « invalide » la disposition. En fait, lorsqu'un tribunal « invalide » une disposition, celle-ci est inopérante par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[36] Lorsqu'une disposition prévoit une peine obligatoire cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte*, la réparation consiste habituellement en un jugement déclarant cette disposition inopérante par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. C'est la réparation qui était sollicitée dans *Goltz, Morrisey* et *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711. Dans ces arrêts, les dispositions prévoyant une peine minimale obligatoire ont été jugées constitutionnelles. Toutefois, on a plaidé que, si ces dispositions avaient été jugées inconstitutionnelles, la réparation appropriée aurait été leur invalidation en vertu de l'art. 52.

[37] In this case, despite the allegation of a constitutional violation, Constable Ferguson does not request that the law that caused the alleged violation, s. 236(a) of the *Criminal Code*, be struck down. Instead, Constable Ferguson argues that if the four-year mandatory sentence is found to violate the *Charter*, a constitutional exemption under s. 24(1) should be granted. The argument for a constitutional exemption proposes that the law remain in force, but that it not be applied in cases where its application results in a *Charter* violation. The judge would thus be free to impose a sentence below the minimum set by law, which would nevertheless continue to stand.

[38] The argument in favour of recognizing constitutional exemptions is simply put. The first prong of the argument is that where a mandatory minimum sentence that is constitutional in most of its applications generates an unconstitutional result in a small number of cases, it is better to grant a constitutional exemption in these cases than to strike down the law as a whole. The s. 52(1) remedy of declaring invalid a law that produces a result inconsistent with the *Charter* is a blunt tool. A law that may be constitutional in many of its applications — and indeed ruled constitutional on a reasonable hypotheticals analysis — is struck down because in one particular case, or in a few cases, it produces an unconstitutional result. Would it not be better, the argument goes, to allow the law to stand, while providing an individual remedy in those cases — arguably rare — where its application offends the *Charter*?

[39] The second and complementary prong of the argument asserts that the remedy is available on the wording of the *Charter* and the jurisprudence. Section 24(1), it is argued, grants courts a wide discretion to grant such constitutional remedies as are “appropriate and just”. Granting a constitutional exemption and substituting a constitutional sentence removes the law’s inconsistency

[37] En l’espèce, même s’il allègue une violation de la Constitution, le gendarme Ferguson ne demande pas à la Cour d’invalider la disposition législative à l’origine de la violation alléguée, soit l’al. 236a) du *Code criminel*. Il soutient plutôt que, si la peine obligatoire de quatre ans est jugée contraire à la *Charte*, une exemption constitutionnelle devrait lui être accordée en application du par. 24(1). L’argument en faveur d’une telle exemption veut que la disposition soit maintenue, mais qu’elle ne soit pas appliquée dans les cas où il en découle une violation de la *Charte*. Le juge pourrait donc infliger une peine inférieure à la peine minimale prescrite par la disposition en cause, mais cette disposition resterait en vigueur.

[38] L’argumentation en faveur de la reconnaissance des exemptions constitutionnelles est simple. Selon le premier volet de cette argumentation, lorsqu’une peine minimale obligatoire est constitutionnelle dans la plupart des cas où elle est appliquée, mais produit un résultat inconstitutionnel dans un nombre limité de cas, il est préférable d’accorder une exemption constitutionnelle dans ces cas limités plutôt que d’invalider globalement la disposition. L’invalidation, en vertu du par. 52(1), d’une disposition qui produit un résultat incompatible avec la *Charte* est une solution radicale. Une disposition qui peut être constitutionnelle dans de nombreux cas — et qui a effectivement été jugée constitutionnelle au terme d’une analyse des situations hypothétiques raisonnables — serait invalidée parce que, dans un cas donné ou dans quelques cas, elle produit un résultat inconstitutionnel. Ne serait-il pas préférable, fait-on valoir, de permettre le maintien de cette disposition tout en prévoyant une réparation individuelle dans les cas — peut-être rares — où son application est contraire à la *Charte*?

[39] Selon le deuxième volet complétant cette argumentation, le libellé de la *Charte* et la jurisprudence permettent cette réparation. En effet, on fait valoir que le par. 24(1) confère aux tribunaux un large pouvoir discrétionnaire leur permettant d’accorder la réparation constitutionnelle qu’ils estiment « convenable et juste ». Si une exemption constitutionnelle est accordée et une peine

with the *Charter*, making s. 52(1) inapplicable. The cases that have considered the matter, while inconclusive, do not rule constitutional exemptions out as a remedy for unconstitutional sentences flowing from mandatory minimum sentence laws. More generally, granting constitutional exemptions for unconstitutional effects of mandatory minimum sentence laws fits well with the Court's practices of severance, reading in and reading out in order to preserve the law to the maximum extent possible: see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

[40] Attractive as they are, the arguments for constitutional exemptions in a case such as this are, on consideration, outweighed and undermined by counter-considerations. I reach this conclusion on the basis of four considerations: (1) the jurisprudence; (2) the need to avoid intruding on the role of Parliament; (3) the remedial scheme of the *Charter*; and (4) the impact of granting constitutional exemptions in mandatory sentence cases on the values underlying the rule of law.

(1) The Jurisprudence

[41] This Court has not definitively ruled whether constitutional exemptions are available as a remedy for mandatory minimum sentences that produce unconstitutional sentences. In concurring opinions, judges of this Court have expressed both positive and negative evaluations of constitutional exemptions as remedies for unconstitutional minimum sentences.

[42] In his concurring opinion in *Smith*, at pp. 1111-12, Le Dain J. considered and rejected the constitutional exemption as a means of upholding minimum sentences that could generate unconstitutional

constitutionnelle substituée à celle prévue par la disposition législative, celle-ci n'est plus incompatible avec la *Charte*, ce qui rend le par. 52(1) inapplicable. Bien qu'elle ne soit pas concluante, la jurisprudence portant sur cette question n'a pas écarté le recours à l'exemption constitutionnelle comme réparation lorsqu'une peine inconstitutionnelle est infligée en application d'une disposition prescrivant une peine minimale obligatoire. De façon plus générale, l'octroi d'une exemption constitutionnelle écartant les effets inconstitutionnels d'une disposition prescrivant une peine minimale obligatoire cadre bien avec les pratiques de la dissociation, de l'interprétation large et de l'interprétation atténuée auxquelles la Cour fait appel pour préserver la loi dans la plus large mesure possible : voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

[40] Aussi attrayants que soient les arguments en faveur de l'octroi d'une exemption constitutionnelle dans un cas comme celui qui nous occupe, nous constatons, après réflexion, qu'ils sont affaiblis et supplantés par des considérations contraires. Je tire cette conclusion en me fondant sur quatre facteurs : (1) la jurisprudence; (2) la nécessité d'éviter toute usurpation du rôle du législateur; (3) le régime de réparation prévu par la *Charte* et (4) l'effet de l'octroi d'une exemption constitutionnelle, dans un cas où une peine obligatoire est prévue, sur les valeurs qui sous-tendent le principe de la primauté du droit.

(1) La jurisprudence

[41] Notre Cour n'a pas tranché de manière définitive la question de savoir si une exemption constitutionnelle peut servir de réparation lorsqu'une peine minimale obligatoire produit des effets inconstitutionnels. Dans des opinions concordantes, des juges de notre Cour ont considéré tant favorablement que défavorablement le recours à l'exemption constitutionnelle à titre de réparation dans le cas d'une peine minimale inconstitutionnelle.

[42] Dans son opinion concordante dans *Smith*, aux p. 1111-1112, le juge Le Dain a examiné et rejeté l'exemption constitutionnelle comme moyen de maintenir les peines minimales susceptibles de

results in some circumstances. He stated that allowing such exemptions would create uncertainty, and the assumed validity or application of the provision could have prejudicial effects in particular cases. On the other hand, Arbour J. commented favourably on the possibility of exemptions from mandatory minimum sentence laws in a concurring opinion in *Morrissey*. Arbour J. expressed the concern that the mandatory minimum sentences for certain offences would inevitably be declared unconstitutional if judges had no discretion to grant exemptions to avoid unconstitutional results in unusual cases.

produire des résultats inconstitutionnels dans certaines circonstances. Il a affirmé qu'accorder de telles exemptions créerait de l'incertitude et que, dans certains cas, la présomption de la validité ou de l'applicabilité de la disposition en cause pourrait avoir des effets préjudiciables. En revanche, dans son opinion concordante dans *Morrissey*, la juge Arbour a émis des commentaires favorables quant à la possibilité que des exemptions soient accordées pour écarter l'application de dispositions législatives prescrivant une peine minimale obligatoire. La juge Arbour a dit craindre que les peines minimales prescrites pour certaines infractions soient inévitablement déclarées inconstitutionnelles si les juges ne disposent pas du pouvoir discrétionnaire d'accorder des exemptions pour éviter des résultats inconstitutionnels dans des cas inhabituels.

[43] Lower courts have taken contradictory positions on the availability of constitutional exemptions from mandatory minimum sentences. The Ontario and New Brunswick courts of appeal have held against the availability of constitutional exemptions from mandatory sentence laws: *R. v. Kelly* (1990), 59 C.C.C. (3d) 497 (Ont. C.A.); *R. v. Madeley* (2002), 160 O.A.C. 346; *R. v. Desjardins* (1996), 182 N.B.R. (2d) 321. By contrast, such exemptions have been granted in Saskatchewan and the Northwest and Yukon Territories and have been recognized in *obiter* in British Columbia: *R. v. McGillivray* (1991), 62 C.C.C. (3d) 407 (Sask. C.A.); *R. v. Netser* (1992), 70 C.C.C. (3d) 477 (N.W.T.C.A.); *R. v. Chief* (1989), 51 C.C.C. (3d) 265 (Y.T.C.A.); *R. v. Kumar* (1993), 85 C.C.C. (3d) 417 (B.C.C.A.). The Quebec Court of Appeal has expressed both positive and negative views on the question in *obiter*: *R. v. Lapierre* (1998), 123 C.C.C. (3d) 332; *R. v. Chabot* (1992), 77 C.C.C. (3d) 371.

[43] Les juridictions inférieures ont adopté des positions contradictoires quant à la possibilité d'accorder des exemptions constitutionnelles relativement à l'application de peines minimales obligatoires. Les cours d'appel de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick se sont prononcées contre la possibilité d'accorder de telles exemptions : *R. c. Kelly* (1990), 59 C.C.C. (3d) 497 (C.A. Ont.); *R. c. Madeley* (2002), 160 O.A.C. 346; *R. c. Desjardins* (1996), 182 R.N.-B. (2d) 321. Par contre, de telles exemptions ont été accordées en Saskatchewan, dans les Territoires du Nord-Ouest et au Yukon, et elles ont été reconnues dans des remarques incidentes en Colombie-Britannique : *R. c. McGillivray* (1991), 62 C.C.C. (3d) 407 (C.A. Sask.); *R. c. Netser* (1992), 70 C.C.C. (3d) 477 (C.A.T.N.-O.); *R. c. Chief* (1989), 51 C.C.C. (3d) 265 (C.A.Y.); *R. c. Kumar* (1993), 85 C.C.C. (3d) 417 (C.A.C.-B.). La Cour d'appel du Québec a formulé des opinions tant favorables que défavorables sur cette question dans des remarques incidentes : *R. c. Lapierre*, [1998] R.J.Q. 677; *R. c. Chabot*, [1992] R.J.Q. 2102.

[44] Constitutional exemptions have been recognized and discussed in other contexts. In *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, Wilson J. suggested that once a court finds a legislative provision to violate the *Charter*, it has no alternative but to strike it down under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. To do otherwise would

[44] Les exemptions constitutionnelles ont été examinées et reconnues dans d'autres contextes. De l'avis de la juge Wilson dans *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, après avoir conclu qu'une disposition législative est contraire à la *Charte*, le tribunal ne peut qu'invalider la disposition en cause, en application de l'art. 52 de la *Loi*

be to leave “the legislation in its pristine over-inclusive form outstanding on the books” (p. 77). On the other hand, in *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, L’Heureux-Dubé J. opined that s. 24(1) of the *Charter* enables a court to grant a constitutional exemption from legislation that is “constitutional in its general application” if an unconstitutional result would otherwise occur in a particular case (para. 66).

[45] In *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, the majority, *per* McLachlin J., suggested that a constitutional exemption cannot be used to remedy a constitutional defect in a provision that Parliament intended to be mandatory, because allowing an exemption would “import into the provision an element which the legislature specifically chose to exclude — the discretion of the trial judge” (p. 628). It was also noted that constitutional exemptions could in principle remove all recourse to s. 52(1), rendering it redundant.

[46] However, in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, this Court recognized the availability of a constitutional exemption granted as an interim remedial measure alongside a suspended declaration of invalidity under s. 52(1). Although the Court declined to grant a constitutional exemption, it recognized that a court may grant such an exemption in order to relieve the claimant of the continued burden of the unconstitutional law during the period that the striking out remedy is suspended. The majority emphasized the ancillary nature of this remedial exemption and refused to consider expanding the remedy to a stand-alone constitutional exemption.

[47] In summary, the majority of this Court in *Seaboyer* has commented critically on the use of constitutional exemptions as a stand-alone remedy in the case of mandatory laws generally, a view supported by Wilson J. in *Osborne* and consistent

constitutionnelle de 1982, sans quoi « la loi reste en vigueur dans sa version primitive de portée excessive » (p. 77). Par contre, dans *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, la juge L’Heureux-Dubé s’est dite d’avis que le par. 24(1) de la *Charte* autorise un tribunal à accorder une exemption constitutionnelle écartant l’application d’une disposition législative « constitutionnelle dans son application générale » lorsque son résultat, dans une affaire particulière, se révélerait inconstitutionnel (par. 66).

[45] Dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, la juge McLachlin, s’exprimant au nom des juges majoritaires, a indiqué qu’on ne peut recourir à l’exemption constitutionnelle pour corriger l’inconstitutionnalité d’une disposition que le législateur a voulu rendre obligatoire parce que, ce faisant, on « incorporerait dans la disposition un élément que le législateur a spécifiquement choisi d’exclure, le pouvoir discrétionnaire du juge du procès » (p. 628). Il a également été souligné que les exemptions constitutionnelles pourraient, en principe, faire disparaître tout recours au par. 52(1), le rendant ainsi superflu.

[46] Toutefois, dans *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, notre Cour a reconnu qu’une exemption constitutionnelle peut être accordée à titre de mesure corrective intérimaire s’ajoutant à une déclaration d’invalidité prononcée en application du par. 52(1) et dont la prise d’effet est suspendue. Même si elle a refusé d’accorder une exemption constitutionnelle, la Cour a reconnu qu’un tribunal peut accorder une telle exemption pour éviter de continuer à faire supporter au demandeur le fardeau de la loi inconstitutionnelle pendant la durée de la suspension de la prise d’effet de la déclaration d’invalidité. Les juges majoritaires ont insisté sur la nature accessoire de cette exemption et ont refusé d’envisager la possibilité d’ériger cette réparation en exemption constitutionnelle autonome.

[47] En résumé, les juges majoritaires de notre Cour ont critiqué dans *Seaboyer* le recours à l’exemption constitutionnelle comme réparation autonome dans le cas des dispositions obligatoires en général, un point de vue adopté par la juge

with the majority's reasoning in *Corbiere*. In *Smith*, Le Dain J. rejected their use in the context here at issue, mandatory minimum sentence laws. On the other side of the issue are the remarks of L'Heureux-Dubé and Arbour JJ. in their respective concurring opinions in *Rose* and *Morrisey*.

[48] I conclude that while the availability of constitutional exemptions for mandatory minimum sentencing laws has not been conclusively decided, the weight of authority thus far is against them and sounds a cautionary note.

(2) Intrusion on the Role of Parliament

[49] Section 52(1) grants courts the jurisdiction to declare laws of no force and effect only "to the extent of the inconsistency" with the Constitution. It follows that if the constitutional defect of a law can be remedied without striking down the law as a whole, then a court must consider alternatives to striking down. Examples of alternative remedies under s. 52 include severance, reading in and reading down. Constable Ferguson is proposing a constitutional exemption under s. 24(1) as an additional tool for minimizing interference with Parliament's legislative role when a court must grant a remedy for a constitutionally defective provision.

[50] On the other hand, it has long been recognized that in applying alternative remedies such as severance and reading in, courts are at risk of making inappropriate intrusions into the legislative sphere. An alternative to striking down that initially appears to be less intrusive on the legislative role may in fact represent an inappropriate intrusion on the legislature's role. This Court has thus emphasized that in considering alternatives to striking down, courts must carefully consider

Wilson dans *Osborne* et qui concorde avec le raisonnement des juges majoritaires dans *Corbiere*. Dans *Smith*, le juge Le Dain a rejeté ce type de réparation dans le contexte dont il est question en l'espèce, soit celui des dispositions législatives prévoyant une peine minimale obligatoire. Le point de vue opposé a été exprimé par les juges L'Heureux-Dubé et Arbour dans leurs opinions concordantes respectives dans *Rose* et *Morrisey*.

[48] Je conclus que, même si la question de la possibilité de recourir à des exemptions constitutionnelles pour écarter l'application de dispositions prescrivant une peine minimale obligatoire n'a pas encore été résolue de façon définitive, la jurisprudence prépondérante ne tend pas, pour l'heure, à l'octroi de telles exemptions et incite à la prudence.

(2) Usurpation du rôle du législateur

[49] Le paragraphe 52(1) confère aux tribunaux le pouvoir de déclarer inopérantes les « dispositions incompatibles » avec la Constitution. Par conséquent, s'il est possible de corriger l'inconstitutionnalité d'une disposition sans l'invalider complètement, le tribunal doit examiner les solutions de rechange à l'invalidation. Parmi les solutions auxquelles l'art. 52 donne ouverture, on trouve la dissociation, l'interprétation large et l'interprétation atténuée. Le gendarme Ferguson propose une exemption constitutionnelle en application du par. 24(1) à titre de mesure additionnelle permettant de réduire l'empiétement sur le rôle législatif du Parlement lorsqu'un tribunal doit accorder une réparation à l'égard d'une disposition inconstitutionnelle.

[50] Par ailleurs, il est reconnu depuis longtemps que les tribunaux, en accordant d'autres réparations telles la dissociation et l'interprétation large, risquent d'empiéter à tort sur le domaine législatif. Une réparation autre que l'invalidation peut sembler à première vue usurper à un moindre degré le rôle du législateur, mais constituer en réalité un empiétement injustifié. Notre Cour a ainsi souligné que, lorsqu'ils examinent les solutions de rechange à l'invalidation, les tribunaux doivent vérifier

whether the alternative being considered represents a lesser intrusion on Parliament's legislative role than striking down. Courts must thus be guided by respect for the role of Parliament, as well as respect for the purposes of the *Charter*: *Schachter*; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2. These principles apply with equal force to the proposed alternative remedy of the constitutional exemption. In this case, the effect of granting a constitutional exemption would be to so change the legislation as to create something different in nature from what Parliament intended. It follows that a constitutional exemption should not be granted.

[51] When a court opts for severance or reading in as an alternative to striking down a provision, it does so on the assumption that had Parliament been aware of the provision's constitutional defect, it would likely have passed it with the alterations now being made by the court by means of severance or reading in. For instance, as this Court noted in *Schachter*, the test for severance "recognizes that the seemingly laudable purpose of retaining the parts of the legislative scheme which do not offend the Constitution rests on an assumption that the legislature would have passed the constitutionally sound part of the scheme without the unsound part" (p. 697). If it is not clear that Parliament would have passed the scheme with the modifications being considered by the court — or if it is probable that Parliament would *not* have passed the scheme with these modifications — then for the court to make these modifications would represent an inappropriate intrusion into the legislative sphere. In such cases, the least intrusive remedy is to strike down the constitutionally defective legislation under s. 52. It is then left up to Parliament to decide what legislative response, if any, is appropriate.

[52] It follows that we must ask whether granting a constitutional exemption for a mandatory minimum sentence would represent a lesser intrusion on Parliament's legislative role than striking it down. In my view, the answer to this question is no, because allowing courts to grant constitutional

attentivement si elles représentent un empiètement moins grave que l'invalidation sur les fonctions du législateur. Dans le choix de la réparation, les tribunaux seront donc guidés par le respect du rôle du législateur et des objectifs de la *Charte* : *Schachter*; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2. Ces principes s'appliquent de la même façon à l'exemption constitutionnelle, la réparation proposée comme solution de rechange. En l'espèce, l'octroi d'une exemption constitutionnelle aurait pour effet de modifier la loi à tel point qu'elle serait d'une tout autre nature que celle voulue par le législateur. Il s'ensuit qu'une exemption constitutionnelle ne devrait pas être accordée.

[51] Lorsqu'un tribunal choisit la dissociation ou l'interprétation large plutôt que l'invalidation, il part du principe que, si le législateur avait su que la disposition était entachée d'un vice sur le plan constitutionnel, il l'aurait probablement édictée sous la forme modifiée que lui donne maintenant le tribunal en ayant recours à la dissociation ou à l'interprétation large. Par exemple, ainsi que notre Cour l'a fait remarquer dans *Schachter*, le critère applicable en cas de dissociation reconnaît que « l'objet apparemment louable du maintien des parties constitutionnelles de la loi repose sur la supposition que le législateur aurait adopté la partie constitutionnelle de la loi en question sans la partie inconstitutionnelle » (p. 697). S'il n'est pas clair que le législateur aurait édicté la disposition avec les modifications envisagées par le tribunal — ou s'il est probable qu'il *ne* l'aurait *pas* fait —, le tribunal empiéterait de façon injustifiée sur le domaine législatif en les introduisant. En pareil cas, la réparation qui constitue l'empiètement le moins grave consiste à invalider la disposition législative inconstitutionnelle, en application de l'art. 52. Il revient alors au législateur de décider quelle doit être la solution législative appropriée, le cas échéant.

[52] Il faut donc se demander si l'octroi d'une exemption constitutionnelle écartant l'application d'une peine minimale obligatoire constituerait un empiètement moins grave sur les fonctions du législateur que l'invalidation. À mon avis, tel n'est pas le cas, parce que permettre aux tribunaux d'accorder

exemptions for mandatory minimum sentences directly contradicts Parliament's intent in passing mandatory minimum sentence legislation.

[53] A constitutional exemption has the effect of conferring on judges a discretion to reject the mandatory minimum sentence prescribed by Parliament. The mandatory minimum applies, unless the judge concludes that its application constitutes unjustifiable cruel and unusual punishment and that it therefore should not apply.

[54] The intention of Parliament in passing mandatory minimum sentence laws, on the other hand, is to remove judicial discretion to impose a sentence below the stipulated minimum. Parliament must be taken to have specifically chosen to exclude judicial discretion in imposing mandatory minimum sentences, just as it was taken to have done in enacting the rape shield provisions struck down in *Seaboyer*. Parliament made no provision for the exercise of judicial discretion in drafting s. 236(a), nor did it authorize any exceptions to the mandatory minimum. There is no provision permitting judges to depart from the mandatory minimum, even in exceptional cases where it would result in grossly disproportionate punishment. Parliament has cast the prescription for the minimum four-year prison sentence here at issue in clear unambiguous terms. Parliament must be taken to have intended what it stated: that all convictions for manslaughter with a firearm would be subject to a mandatory minimum sentence of four years' imprisonment. The law mandates a floor below which judges cannot go. To permit judges to go below this floor on a case-by-case basis runs counter to the clear wording of the section and the intent that it evinces.

[55] In granting a constitutional exemption, a judge would be undermining Parliament's purpose in passing the legislation: to remove judicial

une telle exemption constitutionnelles contrecarre directement l'intention qu'avait le législateur en adoptant une disposition législative prescrivant une peine minimale obligatoire.

[53] L'exemption constitutionnelle a pour effet de conférer aux juges le pouvoir discrétionnaire de rejeter une peine minimale obligatoire prescrite par le législateur. La peine minimale s'applique, sauf si le juge conclut qu'elle constitue une peine cruelle et inusitée et qu'elle ne devrait donc pas être infligée.

[54] Or, en adoptant une disposition législative qui prescrit une peine minimale obligatoire, le législateur veut précisément retirer aux juges le pouvoir discrétionnaire d'infliger une peine inférieure à la peine minimale prescrite. Il faut tenir pour acquis que le législateur a expressément choisi de ne pas accorder de pouvoir discrétionnaire aux juges lorsqu'il a décidé de prescrire une peine minimale obligatoire, comme on a supposé qu'il l'avait choisi en édictant les dispositions sur la protection des victimes de viol qui ont été invalidées dans *Seaboyer*. Lorsqu'il a rédigé l'al. 236(a), le législateur n'a pas fait place à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire ni autorisé d'exception à la peine minimale prescrite. Aucune disposition n'autorise les juges à déroger à la peine minimale obligatoire, même dans les cas exceptionnels où elle entraînerait l'infliction d'une peine exagérément disproportionnée. Le législateur a prescrit la peine minimale de quatre ans d'emprisonnement dont il est question en l'espèce en termes clairs, non ambigus. Il faut présumer que le législateur voulait bel et bien ce qu'il a dit, à savoir que la peine minimale obligatoire soit de quatre ans d'emprisonnement dans tous les cas d'homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu. La loi prescrit un seuil de sévérité minimale de la peine, que les juges ne peuvent pas franchir. Permettre aux juges d'infliger, en fonction de chaque cas, une peine moins sévère, irait à l'encontre du libellé clair de l'article et de l'intention qu'il traduit.

[55] En accordant une exemption constitutionnelle, le juge contrecarrerait l'objectif visé par le législateur lorsqu'il a adopté la disposition

discretion and to send a clear and unequivocal message to potential offenders that if they commit a certain offence, or commit it in a certain way, they will receive a sentence equal to or exceeding the mandatory minimum specified by Parliament. The discretion that a constitutional exemption would confer on judges would violate the letter of the law and undermine the message that animates it.

[56] It is thus clear that granting a constitutional exemption from a mandatory minimum sentence law that results in an unconstitutional sentence goes directly against Parliament's intention. To allow constitutional exemptions for mandatory minimum sentences is, in effect, to read in a discretion to a provision where Parliament clearly intended to exclude discretion. If it would be inappropriate to read in such a discretion under s. 52, then necessarily it would be inappropriate to allow judges to grant constitutional exemptions having the same effect under s. 24(1). It cannot be assumed that Parliament would have enacted the mandatory minimum sentencing scheme with the discretion that allowing constitutional exemptions would create. For the Court to introduce such a discretion would thus represent an inappropriate intrusion into the legislative sphere.

[57] I conclude that these considerations are sufficient to exclude constitutional exemptions as an appropriate remedy for unconstitutional mandatory minimum sentences. In the absence of any provision providing for discretion, a court that concludes that a mandatory minimum sentence imposes cruel and unusual punishment in an exceptional case before it is compelled to declare the provision invalid.

(3) The Remedial Scheme of the Charter

[58] As I noted at the outset, remedies for breaches of the *Charter* are governed by s. 24(1)

législative : retirer leur pouvoir discrétionnaire aux juges et faire comprendre de façon claire et non équivoque aux contrevenants éventuels que, s'ils commettent une certaine infraction ou s'ils la commettent d'une certaine manière, ils se verront infliger une peine égale ou supérieure à la peine minimale obligatoire prescrite par le législateur. Le pouvoir discrétionnaire qu'une exemption constitutionnelle conférerait aux juges violerait la lettre de la loi et affaiblirait le message qui la sous-tend.

[56] Il est donc clair que l'octroi d'une exemption constitutionnelle écartant l'application d'une disposition législative prescrivant une peine minimale obligatoire parce que la peine qui en résulte est inconstitutionnelle contrecarre directement l'intention du législateur. Permettre de telles exemptions constitutionnelles a effectivement pour effet d'incorporer un pouvoir discrétionnaire dans une disposition de laquelle le législateur voulait manifestement exclure un tel pouvoir. Au même titre qu'il serait inopportun d'interpréter largement l'art. 52 et d'en conclure qu'il confère un pouvoir discrétionnaire, il serait aussi inopportun de permettre aux juges d'accorder, en vertu du par. 24(1), des exemptions constitutionnelles ayant le même effet. On ne saurait présumer que le législateur aurait édicté le régime de peine minimale obligatoire en l'assortissant du pouvoir discrétionnaire créé par les exemptions constitutionnelles. En incorporant un tel pouvoir discrétionnaire, la Cour empiéterait de façon injustifiée sur le domaine législatif.

[57] Je conclus que ces considérations suffisent pour exclure les exemptions constitutionnelles des réparations qui peuvent être accordées en cas d'inconstitutionnalité d'une peine minimale obligatoire. À défaut d'une disposition qui lui confère un pouvoir discrétionnaire, le tribunal qui conclut qu'une peine minimale obligatoire entraîne l'infliction d'une peine cruelle et inusitée dans un cas exceptionnel est tenu de déclarer invalide la disposition qui la prescrit.

(3) Le régime de réparation prévu par la Charte

[58] Comme je l'ai indiqué d'entrée de jeu, les réparations qui peuvent être accordées en cas de

of the *Charter* and s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

[59] When a law produces an unconstitutional effect, the usual remedy lies under s. 52(1), which provides that the law is of no force or effect to the extent that it is inconsistent with the *Charter*. A law may be inconsistent with the *Charter* either because of its purpose or its effect: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. Section 52 does not create a personal remedy. A claimant who otherwise has standing can generally seek a declaration of invalidity under s. 52 on the grounds that a law has unconstitutional effects either in his own case or on third parties: *Big M*; see also P. Sankoff, “Constitutional Exemptions: Myth or Reality?” (1999-2000), 11 *N.J.C.L.* 411, at pp. 432-34; M. Rosenberg and S. Perrault, “Ifs and Buts in Charter Adjudication: The Unruly Emergence of Constitutional Exemptions in Canada” (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 375, at pp. 380-82. The jurisprudence affirming s. 52(1) as the appropriate remedy for laws that produce unconstitutional effects is based on the language chosen by the framers of the *Charter*: see Sankoff, at p. 438.

[60] Section 24(1), by contrast, is generally used as a remedy, not for unconstitutional laws, but for unconstitutional government acts committed under the authority of legal regimes which are accepted as fully constitutional: see *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6. The acts of government agents acting under such regimes are not the necessary result or “effect” of the law, but of the government agent’s applying a discretion conferred by the law in an unconstitutional manner. Section 52(1) is thus not applicable. The appropriate remedy lies under s. 24(1).

violation de la *Charte* sont régies par les par. 24(1) de la *Charte* et 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[59] Lorsqu’une disposition produit un effet inconstitutionnel, la réparation relève habituellement du par. 52(1), qui prévoit que les dispositions incompatibles avec la *Charte* sont inopérantes. Une disposition peut être incompatible avec la *Charte* soit à cause de son objet soit à cause de son effet : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. L’article 52 ne crée pas un recours personnel. Un demandeur qui a par ailleurs qualité pour agir peut généralement solliciter une déclaration d’invalidité en application de l’art. 52 au motif qu’une disposition a des effets inconstitutionnels pour lui-même ou pour des tiers : *Big M*; voir également P. Sankoff, « Constitutional Exemptions : Myth or Reality? » (1999-2000), 11 *R.N.D.C.* 411, p. 432-434; M. Rosenberg et S. Perrault, « Ifs and Buts in *Charter* Adjudication : The Unruly Emergence of Constitutional Exemptions in Canada » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 375, p. 380-382. La jurisprudence selon laquelle le par. 52(1) est le recours approprié pour les dispositions qui ont des effets inconstitutionnels repose sur les termes choisis par les rédacteurs de la *Charte* : voir Sankoff, p. 438.

[60] Par contre, on a généralement recours au par. 24(1) pour accorder réparation non pas lorsque des dispositions législatives sont inconstitutionnelles, mais lorsque des actes gouvernementaux inconstitutionnels sont commis en vertu de régimes légaux reconnus comme parfaitement constitutionnels : voir *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6. Les actes des mandataires du gouvernement qui agissent en vertu de ces régimes ne sont pas le résultat ou l’« effet » obligatoire de la loi, mais plutôt du fait que les mandataires du gouvernement ont exercé d’une manière inconstitutionnelle le pouvoir discrétionnaire que leur conférait la loi. Le paragraphe 52(1) ne s’applique donc pas. Le recours approprié est prévu au par. 24(1).

[61] It thus becomes apparent that ss. 52(1) and 24(1) serve different remedial purposes. Section 52(1) provides a remedy for *laws* that violate *Charter* rights either in purpose or in effect. Section 24(1), by contrast, provides a remedy for *government acts* that violate *Charter* rights. It provides a personal remedy against unconstitutional government action and so, unlike s. 52(1), can be invoked only by a party alleging a violation of that party's own constitutional rights: *Big M; R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128. Thus this Court has repeatedly affirmed that the validity of laws is determined by s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, while the validity of government action falls to be determined under s. 24 of the *Charter*: *Schachter; R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81. We are here concerned with a *law* that is alleged to violate a *Charter* right. This suggests that s. 52(1) provides the proper remedy.

[62] It is argued that s. 24(1), while normally applicable to government acts, can also be used to provide a stand-alone remedy for the unconstitutional effects of mandatory minimum sentence laws. The wording of s. 24(1) is generous enough to permit this, it is argued, conferring a discretion on judges to grant "such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances".

[63] The jurisprudence of this Court allows a s. 24(1) remedy in connection with a s. 52(1) declaration of invalidity in unusual cases where additional s. 24(1) relief is necessary to provide the claimant with an effective remedy: *R. v. Demers*, [2004] 2 S.C.R. 489, 2004 SCC 46. However, the argument that s. 24(1) can provide a stand-alone remedy for laws with unconstitutional effects depends on reading s. 24(1) in isolation, rather than in conjunction with the scheme of the *Charter* as a whole, as required by principles of statutory and constitutional interpretation. When s. 24(1) is read in context, it becomes apparent that the intent of the framers of the Constitution was that it function

[61] Il devient donc évident que les par. 52(1) et 24(1) visent des objets réparateurs différents. Le paragraphe 52(1) offre une réparation lorsque des *dispositions législatives* violent des droits garantis par la *Charte*, que ce soit par leur objet ou par leur effet, tandis que le par. 24(1) offre un recours pour les *actes gouvernementaux* qui violent des droits garantis par la *Charte*. Il permet un recours personnel contre les actes gouvernementaux inconstitutionnels et, contrairement au par. 52(1), seule peut s'en prévaloir la partie qui allègue une atteinte à ses propres droits constitutionnels : *Big M; R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128. Notre Cour a répété à maintes reprises que la validité des lois relève de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, tandis que la validité des actes du gouvernement relève de l'art. 24 de la *Charte* : *Schachter; R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81. En l'espèce, il s'agit d'une *disposition législative* qui violerait un droit garanti par la *Charte*. Cela indique que la réparation appropriée est celle prévue au par. 52(1).

[62] On fait valoir que, s'il s'applique normalement aux actes gouvernementaux, le par. 24(1) peut également permettre d'accorder une réparation autonome pour les effets inconstitutionnels des dispositions législatives prescrivant une peine minimale obligatoire. Le libellé du par. 24(1) est assez large, prétend-on, pour permettre une telle réparation, puisqu'il confère aux juges le pouvoir discrétionnaire d'accorder « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ».

[63] La jurisprudence de notre Cour permet d'associer une réparation fondée sur le par. 24(1) à une déclaration d'invalidité prononcée en application du par. 52(1) dans les cas exceptionnels où la réparation additionnelle fondée sur le par. 24(1) est nécessaire pour accorder une réparation efficace au demandeur : *R. c. Demers*, [2004] 2 R.C.S. 489, 2004 CSC 46. Toutefois, pour soutenir que le par. 24(1) peut permettre une réparation autonome à l'égard d'une disposition législative ayant des effets inconstitutionnels, il faut interpréter ce paragraphe isolément plutôt que de le considérer au regard de l'ensemble de la *Charte*, ainsi que l'exigent les principes d'interprétation législative et constitutionnelle. Lorsque le

primarily as a remedy for unconstitutional government acts.

[64] The highly discretionary language in s. 24(1), “such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances”, is appropriate for control of unconstitutional acts. By contrast, s. 52(1) targets the unconstitutionality of laws in a direct non-discretionary way: laws are of no force or effect to the extent that they are unconstitutional.

[65] The presence of s. 52(1) with its mandatory wording suggests an intention of the framers of the *Charter* that unconstitutional laws are deprived of effect to the extent of their inconsistency, not left on the books subject to discretionary case-by-case remedies: see *Osborne, per Wilson J.* In cases where the requirements for severance or reading in are met, it may be possible to remedy the inconsistency judicially instead of striking down the impugned legislation as a whole: *Vriend; Sharpe*. Where this is not possible — as in the case of an unconstitutional mandatory minimum sentence — the unconstitutional provision must be struck down. The ball is thrown back into Parliament’s court, to revise the law, should it choose to do so, so that it no longer produces unconstitutional effects. In either case, the remedy is a s. 52 remedy that renders the unconstitutional provision of no force or effect to the extent of its inconsistency. To the extent that the law is unconstitutional, it is not merely inapplicable for the purposes of the case at hand. It is null and void, and is effectively removed from the statute books.

[66] As pointed out in *Seaboyer*, if the unconstitutional effects of laws are remediable on a case-by-case basis under s. 24(1), in theory all *Charter* violations could be addressed in this manner, leaving no role for s. 52(1). To meet this concern, it is suggested that s. 24(1) should only be used in the case of laws that usually produce constitutional

par. 24(1) est interprété dans son contexte, il devient manifeste que les rédacteurs de la Constitution voulaient qu’il constitue principalement un recours en cas d’actes gouvernementaux inconstitutionnels.

[64] Les termes du par. 24(1) qui confèrent un pouvoir discrétionnaire très étendu — « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances » — se prêtent au contrôle des actes inconstitutionnels. Par contre, le par. 52(1) cible l’inconstitutionnalité des dispositions législatives d’une manière directe et non discrétionnaire. Ces dispositions sont inopérantes dans la mesure où elles sont inconstitutionnelles.

[65] La présence du par. 52(1) et de son libellé obligatoire permet de croire que les rédacteurs de la *Charte* voulaient que les dispositions législatives inconstitutionnelles soient inopérantes dans la mesure de leur incompatibilité, et non qu’elles restent en vigueur sous réserve de l’octroi d’une réparation discrétionnaire accordée au cas par cas : voir *Osborne*, la juge Wilson. Lorsqu’il est satisfait aux conditions permettant la dissociation ou une interprétation large, les tribunaux peuvent corriger l’incompatibilité plutôt que d’invalider globalement la disposition contestée : *Vriend; Sharpe*. Lorsque cela n’est pas possible — comme c’est le cas pour une peine minimale obligatoire inconstitutionnelle —, la disposition inconstitutionnelle doit être invalidée. La question est renvoyée au législateur pour qu’il révise la loi, s’il décide de le faire, de sorte qu’elle n’ait plus d’effets inconstitutionnels. Dans les deux cas, la réparation accordée est celle prévue par l’art. 52 qui rend la disposition inconstitutionnelle inopérante dans la mesure de son incompatibilité. Dans la mesure où une disposition législative est inconstitutionnelle, elle n’est pas simplement inapplicable dans l’affaire en cause. Elle est inopérante et, de fait, retirée du corpus législatif.

[66] Comme la Cour l’a souligné dans *Seaboyer*, s’il est possible, en vertu du par. 24(1), de corriger au cas par cas les effets inconstitutionnels des dispositions législatives, on pourrait, en théorie, remédier ainsi à toutes les violations de la *Charte*, et le par. 52(1) n’aurait plus alors aucune raison d’être. Pour répondre à cette préoccupation, on suggère que le

results and only rarely produce an unconstitutional effect. The mandatory minimum sentence provision in s. 236(a) is said to be such a law. However one defines the “rare” case, discussed more fully below, the risk is that the role intended for s. 52(1) would be undermined and that laws that should be struck down — over-inclusive laws that pose a real risk of unconstitutional treatment of Canadians — would remain on the books, contrary to the intention of the framers of the *Charter*.

(4) The Rule of Law

[67] Constable Ferguson’s principal argument for constitutional exemptions, as we have seen, is an appeal to flexibility. Yet this flexibility comes at a cost: constitutional exemptions buy flexibility at the cost of undermining the rule of law.

[68] The principles of constitutionalism and the rule of law lie at the root of democratic governance: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217. It is fundamental to the rule of law that “the law must be accessible and so far as possible intelligible, clear and predictable”: Lord Bingham, “The Rule of Law” (2007), 66 *Cambridge L.J.* 67, at p. 69. Generality, promulgation, and clarity are among the essential elements of the “morality that makes law possible”: L. L. Fuller, *The Morality of Law* (2nd ed. 1969), at pp. 33-39.

[69] Constitutional exemptions for mandatory minimum sentence laws raise concerns related to the rule of law and the values that underpin it: certainty, accessibility, intelligibility, clarity and predictability.

[70] As noted in the last section, a constitutional exemption under s. 24(1) is a personal remedy. The remedy proposed by Constable Ferguson is thus distinct from a s. 52 remedy that reads in an

par. 24(1) ne soit utilisé que dans le cas des dispositions législatives qui produisent des résultats constitutionnels dans la plupart des cas, et n’ont que rarement un effet inconstitutionnel, ce qui serait censément le cas de l’al. 236a) qui prescrit une peine minimale obligatoire. Peu importe la définition que l’on donne du cas « rare », dont il sera traité davantage plus loin, il y a risque que le rôle que devait jouer le par. 52(1) se trouve affaibli et que des dispositions législatives qui devraient être invalidées — parce que leur portée excessive crée un véritable risque que des Canadiens reçoivent un traitement inconstitutionnel — demeurent en vigueur, contrairement à ce que voulaient les rédacteurs de la *Charte*.

(4) La primauté du droit

[67] Comme nous l’avons vu, le gendarme Ferguson invoque avant tout la souplesse pour justifier les exemptions constitutionnelles. Or, celle-ci a un prix. En effet, les exemptions constitutionnelles offrent la souplesse aux dépens de la primauté du droit.

[68] Les principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit sont à la base du gouvernement démocratique : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217. Un principe essentiel de la primauté de droit porte que [TRADUCTION] « le droit doit être accessible et, dans la mesure du possible, intelligible, clair et prévisible » : lord Bingham, « The Rule of Law » (2007), 66 *Cambridge L.J.* 67, p. 69. Le caractère général, la promulgation et la clarté font partie des éléments essentiels de la [TRADUCTION] « moralité qui rend le droit possible » : L. L. Fuller, *The Morality of Law* (2^e éd. 1969), p. 33-39.

[69] Les exemptions constitutionnelles à l’égard des dispositions qui prescrivent une peine minimale obligatoire suscitent des inquiétudes quant à la primauté du droit et aux valeurs qui la sous-tendent : la certitude, l’accessibilité, l’intelligibilité, la clarté et la prévisibilité.

[70] Comme nous l’avons vu dans la section précédente, l’exemption constitutionnelle accordée en vertu du par. 24(1) est un recours personnel. La réparation proposée par le gendarme Ferguson se

exception for a well-defined class of situations — as, for instance, the remedy in *Sharpe*. When a constitutional exemption is granted, the successful claimant receives a personal remedy under s. 24(1), but the law remains on the books, intact. As Wilson J. put it in *Osborne*, the legislation remains as enacted “in its pristine over-inclusive form” (p. 77). The mere possibility of such a remedy thus necessarily generates uncertainty: the law is on the books, but in practice, it may not apply. As constitutional exemptions are actually granted, the law in the statute books will in fact increasingly diverge from the law as applied.

[71] Constitutional exemptions from mandatory minimum sentences leave the law uncertain and unpredictable, as Le Dain J. pointed out in *Smith*. It is up to judges on a case-by-case basis to decide when to strike down a minimum sentence that is inconsistent with the *Charter*, and when to grant an individual exemption under s. 24(1). But the *Charter* is silent on how a judge should make this decision — the decision, literally, of whether the law stands or falls. In theory, all violations could be remedied under s. 24(1), leaving no role for s. 52(1). The only option would be to introduce a meta-rule as to when a s. 24(1) exemption is available and when a declaration of invalidity should be made under s. 52(1). How such a rule should be fashioned — where the line should be drawn — is far from clear. Constitutional exemptions, it is suggested, should be confined to laws that usually operate constitutionally and only occasionally result in constitutional violations. But how is the judge to decide whether the case before her is rare? The bright line required for constitutional certainty is elusive.

distingue donc d’une réparation accordée en application de l’art. 52 qui incorpore une exception pour une catégorie de situations bien définie — comme la réparation accordée dans *Sharpe*. Lorsqu’une exemption constitutionnelle est accordée, le demandeur obtient une réparation personnelle en vertu du par. 24(1), mais la disposition législative demeure intacte dans le corpus législatif. Ainsi que l’a dit la juge Wilson dans *Osborne*, la disposition législative reste en vigueur « dans sa version primitive de portée excessive » (p. 77). La simple possibilité qu’une telle réparation soit accordée crée forcément de l’incertitude : la disposition existe dans le corpus législatif, mais il se peut qu’elle ne s’applique pas, en pratique. À mesure que des exemptions constitutionnelles sont accordées, la disposition qui figure dans le corpus législatif divergera de plus en plus de la règle de droit appliquée.

[71] Les exemptions constitutionnelles en ce qui a trait aux peines minimales obligatoires créent de l’incertitude et de l’imprévisibilité ainsi que l’a souligné le juge Le Dain dans *Smith*. Il appartiendrait aux juges de décider, au cas par cas, quand invalider une peine minimale incompatible avec la *Charte* et quand accorder une exemption individuelle en application du par. 24(1). Or, la *Charte* ne précise pas comment un juge devrait prendre une telle décision — c’est-à-dire décider, littéralement, si la loi doit survivre ou non. En théorie, il serait possible de remédier à toutes les violations grâce au par. 24(1), ce qui ne laisserait aucune place pour l’application du par. 52(1). La seule option consisterait à mettre en application une règle prééminente précisant quand il est possible d’accorder une exemption en vertu du par. 24(1), et quand une déclaration d’invalidité devrait être prononcée en application du par. 52(1). La façon dont une telle règle devrait être formulée — la délimitation qui devrait être fixée — est loin d’être claire. On suggère que les exemptions constitutionnelles ne devraient être accordées qu’en ce qui a trait aux dispositions législatives qui s’appliquent de manière constitutionnelle dans la plupart des cas et qui n’entraînent que rarement une violation de la Constitution. Mais comment un juge peut-il décider si l’affaire dont il a été saisi est rare? La démarcation nette nécessaire pour qu’il y ait certitude constitutionnelle est difficile à tracer.

[72] The divergence between the law on the books and the law as applied — and the uncertainty and unpredictability that result — exacts a price paid in the coin of injustice. First, it impairs the right of citizens to know what the law is in advance and govern their conduct accordingly — a fundamental tenet of the rule of law. Second, it risks over-application of the law; as Le Dain J. noted in *Smith*, the assumed validity of the law may prejudice convicted persons when judges must decide whether to apply it in particular cases. Third, it invites duplication of effort. The matter of constitutionality would not be resolved once and for all as under s. 52(1); in every case where a violation is suspected, the accused would be obliged to seek a constitutional exemption. In so doing, it creates an unnecessary barrier to the effective exercise of the convicted offender's constitutional rights, thereby encouraging uneven and unequal application of the law.

[73] A final cost of constitutional exemptions from mandatory minimum sentence laws is to the institutional value of effective law making and the proper roles of Parliament and the courts. Allowing unconstitutional laws to remain on the books deprives Parliament of certainty as to the constitutionality of the law in question and thus of the opportunity to remedy it. Legislatures need clear guidance from the courts as to what is constitutionally permissible and what must be done to remedy legislation that is found to be constitutionally infirm. In granting constitutional exemptions, courts would be altering the state of the law on constitutional grounds without giving clear guidance to Parliament as to what the Constitution requires in the circumstances: Rosenberg and Perrault, at p. 391. Bad law, fixed up on a case-by-case basis by the courts, does not accord with the role and responsibility of Parliament to enact constitutional laws for the people of Canada.

[72] La divergence entre la disposition figurant dans le corpus législatif et la règle de droit appliquée — ainsi que l'incertitude et l'imprévisibilité qui en découlent — a pour conséquence de créer l'injustice. Premièrement, il y a atteinte au droit des citoyens de savoir d'avance ce que prévoit la loi et de se comporter en conséquence — un principe fondamental de la primauté du droit. Deuxièmement, une trop grande application de la loi risque de survenir. En effet, ainsi que l'a mentionné le juge Le Dain dans *Smith*, la présomption de validité de la loi peut avoir des effets préjudiciables sur les personnes déclarées coupables lorsque le juge doit décider s'il doit l'appliquer dans un cas particulier. Troisièmement, il y a ouverture à un dédoublement des efforts. La question de la constitutionnalité n'est pas tranchée une fois pour toute en application du par. 52(1); dans chaque cas où l'on soupçonne qu'il y a eu violation, l'accusé est obligé de demander une exemption constitutionnelle. Il en résulte un obstacle inutile à l'exercice efficace des droits constitutionnels d'un contrevenant déclaré coupable, ce qui encourage une application inégale de la loi.

[73] Enfin, les exemptions constitutionnelles à l'égard des dispositions prescrivant une peine minimale obligatoire porteraient atteinte à la valeur institutionnelle de l'action législative efficace et aux rôles véritables du législateur et des tribunaux. Permettre que des dispositions législatives inconstitutionnelles demeurent dans le corpus législatif empêche le législateur de savoir avec certitude si la disposition législative en cause est constitutionnelle et, partant, le prive de la possibilité de la corriger. Les assemblées législatives ont besoin que les cours de justice leur indiquent clairement ce qui est permis sur le plan constitutionnel et ce qui doit être fait pour corriger une loi jugée inconstitutionnelle. En accordant des exemptions constitutionnelles, les cours de justice modifieraient l'état du droit pour des motifs constitutionnels sans indiquer clairement au législateur ce que la Constitution exige dans les circonstances : Rosenberg et Perrault, p. 391. De mauvaises lois, auxquelles les cours de justice remédient au cas par cas, ne sont pas compatibles avec le rôle et la responsabilité du législateur d'édicter des règles législatives constitutionnelles pour le peuple canadien.

V. Conclusion

[74] I conclude that constitutional exemptions should not be recognized as a remedy for cruel and unusual punishment imposed by a law prescribing a minimum sentence. If a law providing for a mandatory minimum sentence is found to violate the *Charter*, it should be declared inconsistent with the *Charter* and hence of no force and effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[75] I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Does the mandatory minimum sentence prescribed by s. 236(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, constitute cruel and unusual punishment in the appellant's case, in violation of s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer the question.

3. If the answer to Question 2 is "no", does Canadian law recognize the availability of a constitutional exemption on a case-by-case basis from the statutory mandatory minimum sentence set out in s. 236(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46?

Answer: No.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: O'Brien Devlin MacLeod, Calgary.

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

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

V. Conclusion

[74] Je conclus que l'exemption constitutionnelle ne doit pas être reconnue comme un moyen de remédier à une peine cruelle et inusitée prévue par une disposition législative prescrivant une peine minimale. Une disposition législative prescrivant une peine minimale obligatoire jugée contraire à la *Charte* doit être déclarée incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[75] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

1. Infliger à l'appelant la peine minimale prévue à l'al. 236a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, équivaut-il à lui infliger une peine cruelle et inusitée interdite par l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Si la réponse à la deuxième question est négative, le droit canadien permet-il d'écarter, dans un cas donné, sur le fondement de la Constitution, la peine minimale prévue à l'al. 236a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46?

Réponse : Non.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : O'Brien Devlin MacLeod, Calgary.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Sainte-Foy.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

2013 CarswellOnt 18744

Ontario Superior Court of Justice

R. v. Furukawa Electric Co.

Please see in particular paras. 1-2

2013 CarswellOnt 18744, 112 W.C.B. (2d) 289

Her Majesty the Queen v. Furukawa Electric Co. Ltd

M. Linhares de Sousa J.

Heard: April 4, 2013

Judgment: April 4, 2013

Docket: Ottawa CR-13-13086

Counsel: B. Peres, J. Marshall, for Federal Crown
J.K. Wright, S. Friedman, for Defendant

Subject: Corporate and Commercial; Criminal

Headnote

Commercial law --- Trade and commerce — Competition and combines legislation — Competition offences and reviewable practices — Bid-rigging

Sentencing — Accused company engaged in bid-rigging for product of electrical boxes — Accused company pleaded guilty to charge under [s. 47\(2\) of Competition Act](#) — Parties made joint submission on sentence — Accused company fined \$5,000,000 — Criminal conduct was kept secret and carried on outside of Canada, in various locations where it was unlikely to have been discovered — Accused company was large, sophisticated multinational corporation that had been in existence for substantial amount of time — Accused company was active participant in complex scheme, which involved planning and organization, as well as consciousness to conceal activity — Accused company came forward voluntarily to take responsibility and resolve its liabilities — Accused company had instituted corporate compliance program to reduce likelihood of subsequent offence being committed — Joint submission was not contrary to public interest and would not have brought administration of justice into disrepute.

Table of Authorities**Cases considered by M. Linhares de Sousa J.:**

R. v. Armco Canada Ltd. (1975), 8 O.R. (2d) 573, 24 C.C.C. (2d) 147, 19 C.P.R. (2d) 273, 1975 CarswellOnt 396 (Ont. H.C.) — followed

R. v. Canadian General Electric Co. (1977), 2 B.L.R. 230, 35 C.P.R. (2d) 210, 1977 CarswellOnt 51 (Ont. H.C.) — followed

R. v. Maxzone Auto Parts (Canada) Corp. (2012), 418 F.T.R. 256 (Eng.), 2012 CarswellNat 3686, 2012 FC 1117, 2012 CF 1117, 2012 CarswellNat 5058 (F.C.) — followed

Statutes considered:

Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34

Generally — referred to

s. 47(2) — considered

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

s. 718 — considered

s. 718.21 [en. 2003, c. 21, s. 14] — considered

SENTENCING of accused company following guilty plea to charge of bid-rigging.

M. Linhares de Sousa J., (Orally):

1 First of all, I have accepted a guilty plea on one count on the indictment, to the charge under the former subsection 47(2) of the *Competition Act*, and it is my duty to impose an appropriate sentence in view of the plea that has been accepted.

2 The starting point of any sentence, of course, is the consideration of the offence itself. The offence is one of bid-rigging under 47 (2) of the *Competition Act*. It can be considered serious criminal conduct, first of all, when looking at the potential sentence upon conviction. It's certainly an indication that Parliament has taken it seriously. There is a potential for an uncapped fine under that section, and the particular subsection in question provided potential of five years incarceration, and I think that in itself indicates how serious the offence is to be taken. Since that time, of course, the potential incarceration has increased to 14 years, but it's not relevant to this case.

3 It's also a serious offence from the point of view of the proper regulation of trade and commerce which, in reading the objectives of the *Competition Act*, are what is being targeted here.

4 The second consideration, of course, are the general sentencing principles that one finds in section 718 of the *Criminal Code*. There are six principles enunciated there and of particular import to this case are the principles of denunciation and deterrence, both specific and general, which is also identified in the jurisprudence that counsel have provided me with. I refer in particular to the decision of Mr. Justice Learner in the case of *R. v. Armco Canada Ltd.* and nine other corporations, number 2, which is reported at [1975] O.J. No. 2324 (Ont. H.C.). Mr. Justice Learner indicated at paragraph 2 the punishment: "The punishment must be such as in the circumstances will act as a deterrent to these defendants that they will be discouraged from ever attempting to conspire or engage in this kind of criminality again. Furthermore, the penalties should be such as to act as a deterrent to others who might venture into the area of business activities that have the effect of doing the things charged in this indictment."

5 The same principle was identified by Mr. Justice Pannell in the decision that's at tab 5 of the book of authorities provided by counsel, *R. v. Canadian General Electric Co.* [1977 CarswellOnt 51 (Ont. H.C.)], at paragraph 4. Mr. Justice Learner further stated at paragraph 4 that the: "The number of prosecutions resulting in many convictions has lead courts to state that the penalties must not amount to a mere license fee to continue to carry on illegal practices by those defendants enjoying substantial financial resources. Some courts state in another way that is the fine should have some salutary affect more substantial than, speaking colloquially, being a slap on the wrist for the particular offender."

6 This last paragraph that I've cited is of particular concern here because the joint submission on sentencing is for a fine to be imposed.

7 The third considerations that the Court must take into account are the details of the offence itself. It includes a consideration of both the aggravating and the mitigating circumstances of this case. This analysis also brings into consideration the other sentencing principles that are enunciated in [section 718.21 of the *Criminal Code*](#), particularly as it relates to organizations as is the accused.

8 The details of the offence and how it was carried out has been outlined in the prosecution sentencing submissions as well as in the admissions that were filed as Exhibit number 1. It is essentially an offence to rig bids for a product of electrical boxes. The rigged bids were arrived at by agreements and were submitted and were not known to the company seeking the tenders, with the result of sales of the relevant products and related to total volume of commerce.

9 The criminal conduct in question was kept secret and carried outside of Canada, in various locations where it would be unlikely to be discovered.

10 The aggravating factors from the circumstances of this offence are also highlighted in the submissions of the prosecution. Briefly it indicated that the accused is a large sophisticated multinational corporation that has been in existence for a substantial amount of time. Its role in the conduct in question was significant to allowing the illegal activity to take place. The accused was an active participant in the scheme, which was complex. It involved planning and organization, as well as the consciousness to conceal the activity. The scope of the financial and commercial activity that it touched is also significant.

11 In addition to the aggravating factors, the Court must consider the mitigating factors and there are a number of them here. Firstly is that the company came forward voluntarily to take responsibility and to resolve its liabilities. The prosecution has provided the details of the leniency program under which this was done. It has indicated that the accused was the first in in the Leniency Program, that the accused has cooperated with the Competition Bureau which has made this prosecution possible against it and against other parties.

12 In considering the other sentencing principles found in [section 718.21](#), the submissions of the prosecution have indicated that, with respect to any advantage realized by the organization as a result of the offence, it has indicated that information on that is not substantial in this case and has indicated that it would require an evidentiary inquiry beyond the scope of these proceedings, and I'm also cognizant of defence counsel submissions on this point.

13 With respect to the degree of planning involved in carrying out the offence and complexity of the offence, I've already made reference to that in my discussion of the aggravating factors.

14 Whether the organization has attempted to conceal its assets or convert them in order to show that it is not able to pay a fine or make restitution, there is no evidence, as the prosecution points out, that this has in any way been done.

15 With respect to the impact that the sentence would have on the economic liability of the organization and the continued employment of its employees, the prosecution position is that there is no evidence that the company would suffer as a result of the suggested fine.

16 With respect to the cost of the public authorities of the investigation and prosecution of the offence, the cooperation of the company which is a substantial mitigating factor, has certainly assisted in this process.

17 With respect to any regulatory penalties imposed on the organization or one of the representatives, again, there is no evidence of any regulatory penalties.

18 With respect to whether the organization was or any of its representatives who were involved in the commission of the offence were convicted of similar offence, there is no evidence of that and defence counsel has also made submissions on this.

19 Any penalty imposed by the organization on the representative for their role in the commission of the offence, there is no evidence on this.

20 With respect to any restitution that the organization is ordered to make or any amount that the organization has paid to a victim of the offence, there is no evidence with respect to any restitution in relation to the offences.

21 With respect to any measures that the organization has taken to reduce the likelihood of its committing a subsequent offence, I am informed, and this is clearly a mitigating factor, that Furukawa has instituted a corporate compliance program to reduce the likelihood of a subsequent offence being committed.

22 There's also to consider in mitigation the plea which is the reflection of remorse.

23 The final consideration is proportionality and the submission indicates that one of the coconspirators with respect to this conduct has received immunity from another section of the Leniency Program.

24 I now consider the fact that I do have a joint submission before me and, as was clearly pointed out by Mr. Justice Crampton and has been established in other jurisprudence as well, the decision of Mr. Justice Crampton is *R. v. Maxzone Auto Parts (Canada) Corp.* reported at [2012] F.C.J. No. 1206 (F.C.). Mr. Justice Crampton recognize that in the face of a joint submission, the Court should be persuaded to accept a joint submission and not to deviate from it unless it was of the mind and came to the conclusion that the joint submission was contrary to the public interest or brought the administration into disrepute.

25 With respect to the joint submission on the fine in question, the joint submissions, or the written submissions of the prosecution have explained the nature of the arithmetical formula by which the fines are generally calculated. The prosecution has also explained how this fine was arrived at. This was complimented by the defence submissions and it is largely informed by a volume of commerce affected by the conduct charged, as explained in the submission. Both counsels have also explained how the fine is slightly higher, well substantially higher than the usual formula.

26 All of this leads me to the conclusion that, in view of the fact of the joint submission, in the circumstances of this case as it relates to the sentencing principles outlined earlier, including both the aggravating and substantial mitigating factors, I'm satisfied that the proposal of the joint sentence for 5,000,000 Canadian dollars is an appropriate sentence. It is not contrary to the public interest and would not bring the administration of justice into disrepute.

27 I, therefore, accept it and I impose on the accused a fine of 5,000,000 Canadian dollars to be paid within 30 days of today's date. Those are my reasons.

M. Linhares de Sousa J.:

28

COURT REGISTRAR: Will the victim surcharge apply in this case?

THE COURT: Counsel has submissions on that?

MS. PERES: I don't think we would propose that the victim fine surcharge be paid....

THE COURT: I'm sorry.

MS. PERES: I don't think we would propose to ask that the victim fine surcharge be paid in this case.

THE COURT: I usually have to have a reason as to why it shouldn't be imposed.

MR. WRIGHT: I'm taken a little bit by surprise. Consistent with the agreement on the joint recommendation as to the fine, it was all inclusive, taking account all considerations. There was no discussion that on top of that there should be a surcharge and I would say that in the circumstances, it would be appropriate not to have a surcharge.

THE COURT: Anything further?

MS. PERES: I'm sorry, I was conferring with my colleague, here. I would just say that we hadn't discussed the victim fine surcharge. You know, in terms of the protection of the people who may have been victims to this, there are presumably going to be class actions at some point, that will implicate those people, at which point that may be something that can be addressed in that way. I'm just surmising that. That wasn't part of the discussions that we had about the quantum of the fine.

THE COURT: In view of the magnitude of the fine and how the fine was arrived at, as indicated in your submissions, I'm going to exercise my discretion and not impose the victim surcharge.

COURT REGISTRAR: Thank you. And could I have the contact of who will be signing on behalf of the company?

MR. WRIGHT: That will be me. I'll be signing for the company.

COURT REGISTRAR: All right. I'll just need that on the paperwork when we're finished.

THE COURT: Yes. The company's represented by counsel.

COURT REGISTRAR: Yes. Sometimes they send the CEO as agent.

Order accordingly.

R.M.G. Appellant

v.

Her Majesty The Queen RespondentINDEXED AS: **R. v. G. (R.M.)**

File No.: 24709.

1996: June 20; 1996: October 3.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Trial — Charge to jury — Sexual assault — Defence denying assault and providing both reasons for possible fabrication of accusation and an alibi to some alleged incidents — Trial judge charging jury only with issue of who perpetrated assault — On objection, jury recharged on whether an assault occurred and then on the issue of who perpetrated the alleged assault — Whether charge and recharge adequately dealt with theory of defence.

Trial — Exhortation to jury — Jury hung — Trial judge urging jury to consider the public expense of a new trial, the inconvenience to all participants, the hardship to the accused and the complainant and suggesting that the minority might want to reconsider what the majority were saying — Guilty verdict rendered short time later — Whether exhortation objectionable or improper.

Trial — Verdict — Standard for setting aside verdict — Whether standard with respect to exhortation should be any ground there was a miscarriage of justice (s. 686(1)(a)(iii)) or whether it should focus on whether an error of law was committed (s. 686(1)(a)(ii)) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 686(1)(a)(ii), (iii).

The trial judge in a criminal trial dealing with the alleged sexual assault by a stepfather of his minor stepdaughter first charged the jury that the sole issue before them was whether the accused was the perpetrator of the alleged assault. Counsel for the defence objected to the

Please see in particular para. 13

c.

Sa Majesté la Reine IntiméeRÉPERTORIÉ: **R. c. G. (R.M.)**

N° du greffe: 24709.

1996: 20 juin; 1996: 3 octobre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Procès — Exposé au jury — Agression sexuelle — Défense niant l'existence d'une agression et soumettant deux raisons à l'appui d'une possibilité de fabrication d'accusation et un alibi relatif à certains épisodes allégués — Exposé du juge du procès au jury ne portant que sur la question de l'auteur de l'agression — À la suite d'une opposition, nouvel exposé au jury sur la question de l'existence d'une agression et, ensuite, sur la question de l'auteur de l'agression alléguée — L'exposé au jury et le nouvel exposé qui a suivi ont-ils traité adéquatement la thèse de la défense?

Procès — Exhortation au jury — Jury dans l'impasse — Juge du procès pressant le jury de tenir compte des dépenses de fonds publics qui seraient occasionnées par un nouveau procès, des inconvénients qui seraient causés à tous les participants, des difficultés qui en résulteraient pour l'accusé et la plaignante, et laissant entendre que les jurés minoritaires pourraient vouloir réexaminer les propos des jurés majoritaires — Verdict de culpabilité rendu peu après — L'exhortation était-elle répréhensible ou incorrecte?

Procès — Verdict — Norme applicable pour annuler un verdict — La norme applicable à l'exhortation devrait-elle consister à déterminer si, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire (art. 686(1)(a)(iii)) ou consister à se demander si une erreur de droit a été commise (art. 686(1)(a)(ii))? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(ii), (iii).

Dans une affaire criminelle portant sur une agression sexuelle qu'un beau-père aurait commise sur sa belle-fille mineure, le juge du procès a d'abord donné au jury la directive selon laquelle la seule question qu'il avait à trancher était de savoir si l'accusé était l'auteur de

charge to the jury. The defence had argued during trial that the alleged incidents had been fabricated or imagined by the complainant who saw her environment as being unduly strict and who wanted to live with her natural father. An alibi was also put forward suggesting that the accused was not present when some of the alleged incidents took place. The trial judge recharged the jury instructing them that they had first to determine whether a sexual assault had in fact occurred.

The jury deliberated and the next day sent the judge a message that they had reached an impasse. The trial judge recalled them and urged them to consider the public expense of a new trial, the inconvenience which a new trial would cause to all participants and the hardship to the accused and the complainant that a new trial would engender and suggested that the minority might want to reconsider what the majority were saying. The jury returned a guilty verdict 15 minutes later. The verdict was upheld on appeal.

The issues argued before this Court dealt with: (1) the adequacy of the charge and subsequent recharge as they dealt with the theory of the defence; (2) the appropriateness and propriety of the exhortation to the jury; and (3) the standard to be applied in setting aside the verdict.

Held (L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: In the course of giving directions to a jury, the trial judge must outline the defence theory and refer the jury to its essential elements in a way that will ensure the jury's proper appreciation of the evidence. The original charge clearly took away the defence as it assumed that the sexual assault had occurred. The test for review in a recharge must be whether there is a reasonable possibility that the trial judge's erroneous instruction may have misled the jury. Here, the recharge was sufficient to rectify the error committed in the original charge.

The sole task of a jury is to reach a verdict based exclusively on the evidence presented. The sturdy independence of jurors may be overcome and unanimity compelled by a judge's suggesting irrelevant factors for consideration or by a judge's exerting unwarranted pressure. In those circumstances, the verdict may no longer

l'agression alléguée. L'avocat de la défense s'est opposé à cette directive au jury. La défense avait fait valoir, au cours du procès, que les incidents allégués avaient été inventés ou imaginés par la plaignante, qui jugeait son environnement trop strict et souhaitait aller vivre avec son père biologique. On avait également soumis un alibi indiquant que l'accusé était absent lorsque certains épisodes en question seraient survenus. Le juge du procès a fait un nouvel exposé aux jurés, dans lequel il leur a dit qu'ils devaient d'abord déterminer si une agression sexuelle avait effectivement été commise.

Les jurés ont délibéré et, le lendemain, ils ont fait parvenir au juge un message indiquant qu'ils étaient dans l'impasse. Le juge du procès les a rappelés et les a pressés de tenir compte des dépenses de fonds publics qui seraient occasionnées par un nouveau procès, des inconvénients qui seraient causés à tous les participants, des difficultés qui en résulteraient pour l'accusé et la plaignante, et a laissé entendre que les jurés minoritaires pourraient vouloir réexaminer les propos des jurés majoritaires. Quinze minutes plus tard, les jurés rendaient un verdict de culpabilité qui a été confirmé en appel.

Les questions débattues devant notre Cour concernaient (1) le caractère adéquat de l'exposé au jury et du nouvel exposé qui a suivi relativement à la thèse de la défense, (2) le caractère approprié et la justesse de l'exhortation au jury, et (3) la norme à appliquer pour annuler le verdict.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Lorsqu'il donne des directives au jury, le juge du procès doit résumer la thèse de la défense et en mentionner les éléments essentiels de façon à permettre au jury de bien apprécier la preuve. Dans son premier exposé au jury, le juge du procès a nettement écarté l'argument de la défense, étant donné qu'il a tenu pour acquis qu'il y avait eu agression sexuelle. Le critère d'examen d'un nouvel exposé doit être de savoir s'il existe une possibilité raisonnable que la directive erronée du juge du procès ait induit le jury en erreur. En l'espèce, le nouvel exposé était suffisant pour corriger l'erreur commise dans le premier exposé.

Le jury a pour unique tâche de parvenir à un verdict fondé exclusivement sur la preuve présentée. L'indépendance résolue des jurés peut être ébranlée et leur unanimité forcée par le juge qui leur propose de prendre en considération des facteurs non pertinents ou qui exerce sur eux une pression injustifiée. Dans ces circonstances,

be based on a reasoned approach to the evidence. The exhortation given to an apparently deadlocked jury must therefore be delicately balanced and carefully crafted and must encourage the jurors to endeavour to reach a verdict by reasoning together. The purpose of the exhortation is to assist the process of deliberation, not to influence the content of the jury's discussion. To suggest that a deadlocked jury take into account factors such as the expense, and the inconvenience occasioned by a new trial, or the hardship caused to the participants when a trial is left unresolved, or to consider carefully only the position of the majority and not the minority, introduces pressures and factors which are completely irrelevant to the jurors' duties and therefore inappropriate in an exhortation.

The following principles can be derived from the jurisprudence. (1) Pursuant to their oath, jurors must endeavour to render a verdict based upon the evidence which has been adduced before them. (2) The strength and genius of trial by jury is that members of the community reason together to reach a verdict based solely upon the evidence. (3) A jury must therefore be allowed to deliberate without any form of pressure being imposed upon them. (4) If a jury has apparently reached an impasse, any exhortation should avoid introducing factors which are extraneous and irrelevant to the task of reaching a verdict, and should not encourage a juror, by referring to these factors, to abandon an honestly held view of the evidence. The exhortation must not interfere with the right of jurors to deliberate in complete freedom uninfluenced by extraneous pressure. (5) A juror should not be encouraged or exhorted to change his or her mind simply for the sake of conformity. (6) A deadline for reaching a verdict should not be imposed and a jury should never be rushed into returning a verdict.

The reference to expense and inconvenience should not have been referred to in the exhortation. It introduced an irrelevant, extraneous factor into the jury's deliberations and was coercive in that it would make the minority feel that they had to agree with the majority. This factor is a significant one and would influence a juror to disregard the oath and arrive at a verdict based on factors other than the evidence produced during the trial. The error could not be cured and was sufficient in itself to warrant a new trial. Other aspects of this exhortation lead to the same result.

il se peut que le verdict ne soit plus fondé sur une façon raisonnée d'aborder la preuve. L'exhortation adressée à un jury qui paraît être dans l'impasse doit donc être finement dosée et soignée, et doit encourager les jurés à s'efforcer de rendre un verdict en raisonnant ensemble. L'exhortation a pour objet d'aider le jury dans ses délibérations et non pas d'influer sur le contenu de ses discussions. Proposer que les membres d'un jury dans l'impasse prennent en considération des facteurs comme le coût et les inconvénients d'un nouveau procès, ou les difficultés qu'un procès inachevé causerait aux participants, ou encore qu'ils n'examinent attentivement que le point de vue de la majorité et non celui de la minorité, fait intervenir des pressions et des facteurs qui n'ont absolument rien à voir avec les fonctions de juré et qui n'ont donc pas leur place dans une exhortation.

Les principes suivants peuvent être dégagés de la jurisprudence. (1) Conformément à leur serment, les jurés doivent s'efforcer de rendre un verdict fondé sur la preuve qui leur a été soumise. (2) Le procès devant jury tire sa force et son mérite du fait que des membres de la collectivité raisonnent ensemble dans le but de parvenir à un verdict fondé uniquement sur la preuve. (3) Le jury doit donc pouvoir délibérer sans être soumis à aucune forme de pression. (4) Dans le cas où un jury est apparemment dans l'impasse, toute exhortation doit éviter de faire intervenir des considérations extérieures qui n'ont rien à voir avec la tâche de parvenir à un verdict, et d'encourager un juré à abandonner sa perception sincère de la preuve, en faisant référence à ces considérations. L'exhortation ne doit pas empiéter sur le droit des jurés de délibérer en toute liberté sans être influencés par des pressions extérieures. (5) Un juré ne doit pas être encouragé ou exhorté à changer d'avis par simple souci de conformité. (6) Aucune échéance pour parvenir à un verdict ne doit être imposée et le jury ne doit jamais être pressé de rendre son verdict.

Le coût et les inconvénients n'auraient pas dû être mentionnés dans l'exhortation. Cette mention a introduit un facteur extérieur et non pertinent dans les délibérations du jury, et elle était coercitive en ce sens qu'elle faisait sentir aux jurés minoritaires qu'ils devaient se mettre d'accord avec la majorité. C'est un facteur important qui inciterait un juré à faire abstraction du serment prêté et à rendre un verdict fondé sur des considérations autres que la preuve soumise au procès. L'erreur commise ne pouvait pas être corrigée et elle était suffisante en soi pour justifier un nouveau procès. D'autres aspects de cette exhortation mènent à la même conclusion.

The reference to a possible benefit accruing to the accused and witnesses if a verdict could be reached has been correctly disapproved. With respect to the complainant, such a reference may encourage what could be an inappropriate sympathetic influence into the reasoning process of the jurors, particularly at this stage of the proceedings. With regard to the accused, the reference may be misleading since a guilty verdict as a result of the exhortation is not in the accused's best interest.

The mere suggestion that a juror should listen to fellow jurors may not be, in itself, improper. No suggestion should be made, however, that a juror should abandon his or her honestly held view in favour of the majority position. Such a direction could well be construed as an encouragement to the dissentient minority to fall in with the majority while continuing to disagree with their views. A trial judge would better avoid putting the situation in confrontational terms of opposing sides and instead appeal to the individual jurors to once again reason together. Any such a suggestion must state that both sides should listen to each other and consider the opinions of others.

The twice repeated reminder by the trial judge that the jurors should not betray their oath may have reduced the effect of the erroneous exhortation. Nonetheless, the cumulative effect of the errors would have had a coercive effect upon the jurors. The speed with which the jury reached its verdict after the exhortation clearly indicated the significance the jury attached to the trial judge's exhortation and demonstrated a coercive impact on the minority who had obviously been unmoved by the majority's arguments.

Errors of law made in the course of an exhortation should be treated no differently from errors committed in any other part of the instructions to the jury, or during the trial. Not every improper reference in an exhortation will lead to a new trial. Instead, the exhortation must be viewed as a whole and in the context of the proceedings. The length of the deliberations, the nature of the question asked by the jury, and the length of the deliberations following the exhortation are all relevant. In considering all of these factors, an appellate court must determine whether there is a reasonable possibility that the impugned statements either coerced the jury or interfered with its right to deliberate in complete freedom from extraneous considerations or pressures, or caused a juror to concur with a view that he or she did not truly

La mention d'un avantage que pourraient éventuellement tirer l'accusé et les témoins si un verdict pouvait être prononcé a été désapprouvée à juste titre. En ce qui concerne le plaignant, une telle mention peut incorrectement susciter un sentiment de sympathie dans le processus de raisonnement des jurés, particulièrement à ce stade des procédures. Quant à l'accusé, la mention peut être trompeuse, étant donné qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'accusé qu'un verdict de culpabilité résulte de l'exhortation.

Il n'est peut-être pas incorrect en soi de suggérer simplement qu'un juré écoute des collègues jurés. Cependant, il n'y a pas lieu de suggérer qu'un juré abandonne, en faveur de l'opinion de la majorité, son point de vue sincère. Une telle directive pourrait bien être interprétée comme un encouragement apporté à la minorité dissidente à se rallier à la majorité tout en continuant d'être en désaccord avec elle. Il serait préférable que le juge du procès évite de présenter la situation comme une confrontation entre parties opposées et qu'il invite plutôt chacun des jurés à poursuivre le raisonnement avec les autres. Une telle invitation doit préciser que les deux côtés devraient s'écouter mutuellement et examiner leurs opinions respectives.

Le fait que le juge du procès a rappelé, à deux reprises, aux jurés qu'ils ne devaient pas manquer à leur serment peut avoir réduit l'incidence de l'exhortation fautive. Néanmoins, les erreurs commises auraient eu un effet cumulatif coercitif sur les jurés. La rapidité avec laquelle le jury est arrivé à son verdict après l'exhortation indique clairement l'importance que le jury a accordée à cette exhortation et démontre qu'elle a eu un effet coercitif sur la minorité qui était manifestement demeurée insensible aux arguments de la majorité.

Les erreurs de droit commises dans une exhortation ne doivent pas être traitées d'une façon différente des erreurs de droit commises dans toute autre directive au jury ou pendant le procès. Toute mention incorrecte dans une exhortation n'entraînera pas nécessairement un nouveau procès. Il faut plutôt considérer l'exhortation dans son ensemble et dans le contexte des procédures. La durée des délibérations, la nature de la question posée par le jury et la durée des délibérations après l'exhortation sont toutes pertinentes. Lors de l'examen de tous ces facteurs, la cour d'appel doit déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que les mentions contestées aient eu un effet coercitif sur le jury ou empêché sur son droit de délibérer tout à fait librement, en l'absence de considérations ou de pressions extérieures, ou

hold. A suggested form that an exhortation might take was set out.

The trial judge clearly committed errors of law and the accused is entitled to a new trial. Since the exhortation may have improperly coerced the jury to reach a verdict, the verdict would not necessarily have been the same absent the error. The curative provision of s. 686(1)(b)(iii) could therefore not be applied.

Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. (dissenting): The goal of an exhortation should be to encourage the jurors, if at all possible, to strive to reach an agreement. Jurors should not take into consideration extraneous factors in rendering their judgment and a trial judge should not ask them to. The jury, and the jury alone, is to come to a verdict based solely on the strength of the evidence.

The appellate courts should treat an exhortation in a manner similar to that for reviewing charges to the jury and should refrain from interfering absent a clear error bringing the validity of the verdict into question. An exhortation is not an inflexible blueprint but rather must be tailored to a particular jury. Its nature will depend on a number of factors, including the length and complexity of the trial and the events that warranted the trial judge's attention. The effect of the entire exhortation, as opposed to one particular reference, should be considered in determining whether an exhortation was coercive.

The reference to the expense of trials, even when noted as not being a particularly important factor, is generally best avoided. References of this sort might suggest that the jury should consider something other than the evidence before it. Such reference is not automatically an error of law and whether it is fatal depends very much upon the circumstances. It is not *prima facie* coercive in that it is generally neutral and does not ask the jury to convict.

With regard to the reference that a verdict might be of benefit to both the accused and to the complainant, it was inconsequential and in the middle of a lengthy exhortation. It could not be said to have influenced the jury's deliberative process. This factor has only been found to prejudice the jury's deliberative process when

encore qu'elles aient amené un juré à souscrire à un point de vue qu'il ne partageait pas vraiment. Un modèle d'exhortation a été suggéré.

Le juge du procès a clairement commis des erreurs de droit et l'accusé a droit à un nouveau procès. Étant donné que l'exhortation a pu contraindre irrégulièrement le jury à parvenir à un verdict, le verdict n'aurait pas nécessairement été le même en l'absence de l'erreur commise. La disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) ne pouvait donc pas s'appliquer.

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier (dissidents): L'exhortation devrait viser à encourager les jurés à faire tout leur possible pour parvenir à un accord. Les jurés ne doivent prendre en considération aucun facteur extérieur en rendant leur jugement, et le juge du procès ne doit pas leur demander de le faire. Il appartient au jury, et au jury seul, de parvenir à un verdict sur la seule foi de la preuve présentée.

Les cours d'appel devraient traiter une exhortation de la même manière qu'elles examinent les exposés au jury et elles devraient s'abstenir d'intervenir en l'absence d'une erreur manifeste qui met en question la validité du verdict. Une exhortation ne doit pas s'inspirer d'un modèle rigide, mais doit plutôt être adaptée au jury en présence. Sa nature dépendra d'un certain nombre de facteurs, dont la durée et la complexité du procès, ainsi que des événements qui méritaient l'attention du juge du procès. Pour déterminer si une exhortation est coercitive, il y a lieu de tenir compte de l'effet de toute l'exhortation, et non pas d'un seul élément particulier.

En général, il vaut mieux éviter de mentionner le coût des procès, même si on prend soin de souligner que ce n'est pas là un élément particulièrement important. Une telle mention pourrait porter à croire que le jury doit prendre en considération autre chose que la preuve qui lui a été présentée. Elle ne constitue pas automatiquement une erreur de droit et ce sont les circonstances qui détermineront en grande partie si elle est fatale ou non. Pareille mention n'a pas, à première vue, d'effet coercitif étant donné qu'elle est généralement neutre et ne consiste pas à demander au jury de rendre un verdict de culpabilité.

La mention que le prononcé d'un verdict pourrait être avantageux tant pour l'accusé que pour la plaignante était sans conséquence et se trouvait au milieu d'une longue exhortation. On ne pouvait dire qu'elle avait eu une influence sur les délibérations du jury. Ce n'est que dans les cas où ce facteur a été indûment souligné ou

it has been unduly highlighted or repeated in such a way as to cause sympathy for one of the parties.

The final impugned reference regarded the trial judge's instructions that the minority should listen to the majority. An accused's fair trial interest is only compromised when the trial judge's instruction indicates or implies that the minority should conform its view to that of the majority. Every reference to the minority will not achieve this effect. Each statement should be considered in its proper context and should be examined for its potential effect. Here, the trial judge did not tell the minority that they must revise their decision and any confusion was corrected when the trial judge twice warned the jurors not to abandon their oath and reminded them that the jury need not agree.

The speed with which the jury reached its verdict was not demonstrative of a coercive impact on the minority. This factor is largely dependent upon the circumstances of each case. The language of an exhortation, where it is not inherently coercive, does not become so merely because an early verdict was returned. There is also the alternative possibility that the exhortation had the desired effect.

Not every improper reference in an exhortation should be treated as an error of law. The reference must be examined in the context in which it was made in order to determine whether there is a reasonable possibility that the impugned statements either coerced the jury or interfered with its right to deliberate in freedom from extraneous considerations. Any errors here were not likely to coerce members of the jury to disregard their oath.

A model exhortation would be desirable to deal with the common occurrence of a jury's being deadlocked, absent other problems. Trial judges must feel free to depart from this formula in situations which require it.

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *R. v. Sims*, [1992] 2 S.C.R. 858; *Walhein* (1952), 36 Cr. App. R. 167; *Shoukatallie v. The Queen*, [1962] A.C. 81; *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1; *R. v. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46; *R. v. Littlejohn* (1978), 41 C.C.C. (2d) 161; *R. v. Alkerton* (1992), 72 C.C.C.

réitéré de façon à susciter de la sympathie pour l'une des parties que l'on a conclu qu'il avait nui au processus de délibération des jurés.

La dernière mention attaquée concernait la directive du juge du procès selon laquelle les jurés minoritaires devraient écouter les jurés majoritaires. L'équité du procès d'un accusé n'est compromise que si la directive du juge du procès indique ou sous-entend que les jurés minoritaires devraient se rallier à l'opinion de la majorité. Toute mention des jurés minoritaires n'aura pas nécessairement cet effet. Il y a lieu d'examiner chaque énoncé dans son contexte et d'en analyser l'effet potentiel. En l'espèce, le juge du procès n'a pas dit aux jurés minoritaires qu'ils devaient revenir sur leur décision, et toute confusion qui a pu exister a été dissipée lorsque le juge du procès a prévenu les jurés à deux reprises de ne pas manquer à leur serment et leur a rappelé qu'il n'est pas nécessaire que les membres du jury se mettent d'accord.

La rapidité avec laquelle le jury est arrivé à son verdict ne démontre pas l'existence d'un effet coercitif sur la minorité. Ce facteur dépend largement des circonstances particulières de chaque affaire. Si les termes d'une exhortation ne sont pas coercitifs en soi, ils ne le deviennent pas simplement parce qu'un verdict est prononcé peu après. Il y a aussi l'autre possibilité que l'exhortation ait eu l'effet désiré.

Toute mention incorrecte dans une exhortation ne doit pas nécessairement être traitée comme une erreur de droit. Elle doit être examinée eu égard au contexte dans lequel elle a été faite, afin de déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que les mentions contestées aient eu un effet coercitif sur le jury ou qu'elles aient empiété sur son droit de délibérer en l'absence de considérations extérieures. Toute erreur qui peut avoir été commise en l'espèce n'était pas susceptible de contraindre des jurés à manquer à leur serment.

Un modèle d'exhortation serait souhaitable pour faire face aux cas fréquents où un jury est dans l'impasse, en l'absence d'autres problèmes. Les juges du procès doivent se sentir libres d'y déroger si nécessaire.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts examinés: *R. c. Sims*, [1992] 2 R.C.S. 858; *Walhein* (1952), 36 Cr. App. R. 167; *Shoukatallie c. The Queen*, [1962] A.C. 81; *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1; *R. c. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46; *R. c. Littlejohn* (1978), 41 C.C.C. (2d) 161; *R. c. Alkerton* (1992), 72

(3d) 184, aff'd [1993] 1 S.C.R. 468; **referred to:** *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253; *Penn and Mead's Case* (1670), 6 How. St. Tr. 951; *Davey* (1960), 45 Cr. App. R. 11; *Isequilla* (1974), 60 Cr. App. R. 52; *R. v. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402; *R. v. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481; *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39; *Black v. The Queen* (1993), 179 C.L.R. 44; *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Flesh (No. 2)* (1993), 23 B.C.A.C. 194.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Littlejohn (1978), 41 C.C.C. (2d) 161; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253; *R. v. Halliday* (1992), 77 C.C.C. (3d) 481; *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1; *Buono* (1992), 95 Cr. App. R. 338; *R. v. Tennant*, [1989] 2 N.Z.L.R. 271; *R. v. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481; *R. v. Jackson*, unreported, C.A., Crim. Div. (Eng.), March 9, 1988; *R. v. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46; *R. v. Alkerton* (1992), 72 C.C.C. (3d) 184; *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *Shoukatallie v. The Queen*, [1962] A.C. 81; *R. v. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402; *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39; *R. v. Sims*, [1992] 2 S.C.R. 858.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 686(1)(a)(ii), (iii), (b)(iii).
Criminal Justice Act 1967 (U.K.), 1967, c. 80, s. 1.

Authors Cited

Concise Oxford Dictionary of Current English, 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 1989, "exhort".

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1995), 57 B.C.A.C. 81, 94 W.A.C. 81, dismissing an appeal from conviction by Dohm J. sitting with jury. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting.

David M. Rosenberg, for the appellant.

Robert A. Mulligan, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

C.C.C. (3d) 184, conf. par [1993] 1 R.C.S. 468; **arrêts mentionnés:** *Azoulay c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253; *Penn and Mead's Case* (1670), 6 How. St. Tr. 951; *Davey* (1960), 45 Cr. App. R. 11; *Isequilla* (1974), 60 Cr. App. R. 52; *R. c. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402; *R. c. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481; *R. c. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39; *Black c. The Queen* (1993), 179 C.L.R. 44; *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Flesh (No. 2)* (1993), 23 B.C.A.C. 194.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Littlejohn (1978), 41 C.C.C. (2d) 161; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253; *R. c. Halliday* (1992), 77 C.C.C. (3d) 481; *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1; *Buono* (1992), 95 Cr. App. R. 338; *R. c. Tennant*, [1989] 2 N.Z.L.R. 271; *R. c. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481; *R. c. Jackson*, inédit, C.A., Div. crim. (Angl.), 9 mars 1988; *R. c. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46; *R. c. Alkerton* (1992), 72 C.C.C. (3d) 184; *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *Shoukatallie c. The Queen*, [1962] A.C. 81; *R. c. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402; *R. c. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39; *R. c. Sims*, [1992] 2 R.C.S. 858.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(ii), (iii), b)(iii).
Criminal Justice Act 1967 (R.-U.), 1967, ch. 80, art. 1.

Doctrine

Petit Robert I. Paris: Le Robert, 1995, «exhorter».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 57 B.C.A.C. 81, 94 W.A.C. 81, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Dohm siégeant avec jury. Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents.

David M. Rosenberg, pour l'appellant.

Robert A. Mulligan, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

CORY J. — What instructions should be given by the trial judge when the jury indicates that it is deadlocked? That is the important and paramount question that must be resolved in this appeal.

Factual Background

The appellant was charged with sexually assaulting his stepdaughter between April of 1991 and November of 1992 when she was 12 years old. The complainant testified that there were several acts of touching and four or five incidents of forced intercourse which occurred during that time. She was examined by a physician nine days after the last incident. The doctor gave evidence that there was a significant attenuation of the complainant's hymen which strongly indicated that there had been penetration of the vagina on several occasions. He found no indications of violence such as bruising or abrasions, although he did state that any signs of a violent assault might have healed in the intervening time. The defence position was that the situation observed by the doctor could have been caused by early sexual experimentation, and that it was not the result of sexual assaults.

There was testimony which indicated that the complainant believed that she was unduly confined in an overly strict environment and that she wished to leave and live with her natural father. The appellant's defence was that the complainant either fabricated or imagined the incidents of sexual assault in order to get away from what she considered to be an unsatisfactory home. There was, as well, evidence put forward of an alibi which suggested that the appellant was not present when some of the alleged incidents took place.

During his charge to the jury, the trial judge indicated that the sexual assault had been established and that the sole issue for the jury was whether the appellant was the perpetrator. An objection to this direction was taken by counsel for the defence which was acceded to by the trial judge. He recharged the jury and instructed them

LE JUGE CORY — Quelles directives le juge du procès devrait-il donner au jury quand ce dernier fait savoir qu'il est dans l'impasse? C'est la question importante et primordiale à laquelle il faut répondre en l'espèce.

Les faits

L'appelant a été accusé d'avoir, entre avril 1991 et novembre 1992, agressé sexuellement sa belle-fille alors âgée de 12 ans. La plaignante a témoigné que, durant cette période, elle avait subi plusieurs attouchements et qu'elle avait été forcée, à quatre ou cinq reprises, d'avoir des relations sexuelles. Elle a été examinée par un médecin neuf jours après le dernier épisode. Dans son témoignage, le médecin a affirmé qu'il y avait diminution importante de l'hymen de la plaignante, ce qui indiquait fortement qu'il y avait eu pénétration vaginale à maintes reprises. Il n'a relevé aucune trace d'actes de violence, telle que des contusions ou des écorchures, mais il a cependant affirmé qu'il se pouvait que toute marque laissée par une agression violente ait disparu dans l'intervalle. La défense fait valoir que la situation observée par le médecin pouvait être due à des expériences sexuelles précoces et qu'elle ne résultait pas d'agressions sexuelles.

Certains témoignages ont indiqué que la plaignante croyait qu'elle était confinée dans un environnement trop strict, et qu'elle souhaitait aller vivre avec son père biologique. Pour sa défense, l'appelant a soutenu que la plaignante avait inventé ou imaginé les épisodes d'agression sexuelle dans le but de s'échapper de ce qu'elle considérait comme un foyer décevant. De même, on a soumis en preuve un alibi indiquant que l'appelant était absent lorsque certains épisodes en question seraient survenus.

Au cours de son exposé au jury, le juge du procès a indiqué que l'existence d'une agression sexuelle avait été établie et que la seule question que le jury avait à trancher était de savoir si l'appelant en était l'auteur. L'avocat de la défense s'est opposé à cette directive. Le juge du procès a fait droit à cette opposition et a fait un nouvel exposé

that they had to determine whether a sexual assault had in fact occurred.

aux jurés, dans lequel il leur a dit qu'ils devaient déterminer si une agression sexuelle avait effectivement été commise.

5

When the recharge was completed, the jury began its deliberations at approximately 2:20 p.m. of the first afternoon. Apart from the time taken for dinner, they continued their deliberations until 9:15 that evening. The following morning, the jury began again to consider their verdict at 9:15 a.m. but shortly before 10:00 a.m. they sent a message to the trial judge indicating that they had arrived at an impasse. The trial judge recalled the jury and urged them to consider the public expense of a new trial, the inconvenience which that would cause to all participants, the hardship to the accused and the complainant that this would engender and suggested that the minority might want to reconsider what the majority were saying. Only 15 minutes later, the jury returned with a verdict of guilty. The appeal taken was dismissed unanimously by the British Columbia Court of Appeal.

Une fois le nouvel exposé terminé, les jurés ont commencé leurs délibérations vers 14 h 20. Sauf pour le temps du souper, ils ont délibéré sans arrêt jusqu'à 21 h 15 ce soir-là. Le matin suivant, les jurés ont recommencé à délibérer à 9 h 15, mais peu avant 10 h, ils ont fait parvenir au juge du procès un message indiquant qu'ils étaient dans l'impasse. Le juge du procès a rappelé les jurés et les a pressés de tenir compte des dépenses de fonds publics qui seraient occasionnées par un nouveau procès, des inconvénients qui seraient causés à tous les participants, des difficultés qui en résulteraient pour l'accusé et la plaignante, et a laissé entendre que les jurés minoritaires pourraient vouloir réexaminer les propos des jurés majoritaires. Seulement 15 minutes plus tard, les jurés rendaient un verdict de culpabilité. L'appel interjeté devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été rejeté à l'unanimité.

1996 CanLII I76 (SCC)

Decision Below

Court of Appeal of British Columbia (per McEachern C.J. for the Court) (1995), 57 B.C.A.C. 81, 94 W.A.C. 81

Juridiction inférieure

Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef McEachern, au nom de la cour) (1995), 57 B.C.A.C. 81, 94 W.A.C. 81

6

McEachern C.J. agreed with counsel for the appellant that the trial judge's original charge failed to outline adequately the defence position that the complainant had fabricated her evidence and that she had not been assaulted. He was of the view, at para. 10, that there was at least "some arguable basis for the defence position that no sexual assault had been proven". In his opinion, at para. 13, this error put the case "close to the line". However, he concluded that the recharge fairly and adequately instructed the jury on the issue with the result that this error was not a ground for a new trial.

Le juge McEachern était d'accord avec l'avocat de l'appelant pour dire que le juge du procès avait omis, dans son premier exposé au jury, de résumer adéquatement la position de la défense selon laquelle la plaignante avait fabriqué sa preuve et n'avait pas été agressée. Il était d'avis, au par. 10, qu'il y avait au moins [TRADUCTION] «quelque motif discutable à l'appui du point de vue de la défense selon lequel on n'avait prouvé l'existence d'aucune agression sexuelle». Selon lui, au par. 13, cette erreur avait pour effet de situer l'affaire [TRADUCTION] «à la limite». Il a toutefois conclu que, dans son nouvel exposé, le juge du procès avait donné au jury des directives justes et convenables sur la question, de sorte que cette erreur ne justifiait pas la tenue d'un nouveau procès.

7

McEachern C.J. then considered the exhortation. He noted that it included a number of passages that

Le juge McEachern a ensuite examiné l'exhortation. Il y a relevé de nombreux passages qui

had been judicially disapproved. These included the reference that the jury should consider the public expense involved in a new trial; the suggestion that a verdict might benefit the accused and the suggestion that the minority consider what the majority were saying. However, he found that the trial judge's direction that the jurors were not to betray their oath and that they did not have to agree was sufficient to remedy the defects. He expressed the opinion that the exhortation considered as a whole was not unfavourable to the appellant. Nor, in his opinion, would it have coerced any members of the jury to reach an improper verdict. Essentially, he was of the view that although there were errors in the exhortation, it was saved by the trial judge's reminder to the jury of their oath and the statement made on two occasions that he was not asking them to betray their oath.

Analysis

Issues

Three issues were argued on this appeal.

1. Did the charge and subsequent recharge to the jury adequately deal with the theory of the defence?
2. Was the exhortation to the jury objectionable or improper?
3. Did the Court of Appeal err in the standard it applied for setting aside the verdict?

The Failure to Outline the Position of the Defence

In the course of giving directions to a jury, it is essential that the trial judge outline for them the theory or position of the defence and refer the jury to the essential elements bearing on that defence in such a way that it will ensure the jury's proper appreciation of the evidence. See *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739. The original charge of the trial judge very clearly took away the defence

avaient déjà été désapprouvés par les tribunaux, dont la mention que les jurés devraient tenir compte des dépenses de fonds publics qui seraient occasionnées par un nouveau procès, l'idée qu'un verdict pourrait profiter à l'accusé et la proposition que les jurés minoritaires examinent les propos des jurés majoritaires. Il a toutefois conclu que la directive du juge du procès selon laquelle les jurés ne devaient pas manquer à leur serment et n'étaient pas tenus de se mettre d'accord était suffisante pour remédier aux vices en question. Il a exprimé l'opinion que, dans son ensemble, l'exhortation n'était pas défavorable à l'appelant et qu'elle n'aurait pas non plus contraint des jurés à rendre un verdict incorrect. Essentiellement, il était d'avis que, même si l'exhortation comportait des erreurs, elle était rachetée par le fait que le juge du procès avait rappelé aux jurés le serment qu'ils avaient prêté, et par le fait qu'il leur avait dit, à deux reprises, qu'il ne leur demandait pas de manquer à ce serment.

Analyse

Questions en litige

Trois questions ont été débattues dans le présent pourvoi.

1. L'exposé au jury et le nouvel exposé qui a suivi ont-ils traité adéquatement la thèse de la défense?
2. L'exhortation adressée au jury était-elle répréhensible ou incorrecte?
3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur quant à la norme appliquée pour annuler le verdict?

Le défaut de résumer la position de la défense

Lorsqu'il donne des directives au jury, il est essentiel que le juge du procès résume la thèse ou la position de la défense et qu'il mentionne les éléments essentiels qui influent sur cette défense de façon à permettre au jury de bien apprécier la preuve. Voir les arrêts *Azoulay c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739. Dans son premier exposé au jury, le juge du procès a très nettement écarté l'argument

put forward that the complainant had not been sexually assaulted at all and that she had fabricated the entire story. It assumed that the sexual assault had occurred, and left the jury to decide only whether the assailant was the appellant or whether the assault was occasioned by some unidentified person. Like McEachern C.J., I am of the view that this error might have been fatal had it not been adequately corrected in the recharge.

de la défense selon lequel la plaignante n'avait absolument pas été agressée sexuellement et avait inventé toute l'histoire. Il a tenu pour acquis qu'il y avait eu agression sexuelle et n'a laissé au jury que le soin de décider si l'agresseur était l'appelant ou une autre personne inconnue. À l'instar du juge en chef McEachern, je suis d'avis que cette erreur aurait pu être fatale si elle n'avait pas été bien corrigée dans le nouvel exposé.

10

The approach that should be taken by appellate courts in reviewing a recharge has recently been set out in *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253. In that case, Lamer C.J., writing for the Court, stated at p. 266 that the test for review must be whether "there is a reasonable possibility that the trial judge's erroneous instruction may have misled the jury". Here the trial judge, in his recharge, clearly told the jury that while his earlier comments had only been a suggestion on his part, he was in error in putting the issue in those terms. He specifically instructed the jury to disregard his earlier suggestion that a sexual assault had been proven and told them that it was for them to determine whether a sexual assault had in fact taken place. Thus the jury would have understood that they had first to decide whether a sexual assault had occurred and only if satisfied on that point would they then go on to determine whether the Crown had satisfied them that the appellant was responsible for the assault. The recharge was, in my opinion, sufficient to rectify the error committed in the original charge. It follows that this ground of appeal cannot be accepted.

La méthode que les cours d'appel devraient adopter en examinant un nouvel exposé a récemment été exposée dans *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253, où le juge en chef Lamer a affirmé, au nom de la Cour, à la p. 266, que le critère d'examen doit être de savoir s'«il existe une possibilité raisonnable que [la] directive erronée du juge du procès [...] ait induit le jury en erreur». Dans le nouvel exposé qu'il a fait en l'espèce, le juge du procès a clairement dit aux jurés que, bien que ses observations antérieures n'aient été qu'une suggestion de sa part, il avait eu tort de présenter la question de cette façon. Il a expressément demandé aux jurés de ne pas tenir compte de son affirmation antérieure que l'existence d'une agression sexuelle avait été établie et il leur a dit qu'il leur appartenait de déterminer si une agression sexuelle avait été commise. Les jurés auraient donc compris qu'ils devaient d'abord décider s'il y avait eu agression sexuelle et qu'ils auraient ensuite à déterminer si le ministère public les avait convaincus que l'appelant était responsable de cette agression, seulement s'ils étaient persuadés qu'elle avait été commise. Le nouvel exposé était, quant à moi, suffisant pour corriger l'erreur commise dans le premier exposé. Il s'ensuit que ce moyen d'appel ne peut être retenu.

The Jury Exhortation Used in this Case and the Objection Taken to it

L'exhortation adressée au jury en l'espèce et l'opposition qu'elle a soulevée

11

When the jury informed the trial judge that they were at an impasse, he instructed or exhorted them in these words:

Lorsque les jurés ont informé le juge du procès qu'ils étaient dans l'impasse, celui-ci a formulé les directives et l'exhortation suivantes:

Each of these trials take [*sic*] a piece out of counsel and a piece out of the judge. They are serious matters. They are serious for all those concerned, not the least of which is the accused.

[TRADUCTION] Tous ces procès sont très exigeants tant pour les avocats que pour le juge. Ce sont des choses sérieuses. Ils sont sérieux pour tous les gens concernés, y compris, et non le moindre, l'accusé.

1996 CanLII 176 (SCC)

These trials are expensive to operate in their conduct. That is not a particular [*sic*] important ingredient for trying to come to a decision in this matter, but it is a factor for your consideration.

More importantly, in all likelihood, if you are unable to arrive at a verdict, there will be another trial. That is not in my hands. That's up to the Crown, and maybe not Mr. McKimm [Crown counsel] either. But in all likelihood there would be another trial.

If that takes place, the accused would have to go through this again as would the witnesses, not the least of which is the young lady. It would not be easy for anybody to have to redo what we have done since Monday of this week.

You are members of the jury in as good a position as any other twelve persons who would be hearing this case to render verdicts in this case.

You took an oath when you commenced your duties in this case, and I am by no means asking you to betray that oath, but perhaps the minority of you might want to reconsider what the majority are saying. But again, I remind you — I emphasize — that I am not asking you to betray your oath. There are occasions when twelve people cannot decide. This may be one of them. There will be no aspersions cast on you people for not [*sic*] able to do so.

Counsel for the appellant submitted that the following three errors are apparent in these instructions. First, there is the improper and unnecessary reference to public expense and inconvenience. The second was the reference to the benefit to all, including the accused, of a verdict being reached. The last but certainly not the least important was the error of the trial judge in suggesting that the minority reconsider what the majority was saying without any reference or suggestion that the majority might equally consider what the minority was putting forward.

The Significance and the Importance of the Jury System in Canada

The jury system is clearly a significant factor in many democratic regimes. This is emphatically true in Canada. It is extremely important to our democratic society that jurors as representatives of

La tenue de ces procès coûte cher. Ce n'est pas un élément particulièrement important pour tenter d'en arriver à une décision dans la présente affaire, mais c'est un facteur que vous pouvez prendre en considération.

Qui plus est, selon toute probabilité, si vous êtes incapables de parvenir à un verdict, il y aura un autre procès. Cela ne dépend pas de moi. Cela relève du ministère public, et peut-être pas de M^e McKimm [le substitut du procureur général] non plus. Mais il y aurait vraisemblablement un autre procès.

Le cas échéant, il faudra tout reprendre avec l'accusé et les témoins, y compris, et non au moindre titre, la jeune femme. Il ne sera facile pour personne de devoir refaire ce que nous avons fait depuis lundi de cette semaine.

Vous, les membres du jury, êtes autant en mesure de rendre un verdict, en l'espèce, que douze autres personnes qui entendraient l'affaire.

Vous avez prêté serment lorsque vous avez assumé vos fonctions dans la présente affaire, et je ne vous demande absolument pas de manquer à ce serment, mais il se pourrait que ceux d'entre vous qui sont minoritaires veuillent réexaminer les propos des jurés majoritaires. Mais, là encore, je vous rappelle — et j'insiste là-dessus — que je ne vous demande pas de manquer à votre serment. Il y a des circonstances où douze personnes sont incapables de décider. Il se peut que ce soit le cas ici. Vous n'en serez pas déniés pour autant.

L'avocat de l'appelant prétend que les trois erreurs suivantes ont été commises dans ces directives. Premièrement, il y a la mention incorrecte et inutile des dépenses et des inconvénients pour le public. Deuxièmement, il y a la mention de l'avantage d'un verdict pour tous, y compris l'accusé. La dernière erreur, mais certainement pas la moindre, est celle que le juge du procès a commise en proposant que les jurés minoritaires réexaminent les propos des jurés majoritaires, sans mentionner que ces derniers pourraient également examiner ce que les jurés minoritaires avançaient.

L'importance du système du jury au Canada

Le système du jury est clairement un facteur important dans bien des régimes démocratiques. Cela est nettement le cas au Canada. Il est extrêmement important pour notre société démocratique

their community may make the decision as to the guilt or innocence of the accused before the court based solely on the evidence presented to them. There is a centuries-old tradition of juries reaching fair and courageous verdicts. That tradition has taken root and been so well and fearlessly maintained that it has flourished in this country. Our courts have very properly stressed the importance of jury verdicts and the deference that must be shown to those decisions. Today, as in the past, great reliance has been placed upon those decisions. That I think flows from the public awareness that 12 members of the community have worked together to reach a unanimous verdict.

que les jurés, en tant que représentants de leur collectivité, puissent décider de la culpabilité ou de l'innocence d'un accusé en se fondant uniquement sur la preuve qui leur a été présentée. La tradition des jurys prononçant des verdicts équitables et courageux est vieille de plusieurs siècles. Cette tradition s'est enracinée et a été si bien et si audacieusement maintenue qu'elle s'est épanouie ici dans notre pays. Nos tribunaux ont, à très juste titre, insisté sur l'importance des verdicts rendus par un jury et sur la retenue dont il faut faire preuve à l'égard de ces décisions. Aujourd'hui, comme par le passé, elles font l'objet d'une grande confiance. Je crois que cela découle de la conscience du public que 12 membres de la collectivité ont travaillé ensemble en vue de rendre un verdict unanime.

1996 CanLII 176 (SCC)

14

In reaching a verdict, jurors have heeded the wisdom of the prophet Isaiah whose advocacy of a reasoned approach to solving problems has echoed through the ages in the moving and memorable words "Come now, and let us reason together . . .": Isaiah 1:18. Of course, it is the great strength and virtue of the jury system that members of the community have indeed come together and reasoned together in order to reach their unanimous verdict. It is truly a magnificent system for reaching difficult decisions in criminal cases. It has proven itself in the centuries past and continues to do so today. Yet, this system is fragile.

Pour parvenir à un verdict, les jurés s'en remettent à la sagesse du prophète Isaïe, dont le plaidoyer en faveur d'une façon raisonnée de régler les problèmes a traversé les âges dans cette formule touchante et mémorable: «Venez donc et discutons . . .»: Isaïe 1:18. Évidemment, la force et le mérite du système du jury découlent du fait que des membres de la collectivité se réunissent et raisonnent ensemble afin de parvenir à un verdict unanime. Ce système est vraiment magnifique pour rendre des décisions difficiles en matière criminelle. Il a fait ses preuves au cours des siècles et continue de le faire aujourd'hui. Cependant, ce système est fragile.

15

If the process is subjected to unwarranted pressures, or to unnecessary distractions, the delicate reasoning process may be thwarted. The sole task of a jury is to reach a verdict based exclusively on the evidence presented. The sturdy independence of jurors may be overcome and unanimity compelled by a judge's suggestion that irrelevant factors be considered or by the judge's exerting unwarranted pressure. In those circumstances, the verdict may no longer be based on a reasoned approach to the evidence. It follows that the instructions given to an apparently deadlocked jury must be delicately balanced and carefully crafted. If they are not, the jury system as a bulwark of democracy will all too easily be breached. The

S'il est soumis à des pressions injustifiées ou à des distractions inutiles, le délicat processus de raisonnement peut être faussé. Le jury a pour unique tâche de parvenir à un verdict fondé exclusivement sur la preuve présentée. L'indépendance résolue des jurés peut être ébranlée et leur unanimité forcée par le juge qui leur propose de prendre en considération des facteurs non pertinents ou qui exerce sur eux une pression injustifiée. Dans ces circonstances, il se peut que le verdict ne soit plus fondé sur une façon raisonnée d'aborder la preuve. Il s'ensuit que les directives données à un jury qui paraît être dans l'impasse doivent être finement dosées et soignées. Sinon, le système du jury comme rempart de la démocratie ne sera que trop

importance and significance of the instructions or exhortation to an apparently deadlocked jury cannot be overemphasized. The jurors at this stage are tired, probably frustrated and certainly disgruntled. They have given so much of their time and laboured so hard with the difficult issues that they are entitled to a careful and balanced instruction.

The Nature and Aim of an Exhortation

The instructions given to the jury at this stage have been referred to as the exhortation. According to *The Concise Oxford Dictionary* (7th ed. 1989), "exhort" means to "admonish earnestly; urge (person to do, to a course of action)". What an exhortation must do is encourage the jurors to endeavour to reach a verdict by reasoning together. The task of the jury is to determine guilt or innocence on the basis of the evidence which they have heard. Irrelevant and extraneous circumstances should not be introduced into a task which is already fraught with difficulties. To suggest that a deadlocked jury take into account factors such as the expense, and the inconvenience occasioned by a new trial, or the hardship caused to the participants when a trial is left unresolved, or to consider carefully only the position of the majority and not the minority, introduces pressures and factors which are completely irrelevant to their duties as jurors and are therefore inappropriate in an exhortation.

The purpose of a jury exhortation was eloquently expressed by McLachlin J. in *R. v. Sims*, [1992] 2 S.C.R. 858. She stated at p. 865:

The purpose of an exhortation is to impress on the jury the need to listen to each other and consider each other's views in order to avoid disagreement based on fixed, inflexible perceptions of the evidence that one or other of them may have developed. The purpose of an exhortation is not to suggest to the jury that one view of the evidence may be preferable to another, or that this inference as opposed to that inference should be drawn from the evidence. To put it another way, the focus of the exhortation is the process of deliberation which is the genius of the jury system. An essential part of that process is listening to and considering the views of others. As a result of this process, individual views are modi-

facilement renversé. On ne saurait trop insister sur l'importance des directives ou de l'exhortation adressées à un jury apparemment dans l'impasse. À ce stade du procès, les jurés sont fatigués, probablement frustrés et sûrement mécontents. Ils ont tellement donné de leur temps et ont travaillé si fort sur les questions difficiles qu'ils ont droit à des directives dosées et soignées.

La nature et le but de l'exhortation

Les directives données au jury, à ce stade, sont appelées l'exhortation. Selon *Le Petit Robert 1* (1995), le mot «exhorter» signifie «s'efforcer par des discours persuasifs d'amener qqn à faire quelque chose». L'exhortation doit encourager les jurés à s'efforcer de rendre un verdict en raisonnant ensemble. Les jurés ont pour tâche de décider de la culpabilité ou de l'innocence d'un accusé en se fondant sur la preuve qu'ils ont entendue. Des circonstances extérieures et non pertinentes ne devraient pas intervenir dans une tâche déjà lourde de difficultés. Proposer que les membres d'un jury dans l'impasse prennent en considération des facteurs comme le coût et les inconvénients d'un nouveau procès, ou les difficultés qu'un procès inachevé causerait aux participants, ou encore qu'ils n'examinent attentivement que le point de vue de la majorité et non celui de la minorité, fait intervenir des pressions et des facteurs qui n'ont absolument rien à voir avec les fonctions de juré et qui n'ont donc pas leur place dans une exhortation.

Dans l'arrêt *R. c. Sims*, [1992] 2 R.C.S. 858, à la p. 865, le juge McLachlin a éloquentement exposé l'objet de l'exhortation au jury:

L'exhortation vise à faire comprendre aux jurés qu'il est nécessaire d'écouter les opinions exprimées par chacun d'eux et d'en tenir compte afin d'éviter qu'un désaccord naisse de perceptions de la preuve inébranlables et rigides que l'un ou l'autre d'entre eux peut avoir formées. L'exhortation ne vise pas à laisser entendre au jury qu'une opinion de la preuve peut être préférable à une autre, ni qu'il y a lieu de tirer une conclusion plutôt qu'une autre à partir de la preuve. En d'autres termes, l'exhortation est axée sur le processus de délibération qui caractérise le système du jury. Une partie essentielle de ce processus consiste à écouter les opinions d'autrui et à les prendre en considération. Il permet de changer

fied, so that the verdict represents more than a mere vote; it represents the considered view of the jurors after having listened to and reflected upon each other's thoughts. It is on that process that the exhortation should focus.

In other words, the goal of an exhortation is to assist the process of deliberation as opposed to influencing the content of the jury's discussion. With the importance of the exhortation in mind, let us approach the issue by first reviewing the cases from various jurisdictions which have considered this very problem.

A Review of the Cases Dealing with Jury Exhortations

18

There has always been a strong judicial urge to assist, or indeed in the early days to compel, a jury to reach a verdict. Centuries ago jurors were instructed that they must agree and could not be discharged until they did so. A jury was sequestered in the jury room without food, drink or heat until they reached a verdict. See *Penn and Mead's Case* (1670), 6 Howell's State Trials 951, at pp. 962-966. This dictatorial approach has moderated over the years perhaps owing as much to the sturdy independence of jurors as to the increasing sensitivity of judges. Today, it is beyond question that no measure of coercion will be acceptable.

The United Kingdom

19

In England, an exhortation to a jury was referred to for many years as a *Walhein* direction. It was in *Walhein* (1952), 36 Cr. App. R. 167, a case arising from a charge of conspiracy to utter forged notes, that the Court of Criminal Appeal approved the following instructions at p. 168:

You are a body of 12 men. Each of you has taken an oath to return a true verdict according to the evidence, but, of course, you have a duty not only as individuals, but collectively. No one must be false to that oath, but in order to return a collective verdict, the verdict of you all, there must necessarily be argument, and a certain amount of give and take and adjustment of views within

des opinions personnelles de sorte que le verdict représente plus qu'un simple vote; il représente l'opinion réfléchie de jurés qui ont écouté les idées de chacun et les ont considérées. C'est sur ce processus que l'exhortation devrait se concentrer.

En d'autres termes, l'exhortation a pour but d'aider le jury dans ses délibérations et non pas d'influer sur le contenu de ses discussions. Ayant à l'esprit l'importance de l'exhortation, abordons la question en examinant d'abord la jurisprudence des divers pays qui se sont penchés sur ce même problème.

Revue de la jurisprudence traitant de l'exhortation au jury

Les juges ont toujours fortement senti le besoin d'aider, ou même, dans les premiers temps, de forcer le jury à parvenir à un verdict. Il y a des siècles, on disait aux jurés qu'ils devaient se mettre d'accord et qu'ils ne seraient pas libérés avant de l'avoir fait. Les jurés étaient séquestrés dans la salle des jurés, sans rien à manger, à boire ou pour se chauffer jusqu'à ce qu'ils parviennent à un verdict. Voir *Penn and Mead's Case* (1670), 6 Howell's State Trials 951, aux pp. 962 à 966. Cette façon dictatoriale de procéder s'est adoucie au fil des ans, peut-être autant en raison de l'indépendance résolue des jurés que de la sensibilité croissante des juges. De nos jours, il ne fait aucun doute que toute mesure coercitive est inacceptable.

Le Royaume-Uni

En Angleterre, l'expression «directive *Walhein*» a été utilisée, pendant de nombreuses années, pour désigner l'exhortation adressée au jury. Dans l'arrêt *Walhein* (1952), 36 Cr. App. R. 167, qui portait sur une accusation de complot en vue de mettre en circulation des faux billets, la Court of Criminal Appeal a approuvé la directive suivante, à la p. 168:

[TRADUCTION] Vous êtes un groupe de 12 personnes. Chacun de vous a prêté serment de rendre un verdict impartial fondé sur la preuve, mais, bien sûr, votre devoir n'est pas seulement individuel, mais collectif. Nul ne doit manquer à ce serment, mais pour pouvoir rendre un verdict collectif, le verdict de vous tous, il doit nécessairement y avoir discussion, certains compromis

1996 CanLII 176 (SCC)

the scope of the oath you have taken, and it makes for great public inconvenience and expense if jurors cannot agree owing to the unwillingness of one of their number to listen to the arguments of the rest. Having said that, I can say no more. If you disagree in your verdict in relation to one or other of these men, you must say so.

In reviewing this instruction Lord Goddard observed, at p. 168, that jurors "may talk the matter over, subordinate their views to those of the majority and concur in the verdict". However, this direction was later rejected on the grounds that its use might coerce juries by introducing irrelevant considerations: see *Davey* (1960), 45 Cr. App. R. 11; *Isequilla* (1974), 60 Cr. App. R. 52.

Later the comments of Lord Denning in *Shoukatallie v. The Queen*, [1962] A.C. 81 (P.C.), were considered by Canadian courts to be the model for an exhortation direction. In that case the accused faced the charge of murder. Lord Denning, at p. 91, set out the manner in which an exhortation should be given in these words:

[The trial judge] reminds [the jury] that it is most important that they should agree if it is possible to do so: that, with a view to agreeing, they must inevitably take differing views into account; that if any member should find himself in a small minority and disposed to differ from the rest, he should consider the matter carefully, weigh the reasons for and against his view, and remember that he may be wrong; that if, on so doing, he can honestly bring himself to come to a different view and thus to concur in the view of the majority, he should do so, but if he cannot do so, consistently with the oath he has taken, and he cannot bring the others round to his point of view, then it is his duty to differ, and for want of agreement, there will be no verdict.

This form of direction was followed in a number of cases: see *R. v. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402 (B.C.C.A.); *R. v. Littlejohn* (1978), 41 C.C.C. (2d) 161 (Ont. C.A.); *R. v. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481 (Y.T.C.A.); *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39 (Man. C.A.).

et certains rapprochements de points de vue conformément au serment que vous avez prêté, car cela entraîne des dépenses et des inconvénients importants pour le public lorsque les jurés ne peuvent parvenir à un accord en raison du refus d'un des leurs d'écouter les arguments des autres. C'est là tout ce que je peux dire. Si vous n'êtes pas d'accord avec l'une ou l'autre de ces personnes quant au verdict, vous devez le dire.

En examinant cette directive, lord Goddard a fait observer, à la p. 168, que les jurés [TRADUCTION] «peuvent discuter de la question, se ranger à l'avis de la majorité et souscrire au verdict». Cependant, cette observation a été rejetée ultérieurement pour le motif que son application pourrait avoir un effet coercitif sur un jury en faisant intervenir des facteurs non pertinents: voir *Davey* (1960), 45 Cr. App. R. 11; *Isequilla* (1974), 60 Cr. App. R. 52.

Par la suite, des tribunaux canadiens ont considéré que les commentaires de lord Denning dans l'arrêt *Shoukatallie c. The Queen*, [1962] A.C. 81 (C.P.), étaient le modèle à suivre en matière d'exhortation. Dans cet arrêt, l'accusé faisait face à une accusation de meurtre. À la page 91, lord Denning a énoncé en ces termes la façon dont l'exhortation devait être effectuée:

[TRADUCTION] [Le juge du procès] rappelle [aux jurés] qu'il est très important qu'ils se mettent d'accord, si cela est possible: que, pour ce faire, ils doivent inévitablement prendre en considération des opinions divergentes; que, si un membre se retrouve en minorité et enclin à ne pas partager l'opinion des autres, il doit examiner la question avec soin, soupeser les avantages et les inconvénients de son point de vue et se rappeler qu'il a peut-être tort; que, si, ce faisant, il peut sincèrement en arriver à un point de vue différent et, par conséquent, à souscrire à l'opinion de la majorité, il doit le faire, mais que, s'il ne le peut pas, conformément au serment qu'il a prêté, et s'il ne peut pas rallier les autres à son point de vue, alors il a le devoir de diverger d'opinion, et, en raison de l'absence d'accord, il n'y aura pas de verdict.

Ce type de directive a été appliqué dans un certain nombre d'affaires: voir *R. c. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402 (C.A.C.-B.); *R. c. Littlejohn* (1978), 41 C.C.C. (2d) 161 (C.A. Ont.); *R. c. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481 (C.A.T.Y.); *R. c. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39 (C.A. Man.).

22

However, Lord Denning's suggested directions put forward in *Shoukatallie*, *supra*, were ultimately replaced by the English Court of Criminal Appeal in *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1. That decision was rendered subsequent to the enactment of the *Criminal Justice Act 1967*, 1967 (U.K.), c. 80. Section 1 of that Act introduced the concept of a majority verdict, but provided that the jury must have had not less than two hours of deliberation before a majority verdict, reached by at least 10 members of the jury, could be accepted. In the *Watson* case, the court stressed the importance of allowing the jury to deliberate without imposing any form of pressure upon it. The *Walhein* direction was criticized for introducing extraneous considerations such as time and expense, and for including suggestions about the possible benefit to the accused if the jury were to reach a unanimous verdict.

New Zealand

23

The New Zealand Court of Appeal undertook a very careful and extensive review of the law pertaining to exhortations in *R. v. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46. In that case the accused was charged with sexual violation by rape. The decisions in *Shoukatallie*, *supra*, *Watson*, *supra*, and the Canadian decisions including *Littlejohn*, *supra*, were considered. The New Zealand court then set out what it considered to be the three fundamental factors which must be taken into consideration in the drafting of an acceptable exhortation. Namely, (1) the jurors have a responsibility to accept their duty of endeavouring to give a verdict according to the evidence; (2) that collective deliberation and exchange of views is the essence of the jury system; and (3) that no juror should change his or her mind merely for the sake of conformity or out of submission to pressure by the other jurors.

Canada

24

Canadian courts have also struggled with the problem of the appropriate direction which ought to be given to a jury which appears to be deadlocked. In *Littlejohn*, *supra*, Martin J.A., on behalf of the Ontario Court of Appeal, observed at p. 168 that in exhorting a jury, "the trial Judge must avoid

Cependant, la directive proposée par lord Denning dans l'arrêt *Shoukatallie*, précité, a été ultérieurement remplacée par la Court of Criminal Appeal d'Angleterre, dans *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1. Cet arrêt a été rendu après l'adoption de la *Criminal Justice Act 1967*, 1967 (R.-U.), ch. 80. Le premier article de cette loi introduisait le concept du verdict majoritaire, mais prévoyait que le jury devrait avoir délibéré pendant au moins deux heures pour que le verdict majoritaire d'au moins 10 membres du jury puisse être accepté. Dans l'affaire *Watson*, la cour a insisté sur l'importance de permettre au jury de délibérer sans être soumis à aucune forme de pression. La directive *Walhein* a été critiquée parce qu'elle faisait intervenir des considérations extérieures comme le temps et le coût, et parce qu'on y mentionnait l'avantage que pourrait tirer l'accusé si le jury parvenait à un verdict unanime.

La Nouvelle-Zélande

Dans l'arrêt *R. c. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a entrepris un examen très minutieux et approfondi du droit relatif aux exhortations. Dans cette affaire, l'accusé faisait face à une accusation de viol. La cour a examiné les arrêts *Shoukatallie* et *Watson*, précités, de même que des arrêts canadiens, y compris *Littlejohn*, précité. La cour néo-zélandaise a alors énoncé ce qu'elle considérait comme les trois facteurs fondamentaux à prendre en considération pour produire une exhortation acceptable, à savoir: (1) les jurés ont la responsabilité d'accepter leur devoir de s'efforcer de rendre un verdict fondé sur la preuve, (2) les délibérations collectives et l'échange de points de vue sont l'essence du système du jury, et (3) nul juré ne devrait changer d'avis simplement par souci de conformité ou en raison des pressions exercées par les autres jurés.

Le Canada

Les tribunaux canadiens ont été également aux prises avec le problème de la directive à donner à un jury apparemment dans l'impasse. À la page 168 de l'arrêt *Littlejohn*, précité, le juge Martin, a fait observer au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, que, lorsqu'il exhorte un jury, [TRADUCTION]

language which is coercive, and which constitutes an interference with the right of the jury to deliberate in complete freedom uninfluenced by extraneous pressures". He held, at p. 168, that in determining what was coercive and what was permissible, "the entire sequence of events leading up to the direction which is assailed, must be considered".

The reasoning in *Littlejohn*, *supra*, was followed in *R. v. Alkerton* (1992), 72 C.C.C. (3d) 184, affirmed [1993] 1 S.C.R. 468. In that decision, the Ontario Court of Appeal once again noted that the exhortation should not be given in a manner which tempts a juror to abandon an honestly held view of the evidence by a reference to extraneous matters. It was emphasized that where deadlock occurs a juror should not be encouraged to avoid the oath sworn to bring in an honest verdict based upon the evidence.

Principles to be Derived From These Cases

The following principles can, I believe, be derived from these cases. (1) Pursuant to their oath, jurors must endeavour to render a verdict based upon the evidence which has been adduced before them. (2) The strength and genius of trial by jury is that members of the community reason together to reach a verdict based solely upon the evidence. (3) It follows from the last principle that it is important to allow a jury to deliberate without imposing any form of pressure upon them. (4) If a jury has apparently reached an impasse, any exhortation given should avoid introducing factors which are extraneous and irrelevant to the task of reaching a verdict, and should not encourage a juror, by reference to extraneous considerations or by exerting unwarranted pressures, to abandon an honestly held view of the evidence. The exhortation must not interfere with the right of jurors to deliberate in complete freedom uninfluenced by extraneous pressure. (5) It follows that a juror should not be encouraged or exhorted to change his or her mind simply for the sake of conformity. (6) A deadline for reaching a verdict should not be imposed and a jury should never be rushed into returning a verdict.

«le juge du procès doit éviter d'utiliser un langage coercitif qui constitue un empiétement sur le droit du jury de délibérer tout à fait librement, sans subir des pressions extérieures». Il a statué, à la p. 168, que pour déterminer ce qui est coercitif et ce qui est permis, [TRADUCTION] «il faut considérer toute la suite des événements qui ont abouti à la directive attaquée».

Le raisonnement adopté dans *Littlejohn*, précité, a été suivi dans l'arrêt *R. c. Alkerton* (1992), 72 C.C.C. (3d) 184, confirmé par [1993] 1 R.C.S. 468. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de l'Ontario a de nouveau fait remarquer que l'exhortation ne devrait pas être de nature à tenter un juré d'abandonner sa perception sincère de la preuve, pour des considérations extérieures. La cour a souligné qu'en cas d'impasse un juré ne devrait pas être encouragé à manquer à son serment de rendre un verdict impartial fondé sur la preuve.

Les principes à dégager de cette jurisprudence

Selon moi, il est possible de dégager les principes suivants de cette jurisprudence. (1) Conformément à leur serment, les jurés doivent s'efforcer de rendre un verdict fondé sur la preuve qui leur a été soumise. (2) Le procès devant jury tire sa force et son mérite du fait que des membres de la collectivité raisonnent ensemble dans le but de parvenir à un verdict fondé uniquement sur la preuve. (3) De ce dernier principe découle l'importance de permettre au jury de délibérer sans être soumis à aucune forme de pression. (4) Dans le cas où un jury est apparemment dans l'impasse, toute exhortation doit éviter de faire intervenir des considérations extérieures qui n'ont rien à voir avec la tâche de parvenir à un verdict, et d'encourager un juré à abandonner sa perception sincère de la preuve, en faisant référence à des considérations extérieures ou en exerçant des pressions injustifiées. L'exhortation ne doit pas empiéter sur le droit des jurés de délibérer en toute liberté sans être influencés par des pressions extérieures. (5) Il s'ensuit qu'un juré ne doit pas être encouragé ou exhorté à changer d'avis par simple souci de conformité. (6) Aucune échéance pour parvenir à un verdict ne doit être imposée et le jury ne doit jamais être pressé de rendre son verdict.

*Application of the Principles to this Case*I. Reference to Public Expense and Inconvenience

27

It will be remembered that during the exhortation given in this case, the following references to public expense appeared:

Each of these trials take [*sic*] a piece out of counsel and a piece out of the judge. They are serious matters. They are serious for all those concerned, not the least of which is the accused.

These trials are expensive to operate in their conduct. That is not a particular [*sic*] important ingredient for trying to come to a decision in this matter, but it is a factor for your consideration.

More importantly, in all likelihood, if you are unable to arrive at a verdict, there will be another trial. That is not in my hands. That's up to the Crown, and maybe not Mr. McKimm [Crown counsel] either. But in all likelihood there would be another trial.

28

In the *Watson* case when disapproving the *Walheim* direction, the Criminal Court of Appeal held that a reference to the expense and inconvenience of a new trial had an undesirable coercive effect and created a potent incentive for the minority to agree with the majority. Without deciding that such a direction would always constitute a form of coercion, the English Court of Appeal put its position in this way at p. 7:

One starts from the proposition that a jury must be free to deliberate without any form of pressure being imposed upon them, whether by way of promise or of threat or otherwise. They must not be made to feel that it is incumbent upon them to express agreement with a view they do not truly hold simply because it might be inconvenient or tiresome or expensive for the prosecution, the defendant, the victim or the public in general if they do not do so.

29

The New Zealand Court of Appeal was even more emphatic in the opinion it expressed in *Accused, supra*. It took the position that such a reference should be avoided. This view was expressed in these words at p. 58:

*Application de ces principes à la présente affaire*I. La mention du coût et des inconvénients pour le public

On se souviendra que, dans l'exhortation adressée en l'espèce, les mentions suivantes du coût pour le public ont été faites:

[TRADUCTION] Tous ces procès sont très exigeants tant pour les avocats que pour le juge. Ce sont des choses sérieuses. Ils sont sérieux pour tous les gens concernés, y compris, et non le moindre, l'accusé.

La tenue de ces procès coûte cher. Ce n'est pas un élément particulièrement important pour tenter d'en arriver à une décision dans la présente affaire, mais c'est un facteur que vous pouvez prendre en considération.

Qui plus est, selon toute probabilité, si vous êtes incapables de parvenir à un verdict, il y aura un autre procès. Cela ne dépend pas de moi. Cela relève du ministère public, et peut-être pas de M^e McKimm [le substitut du procureur général] non plus. Mais il y aurait vraisemblablement un autre procès.

Dans l'arrêt *Watson*, en désapprouvant la directive *Walheim*, la Court of Criminal Appeal a statué que la mention du coût et des inconvénients d'un nouveau procès avait un effet coercitif peu souhaitable et était susceptible d'inciter les jurés minoritaires à se mettre d'accord avec les jurés majoritaires. Sans décider qu'une telle directive constituerait toujours une forme de coercition, la Court of Criminal Appeal d'Angleterre exprime son point de vue de la façon suivante, à la p. 7:

[TRADUCTION] Il faut partir du principe que les jurés doivent être libres de délibérer sans être soumis à aucune pression, que ce soit sous forme de promesse, de menace ou autrement. On ne doit pas leur faire sentir qu'il leur incombe de souscrire à un point de vue qu'ils ne partagent pas vraiment, simplement parce que s'ils ne le faisaient pas, cela pourrait être gênant, ennuyeux ou coûteux pour la poursuite, la partie défenderesse, la victime ou le public en général.

La Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a été encore plus catégorique dans l'opinion qu'elle a exprimée dans l'arrêt *Accused*, précité. Elle s'est dite d'avis qu'une telle mention devrait être évitée. Elle s'est exprimée ainsi, à la p. 58:

... a reference to great public inconvenience and expense, even when coupled as in *Walhein* with "if jurors cannot agree owing to the unwillingness of one of their number to listen to the arguments of the rest", is, in our opinion, best avoided. Inconvenience and expense should not be measured against justice.

I am in complete agreement with this finding. The model exhortation devised by the New Zealand Court of Appeal specifically, and correctly in my view, stipulated that jurors should not give in or withdraw from their position merely for the sake of avoiding inconvenience.

In fact, the authorities are unanimous in their condemnation of any reference to such extraneous concerns as inconvenience and expense. See also *Black v. The Queen* (1993), 179 C.L.R. 44 (Aust. H.C.); *Alkerton, supra*; *Isaac, supra*; *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.). In the case at bar, the trial judge not only referred to inconvenience and expense but indicated that it was a factor for the jury's consideration even though he stated that it might not be an important factor.

In my view, the reference to expense and inconvenience introduces an irrelevant, extraneous factor into the deliberations of the jury. It is, as well, coercive in that it is bound to make the minority feel that they must agree with the majority in order to prevent the expense of a new trial and to avoid wasting the cost incurred in the trial in which they have participated. It is a significant factor which would influence a juror to disregard the oath and arrive at a verdict based on factors other than the evidence produced during the trial. It is an element that should not be referred to in an exhortation. Nor do the subsequent references by the trial judge that he was not asking any of the jurors to betray their oath rectify the situation. At the end of the trial, this completely irrelevant and highly coercive element was specifically introduced as a factor to be considered in the jury's deliberations. In my view, the error was such that it could not be cured and it was sufficient in itself to warrant a new trial.

[TRADUCTION] . . . il vaut mieux, selon nous, éviter la mention d'un coût et d'inconvénients importants pour le public, même combinée, comme dans l'arrêt *Walhein*, aux termes «lorsque les jurés ne peuvent parvenir à un accord en raison du refus d'un des leurs d'écouter les arguments des autres». Les inconvénients et le coût ne devraient pas être soupesés en fonction de la justice.

Je suis entièrement d'accord avec cette conclusion. Le modèle d'exhortation conçu par la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande précisait, à juste titre, selon moi, que les jurés ne doivent pas renoncer à leur position ou l'abandonner simplement pour éviter des inconvénients.

En fait, la jurisprudence condamne unanimement toute mention de considérations extérieures comme les inconvénients et le coût. Voir aussi les arrêts *Black c. The Queen* (1993), 179 C.L.R. 44 (H.C. Austr.); *Alkerton*, précité; *Isaac*, précité; *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.). En l'espèce, le juge du procès a non seulement mentionné les inconvénients et le coût, mais encore il a indiqué que c'était là un facteur que le jury devait prendre en considération, même s'il a ajouté que ce n'était peut-être pas un facteur important.

À mon avis, la mention du coût et des inconvénients introduit un facteur extérieur et non pertinent dans les délibérations du jury. Elle est aussi coercitive en ce sens qu'elle ne manquera pas de faire sentir aux jurés minoritaires qu'ils doivent se mettre d'accord avec la majorité pour éviter le coût d'un nouveau procès et pour empêcher que le coût du procès auquel ils ont participé ne soit réduit à une pure perte. C'est un facteur important qui inciterait un juré à faire abstraction du serment prêté et à rendre un verdict fondé sur des considérations autres que la preuve soumise au procès. C'est une mention qui ne devrait pas figurer dans une exhortation. Les mentions subséquentes du juge du procès, dans lesquelles il a précisé qu'il ne demandait pas aux jurés de manquer à leur serment, ne remédient pas non plus à la situation. À la fin du procès, cet élément sans aucune pertinence et très coercitif a été spécialement présenté comme un facteur qui devait être pris en considération dans les délibéra-

However, there are other aspects of this exhortation which lead to the same result.

II. The Benefit of a Verdict to the Accused

The exhortation in this case inferred that a verdict might be of benefit both to the accused and to the complainant. It was put forward in this way:

If that takes place, the accused would have to go through this again as would the witnesses, not the least of which is the young lady. It would not be easy for anybody to have to redo what we have done since Monday of this week.

You took an oath when you commenced your duties in this case, and I am by no means asking you to betray that oath, but perhaps the minority of you might want to reconsider what the majority are saying. But again, I remind you — I emphasize — that I am not asking you to betray your oath. There are occasions when twelve people cannot decide. This may be one of them. There will be no aspersions cast on you people for not [*sic*] able to do so.

This type of reference to a possible benefit accruing to the accused and witnesses if a verdict could be reached has also been correctly disapproved. The concern expressed has been twofold. First, with respect to the complainant, it has been held that such a reference may encourage what could be an inappropriate sympathetic influence into the reasoning process of the jurors, particularly at this stage of the proceedings. With regard to the accused, the reference may be misleading since if the result of the exhortation is a verdict of guilty, it is obviously not in the best interest of the accused that a verdict be rendered.

The position was put in this way by the New Zealand Court of Appeal in *Accused*, *supra*, at pp. 58-59:

A specific reference to a further ordeal for the accused seems somewhat out of touch with the likely reality of

tions du jury. À mon avis, cette erreur était telle qu'elle ne pouvait pas être corrigée et elle était suffisante en soi pour justifier un nouveau procès. Il y a cependant d'autres aspects de cette exhortation qui mènent à la même conclusion.

II. L'avantage d'un verdict pour l'accusé

En l'espèce, on a laissé entendre, dans l'exhortation, qu'un verdict pourrait être avantageux tant pour l'accusé que pour la plaignante. Le juge du procès s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] Le cas échéant, il faudra tout reprendre avec l'accusé et les témoins, y compris, et non au moins titre, la jeune femme. Il ne sera facile pour personne de devoir refaire ce que nous avons fait depuis lundi de cette semaine.

Vous avez prêté serment lorsque vous avez assumé vos fonctions dans la présente affaire, et je ne vous demande absolument pas de manquer à ce serment, mais il se pourrait que ceux d'entre vous qui sont minoritaires veuillent réexaminer les propos des jurés majoritaires. Mais, là encore, je vous rappelle — et j'insiste là-dessus — que je ne vous demande pas de manquer à votre serment. Il y a des circonstances où douze personnes sont incapables de décider. Il se peut que ce soit le cas ici. Vous n'en serez pas déniés pour autant.

Ce type de mention d'un avantage que pourraient éventuellement tirer l'accusé et les témoins si un verdict pouvait être prononcé a aussi été désapprouvé, à juste titre, pour deux raisons. Premièrement, en ce qui concerne le plaignant, il a été statué qu'une telle mention peut incorrectement susciter un sentiment de sympathie dans le processus de raisonnement des jurés, particulièrement à ce stade des procédures. Quant à l'accusé, la mention peut être trompeuse, étant donné que, si l'exhortation entraîne un verdict de culpabilité, il n'est évidemment pas dans l'intérêt de l'accusé qu'un verdict soit rendu.

Dans l'arrêt *Accused*, précité, aux pp. 58 et 59, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande expose ainsi ce point de vue:

[TRADUCTION] La mention particulière d'une autre épreuve pour l'accusé semble diverger quelque peu des

the accused's preferences. Although it may do little harm, we think it best avoided. Similarly, on balance we think it will be better in future if express reference to the ordeal for other witnesses, including a complainant, is omitted.

Similarly, in the English case of *Watson, supra*, the Court gave the following caution at p. 8:

Hints that it may be of benefit to the defendant if the jury can only sink their differences may be misleading if, as is usually the case, the minority are for an acquittal. Agreement will in those circumstances mean conviction, continued disagreement will mean at the worst a retrial with the consequent chance of acquittal.

I agree with these conclusions. Quite simply such a reference should not be included in the exhortation. In the case under consideration this error in itself may not have unduly influenced the jury and thus warrant a new trial. However, it is simply another factor which supports the conclusion that a new trial must be ordered.

III. The Suggestion that the Minority Should Consider What the Majority Were Saying

The trial judge instructed the jury that the minority might want to reconsider what the majority are saying. There is much to be said for the position that the mere suggestion that a juror should listen to fellow jurors may not be, in itself, improper. What is essential is that there should not be any suggestion that a juror should abandon his or her honestly held view in favour of the majority position. In *Watson, supra*, the English Court of Appeal specifically considered a unilateral direction given by a trial judge to those in the minority to listen to the majority. The Court, correctly in my view, concluded at p. 3 that such a direction could well be construed as "an encouragement to the dissentient minority to fall in with the majority whilst continuing to disagree with their views".

McLachlin J., in *Sims, supra*, sagely observed at p. 866 that "[t]ypically, an accused's fair trial

préférences probables de l'accusé. Quoiqu'elle puisse être assez inoffensive, nous croyons qu'il vaut mieux l'éviter. De même, tout bien considéré, nous pensons qu'il sera préférable à l'avenir de s'abstenir de mentionner expressément l'épreuve qui en résulterait pour d'autres témoins, dont le plaignant.

De même, dans l'arrêt anglais *Watson*, précité, la cour fait la mise en garde suivante, à la p. 8:

[TRADUCTION] Laisser entendre qu'il pourrait être avantageux pour le défendeur que les jurés puissent aplanir leurs différences peut être trompeur si, comme c'est habituellement le cas, la minorité est en faveur d'un acquittement. Un accord dans ces circonstances signifie une déclaration de culpabilité, alors que la continuation du désaccord signifie au pire un nouveau procès avec les chances d'acquittement qui en résultent.

Je suis d'accord avec ces conclusions. L'exhortation ne devrait tout simplement pas comporter une telle mention. En l'espèce, il se peut que cette erreur n'ait pas en soi influencé indûment le jury de manière à justifier un nouveau procès. Toutefois, c'est simplement un autre facteur à l'appui de la conclusion qu'un nouveau procès doit être ordonné.

III. La proposition que les jurés minoritaires examinent les propos des jurés majoritaires

Le juge du procès a dit au jury que les jurés minoritaires pourraient peut-être vouloir réexaminer les propos des jurés majoritaires. On peut soutenir qu'il n'est peut-être pas incorrect en soi de suggérer simplement qu'un juré écoute des collègues jurés. Ce qui importe, c'est de ne pas suggérer qu'un juré abandonne, en faveur de l'opinion de la majorité, son point de vue sincère. Dans l'arrêt *Watson*, précité, la Court of Criminal Appeal d'Angleterre a expressément examiné une directive unilatérale d'un juge du procès aux jurés minoritaires d'écouter les jurés majoritaires. À la page 3, la cour a conclu, à juste titre selon moi, qu'une telle directive pouvait bien être interprétée comme [TRADUCTION] «un encouragement apporté à la minorité dissidente à se rallier à la majorité tout en continuant d'être en désaccord avec elle».

À la page 866 de l'arrêt *Sims*, précité, le juge McLachlin a judicieusement fait observer qu'«[o]n

interest has been found to have been prejudiced when the judge's remarks indicated to the jurors that they 'should be' or 'ought to be' unanimous or that minority members should conform to the opinion of the majority".

39 Similarly, in *Littlejohn, supra*, Martin J.A. held at p. 168 that:

The trial Judge equally must avoid the use of language which is likely to convey to a juror that, despite his own doubts, genuinely entertained, he is, none the less, entitled to give way and agree with the majority of his colleagues in the interest of achieving unanimity: see *R. v. Davey* (1960), 45 Cr. App. R. 11.

40 In my view, it would be preferable for a trial judge to avoid putting the situation in confrontational terms of opposing sides. Rather the exhortation should appeal to the individual jurors to once again reason together. At the very least, if such a suggestion is made, it must state that both sides should listen to each other and consider the opinions of others. If that is not done, the jury may quite rightly assume that the trial judge is directing them that the majority opinion is right simply because it is the view of the majority and that the minority should no longer try to convert the majority to their point of view.

41 In the case at bar, the effect of this aspect of the erroneous exhortation may have been reduced as a result of the twice repeated reminder by the trial judge that they should not betray their oath. Nonetheless, the cumulative effect of this error when taken together with the others, must have had a coercive effect upon the jurors. This conclusion, I think, is supported by the fact that it took just 15 minutes following the exhortation for the jury to return with a guilty verdict.

The Significance of the Short Time Elapsed Between the Exhortation and the Return of the Guilty Verdict

42 The speed with which the jury reached its verdict after the exhortation seems to me to be a clear indication of the significance the jury attached to

juge habituellement que le droit de l'accusé à un procès équitable est lésé lorsque les remarques d'un juge indiquaient aux jurés qu'ils «devraient être» unanimes ou que les membres de la minorité devraient se rallier à l'opinion de la majorité».

De même, dans *Littlejohn*, précité, le juge Martin statue, à la p. 168:

[TRADUCTION] Le juge du procès doit également éviter d'utiliser un langage susceptible de faire comprendre à un juré qu'en dépit de ses propres doutes, qu'il éprouve sincèrement, il a néanmoins le droit de céder et de se rallier à la majorité de ses collègues dans le but de réaliser l'unanimité: voir *R. c. Davey* (1960), 45 Cr. App. R. 11.

À mon avis, il serait préférable que le juge du procès évite de présenter la situation comme une confrontation entre parties opposées. L'exhortation devrait plutôt inviter chacun des jurés à poursuivre le raisonnement avec les autres. À tout le moins, si une telle invitation est lancée, elle doit préciser que les deux côtés devraient s'écouter mutuellement et examiner leurs opinions respectives. Si cela n'est pas fait, les jurés pourront présumer, tout à fait à juste titre, que le juge du procès est en train de leur dire que l'opinion majoritaire est correcte simplement parce que c'est le point de vue de la majorité et que la minorité ne devrait plus tenter de rallier la majorité à son point de vue.

En l'espèce, l'incidence de cet aspect de l'exhortation fautive peut avoir été réduite du fait que le juge du procès a rappelé, à deux reprises, aux jurés qu'ils ne devaient pas manquer à leur serment. Néanmoins, cette erreur, considérée avec les autres erreurs commises, a dû avoir un effet cumulatif coercitif sur les jurés. J'estime que cette conclusion est appuyée par le fait qu'à la suite de l'exhortation il n'a fallu au jury que 15 minutes pour rendre un verdict de culpabilité.

L'importance du bref délai écoulé entre l'exhortation et le prononcé d'un verdict de culpabilité

La rapidité avec laquelle le jury est arrivé à son verdict après l'exhortation du juge du procès me semble indiquer clairement l'importance que le

the trial judge's exhortation. It demonstrates that it must have had a coercive impact on the minority who up to that time had obviously been unmoved by the arguments of the majority.

The same conclusion was reached by Bull J.A. in *Palmer, supra*, where once again the verdict was returned 15 minutes after an impugned exhortation. This led Bull J.A. to write at p. 412:

... exhortations, no matter how benevolent in tone and purpose, must be examined with the greatest of care to ensure that no prejudice to the accused has resulted therefrom. This may be particularly so where, as in this case, an exhortation to strive to reach a verdict given after many hours of apparent disagreement is followed very shortly by a guilty verdict. [Emphasis added.]

When a verdict is reached very shortly after the exhortation has been given, an appellate court may reasonably infer that something was said which induced one or more members of the jury to change their position. This was the inference drawn in both *R. v. Flesh (No. 2)* (1993), 23 B.C.A.C. 194, where the jury returned after 10 minutes and in *Alkerton, supra*. In the latter case, the jury had deliberated for six and a half hours after hearing relatively clear and straightforward evidence which strongly suggested the guilt of the accused. Nonetheless, a verdict of not guilty was delivered just 14 minutes after the trial judge gave an exhortation which could be taken as arousing sympathy for the accused and his wife, and thereby encouraging a jury verdict based on factors other than the evidence adduced.

In this case, the very short interval of 15 minutes between the exhortation and the rendering of the verdict suggests that the decision was made, not on the basis of the reasoning together of members of the community, but as a result of some jurors abandoning their honestly held view. It seems highly unlikely that a deadlocked jury could, by reasoning together, have resolved their differences so quickly. Certainly the verdict could not have been reached as a result of reasoned discussion. Rather it would seem that the majority position was simply adopted. This could well have

jury a accordée à cette exhortation. Cela démontre qu'elle a dû avoir un effet coercitif sur la minorité qui, jusque-là, était manifestement demeurée insensible aux arguments de la majorité.

Le juge Bull est arrivé à la même conclusion dans *Palmer*, précité, où, là encore, le verdict avait été prononcé 15 minutes après l'exhortation contestée. Cela a fait dire au juge Bull, à la p. 412:

[TRADUCTION] [les] exhortations, peu importe leur ton et leur objet bienveillants, doivent être néanmoins étudiées avec le plus grand soin afin d'assurer qu'il n'en a résulté aucun préjudice pour l'accusé. Cela est peut-être particulièrement vrai dans les cas où, comme en l'espèce, une exhortation à rendre un verdict, après plusieurs heures de désaccord manifeste, est suivie de très près d'un verdict de culpabilité. [Je souligne.]

Lorsqu'un verdict est rendu très peu de temps après l'exhortation, une cour d'appel peut raisonnablement déduire que l'on a dit quelque chose qui a incité un seul ou plusieurs jurés à changer d'avis. C'est ce qui a été déduit dans l'arrêt *R. c. Flesh (No. 2)* (1993), 23 B.C.A.C. 194, où le jury est revenu 10 minutes plus tard, et dans l'arrêt *Alkerton*, précité. Dans ce dernier cas, le jury avait délibéré pendant six heures et demie après avoir entendu une preuve relativement claire et simple qui indiquait fortement que l'accusé était coupable. Un verdict de non-culpabilité a néanmoins été rendu seulement 14 minutes après que le juge du procès eut adressé une exhortation qui pouvait être interprétée comme suscitant de la sympathie pour l'accusé et son épouse, et donc comme encourageant le jury à rendre un verdict fondé sur des considérations autres que la preuve présentée.

En l'espèce, le très court intervalle de 15 minutes entre l'exhortation et le prononcé du verdict permet de penser que la décision n'est pas fondée sur le raisonnement collectif de membres du public, mais résulte du fait que certains jurés ont abandonné leur point de vue sincère. Il semble très improbable que les membres d'un jury dans l'impasse aient pu aplanir leurs divergences aussi rapidement en raisonnant ensemble. Il est certain que le verdict n'a pu être rendu à la suite d'une discussion rationnelle. Il semblerait plutôt que l'on a simplement adopté le point de vue de la majorité.

43

1996 CanLII 176 (SCC)

44

45

resulted from the extraneous factors introduced into the deliberations by the exhortation.

Cela pouvait bien avoir résulté des considérations extérieures que l'exhortation avait fait intervenir dans les délibérations.

46

The announcement by a jury that it is deadlocked indicates that it is having a problem performing its ultimate function. The exhortation then given by the trial judge is of vital importance. It is the last word that the jury will have on the issue. It is therefore essential that the exhortation must be free of anything that would lead to the undermining of the jurors' oath to give a true verdict according to the evidence.

Lorsqu'un jury déclare qu'il est dans l'impasse, cela indique qu'il éprouve de la difficulté à remplir la fonction qui lui incombe en dernière analyse. L'exhortation que le juge lui adresse alors est d'une importance vitale. C'est le dernier mot que le jury entendra sur la question. Il est donc essentiel que l'exhortation soit exempte de tout ce qui pourrait miner le serment des jurés de rendre un verdict impartial fondé sur la preuve.

47

In my view, the reference to inconvenience and expense introduced such extraneous and irrelevant elements into the jury's deliberations and placed such unwarranted pressure upon the jurors that it could not be cured by the reference to the jurors' oath and in itself necessitates a new trial. Further, that error, coupled with the reference to the benefit of a verdict to the accused and complainant and the improper suggestion that the minority consider what the majority was saying without the reciprocal instruction to the majority, had the cumulative effect of requiring a new trial. That must be the result of the erroneous exhortation given in this case.

À mon avis, la mention des inconvénients et du coût a fait intervenir de telles considérations extérieures et non pertinentes dans les délibérations du jury et l'a soumis à une pression injustifiée telle qu'elle ne pouvait être éliminée par la mention du serment des jurés, nécessitant en soi la tenue d'un nouveau procès. De plus, l'effet cumulatif de cette erreur, conjuguée à la mention de l'avantage d'un verdict pour l'accusé et la plaignante et à la proposition incorrecte que les jurés minoritaires examinent les propos des jurés majoritaires sans que ces derniers reçoivent la même directive, rend nécessaire la tenue d'un nouveau procès. Ce doit être la conséquence de l'exhortation erronée en l'espèce.

Suggested Direction to the Jury

Exemple de directive au jury

48

I put forward the following example as one way in which an exhortation could be given to a jury. It is not meant to be followed slavishly as a magic incantation, but rather it is simply a suggestion that may be helpful to trial judges confronted with the need to give some direction to a jury which appears to be deadlocked. The direction might be given along these lines:

Je présente l'exemple ci-dessous comme une façon d'adresser une exhortation au jury. Il n'est pas nécessaire de le suivre à la lettre comme une incantation magique; il s'agit plutôt d'une simple suggestion qui peut être utile aux juges du procès confrontés à la nécessité de donner une directive à un jury qui paraît être dans l'impasse. Cette directive pourrait prendre la forme suivante:

Members of the Jury, you are having difficulty reaching a unanimous verdict. While it is not imperative that you do so, it is obviously desirable. You have sworn to give a true verdict based upon the evidence and that you must do your utmost to achieve. I have the discretion to discharge you from giving a verdict where it appears that further deliberation would be futile. However, this power should not be exercised lightly or too quickly. Fre-

Membres du jury, vous éprouvez de la difficulté à rendre un verdict unanime. Bien qu'il ne soit pas obligatoire que vous y parveniez, cela est évidemment souhaitable. Vous avez prêté serment de rendre un verdict impartial fondé sur la preuve, et vous devez faire de votre mieux pour y parvenir. J'ai le pouvoir discrétionnaire de vous libérer s'il appert que d'autres délibérations seraient futiles. Cependant, ce pouvoir ne doit pas être exercé à la

quently when juries are given more time to deliberate they are able to reach an agreement.

My objective is not to convince you to change your minds but rather, to encourage you to present your own view of the evidence to your fellow jurors to ensure that everyone's opinion has been duly considered. While you may have already formed an opinion as to the proper verdict I would ask that you still keep an open mind and carefully consider your colleagues' viewpoints. However, in reconsidering your position I remind you that at the beginning of the trial each of you took an oath to return a true verdict according to the evidence. It is crucial that no one betray that oath. Therefore, your verdict must be based on the evidence alone and you must not allow yourselves to be influenced by any extraneous considerations.

The essence of the jury system is the process of reasoning together by exchanging views and deliberating together. It is expected that you will pool your views of the evidence and listen carefully to one another. This means that there must be some give and take in the exchange of opinions. I must emphasize that this does not mean you should subordinate your own genuinely held view of the evidence for the sake of reaching a consensus. It is of course desirable that a unanimous verdict be rendered; yet this may be one of those occasions where you are unable to do so. This will not reflect badly upon you provided that you have made an honest effort to try the case to the best of your abilities.

Therefore, I would ask you to try once again to reach a verdict. This is a time to reflect further on the evidence to see if, by listening to each other, by carefully considering the various positions, and by reasoning together, you can come to an agreement and render a unanimous verdict.

I would add that although such a direction would be appropriate in this case and others like it, the

légère ou trop rapidement. Il arrive souvent que les jurés puissent parvenir à un accord lorsqu'on leur donne plus de temps pour délibérer.

Mon objectif n'est pas de vous convaincre de changer d'idée, mais, plutôt, de vous encourager à présenter à vos collègues jurés votre propre perception de la preuve, de manière à assurer que l'opinion de chacun soit dûment prise en considération. Bien que vous vous soyez peut-être déjà formé une opinion sur le verdict qui devrait être prononcé, je vous demande de garder l'esprit ouvert et d'examiner soigneusement le point de vue de vos collègues. Toutefois, en reconsidérant votre propre point de vue, vous devez vous rappeler le serment de rendre un verdict impartial fondé sur la preuve, que vous avez tous prêté au début du procès. Il est essentiel que nul ne manque à ce serment. Par conséquent, votre verdict doit être fondé sur la preuve seulement et vous ne devez pas vous laisser influencer par des considérations extérieures.

Le processus de raisonnement collectif fondé sur l'échange de points de vue et la délibération est l'essence du système du jury. On s'attend à ce que vous mettiez en commun vos perceptions de la preuve et à ce que vous vous écoutiez mutuellement. Cela veut dire que certains compromis doivent être faits lors de l'échange de points de vue. Je dois souligner que cela ne signifie pas que vous devez subordonner votre propre perception sincère de la preuve à la réalisation d'un consensus. Il est évidemment souhaitable qu'un verdict unanime soit rendu, mais il se peut que ce soit une affaire où il vous sera impossible de le faire. Cela n'aura aucune incidence négative sur vous si vous vous êtes efforcés sincèrement de juger l'affaire de votre mieux.

Par conséquent, je vous demanderais d'essayer de nouveau de parvenir à un verdict. Il s'agit d'approfondir votre réflexion sur la preuve pour voir si, en vous écoutant mutuellement, en examinant soigneusement les divers points de vue et en raisonnant ensemble, vous pouvez parvenir à un accord et rendre un verdict unanime.

J'ajouterais que, même si une telle directive conviendrait dans le présent cas et dans d'autres

situation presented in another case may require a different type of direction.

The Test for Appellate Review of Instructions Given to the Jury as an Exhortation

Counsel for the respondent contended that consideration of the jury exhortation should fall under s. 686(1)(a)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, to determine whether "on any ground there was a miscarriage of justice", rather than under s. 686(1)(a)(ii) where the focus would be on whether an error of law was committed. The Court of Appeal adopted this approach and concluded that there was no miscarriage of justice since the appellant had not established that the exhortation was unfair. With the greatest respect, I cannot agree with this position. In my view, there is no basis for treating the errors of law made in the course of an exhortation any differently from such errors committed in any other part of the instructions to the jury, or during the trial.

Not every improper reference in an exhortation will lead to a new trial. Instead, the exhortation must be viewed as a whole and in the context of the proceedings. The length of the deliberations, the nature of the question asked by the jury, and the length of the deliberations following the exhortation are all relevant. In considering all of these factors, an appellate court must determine whether there is a reasonable possibility that the impugned statements either coerced the jury or interfered with its right to deliberate in complete freedom from extraneous considerations or pressures, or caused a juror to concur with a view that he or she did not truly hold.

There is a preponderance of authority which has properly concluded that it is improper for a trial judge to refer, in a jury exhortation, to the public expense and inconvenience resulting from a mistrial, the benefit of a verdict to the accused or a witness, the hardship of another trial for all parties concerned, or to suggest that the minority consider what the majority is saying. When the impugned statements are considered in the context of the exhortation as a whole, together with the short

affaires semblables, un autre type de directive peut s'avérer nécessaire dans d'autres cas.

Le critère applicable à l'examen en appel de directives données pour exhorter le jury

L'avocat de l'intimée a soutenu que l'examen de l'exhortation au jury devrait relever du sous-al. 686(1)a(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, afin de déterminer si «pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire», plutôt que du sous-al. 686(1)a(ii), où l'accent est mis sur la question de savoir si une erreur de droit a été commise. La Cour d'appel a adopté ce point de vue et a conclu qu'il n'y avait aucune erreur judiciaire étant donné que l'appellant n'avait pas établi que l'exhortation était inéquitable. En toute déférence, je ne puis souscrire à cette opinion. À mon avis, il n'y a aucune raison de traiter les erreurs de droit commises dans une exhortation d'une façon différente des erreurs de droit commises dans toute autre directive au jury ou pendant le procès.

Toute mention incorrecte dans une exhortation n'entraînera pas nécessairement un nouveau procès. Il faut plutôt considérer l'exhortation dans son ensemble et dans le contexte des procédures. La durée des délibérations, la nature de la question posée par le jury et la durée des délibérations après l'exhortation sont toutes pertinentes. Lors de l'examen de tous ces facteurs, la cour d'appel doit déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que les mentions contestées aient eu un effet coercitif sur le jury ou empiété sur son droit de délibérer tout à fait librement, en l'absence de considérations ou de pressions extérieures, ou encore qu'elles aient amené un juré à souscrire à un point de vue qu'il ne partageait pas vraiment.

Il existe une jurisprudence prépondérante qui conclut, à juste titre, qu'il est inapproprié pour un juge du procès de mentionner, dans une exhortation au jury, le coût et les inconvénients pour le public qui résulteraient d'une annulation de procès, l'avantage d'un verdict pour l'accusé ou un témoin, les difficultés qu'un autre procès causerait à toutes les parties concernées, ou encore de proposer que les jurés minoritaires examinent les propos des jurés majoritaires. Lorsque les mentions

1996 CanLII 176 (SCC)

time which elapsed prior to rendering the verdict, I have no difficulty concluding that the exhortation must have interfered with the jury's ability to deliberate free from extraneous considerations. Further, it may have induced or coerced the jurors in the minority to subordinate their own genuinely held views simply for the sake of achieving unanimity. Thus, the trial judge clearly committed errors of law and the accused is entitled to a new trial. The appeal must be allowed unless the curative provision embodied in s. 686(1)(b)(iii) applies.

The exhortation was made at a critical and delicate point in the trial. It arguably had a greater impact on the verdict than any other instructions to the jury. Once it is determined that the exhortation may have improperly coerced the jury to reach a verdict, it cannot be said that the verdict would necessarily have been the same in the absence of the error. This is the test that must be met pursuant to s. 686(1)(b)(iii). Since the exhortation may have improperly affected the jury's verdict it would not be appropriate to apply the curative provision set out in the section.

Conclusion

It follows that I would allow the appeal and direct a new trial.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This appeal concerns the proper instructions which should be given to a jury by a trial judge once the jury has declared that it is deadlocked and cannot reach a verdict. In addition, it also raises the question of the appropriate standard of appellate review where those instructions are alleged to be deficient.

My colleague has determined that the exhortation by the trial judge to the jury in this case was improper, and that it must have interfered with the

contestées sont examinées en fonction de l'ensemble de l'exhortation, et en fonction du court laps de temps écoulé avant le prononcé du verdict, je n'ai aucune difficulté à conclure que l'exhortation doit avoir diminué la capacité du jury de délibérer en l'absence de considérations extérieures. De plus, cela peut avoir amené ou contraint les jurés minoritaires à subordonner leur propre point de vue sincère à la simple réalisation de l'unanimité. Ainsi, le juge du procès a clairement commis des erreurs de droit et l'accusé a droit à un nouveau procès. Le pourvoi doit être accueilli à moins que la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) ne s'applique.

L'exhortation a eu lieu à une étape cruciale et délicate du procès. On peut soutenir qu'elle a eu une plus grande incidence sur le verdict que toute autre directive au jury. Dès qu'il est déterminé que l'exhortation a pu contraindre irrégulièrement le jury à parvenir à un verdict, on ne peut pas affirmer que le verdict aurait nécessairement été le même en l'absence de l'erreur commise. C'est le critère auquel il faut satisfaire conformément au sous-al. 686(1)(b)(iii). Puisque l'exhortation a pu influencer incorrectement sur le verdict du jury, il ne conviendrait pas d'appliquer la disposition réparatrice de ce sous-alinéa.

Conclusion

Il s'ensuit que je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Le présent pourvoi porte sur les directives que le juge du procès devrait donner à un jury qui s'est déclaré incapable de se mettre d'accord et de parvenir à un verdict unanime. De plus, il soulève la question du standard approprié qui doit être appliqué en appel lorsqu'il est allégué que ces directives sont déficientes.

Mon collègue a décidé que l'exhortation du juge du procès au jury en l'espèce était incorrecte et qu'elle devait avoir eu une influence sur la capa-

jury's ability to deliberate freely. He also concludes that the exhortation may have been coercive. I disagree.

56 The facts and judgments of the lower courts have been recounted by Justice Cory and I need not reproduce them. Given the focus of this appeal, however, I believe it would be useful to set out the trial judge's exhortation to the jury in its unedited form. The version set out by Cory J. in his reasons contains only the impugned portions cited by the appellant. The full exhortation lasted a total of 15 minutes and reads as follows:

Members of the jury. I received a note this morning from the Sheriff from you which indicates that you appear to have reached an impasse. You would like some advice and some options.

Well, members of the jury, there are no options in these matters, save two: That of concluding the matter in the usually [*sic*] way of rendering verdicts or being unable to do so. Those are the options and the only options.

Now, in that regard I think I should make some observations to you. These sort of trials are not easy on any of the participants, and you are twelve of the participants.

Each of these trials take [*sic*] a piece out of counsel and a piece out of the judge. They are serious matters. They are serious for all those concerned, not the least of which is the accused.

These trials are expensive to operate in their conduct. That is not a particular [*sic*] important ingredient for trying to come to a decision in this matter, but it is a factor for your consideration.

More importantly, in all likelihood, if you are unable to arrive at a verdict, there will be another trial. That is not in my hands. That's up to the Crown, and maybe not Mr. McKimm [Crown counsel] either. But in all likelihood there would be another trial.

If that takes place, the accused would have to go through this again as would the witnesses, not the least of which is the young lady. It would not be easy for anybody to have to redo what we have done since Monday of this week.

cité du jury de délibérer librement. Il conclut aussi que l'exhortation peut avoir été coercitive. Je ne suis pas d'accord.

Les faits et les jugements rendus par les tribunaux d'instance inférieure ont été relatés par le juge Cory, ce qui me dispense de les reprendre. Cependant, étant donné l'objet du présent pourvoi, je crois utile de reproduire dans sa version intégrale l'exhortation du juge du procès au jury. Le juge Cory ne cite, dans ses motifs, que les passages contestés auxquels l'appelant renvoie. L'exhortation au complet a duré en tout 15 minutes et se lit ainsi:

[TRADUCTION] Membres du jury. Ce matin, le shérif m'a remis une note de votre part indiquant que vous êtes apparemment incapables de vous mettre d'accord. Vous aimeriez que des conseils et des choix vous soient offerts.

Eh bien! membres du jury, il n'y a que deux possibilités en l'espèce: clore l'affaire de la façon habituelle en rendant un verdict, ou être incapable de le faire. Ce sont là les seuls choix possibles.

Maintenant, je pense que je devrais vous formuler quelques observations à ce propos. Ce type de procès n'est facile pour aucun des participants, et vous êtes douze de ces participants.

Tous ces procès sont très exigeants tant pour les avocats que pour le juge. Ce sont des choses sérieuses. Ils sont sérieux pour tous les gens concernés, y compris, et non le moindre, l'accusé.

La tenue de ces procès coûte cher. Ce n'est pas un élément particulièrement important pour tenter d'en arriver à une décision dans la présente affaire, mais c'est un facteur que vous pouvez prendre en considération.

Qui plus est, selon toute probabilité, si vous êtes incapables de parvenir à un verdict, il y aura un autre procès. Cela ne dépend pas de moi. Cela relève du ministère public, et peut-être pas de M^c McKimm [le substitut du procureur général] non plus. Mais il y aurait vraisemblablement un autre procès.

Le cas échéant, il faudra tout reprendre avec l'accusé et les témoins, y compris, et non au moindre titre, la jeune femme. Il ne sera facile pour personne de devoir refaire ce que nous avons fait depuis lundi de cette semaine.

You are members of the jury in as good a position as any other twelve persons who would be hearing this case to render verdicts in this case.

You took an oath when you commenced your duties in this case, and I am by no means asking you to betray that oath, but perhaps the minority of you might want to reconsider what the majority are saying. But again, I remind you — I emphasize — that I am not asking you to betray your oath. There are occasions when twelve people cannot decide. This may be one of them. There will be no aspersions cast on you people for not [being] able to do so. Others have done it.

But before you reach that point of saying to me, to the court, that we were unable to agree, there will have to be some more time spent. Putting it bluntly to you, I do not intend to let you off the hook this early.

You commenced your deliberations sometime in the afternoon. There was the supper hour. You did some work last evening, I think until 9 o'clock, and you retired for the evening. That's a long time. I am not one of those judges who let people go, let juries go in a matter of a few hours. There is just too much involved here. We would have to go through all this again, probably.

I appreciate that this is not an easy case. That when credibility is in issue, as it is in this case, it's not easy. It's not easy at all. But the accused has chosen you twelve people to make that determination. He hasn't asked the judge about that. He has asked for you twelve, twelve people from the community.

As I say, you are in as good a position now as any other twelve people would be to determine the guilt or innocence of this individual.

So, I have told you what the options are that you have asked me, and I have exhorted to make an effort, a new effort, to determine whether you can arrive at verdicts in this case. We will adjourn.

It is worth noting that the second half of the exhortation was not challenged in any way by the appellant. In my view, this portion is essential in appreciating the exhortation's total effect. Here, the trial judge concentrated upon the specific circumstances of the case and urged the jury to arrive

Vous, les membres du jury, êtes autant en mesure de rendre un verdict, en l'espèce, que douze autres personnes qui entendraient l'affaire.

Vous avez prêté serment lorsque vous avez assumé vos fonctions dans la présente affaire, et je ne vous demande absolument pas de manquer à ce serment, mais il se pourrait que ceux d'entre vous qui sont minoritaires veuillent réexaminer les propos des jurés majoritaires. Mais, là encore, je vous rappelle — et j'insiste là-dessus — que je ne vous demande pas de manquer à votre serment. Il y a des circonstances où douze personnes sont incapables de décider. Il se peut que ce soit le cas ici. Vous n'en serez pas dénigrés pour autant. Ce ne sera pas la première fois que cela se sera produit.

Mais avant que vous ne soyez sur le point de me dire, de dire à la cour, que vous êtes incapables de vous mettre d'accord, il faudra consacrer encore un peu de temps. Pour être franc avec vous, je n'ai pas l'intention de vous libérer si vite que ça.

Vous avez commencé vos délibérations au cours de l'après-midi. Il y a eu l'heure du souper. Hier soir, vous avez travaillé jusqu'à 21 h, je crois, après quoi vous vous êtes retirés pour la soirée. C'est beaucoup de temps. Je ne suis pas l'un de ces juges qui laissent les gens partir, qui laissent les jurés partir après seulement quelques heures. Il y a trop en jeu ici. Il nous faudrait tout reprendre, probablement.

Je comprends que la situation n'est pas facile. Que lorsque la crédibilité est en cause comme c'est le cas en l'espèce, ce n'est pas facile. Ce n'est pas facile du tout. Mais l'accusé vous a choisis tous les douze pour rendre une décision. Il ne s'est pas adressé au juge à ce sujet. Il a demandé à vous avoir les douze, douze membres de la collectivité.

Comme je l'ai dit, vous êtes maintenant aussi en mesure, que douze autres personnes, de décider de l'innocence ou de la culpabilité de cet individu.

Ainsi, je vous ai dit quels sont vos choix, comme vous me l'avez demandé, et je vous ai exhortés à faire un effort, un nouvel effort, pour voir si vous pouvez parvenir à un verdict dans cette affaire. Nous allons ajourner.

Il vaut la peine de souligner que l'appelant n'a absolument pas contesté la seconde partie de l'exhortation. À mon avis, cette partie est essentielle pour en apprécier tout l'effet. En l'espèce, le juge du procès a mis l'accent sur les circonstances particulières de l'affaire et a pressé les jurés de faire

at a verdict if it was at all possible to do so. With that in mind, I turn to the questions before us.

Analysis

For ease of reference, I will restate the issues raised on this appeal as set out by my colleague:

1. Did the charge and subsequent recharge to the jury adequately deal with the theory of the defence?
2. Was the exhortation to the jury objectionable or improper?
3. Did the Court of Appeal err in the standard it applied for setting aside the verdict?

1. *Was there a Failure to Outline the Position of the Defence?*

On this issue, I am in agreement with Cory J. that any error made by the trial judge in his original charge to the jury was corrected in the subsequent recharge. I have nothing whatsoever to add. I will therefore proceed directly to the question of whether the trial judge's exhortation to the jury was improper.

2. *Was the Exhortation Objectionable or Improper?*

This ground of appeal focuses upon the instructions made by the trial judge to the jury once it had announced it was deadlocked. The appellant contends that the exhortation was inappropriate in that it contained references which improperly coerced the jury to come to a verdict, when the proper result would have been a hung jury. As a result, the validity of the verdict cannot be maintained, and a new trial should be ordered.

To begin with, I would note that I am in substantial agreement with Cory J. regarding the general purpose of an exhortation. The goal should be to encourage the jurors that, if it is at all possible,

tout leur possible pour parvenir à un verdict. Gardant ceci à l'esprit, j'examine maintenant les questions dont nous sommes saisis.

Analyse

Pour plus de commodité, je reprends les questions soulevées en l'espèce, telles qu'énoncées par mon collègue:

1. L'exposé au jury et le nouvel exposé qui a suivi ont-ils traité adéquatement la thèse de la défense?
2. L'exhortation adressée au jury était-elle répréhensible ou incorrecte?
3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur quant à la norme appliquée pour annuler le verdict?

1. *Y a-t-il eu défaut de résumer la position de la défense?*

Sur ce point, je suis d'accord avec le juge Cory pour dire que toute erreur commise par le juge du procès dans son premier exposé au jury a été corrigée dans le nouvel exposé. Je n'ai absolument rien à ajouter. Je passe donc directement à la question de savoir si l'exhortation du juge du procès au jury était incorrecte.

2. *L'exhortation était-elle répréhensible ou incorrecte?*

Ce moyen d'appel est axé sur les directives que le juge du procès a données au jury après que ce dernier eut annoncé qu'il était incapable de se mettre d'accord. L'appellant soutient que l'exhortation n'était pas appropriée parce qu'elle contenait des mentions de nature à contraindre irrégulièrement le jury à parvenir à un verdict, alors que le résultat approprié aurait été l'incapacité de rendre un verdict unanime. Par conséquent, la validité de ce verdict ne saurait être confirmée et un nouveau procès devrait être ordonné.

En premier lieu, il est à noter que je suis essentiellement d'accord avec le juge Cory en ce qui concerne le but général d'une exhortation. Elle devrait viser à encourager les jurés à faire tout leur

they should strive to come to an agreement. It is up to the jury, and the jury alone, to come to a verdict based solely on the strength of the evidence. As a general rule, jurors should not take into consideration extraneous factors in rendering its judgment, and a trial judge should not ask them to.

Nevertheless, an exhortation is not read from an inflexible blueprint which remains forever fixed in stone. Often, trial judges will be called upon to give an exhortation which is tailored to that particular jury. The nature of the direction given will be dependant on a number of factors including the length and complexity of the trial as well as events which occurred that warrant the attention of the trial judge. (See, for example, the situation which occurred in *R. v. Littlejohn* (1978), 41 C.C.C. (2d) 161 (Ont. C.A.)). There is no better person to assess what should be stated in an exhortation than a trial judge. It is he or she who has been with the trial since its inception and is able to gauge the mood and tenor of the particular jury. In my view, an exhortation should be treated by appellate courts in a manner similar to the way charges to the jury are currently reviewed. While few exhortations will be perfect, appellate courts should refrain from interfering unless there has been a clear error which brings the validity of the verdict into question: *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253. If there is no damaging effect to the deliberations of the jury, we should be extremely hesitant to overturn a verdict, even where the instructions fall short of perfection.

Moreover, as to the general approach which should be taken by appellate courts in reviewing exhortations, I agree with the observations of Martin J.A. on behalf of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Littlejohn*, *supra*, at p. 168, that in determining whether an exhortation was coercive, "the entire sequence of events leading up to the direction which is assailed, must be considered". I would merely add that in making this assessment we should consider the effect of the entire exhortation, and not unduly isolate or highlight one particular reference; see *R. v. Halliday* (1992), 77 C.C.C.

possible pour parvenir à un accord. Il appartient au jury, et au jury seul, de parvenir à un verdict sur la seule foi de la preuve présentée. En règle générale, les jurés ne doivent prendre en considération aucun facteur extérieur en rendant leur jugement, et le juge du procès ne doit pas leur demander de le faire.

Néanmoins, une exhortation ne doit pas s'inspirer d'un modèle rigide pour toujours gravé dans la pierre. Les juges du procès seront souvent appelés à adresser une exhortation adaptée au jury en présence. La nature de la directive donnée dépendra d'un certain nombre de facteurs, dont la durée et la complexité du procès, ainsi que d'événements qui méritent l'attention du juge du procès. (Voir, par exemple, la situation qui s'est présentée dans *R. c. Littlejohn* (1978), 41 C.C.C. (2d) 161 (C.A. Ont.)). Personne n'est mieux placé que le juge du procès pour déterminer ce qu'une exhortation doit contenir. C'est lui qui assiste au procès depuis le début et qui est capable d'apprécier l'état d'esprit et la composition du jury en présence. À mon avis, les cours d'appel devraient traiter une telle exhortation de la même manière qu'elles examinent couramment les exposés au jury. Bien que peu d'exhortations soient parfaites, les cours d'appel devraient s'abstenir d'intervenir à moins qu'il y ait une erreur manifeste qui mette en question la validité du verdict: *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253. En l'absence d'effet préjudiciable sur les délibérations du jury, nous devrions être extrêmement hésitants avant d'écarter un verdict, même dans le cas où les directives données ne sont pas parfaites.

De plus, en ce qui concerne l'approche générale avec laquelle les cours d'appel devraient aborder l'examen des exhortations, je suis d'accord avec les observations que le juge Martin a formulées, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *R. c. Littlejohn*, précité, à la p. 168, selon lesquelles, pour déterminer si une exhortation est coercitive, [TRADUCTION] «il faut considérer toute la suite des événements qui ont abouti à la directive attaquée». J'ajouterais simplement que, ce faisant, nous devrions tenir compte de l'effet de toute l'exhortation, au lieu d'isoler ou de souligner indû-

(3d) 481 (Man. C.A.), at p. 494, *per* Scott C.J., regarding this approach.

ment un élément particulier; en ce qui concerne cette approche, voir les motifs du juge en chef Scott dans *R. c. Halliday* (1992), 77 C.C.C. (3d) 481 (C.A. Man.), à la p. 494.

64 With that introduction, I will proceed to examine the exhortation at issue in this case. The appellant contends that there were three major flaws in the trial judge's instructions. I propose to deal with each in turn.

À partir de cette introduction, je vais maintenant examiner l'exhortation en cause dans la présente affaire. L'appelant soutient que les directives du juge du procès souffrent de trois lacunes majeures. Je me propose de les examiner à tour de rôle.

Reference to Public Expense and Inconvenience

La mention du coût et des inconvénients pour le public

65 The appellant contends that during the exhortation a number of the trial judge's remarks dealt with the potential cost of a new trial to the public. The following are the impugned passages:

L'appelant fait valoir que, dans l'exhortation du juge du procès, un certain nombre de remarques portaient sur le coût éventuel d'un nouveau procès pour le public. Les passages contestés sont les suivants:

Each of these trials take [*sic*] a piece out of counsel and a piece out of the judge. They are serious matters. They are serious for all those concerned, not the least of which is the accused.

[TRADUCTION] Tous ces procès sont très exigeants tant pour les avocats que pour le juge. Ce sont des choses sérieuses. Ils sont sérieux pour tous les gens concernés, y compris, et non le moindre, l'accusé.

These trials are expensive to operate in their conduct. That is not a particular [*sic*] important ingredient for trying to come to a decision in this matter, but it is a factor for your consideration.

La tenue de ces procès coûte cher. Ce n'est pas un élément particulièrement important pour tenter d'en arriver à une décision dans la présente affaire, mais c'est un facteur que vous pouvez prendre en considération.

More importantly, in all likelihood, if you are unable to arrive at a verdict, there will be another trial. That is not in my hands. That's up to the Crown, and maybe not Mr. McKimm [Crown counsel] either. But in all likelihood there would be another trial.

Qui plus est, selon toute probabilité, si vous êtes incapables de parvenir à un verdict, il y aura un autre procès. Cela ne dépend pas de moi. Cela relève du ministère public, et peut-être pas de M^e McKimm [le substitut du procureur général] non plus. Mais il y aurait vraisemblablement un autre procès.

66 The reference of particular concern to the appellant is the statement of how expensive trials are to conduct, and the implication that it would be a burden on the public if a new trial were to be held. While the phrase was limited in that the trial judge added that it was not a particularly important factor to consider, I agree that such statements are generally best avoided. As Cory J. points out, references of this sort might suggest that the jury should consider something other than the evidence before it. Nevertheless, I do not agree with his reasons to the extent that they state that any such ref-

L'appelant est particulièrement préoccupé par la mention du coût des procès et par le fait qu'on laisse entendre qu'un nouveau procès constituerait un fardeau pour le public. Même si le juge du procès a limité la portée de ce passage en ajoutant que ce n'était pas un élément particulièrement important à prendre en considération, je suis d'accord pour dire qu'il vaut mieux, en général, éviter ce genre de mention. Comme le souligne le juge Cory, une telle mention pourrait porter à croire que le jury devrait prendre en considération autre chose que la preuve qui lui a été présentée. Néanmoins, je suis en désaccord avec lui dans la mesure où il affirme que ces mentions ont, à première vue, un

erence is *prima facie* coercive. In my view, this statement is unfounded.

The authorities set out by Cory J. are virtually unanimous in the belief that references to the cost or expense of trials is an unacceptable practice. However, this unanimity is not also present in the interpretation of the effect of such a reference. On several occasions, the same courts cited by Cory J. have stated that a mention of public expense, while best avoided, cannot be said to have coerced the jury or caused any prejudice to the accused: *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1 (C.A.), at p. 7; *Buono* (1992), 95 Cr. App. R. 338 (C.A.); *R. v. Tennant*, [1989] 2 N.Z.L.R. 271 (C.A.), at p. 276; *R. v. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481 (Y.T.C.A.).

Indeed, the English Court of Appeal, who were perhaps the first to denounce this practice of referring to public expense in *Watson*, *supra*, have firmly stated that such an error cannot automatically be said to be coercive. In *R. v. Jackson*, unreported, (C.A., Crim. Div. (Eng.), March 9, 1988), this theory was clearly refuted. At trial, the jury returned a guilty verdict 10 minutes after an exhortation which included a reference to "a lot of waste of time and a lot of expense". Nevertheless, the court denied the appeal, stating:

We take the view that any possible pressure which might have been imposed upon the jury by the Recorder mentioning waste of time and expense was cured by his emphasising immediately afterwards that the jury's primary consideration must be to bring in a verdict according to their oath. Accordingly, despite the short length of their retirement after that direction, we do not think there was any material irregularity which obliges us to allow the appeal. The appeal is accordingly dismissed.

Therefore, it would appear that whether or not such a reference is fatal will depend very much upon the circumstances in which it occurs. Clearly, there are different degrees of these types of errors and not everyone should be approached in exactly

effet coercitif. À mon avis, cette affirmation n'est pas fondée.

La jurisprudence que mentionne le juge Cory s'accorde presque unanimement pour dire que la mention du coût des procès est une pratique inacceptable. Toutefois, cette unanimité disparaît lorsqu'il s'agit d'interpréter l'effet d'une telle mention. À maintes reprises, les mêmes tribunaux auxquels se réfère le juge Cory ont décidé que, même s'il est préférable de ne pas mentionner les dépenses de fonds publics, on ne peut pas dire qu'une telle mention a eu un effet coercitif sur le jury ou cause un préjudice à l'accusé: *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1 (C.A.), à la p. 7; *Buono* (1992), 95 Cr. App. R. 338 (C.A.); *R. c. Tennant*, [1989] 2 N.Z.L.R. 271 (C.A.), à la p. 276; *R. c. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481 (C.A.T.Y.).

En fait, la Cour d'appel d'Angleterre, qui, dans l'arrêt *Watson*, précité, a peut-être été la première à dénoncer la mention des dépenses de fonds publics, a fermement affirmé qu'on ne peut pas dire automatiquement qu'une telle erreur a un effet coercitif. Dans l'arrêt *R. c. Jackson*, inédit, C.A., Div. crim. (Angl.), le 9 mars 1988, cette thèse a été nettement réfutée. Au procès, le jury a prononcé un verdict de culpabilité 10 minutes après s'être vu adresser une exhortation faisant état, notamment, d'une [TRADUCTION] «énorme perte de temps et [de] dépenses considérables». La cour a néanmoins rejeté l'appel, affirmant:

[TRADUCTION] Nous sommes d'avis que toute pression que le recorder peut avoir exercée sur le jury en mentionnant la perte de temps et les dépenses a été éliminée par le fait qu'il a aussitôt souligné que le principal souci des membres du jury doit être de rendre un verdict conformément au serment qu'ils ont prêté. Par conséquent, malgré le court délai pendant lequel ils se sont retirés après avoir reçu cette directive, nous ne croyons pas qu'il y ait eu quelque irrégularité majeure qui nous obligerait à accueillir l'appel. L'appel est donc rejeté.

Il semblerait donc que ce sont les circonstances dans lesquelles une telle mention a été faite qui détermineront en grande partie si elle est fatale ou non. Il est évident qu'il existe divers degrés d'erreurs de cette nature, qui ne doivent pas tous être

the same way. The preeminent concern is the perceived effect of the error, which can be analyzed by examining a number of factors including, *inter alia*, the prominence of the reference, whether it was repeated, and whether other comments might have cured any harmful effect. I will return to this during the discussion of the proper standard of review.

abordés exactement de la même manière. Le principal souci est de déterminer l'effet apparent de l'erreur, ce qui peut être fait en examinant un certain nombre de facteurs, dont l'importance de la mention, la question de savoir si elle a été répétée et celle de savoir si d'autres commentaires ont pu remédier à tout effet préjudiciable. Je reviendrai sur ce point au cours de l'analyse de la norme d'examen à appliquer.

As a final note, I merely wish to add that a reference to public expense, except to the extent discussed above, is not inherently prejudicial to the accused. It is a neutral factor and does not, unlike some of the more coercive types of directions, in any way ask the jury to convict. It may just as well have the effect of guaranteeing an acquittal.

Enfin, je tiens simplement à ajouter que la mention des dépenses de fonds publics, sauf dans la mesure mentionnée plus haut, ne porte pas en soi préjudice à l'accusé. C'est un élément neutre qui, contrairement à certains types de directives plus coercitives, ne consiste aucunement à demander au jury de rendre un verdict de culpabilité. Il peut tout autant avoir pour effet de garantir un acquittement.

On balance, however, I am prepared to accept that this reference is one that should not have been made. That does not, of course, raise it automatically to an error of law. We must first examine the rest of the exhortation in order to ascertain whether this error was compounded by others, or minimized by the effect of other remedial factors.

Tout compte fait, cependant, je suis disposée à reconnaître que cette mention n'aurait pas dû être faite. Il est évident que cela n'en fait pas automatiquement une erreur de droit. Nous devons d'abord examiner le reste de l'exhortation pour déterminer si cette erreur a été aggravée par d'autres erreurs, ou atténuée par d'autres éléments curatifs.

The Benefit of a Verdict to the Accused

L'avantage d'un verdict pour l'accusé

The appellant's second contention is that the exhortation included a reference that a verdict might be of benefit to both the accused and to the complainant. In particular, he cites the following:

L'appelant allègue ensuite que l'exhortation contenait une mention que le prononcé d'un verdict pourrait être avantageux tant pour l'accusé que pour la plaignante. Il cite notamment le passage suivant:

If that takes place, the accused would have to go through this again as would the witnesses, not the least of which is the young lady. It would not be easy for anybody to have to redo what we have done since Monday of this week.

[TRADUCTION] Le cas échéant, il faudra tout reprendre avec l'accusé et les témoins, y compris, et non au moindre titre, la jeune femme. Il ne sera facile pour personne de devoir refaire ce que nous avons fait depuis lundi de cette semaine.

I must say that I find it somewhat difficult to comprehend how this innocuous reference in the middle of a 15-minute exhortation could be said to have any influence at all on the jury's deliberative process. On this point I am substantially in agreement with the approach of the New Zealand Court of Appeal in *R. v. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46 (C.A.). There (at p. 54), the trial judge delivered an

Je dois dire qu'il m'est quelque peu difficile de comprendre comment on peut dire que cette mention anodine, au milieu d'une exhortation de 15 minutes, a une influence quelconque sur les délibérations du jury. À cet égard, je suis essentiellement d'accord avec la façon dont la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande a procédé dans *R. c. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46. Dans cette affaire (à la

exhortation which contained the following statement:

It is of tremendous importance that a jury should reach a verdict at a trial such as this if this can properly be done. If you do not the case has to be tried again and that of course is a burden on everyone concerned, the witnesses, the accused and in this case particularly, the complainant. If at all possible, it would obviously be undesirable that she should have to give her evidence again.

In dismissing the appeal, the Court stated at pp. 58-59:

A rather more difficult question is whether there should be an express reference to the ordeal of witnesses if there is a new trial. A specific reference to a further ordeal for the accused seems somewhat out of touch with the likely reality of the accused's preferences. Although it may do little harm, we think it best avoided. Similarly, on balance we think it will be better in future if express reference to the ordeal for other witnesses, including a complainant, is omitted. The jury is likely to be alive to this when told of the prospect of a new trial; to state it expressly could perhaps be regarded as unnecessarily underlining it.

See also *Tennant*, *supra*, at p. 277.

In virtually every exhortation, the jury is warned that the consequence of a hung jury is a new trial. Certainly, every jury member is well aware that in a new trial the witnesses and the complainant will have to relive the proceedings again. The accused is also left with the charge hanging over his head for a prolonged period of time. Obviously, to a certain extent, finality of the proceedings is to everyone's benefit. This is a factor which is mentioned or implied at several points during the trial process. Like the New Zealand Court of Appeal, I am of the view that a reference to it during the exhortation is in most cases quite harmless.

It is only where this factor has been unduly highlighted or repeated in such a way as to cause sympathy for one of the parties, as in *R. v.*

p. 54), le juge du procès avait adressé une exhortation comportant l'affirmation suivante:

[TRADUCTION] Il est extrêmement important que, dans un procès comme celui-ci, le jury prononce un verdict dans la mesure où il peut le faire à bon droit. Si vous ne le faites pas, il devra y avoir un nouveau procès qui constituera, bien sûr, un fardeau pour toutes les parties concernées, les témoins, l'accusé et, particulièrement en l'espèce, la plaignante. Il serait évidemment souhaitable qu'elle n'ait pas, autant que possible, à témoigner de nouveau.

En rejetant l'appel, la cour a affirmé, aux pp. 58 et 59:

[TRADUCTION] Il est un peu plus difficile de savoir si on devrait mentionner expressément l'épreuve que les témoins auront à subir s'il y a un nouveau procès. La mention particulière d'une autre épreuve pour l'accusé semble diverger quelque peu des préférences probables de l'accusé. Quoiqu'elle puisse être assez inoffensive, nous croyons qu'il vaut mieux l'éviter. De même, tout bien considéré, nous pensons qu'il sera préférable à l'avenir de s'abstenir de mentionner expressément l'épreuve qui en résulterait pour d'autres témoins, dont le plaignant. Le jury est vraisemblablement conscient de cela lorsqu'on lui mentionne la possibilité d'un nouveau procès; le dire expressément pourrait être considéré comme le souligner inutilement.

Voir aussi l'arrêt *Tennant*, précité, à la p. 277.

Dans presque toutes les exhortations, le jury est prévenu qu'un nouveau procès devra être tenu s'il lui est impossible de se mettre d'accord. Il est certain que chaque juré sait fort bien que, lors d'un nouveau procès, les témoins et le plaignant devront revivre le tout. De même, une accusation continue de pendre plus longtemps au-dessus de la tête de l'accusé. Il est évident, jusqu'à un certain point, que tous ont avantage à ce que les procédures se terminent. C'est là un facteur qui est mentionné ou sous-entendu à plusieurs moments du procès. À l'instar de la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande, je suis d'avis que cette mention dans une exhortation est dans la plupart des cas tout à fait inoffensive.

Ce n'est que si ce facteur a été indûment souligné ou réitéré de façon à susciter de la sympathie pour l'une des parties, comme dans l'affaire *R. c.*

Alkerton (1992), 72 C.C.C. (3d) 184 (Ont. C.A.), at p. 187, that it has been found to have prejudiced the jury's deliberative process in any way. The general weight of authority is that these references, absent an abusive element, do not warrant reversing a jury verdict; *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.); *Halliday, supra*; *Accused, supra*; *Tennant, supra*.

Alkerton (1992), 72 C.C.C. (3d) 184 (C.A. Ont.), à la p. 187, que l'on a conclu qu'il avait nui de quelque manière au processus de délibération des jurés. Selon le courant général de jurisprudence, ces mentions, en l'absence d'élément abusif, ne justifient pas d'infirmier le verdict d'un jury; *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), ainsi que les arrêts *Halliday*, *Accused* et *Tennant*, précités.

77

In the case under consideration, the trial judge made what amounts to a passing reference regarding the rigors of a new trial on the parties which came in the midst of a lengthy exhortation. It was fair to the accused in that it mentioned the adverse effect of a new trial on all the parties concerned, including a prospective new jury. There was no attempt to heighten the sympathies for any particular party and no abusive element. In my view, this factor could not be said to have affected the jury verdict in any way whatsoever.

Dans la présente affaire, le juge du procès n'a fait que mentionner en passant les rigueurs d'un nouveau procès pour les parties, au milieu d'une longue exhortation. Cette mention était équitable pour l'accusé, car elle faisait état de l'incidence négative d'un nouveau procès sur toutes les parties concernées, y compris le nouveau jury éventuel. On n'y tentait pas de susciter de la sympathie pour une partie en particulier et elle ne comportait aucun élément abusif. À mon avis, on ne saurait affirmer que ce facteur a influé de quelque façon que ce soit sur le verdict du jury.

1996 CanLII 176 (SCC)

Reference to the Minority

La mention des jurés minoritaires

78

Finally, the appellant contends that the trial judge erred when he referred to the jurors who were in the minority in the following way:

Enfin, l'appelant soutient que le juge du procès a commis une erreur en parlant ainsi des jurés minoritaires:

You took an oath when you commenced your duties in this case, and I am by no means asking you to betray that oath, but perhaps the minority of you might want to reconsider what the majority are saying. But again, I remind you — I emphasize — that I am not asking you to betray your oath. There are occasions when twelve people cannot decide. This may be one of them. There will be no aspersions cast on you people for not [*sic*] able to do so.

[TRADUCTION] Vous avez prêté serment lorsque vous avez assumé vos fonctions dans la présente affaire, et je ne vous demande absolument pas de manquer à ce serment, mais il se pourrait que ceux d'entre vous qui sont minoritaires veuillent réexaminer les propos des jurés majoritaires. Mais, là encore, je vous rappelle — et j'insiste là-dessus — que je ne vous demande pas de manquer à votre serment. Il y a des circonstances où douze personnes sont incapables de décider. Il se peut que ce soit le cas ici. Vous n'en serez pas dénigrés pour autant.

79

For many years, a reference to "a minority" of the jury was quite commonplace, as illustrated by this passage from Lord Denning in *Shoukatallie v. The Queen*, [1962] A.C. 81 (P.C.), at p. 91:

Pendant de nombreuses années, la mention des jurés minoritaires était une pratique fort courante, comme l'illustre l'extrait suivant des motifs de lord Denning dans l'arrêt *Shoukatallie c. The Queen*, [1962] A.C. 81 (C.P.), à la p. 91:

He reminds them that it is most important that they should agree if it is possible to do so: that, with a view to agreeing, they must inevitably take differing views into account; that if any member should find himself in a small minority and disposed to differ from the rest, he

[TRADUCTION] Il leur rappelle qu'il est très important qu'ils se mettent d'accord, si cela est possible: que, pour ce faire, ils doivent inévitablement prendre en considération des opinions divergentes; que, si un membre se retrouve en minorité et enclin à ne pas partager l'opi-

should consider the matter carefully, weigh the reasons for and against his view, and remember that he may be wrong; that if, on so doing, he can honestly bring himself to come to a different view and thus to concur in the view of the majority, he should do so, but if he cannot do so, consistently with the oath he has taken, and he cannot bring the others round to his point of view, then it is his duty to differ, and for want of agreement, there will be no verdict.

Canadian courts adopted this statement as accurate and until quite recently, references to the minority were routine and accepted: see, for example, *R. v. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402 (B.C.C.A.). Indeed, in some cases, the exhortation included a prolonged and concerted attempt to get jurors in the minority to reconsider the validity of their opinion, and was still considered adequate; *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39 (Man. C.A.), at pp. 73-74.

This approach, however, was reevaluated by this Court in *R. v. Sims*, [1992] 2 S.C.R. 858, where we determined that an improper reference to the minority would be in error. McLachlin J. stated at p. 866:

Typically, an accused's fair trial interest has been found to have been prejudiced when the judge's remarks indicated to the jurors that they "should be" or "ought to be" unanimous or that minority members should conform to the opinion of the majority.

My colleague Cory J. interprets this to mean that any reference to the minority will have an adverse impact as it may lead jurors in that position to conclude that the trial judge is directing them that the majority opinion is right simply because it is the view of the majority. As a consequence, they will feel that they should no longer try to convert the majority to their point of view. With respect, I disagree. In my view, the ratio of *Sims* is clearly that an accused's fair trial interest is only compromised when the instruction indicates or implies that the minority should conform to the majority. This is

nion des autres, il doit examiner la question avec soin, soupeser les avantages et les inconvénients de son point de vue et se rappeler qu'il a peut-être tort; que, si, ce faisant, il peut sincèrement en arriver à un point de vue différent et, par conséquent, à souscrire à l'opinion de la majorité, il doit le faire, mais que, s'il ne le peut pas, conformément au serment qu'il a prêté, et s'il ne peut pas rallier les autres à son point de vue, alors il a le devoir de diverger d'opinion, et, en raison de l'absence d'accord, il n'y aura pas de verdict.

Les tribunaux canadiens ont jugé que cet énoncé était exact et, jusqu'à tout récemment, il était courant et accepté de faire mention des jurés minoritaires: voir, par exemple, *R. c. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402 (C.A.C.-B.). En fait, l'exhortation comportait, dans certains cas, une tentative prolongée et concertée d'obtenir des jurés minoritaires qu'ils reconsidèrent la validité de leur opinion, mais elle était quand même jugée adéquate; *R. c. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39 (C.A. Man.), aux pp. 73 et 74.

Notre Cour a, cependant, réévalué ce point de vue dans *R. c. Sims*, [1992] 2 R.C.S. 858, où elle a statué qu'une référence incorrecte aux jurés minoritaires constituait une erreur. Le juge McLachlin affirme, à la p. 866:

On juge habituellement que le droit de l'accusé à un procès équitable est lésé lorsque les remarques d'un juge indiquaient aux jurés qu'ils «devraient être» unanimes ou que les membres de la minorité devraient se rallier à l'opinion de la majorité.

Selon mon collègue le juge Cory, ce passage signifie que toute référence aux jurés minoritaires a une incidence négative étant donné qu'elle est susceptible d'amener ces jurés à conclure que le juge du procès est en train de leur dire que l'opinion majoritaire est correcte simplement parce que c'est le point de vue de la majorité. Ils auront alors le sentiment qu'ils ne devraient plus tenter de rallier la majorité à leur point de vue. En toute déférence, je ne suis pas d'accord. À mon avis, le raisonnement de l'arrêt *Sims* est clair: l'équité du procès d'un accusé n'est compromise que si la directive indique ou sous-entend que les jurés minoritaires devraient se conformer à l'opinion

not nearly the same as saying that every reference to the minority will achieve this effect.

83

Once again, rather than taking a blanket approach, it is useful to consider each statement in its proper context and examine its potential effect. In this case, the trial judge did not tell the minority that they must revise their decision. On the contrary, all he did was ask them to go back and listen to the views of the majority one more time. In case there was any confusion in this regard, it must have been corrected when the trial judge warned the jurors not to abandon their oath. He did so not once, but twice, and coupled this with a reminder that the jury need not agree. The words of Bull J.A. regarding a similar situation in *Palmer*, *supra*, at p. 415, are apposite:

This direction did not mean that the majority was right because they were a majority, without regard to the soundness of their reasoning, and was not capable of being so understood by any intelligent juror who had listened to the charge as a whole. Nor was it wrong to tell the minority that they should consider whether the views of the majority were more in accord with the evidence than their own. That is nothing more than a quite proper direction to consider that the one view might be the right one on the evidence and the other the wrong one.

84

While I agree that to avoid any concerns, it is better not to make any references of this kind, the standard of review where they are made should be in accordance with *Sims*. Where the remarks of the trial judge fail to indicate that there must be an agreement, and that jury members holding a minority opinion should agree with the majority, it cannot be said that any wrongdoing occurred.

85

In my view, assuming there was an error made here, a conclusion of which I have serious doubt, it was corrected by the references to the jurors' oath and their right to disagree. Therefore, in the circumstances, I find that there was no harm caused by this reference, and that it could not have affected the jury's ability to deliberate free of outside influences.

majoritaire. Cela est loin de signifier que toute référence aux jurés minoritaires aura cet effet.

Encore là, au lieu d'adopter une approche généralisée, il est utile d'examiner chaque énoncé dans son contexte et d'examiner son effet potentiel. En l'espèce, le juge du procès n'a pas dit aux jurés minoritaires qu'ils devaient revenir sur leur décision. Au contraire, il n'a fait que leur demander de retourner écouter une fois de plus le point de vue de la majorité. Toute confusion qui a pu exister à ce sujet a nécessairement été dissipée lorsque le juge du procès a prévenu les jurés de ne pas manquer à leur serment. Il les a prévenus non pas une seule fois, mais deux fois, en plus de leur rappeler qu'il n'est pas nécessaire que les membres du jury se mettent d'accord. Les propos que le juge Bull a tenus au sujet d'une situation similaire dans l'arrêt *Palmer*, précité, à la p. 415, sont pertinents:

[TRADUCTION] Cette directive ne signifiait pas que les jurés majoritaires avaient raison parce qu'ils formaient la majorité, indépendamment de la justesse de leur raisonnement, et aucun juré intelligent qui avait écouté l'ensemble de l'exposé ne pouvait l'avoir interprétée ainsi. Il n'était pas non plus erroné de dire aux jurés minoritaires qu'ils devaient se demander si l'opinion majoritaire s'accordait davantage que la leur avec la preuve. Ce n'est rien de plus qu'une directive tout à fait correcte que de demander d'envisager la possibilité qu'une opinion soit la bonne compte tenu de la preuve, et que l'autre soit erronée.

Bien que je convienne que, pour éviter tout doute, il vaut mieux éviter ce type de mention, la norme d'examen à appliquer le cas échéant doit être conforme à l'arrêt *Sims*. Si, dans ses remarques, le juge du procès n'indique pas qu'il doit y avoir accord et que les jurés minoritaires devraient se rallier à l'opinion majoritaire, on ne saurait affirmer qu'il y a eu une erreur.

À mon avis, à supposer qu'une erreur ait été commise en l'espèce, ce dont je doute sérieusement, elle a été corrigée par la mention du serment des jurés et de leur droit au désaccord. Par conséquent, je conclus que, dans les circonstances, cette mention n'a causé aucun préjudice et qu'elle n'a pu nuire à la capacité du jury de délibérer à l'abri de toute influence extérieure.

In summary, I find that the only reference which could possibly have affected the jury's deliberations was that regarding the public expense and inconvenience if a new trial were to be held. Before proceeding to consider whether this reference constituted an error of law, I wish to examine briefly the significance of the jury's quick return after receiving the trial judge's exhortation.

Significance of the Short Time Elapsed Between the Exhortation and the Return of the Verdict

Cory J. attaches a great deal of significance to the short lapse of time between the exhortation and the return of the verdict. In his view, at para. 42, the speed with which the jury reached its verdict "demonstrates that it [the exhortation] must have had a coercive impact on the minority who up to that time had obviously been unmoved by the arguments of the majority".

In my view, this statement overlooks two important factors. First, where the language of an exhortation is not inherently coercive, it does not become so merely because an early verdict was returned. Second, there is an entirely different conclusion which can equally be drawn by the jury's early return, that being that the exhortation had the desired effect; see for example, *Tennant, supra*, at p. 277; *Palmer, supra*; *Halliday, supra*; *Littlejohn, supra*, at p. 170. I note that in *Palmer, supra*, at p. 415, which is cited by my colleague to demonstrate that a quick return can indicate coercion, the Court of Appeal came to exactly the opposite conclusion and found that the verdict was legitimate.

Furthermore, I am in agreement with the respondent who states in his factum:

Where, however, it is concluded the effect of the exhortation as a whole could not have been anything other than the proper influence of that type of jury address, an early verdict means only that the need for it was wisely assessed and that it was effective in meeting its legitimate objective.

En résumé, je conclus que la seule mention qui aurait pu éventuellement influencer sur les délibérations du jury était celle du coût et des inconvénients d'un nouveau procès pour le public. Avant d'examiner si la mention en cause constituait une erreur de droit, je tiens à analyser brièvement l'importance du fait que le jury se soit prononcé rapidement après avoir entendu l'exhortation du juge du procès.

L'importance du bref délai écoulé entre l'exhortation et le prononcé du verdict

Le juge Cory attache une grande importance au court laps de temps écoulé entre l'exhortation et le prononcé du verdict. À son avis, au par. 42, la rapidité avec laquelle le jury est arrivé à son verdict «démontre qu'elle [l'exhortation] a dû avoir un effet coercitif sur la minorité qui, jusque-là, était manifestement demeurée insensible aux arguments de la majorité».

À mon avis, cette affirmation ne tient pas compte de deux facteurs importants. Premièrement, si les termes de l'exhortation ne sont pas coercitifs en soi, ils ne le deviennent pas simplement parce qu'un verdict est prononcé peu après. Deuxièmement, il est possible de tirer une conclusion tout à fait différente de la rapidité avec laquelle le jury s'est par la suite prononcé, c'est-à-dire que l'exhortation a eu l'effet désiré; voir, par exemple, les arrêts *Tennant*, précité, à la p. 277; *Palmer*, précité; *Halliday*, précité; *Littlejohn*, précité, à la p. 170. Je souligne qu'à la p. 415 de l'arrêt *Palmer*, précité, cité par mon collègue pour démontrer qu'un verdict rapide peut être un signe de coercion, la cour d'appel est arrivée à la conclusion tout à fait opposée et a jugé que le verdict était légitime.

Je suis en outre d'accord avec l'intimée, qui affirme dans son mémoire:

[TRADUCTION] Si toutefois, on conclut que, dans l'ensemble, l'exhortation n'a pu qu'exercer l'influence normale de ce type d'exposé au jury, un verdict prononcé peu après signifie seulement qu'on en avait bien évalué la nécessité et qu'elle a permis d'atteindre son objectif légitime.

90

It follows therefore, that this factor is largely dependent upon the circumstances of each case. Its significance will depend upon the overall effect of the exhortation and the gravity of any potential error made by the trial judge. I propose therefore, to analyse these factors next.

3. *Did the Court of Appeal Err in the Standard it Applied for Setting Aside the Verdict?*

91

My colleague Cory J. has discussed the appropriate standard of review in this matter, and I am in substantial agreement with this portion of his reasons. I agree that not every improper reference in an exhortation should be treated as an error of law, and that the reference must be examined in the context in which it was made in order to determine whether there is a reasonable possibility that the impugned statements either coerced the jury or interfered with its right to deliberate in freedom from extraneous considerations.

92

The British Columbia Court of Appeal, in dismissing the appellant's appeal, found that any errors made were not likely to coerce any members of the jury to disregard their oath and thus, the verdict was not improper. In my view, this finding was correct.

93

In its entirety, this exhortation lasted 15 minutes, and contained numerous warnings to the jury that they must stay true to their oath and decide this case solely on the evidence before them. It also reminded them that they had the obligation to disagree if that was the proper result. Balanced against these factors is a one line reference to the inconvenience and expense to the public if a new trial were to be held. In these circumstances, I conclude that there is not a reasonable possibility that this reference had any influence on the jury's verdict.

94

As a result, I am unable to conclude that any error of law occurred. That would normally be sufficient to dispose of this matter; however, given the comments made by Cory J. with regard to the

Il s'ensuit donc que ce facteur dépend largement des circonstances particulières de chaque affaire. Son importance dépendra de l'effet global de l'exhortation et de la gravité de toute erreur que le juge du procès pourra avoir commise. Je me propose donc maintenant d'analyser ces éléments.

3. *La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur quant à la norme appliquée pour annuler le verdict?*

Mon collègue le juge Cory a analysé la question de la norme d'examen à appliquer en la matière et je suis essentiellement d'accord avec cette partie de ses motifs. Je conviens que toute mention incorrecte dans une exhortation ne doit pas nécessairement être traitée comme une erreur de droit et qu'elle doit être examinée eu égard au contexte dans lequel elle a été faite, afin de déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que les mentions contestées aient eu un effet coercitif sur le jury ou qu'elles aient empiété sur son droit de délibérer en l'absence de considérations extérieures.

En rejetant l'appel de l'appelant, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que toute erreur qui avait pu être commise n'était pas susceptible de contraindre les jurés à manquer à leur serment et que, par conséquent, le verdict n'était pas erroné. À mon avis, cette conclusion est correcte.

Au cours de l'exhortation qui a duré 15 minutes en tout, les membres du jury ont été prévenus, à de nombreuses reprises, qu'ils devaient respecter leur serment et ne trancher l'affaire qu'en fonction de la preuve qui leur avait été présentée. On leur a aussi rappelé qu'ils avaient l'obligation d'être en désaccord s'il convenait de le faire. Comparativement à ces éléments, il y a une brève mention des inconvénients et du coût d'un nouveau procès pour le public. Dans ces circonstances, je conclus qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que cette mention ait influé sur le verdict du jury.

Par conséquent, je suis incapable de conclure qu'une erreur de droit a été commise. Cela suffirait normalement pour trancher l'affaire. Cependant, étant donné les commentaires du juge Cory au

1996 CanLII 176 (SCC)

need for a model exhortation, I propose to consider briefly this issue as well.

Model Exhortations

The adoption of a model exhortation has occurred in several common law countries including England, New Zealand and Australia. Such a development is seen as desirable in that it cuts down on the number of appeals in this area by providing a certain stability in the law. Nevertheless, as with any "model" form, this stability comes at a certain price. As I mentioned at the outset of my reasons, no two trials are exactly alike and the panoply of situations which can arise often results in the need for different exhortations.

To illustrate, I will contrast the situation which occurred in this case with that in *Littlejohn, supra*. In the latter case, the jury sent the trial judge a note which expressed the fact that one juror knew of guilt but was unwilling to express it so as to make the jury unanimous. As a result, the judge gave an exhortation which focused on the importance of the oath, as well as his thought that someone may have been avoiding the duty they had sworn to do. It is evident that this type of exhortation would not have been necessary or appropriate in the case at bar. Similarly, neither the exhortation given in this case nor the model exhortation proposed by Cory J. would have been proper to deal with that type of situation. I believe, therefore, that in setting out a model exhortation we must urge trial judges to feel free to depart from this formula in situations which require it, as they are the people best able to assess the needs of each individual case.

Nevertheless, I can see how a model exhortation would be desirable to deal with the common occurrence where a jury is deadlocked, and the trial judge is not concerned by any additional problem needing to be addressed. In this type of situation, I believe the exhortation suggested by Cory J. would be acceptable. In my view, however, an exhortation along the lines proposed by the New Zealand Court of Appeal in *Accused, supra*, is preferable as

sujet de la nécessité d'un modèle d'exhortation, je compte aussi examiner brièvement cette question.

Modèles d'exhortation

Plusieurs pays de common law, dont l'Angleterre, la Nouvelle-Zélande et l'Australie, ont adopté un modèle d'exhortation. Une telle mesure est jugée souhaitable étant donné qu'elle permet de réduire le nombre d'appels dans ce domaine en assurant une certaine stabilité du droit. Néanmoins, comme pour toute formule «modèle», cette stabilité a un prix. Comme je l'ai mentionné au début de mes motifs, il n'y a pas deux procès identiques et la multitude des situations qui peuvent se présenter a souvent pour effet de nécessiter des exhortations différentes.

À titre d'exemple, je vais comparer la situation en l'espèce avec celle qui s'est présentée dans l'arrêt *Littlejohn*, précité. Dans ce dernier cas, le jury avait envoyé au juge du procès une note l'informant qu'un juré savait que l'accusé était coupable, mais refusait de le dire et de permettre ainsi au jury d'être unanime. Le juge a donc adressé une exhortation dans laquelle il a insisté sur l'importance du serment, et il leur a fait part de son avis que quelqu'un cherchait peut-être à se soustraire au devoir qu'il avait juré de remplir. Il est évident que ce type d'exhortation n'aurait pas été nécessaire ou approprié ici. De même, ni l'exhortation adressée dans la présente affaire ni le modèle d'exhortation proposé par le juge Cory n'auraient permis de régler ce type de situation. Je crois donc qu'en énonçant un modèle d'exhortation nous devons inciter les juges du procès à se sentir libres d'y déroger si nécessaire, étant donné qu'ils sont les personnes les mieux placées pour apprécier les besoins particuliers de chaque affaire.

Je puis néanmoins voir en quoi un modèle d'exhortation serait souhaitable pour faire face aux cas fréquents où un jury est incapable de se mettre d'accord et où le juge n'est pas aux prises avec d'autres problèmes. Je crois que l'exhortation proposée par le juge Cory serait acceptable dans des situations de ce genre. À mon avis, cependant, une exhortation qui s'inspire de celle proposée par la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande dans l'arrêt

it is more likely to achieve the important goal of urging a jury to reach a verdict.

Conclusion

As I have concluded that there was no error of law made in the courts below, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ and GONTHIER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.

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

Accused, précité, est préférable parce qu'elle est plus susceptible de permettre d'atteindre l'objectif important de presser un jury à parvenir à un verdict.

Conclusion

Étant donné que j'ai conclu que les tribunaux d'instance inférieure n'ont commis aucune erreur de droit, je rejeterais le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et GONTHIER sont dissidents.

Procureurs de l'appellant: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

1993 CarswellBC 1168
Supreme Court of Canada

R. v. Grant

Please see in particular para. 37

1993 CarswellBC 1168, 1993 CarswellBC 1265, [1993] 3 S.C.R. 223, [1993] 8 W.W.R. 257, [1993] S.C.J. No. 98, 159 N.R. 161, 17 C.R.R. (2d) 269, 20 W.C.B. (2d) 590, 24 C.R. (4th) 1, 35 B.C.A.C. 1, 57 W.A.C. 1, 84 C.C.C. (3d) 173, J.E. 93-1669, EYB 1993-67107

R. v. DAVID ANGELO GRANT and ROBERT WALLACE WILEY (Intervenor)

Lamer C.J.C., La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka,
Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

Heard: April 2, 1993

Judgment: September 30, 1993

Docket: Doc. 23075

Counsel: *S. David Frankel, Q.C.*, for the Crown.

David M. Rosenberg and *Paul Rosenberg*, for respondent.

Greg Cranston, for intervenor.

Subject: Constitutional; Criminal; Human Rights

Headnote

Criminal law --- Charter of Rights and Freedoms — Unreasonable search and seizure [s. 8] — Warrant requirements

Cultivation of marihuana — Perimeter search of accused's property without warrant — Constitutionality of section of Narcotic Control Act authorizing warrantless search of places other than dwelling houses — [Canadian Charter of Rights and Freedoms](#), ss. 8, 24(2) — [Criminal Code](#), R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487 — Narcotic Control Act, R.S.C. 1985, c. N-1, ss. 4(2), 6(1), 10, 12 Constitution Act, 1982, R.S.C. 1985, App. II, No. 44, s 8; [Criminal Code](#), R.S.C. 1985, c. C-46, s 487(1).

The police stopped the accused in a routine roadblock. His truck contained items consistent with growing marijuana. Later they received a tip from a reliable informant that the accused had been on his way to set up a marijuana growing operation. The police conducted two warrantless daylight perimeter searches of the accused's residence. They observed several indications of a marijuana operation which could not have been observed from off the property. On other occasions they saw the accused remain at the residence for some hours. Once they saw him take a garden sprayer there. Further, they found that the electrical consumption at the residence was unusually high. Based on all that information, although they mentioned only one perimeter search, the police obtained search warrants under [s. 487 of the Criminal Code](#) to search the accused's residences. They found

marijuana and growing equipment. The accused was charged under ss. 6(1) and 4(2) of the *Narcotic Control Act*. The trial judge excluded the evidence obtained in the searches on the grounds that they violated s. 8 of the *Charter*. He then acquitted the accused for insufficient evidence. The Court of Appeal upheld his decision. The Crown appealed.

Held:

Appeal allowed; new trial ordered.

For s. 10 of the *Narcotic Control Act* to be constitutionally valid it must require that reasonable grounds to believe a narcotic is contained in the place to be searched are necessary before a warrantless search of a place other than a dwelling-house will be permissible. It must also require prior authorization by an independent and neutral arbiter, and evidence on oath of the grounds for issuance of the warrant. The latter two criteria are not required under s. 10 and were absent in relation to the perimeter searches. In determining the extent of s. 10's constitutional validity, the court must balance the individual's reasonable expectation of privacy against the societal interest in effective law enforcement. Balancing these interests, warrantless searches under s. 10 must be limited to situations in which exigent circumstances render it impracticable to obtain a warrant. Exigent circumstances exist if there is the imminent danger of the loss, removal, destruction or disappearance of the evidence if the search or seizure is delayed. While the fact that the evidence sought is believed to be present on a fast moving vehicle will often create exigent circumstances, no blanket exception exists for such conveyances. To the extent that s. 10 purports to authorize searches and seizures on a wider basis, it breaches s. 8 of the *Charter* and is inoperable. The appropriate remedy is to read down s. 10 so as not to authorize warrantless searches where it is feasible to obtain a warrant.

The issuance of a warrant to search a dwelling-house in relation to a narcotics investigation is permissible under either [s. 487 of the Criminal Code](#) or s. 12 of the *Narcotic Control Act*. While there are significant distinctions between the two types of warrant, the restrictions on warrants under the Act relate expressly to the extended powers granted state agents acting pursuant to them. The effect of the 1985 amendment to [s. 487](#) is that it now applies to proceedings under any federal statute, regardless of whether or not the statute also contains search and seizure provisions. Moreover, even if [s. 487](#) were silent respecting its application to offences under other statutes, [s. 34\(2\) of the Interpretation Act](#) indicates that the [s. 487](#) warrant provisions would still be applicable. Finally, to interpret s. 487 of the Code and s. 12 of the Act as overlapping is not to conclude that s. 12 is impliedly repealed by the amendment to [s. 487](#). The two operate simultaneously and the choice of invocation is left to the police.

A warrantless search must satisfy three criteria to be reasonable: i) it must be authorized by law; ii) the law must be reasonable; and iii) the manner of the search must be reasonable. The perimeter searches here were not authorized by law, as s. 10 of the Act is available only in exigent circumstances. There were none here. The searches were therefore unreasonable under s. 8 of the *Charter*.

Apart from the information obtained through the warrantless perimeter searches, there was sufficient information before the issuing justice to allow for the issuance of the search warrant here.

Further, there was no evidence that the police deliberately omitted data respecting one warrantless perimeter search. Finally, the searches executed under warrant were conducted reasonably under s. 8 of the *Charter*. However, there was a sufficient temporal connection between the perimeter searches and the Crown evidence at trial to require a determination as to whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. As the impugned evidence here was real in nature, its admission would not tend to render the trial unfair. The police acted in good faith. They operated under the assumption that s. 10 of the Act provided statutory authority for the warrantless perimeter searches. Other factors, however, rendered the violation more serious. The perimeter searches involved trespass by state agents onto private residential property. Further, there was no urgency to preserve the evidence, and alternative investigative means were available. However, the offences charged here were serious ones. The more serious the offence, the greater the likelihood that the administration of justice would be brought into disrepute by the *exclusion* of the evidence, especially where the evidence is crucial to a conviction. Exclusion here rendered conviction impossible. While the violations were serious in a number of respects, the negative effect of the exclusion of the evidence and the police good faith outweighed the seriousness of the violations. On balance, the evidence should be admitted.

Table of Authorities

Cases considered:

Baron v. R., (sub nom. *Baron v. Canada*) [1993] 1 S.C.R. 416, 93 D.T.C. 5018, 18 C.R. (4th) 374, (sub nom. *Baron v. Minister of National Revenue*) 146 N.R. 270, 78 C.C.C. (3d) 510, 99 D.L.R. (4th) 350, [1993] 1 C.T.C. 111, 13 C.R.R. (2d) 65 — *referred to*
Campbell v. Clough (1929), 23 Nfld. & P.E.I.R. 249, 61 A.P.R. 249 (P.E.I.S.C.) — *considered*
Canada (Director of Investigation & Research, Combines Investigation Branch) v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145, [1984] 6 W.W.R. 577, 33 Alta. L.R. (2d) 193, 41 C.R. (3d) 97, 27 B.L.R. 297, 84 D.T.C. 6467, (sub nom. *Hunter v. Southam Inc.*) 14 C.C.C. (3d) 97, 2 C.P.R. (3d) 1, 55 A.R. 291, 55 N.R. 241, 9 C.R.R. 355, 11 D.L.R. (4th) 641 — *applied*
Colet v. R., [1981] 1 S.C.R. 2, [1981] 2 W.W.R. 472, 19 C.R. (3d) 84, 21 C.R. (3d) 86, 57 C.C.C. (2d) 105, 35 N.R. 227, 119 D.L.R. (3d) 521 — *referred to*
Eccles v. Bourque, [1975] 2 S.C.R. 739, [1975] 1 W.W.R. 609, 27 C.R.N.S. 325, 19 C.C.C. (2d) 129, 3 N.R. 259, 50 D.L.R. (3d) 753 — *referred to*
Osborne v. Canada (Treasury Board), [1991] 2 S.C.R. 69, 37 C.C.E.L. 135, 91 C.L.L.C. 14,026, 125 N.R. 241, 82 D.L.R. (4th) 321, 4 C.R.R. (2d) 30 — *applied*
R. v. Brick (1989), 19 M.V.R. (2d) 158 (Alta. C.A.) — *considered*
R. v. Collins, [1987] 1 S.C.R. 265, [1987] 3 W.W.R. 699, 13 B.C.L.R. (2d) 1, 56 C.R. (3d) 193, 74 N.R. 276, 28 C.R.R. 122, 33 C.C.C. (3d) 1 — *applied*
R. v. D. (I.D.), [1988] 1 W.W.R. 673, 60 Sask. R. 72, 61 C.R. (3d) 292, 38 C.C.C. (3d) 289, 33 C.R.R. 348 (C.A.) — *applied*
R. v. Donaldson (1990), 48 B.C.L.R. (2d) 273, 58 C.C.C. (3d) 294 (C.A.) — *distinguished*
R. v. Duguay, [1989] 1 S.C.R. 93, 91 N.R. 201, 67 C.R. (3d) 252, 31 O.A.C. 177, 46 C.C.C. (3d) 1, 56 D.L.R. (4th) 46, 38 C.R.R. 1 — *considered*

- R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, 80 C.R. (3d) 317, 116 N.R. 241, 60 C.C.C. (3d) 161, 43 O.A.C. 1, 50 C.R.R. 206, 36 Q.A.C. 161 — *applied*
- R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59, 91 N.R. 161, 67 C.R. (3d) 224, 45 C.C.C. (3d) 385, 19 Q.A.C. 163, 37 C.R.R. 252 — *considered*
- R. v. Goodbaum* (1977), 1 C.R. (3d) 152, 38 C.C.C. (2d) 473 (Ont. C.A.) — *considered*
- R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, [1990] 3 W.W.R. 577, 73 Alta. L.R. (2d) 97, 75 C.R. (3d) 257, 55 C.C.C. (3d) 161, 107 N.R. 1, 46 C.R.R. 1, 107 A.R. 1 — *considered*
- R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, [1989] 1 W.W.R. 354, 66 C.R. (3d) 336, 89 N.R. 61, 45 C.C.C. (3d) 46, 38 C.R.R. 290, 2 T.C.T. 4120, 18 C.E.R. 258 — *applied*
- R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, [1991] 1 W.W.R. 193, 51 B.C.L.R. (2d) 157, 1 C.R. (4th) 62, 61 C.C.C. (3d) 207, 121 N.R. 161, 50 C.R.R. 285, reversing (1988), 46 C.C.C. (3d) 194, 43 C.R.R. 364 — *distinguished*
- R. v. Langdon* (1992), 40 M.V.R. (2d) 1, 74 C.C.C. (3d) 570 (Nfld. C.A.) — *considered*
- R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, 76 C.R. (3d) 283, 39 O.A.C. 385, 55 C.C.C. (3d) 530, 106 N.R. 385, 68 D.L.R. (4th) 568, 47 C.R.R. 151, (sub nom. *Canada v. McKinlay Transport Ltd.*) [1990] 2 C.T.C. 103, 90 D.T.C. 6243 *referred to*
- R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, [1993] 1 W.W.R. 193, 5 Alta. L.R. (3d) 232, 40 M.V.R. (2d) 204, 76 C.C.C. (3d) 481, 144 N.R. 50, 12 C.R.R. (2d) 65, 135 A.R. 1, 16 C.R. (4th) 273 — *considered*
- R. v. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 S.C.R. 624, 113 N.R. 373, 32 Q.A.C. 241, 1 C.B.R. (3d) 290, 58 C.C.C. (3d) 257, 79 C.R. (3d) 390 — *applied*
- R. v. Nishikhama* (November 14, 1991), Doc. New Westminster X02971 (B.C.S.C.) — *referred to*
- R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80, 40 C.R. (3d) 1, 12 C.C.C. (3d) 97, 4 O.A.C. 162, 9 D.L.R. (4th) 542, 10 C.R.R. 275 (C.A.) [leave to appeal to S.C.C. refused (1984), 4 O.A.C. 241n, 10 C.R.R. 275n, 57 N.R. 238, 40 C.R. (3d) xxvi] — *applied*
- R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, 66 C.R. (3d) 297, 89 N.R. 1, 30 O.A.C. 241, 45 C.C.C. (3d) 296, 67 O.R. (2d) 63, 55 D.L.R. (4th) 673, 38 C.R.R. 252, 2 T.C.T. 4102, 18 C.E.R. 227 — *considered*
- R. v. Sismey* (1990), 55 C.C.C. (3d) 281, 1 C.R.R. (2d) 381 (B.C.C.A.) — *distinguished*
- R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, [1989] 1 W.W.R. 385, 67 C.R. (3d) 87, 90 N.R. 273, 46 C.C.C. (3d) 479, 56 D.L.R. (4th) 673, 37 C.R.R. 335 — *applied*
- R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, [1985] 4 W.W.R. 286, 38 Alta. L.R. (2d) 99, 32 M.V.R. 153, 45 C.R. (3d) 97, 18 C.C.C. (3d) 481, 13 C.R.R. 193, 40 Sask. R. 122, 18 D.L.R. (4th) 655, 59 N.R. 122 — *referred to*
- R. v. Wiley* (1991), 9 B.C.A.C. 271, affirmed (September 30, 1993), Doc. 22804 (S.C.C.) — *referred to*
- R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, 11 C.R. (4th) 253, 70 C.C.C. (3d) 193, 133 N.R. 161, 8 C.R.R. (2d) 53, 51 O.A.C. 351 — *applied*

Schachter v. Canada, [1992] 2 S.C.R. 679, 92 C.L.L.C. 14,036, 139 N.R. 1, 93 D.L.R. (4th) 1, 10 C.R.R. (2d) 1 — *applied*

Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation & Research), [1990] 1 S.C.R. 425, 76 C.R. (3d) 129, 54 C.C.C. (3d) 417, 67 D.L.R. (4th) 161, 29 C.P.R. (3d) 97, 39 O.A.C. 161, 106 N.R. 161, 47 C.R.R. 1 — *referred to*

Statutes considered:

Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3

s. 6*referred to*

Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B of the Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11

s. 1*referred to*

s. 8*considered*

s. 24(2)*considered*

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34

s. 443*considered*

s. 443 [am. 1985, c. 19, s. 69]*considered*

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

s. 487 [am. R.S.C. 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 68]*considered*

Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21

s. 34(2)*considered*

Liquor Act, R.S.S. 1978, c. L-18 — *referred to*

Narcotic Control Act, R.S.C. 1985, c. N-1

s. 4(2)*considered*

s. 6(1)*considered*

s. 10 [re-en. R.S.C. 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 199]*unconstitutional*

s. 11*considered*

s. 12*considered*

s. 14*considered*

United States Constitution — *referred to*

Appeal from judgment of British Columbia Court of Appeal (1992), 14 C.R. (4th) 260, 73 C.C.C. (3d) 315, 11 C.R.R. (2d) 159, 14 B.C.A.C. 99, dismissing appeal from judgment of Millward J. acquitting accused of unlawful cultivation of marijuana and possession of marijuana for purposes of trafficking.

The judgment of the court was delivered by Sopinka J.:

1 This narcotic search and seizure case concerns the constitutional legitimacy of the warrantless search of a place other than a dwelling-house and specifically whether s. 10 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1 ("NCA"), in so far as it authorizes warrantless searches of places other than dwelling-houses violates s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This case also addresses the issue as to whether warrants issued under s. 487 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, are available in the investigation of narcotic offences and, if they are, whether the standards for obtaining such warrants are sufficient to meet the requirements of s. 8 of the *Charter*. Finally, in the event that s. 8 has been violated, it must be decided whether evidence obtained, either directly or indirectly in contravention of s. 8, ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

I. The Facts

2 The respondent, David Grant, was acquitted of charges of unlawful cultivation of marihuana and possession of marihuana for the purposes of trafficking contrary to ss. 6(1) and 4(2) of the NCA. The acquittal resulted from the exclusion from evidence of a number of items seized during a search conducted under a warrant issued pursuant to s. 487 of the *Criminal Code*. The basis for exclusion was that statements made in the information sworn in order to ground the warrant request included information obtained during warrantless perimeter searches of the residence used by the respondent. The trial judge found these warrantless searches to be in violation of s. 8 of the *Charter*.

3 In a routine roadblock check conducted on April 29, 1989, a truck driven by the respondent, who purported to reside in an apartment in Victoria, British Columbia, was found to contain a number of items consistent with a marihuana growing operation. On May 23, 1989, a police officer had received information from what he claimed to be a previously reliable but confidential informant that at the time of the roadblock, the respondent had been on his way to set up a

marihuana growing operation and that he was part of an organization cultivating marihuana on south Vancouver Island.

4 The police later conducted two warrantless perimeter searches of the residence used by the respondent, a two-storey building at 11110 Trillium Place, Sidney, British Columbia. On September 7, 1989, two officers entered onto the property looking for signs of marihuana cultivation. During a search of the perimeter, they observed several things which would have been impossible to have observed without entering onto the property. They noted covered windows on the lower floor, heard what they described as the sound of electric motors or fans emanating from inside the residence and noticed two air vents which looked recently installed. Later that day, the police observed the respondent leave the Trillium Place residence and followed him to an apartment in Victoria. On September 20, 1989, the respondent was observed carrying what appeared to be fertilizer or weed sprayer from the Victoria apartment to the Trillium Place residence.

5 On September 21, 1989, two police officers conducted a second perimeter search of the Trillium Place property and noted that the basement windows appeared to be sealed with plastic and were wet with condensation. The police officers testified, and it was admitted by the respondent, that they had reasonable grounds to believe that the Trillium Place residence constituted a dwelling-house which contained a narcotic in respect of or by means of which a narcotics offence had been committed, prior to the first entry onto the property. Further, the police conducted inquiries of B.C. Hydro and were able to determine that recent electrical consumption at the Trillium Place property had been unusually high compared with other similar area residences.

6 Based on an information that included the pieces of information gleaned in May, 1989, the inquiries made of B.C. Hydro, as well as the observations made during the two warrantless perimeter searches, on September 22, 1989 the R.C.M.P. obtained search warrants pursuant to [s. 487 of the Criminal Code](#). These warrants authorized "peace officers" to search the Trillium Place address and the Victoria apartment. The respondent was arrested at his business, advised of his rights and given copies of the warrants. On execution of the warrants, the police discovered eighty plants which were later identified as marihuana, a variety of growing equipment at the Trillium Place address and a small amount of marihuana, drug-related paraphernalia and documents at the Victoria apartment.

7 The respondent was acquitted of the charges referred to above when the evidence obtained in the searches and seizures was excluded by reason of a violation of s. 8 of the *Charter*.

II. Judgments Below

A. Supreme Court of British Columbia

9 In a ruling on a voir dire with respect to the admissibility of the evidence obtained during the search under a warrant issued pursuant to [s. 487 of the Criminal Code](#), Millward J. held that the [s. 8](#) rights of the respondent had been violated and excluded the evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. Millward J. found that the premises searched constituted a "dwelling-house" within the meaning of s. 12 of the NCA and concluded that the proper course of action would have been for the officers to seek a warrant pursuant to that section rather than under the *Criminal Code* provisions. Although he found that the wording of [s. 487\(1\)](#), which allows for issuance of a search warrant with regard to "a building, receptacle or place", was broad enough to encompass a dwelling-house, Millward J. concluded that where the offence suspected to have been committed was one under the [NCA](#), the specific statutory provisions for a warrant pursuant to that Act ought to be followed. On that basis, he held that the warrant under which the search had been conducted was invalid.

10 He further concluded that the fact that there was no specific evidence indicating that the police had acted in anything other than good faith was not relevant to his decision and he did not decide whether the warrantless perimeter search itself constituted a breach of s. 8 of the *Charter*. Millward J. further concluded that the police were not operating under any time pressures or in an emergency situation and as such ought to have pursued the appropriate warrant under s. 12 of the NCA. He held that to the extent that the warrant received was invalid, the search of the premises was not legally authorized and thus was unreasonable contrary to s. 8 of the *Charter* and excluded the evidence obtained pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The evidence that remained was insufficient and the respondent was acquitted.

B. Court of Appeal for British Columbia (1992), 73 C.C.C. (3d) 315

(1) *Reasons of the Majority (Legg J.A., Wood J.A. concurring)*

11 Legg J.A., writing for a majority of the court, concluded that the warrantless perimeter searches of the residence conducted by the police officers on September 7, 20 and 21, 1989 constituted unreasonable searches which thus violated s. 8 of the *Charter* and agreed with the trial judge that the evidence ought to be excluded pursuant to [s. 24\(2\)](#). He noted that the decision of this Court in *R. v. Kokesch*, [\[1990\] 3 S.C.R. 3](#) [\[\[1991\] 1 W.W.R. 193\]](#), 51 B.C.L.R. (2d) stated that the burden was upon the Crown to demonstrate that a search conducted by police without prior authorization was reasonable. He concluded that the Crown in the case at bar had failed to reveal any circumstances indicating time pressures, the existence of an emergency or sound policy reasons for the failure of the police to seek and obtain a search warrant pursuant to s. 12 of the NCA. As such, the perimeter searches constituted a breach of the respondent's s. 8 *Charter* rights.

12 Legg J.A. considered the validity of the search warrant issued pursuant to [s. 487 of the Criminal Code](#) to be relevant to the determination of whether the information gained through

the warrantless perimeter searches ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. He concluded that the search warrant with respect to the Trillium Place residence ought to have been issued pursuant to s. 12 of the NCA rather than under s. 487 of the *Criminal Code*. He determined that interpreting s. 487 of the *Criminal Code* to allow for warrants to issue with respect to narcotic related offences would be to impliedly repeal s. 12 of the NCA. Legg J.A. indicated that the requirement of naming the peace officer who may execute the warrant pursuant to s. 12 of the NCA was necessary in wake of the expanded powers available to peace officers in conducting a search pursuant to a warrant issued under the NCA. Legg J.A. concluded that Parliament could not have intended to repeal this requirement by amending s. 487 of the *Criminal Code* to include warrants relating to investigations for *any* offence identified in a federal statute and read the decision of this Court in *R. v. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 S.C.R. 624, as not intending such a conclusion. As such, he found that the search warrants were invalidly issued.

13 In assessing whether the evidence ought to have been excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, Legg J.A. referred to the factors set out by this Court in *R. v. Collins*[1987] 1 S.C.R. 265 [[1987] 3 W.W.R. 69913 B.C.L.R. (2d) 1], and *Kokesch supra*. He found that the impugned evidence constituted real evidence which existed irrespective of the *Charter* breach, so that its admission would not tend to render the trial unfair. Legg J.A. determined that the Crown had failed to establish that the police had acted in good faith since no explanation was offered as to why search warrants were not obtained prior to the perimeter searches given that the officers already had reasonable grounds to believe an offence was being committed. Further, Legg J.A. determined that the violation was serious since there was no urgency involved which necessitated the warrantless perimeter search and other investigative techniques, such as a search warrant pursuant to s. 12 of the NCA, were available. He concluded that the seriousness of the offences involved militated in favour of exclusion of the evidence. On balance, Legg J.A. considered the breach of s. 8 of the *Charter* to have been so serious that the court would be seen to be sanctioning unlawful police behaviour were it to allow the evidence to be admitted so that exclusion of the evidence under s. 24(2) of the *Charter* was necessary in order to avoid bringing the administration of justice into disrepute. Therefore, the acquittals were affirmed.

(2) Dissenting Reasons (Southin J.A.)

14 Southin J.A. did not deal with whether the searches conducted constituted searches of a dwelling-house within the meaning of s. 12 of the NCA, since this issue was not argued by the Crown. She concluded that the warrants under s. 487 of the *Criminal Code* were validly issued in that a plain reading of the 1985 amendment of that provision indicates that warrants may be issued pursuant to s. 487 with respect to any offence against an Act of Parliament. In so far as the police remained within the limited powers available pursuant to a s. 487 warrant, she concluded that the search was conducted under valid statutory authority.

15 However, Southin J.A. assumed that a s. 8 violation had occurred when the police trespassed on the respondent's property without a warrant. She determined that the temporal link between the s. 8 violation (at least with regard to the warrantless search of September 21, 1989) and the retention of the search warrants was sufficient to engage s. 24(2) of the *Charter*. In so determining, she relied on the judgment of Dickson C.J.C. in *Kokesch supra*. After applying the three-part test with respect to s. 24(2) which was set out by this Court in *R. v. Jacoy*[1988] 2 S.C.R. 548 [[1989] 1 W.W.R. 354], Southin J.A. held that the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute. She concluded that the impugned evidence was real evidence and thus its admission would not affect the fairness of the trial.

16 Southin J.A. found that the two violations with respect to the perimeter search of the Trillium Place property were not serious in that it was not anyone's home, but a "forcing house" which was searched given that the respondent actually resided in an apartment in Victoria. Further, she found that the manner of the perimeter searches was reasonable in that they were conducted in broad daylight, unlike the case of *Kokesch, supra*. In determining that the officers had conducted the perimeter searches in good faith, Southin J.A. relied on the decisions of the British Columbia Supreme Court in *R. v. Nishikihama*, New Westminster No. X02971, November 14, 1991, and *R. v. Wiley* (1991), 9 B.C.A.C. 271, affirmed S.C.C., No. 22804, September 30, 1993, for the finding that the applicable appellate law upon which the officers were entitled to rely was that of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Kokesch* (1988), 46 C.C.C. (3d) 194, which indicated that such a search was legal. Furthermore, the decision of this Court in *Kokesch supra*, was distinguished on the basis that in that case, the officers conducting the search only suspected that an offence was being committed, while in the case at bar, the officers in question had reasonable grounds to believe an offence was being committed which would have been sufficient to obtain a search warrant.

17 In view of the fact that the respondent appeared to be "plainly guilty, and the impugned evidence [was] required for a conviction", as set out by this Court in *Kokesch supra*, at p. 34, Southin J.A. concluded that the administration of justice would be brought into disrepute by exclusion of the evidence, especially given the good faith demonstrated by the officers. On that basis, she held that the evidence ought to have been admitted and a new trial ordered.

III. The Issues

18 On December 22, 1992, the following constitutional questions were stated by order of the Chief Justice:

1. Is s. 10 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, to the extent that it authorizes a search without a warrant of any place other than a dwelling house, inconsistent with the right to be secure against unreasonable search or seizure as guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, to that extent, inoperative and of no force and effect?

2. Is s. 10 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, to the extent that it may authorize the perimeter search of a dwelling house without a warrant inconsistent with the right to be secure against unreasonable search or seizure as guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, to that extent, inoperative and of no force and effect?

19 The constitutional questions and other issues which were raised on appeal require consideration of the following points:

20 i) Did the perimeter searches violate s. 8 of the *Charter*?

21 (a) Were they authorized by s. 10 of the NCA?

22 (b) If (a) is answered in the affirmative, is s. 10 of the NCA inconsistent with s. 8 of the *Charter* and of no force and effect to the extent that it authorizes the warrantless search of a place other than a dwelling-house and more specifically, the perimeter of a dwelling-house?

23 (c) Were the perimeter searches executed in an unreasonable manner?

24 ii) Did the subsequent search warrants and searches conducted thereunder violate s. 8 of the *Charter*?

25 (a) May search warrants relating to the investigation of offences under the NCA be issued pursuant to s. 487 of the *Criminal Code*?

26 (b) If (a) is answered in the affirmative, did the issuance of the search warrants nevertheless violate s. 8 due to the insufficiency of information in support of the search warrants?

27 iii) Should the evidence tendered at trial by the Crown be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*?

IV. Pertinent Legislation

Canadian Charter of Rights and Freedoms

28

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

24 ...

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the

evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

Narcotic Control Act, R.S.C. 1985, c. N-1

29

10. A peace officer may, at any time, without a warrant enter and search any place other than a dwelling-house, and under the authority of a warrant issued under section 12, enter and search any dwelling-house in which the peace officer believes on reasonable grounds there is a narcotic by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed.

12. A justice who is satisfied by information on oath that there are reasonable grounds for believing that there is a narcotic, by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed, in any dwelling-house may issue a warrant, under the hand of the justice, authorizing a peace officer named therein at any time to enter the dwelling-house and search for narcotics.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

30

487. (1) A justice who is satisfied by information on oath in Form 1 that there are reasonable grounds to believe that there is in a building, receptacle or place

(a) anything on or in respect of which any offence against this Act or any other Act of Parliament has been or is suspected to have been committed,

(b) anything that there is reasonable ground to believe will afford evidence with respect to the commission of an offence against this Act or any other Act of Parliament, or

(c) anything that there are reasonable grounds to believe is intended to be used for the purpose of committing any offence against the person for which a person may be arrested without warrant

may at any time issue a warrant under his hand authorizing a person named therein or a peace officer

(d) to search the building, receptacle or place for any such thing and to seize it, and

(e) subject to any other Act of Parliament, to, as soon as practicable, bring the thing seized before, or make a report in respect thereof to, the justice or some other justice for the same territorial division in accordance with section 489.1.

(2) Where the building, receptacle or place in which anything mentioned in subsection (1) is believed to be is in any other territorial division, the justice may issue his warrant in like form modified according to the circumstances, and the warrant may be executed in the other territorial division after it has been endorsed, in Form 28, by a justice having jurisdiction in that territorial division.

(3) A search warrant issued under this section may be in the form set out as Form 5 in Part XXVIII, varied to suit the case.

(4) An endorsement that is made on a warrant as provided for in subsection (2) is sufficient authority to the peace officers or the persons to whom it was originally directed and to all peace officers within the jurisdiction of the justice by whom it is endorsed to execute the warrant and to deal with the things seized in accordance with section 489.1 or as otherwise provided by law.

V. Analysis

31

A. Perimeter Searches

(1) Applicability of s. 10 of the NCA

32 The only plausible statutory authority upon which the police could have relied in conducting the warrantless perimeter searches is s. 10 of the NCA. To paraphrase, s. 10 provides that police officers may undertake the warrantless search of a place other than a dwelling-house if they have reasonable grounds to believe that it contains a narcotic by means of or in respect of which an offence contrary to the [NCA](#) has been committed. The section thus limits perimeter searches in two fundamental ways. First, the search conducted must only involve the perimeter and not the dwelling-house. Second, there must be reasonable grounds to believe that there are narcotics in the place to be searched: the perimeter itself and *not* the dwelling-house.

33 It was submitted that the actions of the police in this case could not be brought within s. 10 of the NCA due to the two specified limitations. This is an issue that was not addressed in [Kokesch supra](#), and remains unresolved. In the argument before this Court this issue received little attention by reason of the concession by the Attorney General of Canada that s. 10 should be read down to restrict its availability to circumstances in which it is impracticable to obtain a warrant. Since it was not contended that such circumstances existed in this case, the question as to whether the section would otherwise have authorized the perimeter searches was not pursued by the parties. Only the intervener Wiley addressed the issue in argument. In view of my conclusion that s. 10 is inoperable to authorize the perimeter searches because it must be restricted as conceded by the Attorney General, it is unnecessary for me to deal with this issue further. It is preferable that it be

finally resolved in an appeal in which it is fully argued. Moreover, we have been advised that s. 10, along with other parts of the [NCA](#), are being amended by Parliament and therefore this issue may be specifically addressed in the revised legislation.

(2) Constitutional Limitations of s. 10

34 This issue is whether s. 10 authorizes unreasonable searches and seizures contrary to s. 8 of the *Charter* if it permits a warrantless search of private property absent exigent circumstances which would render it impracticable to obtain a warrant. As I have stated, the Attorney General of Canada conceded that, to the extent that the section authorizes such a search in circumstances in which it is practicable to obtain a warrant, it should be read down. In my opinion, this was a proper concession on the part of the Crown. In this regard, I am in agreement with the conclusion reached by Martin J.A. in *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.). Martin J.A.'s review of the history of searches and seizures, the legislation and jurisprudence is so complete that my reasons can be confined to an attempt at defining with as much precision as possible the constitutional limitations of the section and how they relate to the facts of this case.

35 In *Canada (Director of Investigation & Research, Combines Investigation Branch) v. Southam Inc.*, (sub nom. *Hunter v. Southam Inc.*) [1984] 2 S.C.R. 145 [[1984] 6 W.W.R. 577, 33 Alta. L.R. 193], this Court indicated that prior authorization was necessary to insure the broadest protection of s. 8 rights. In this regard, Dickson J. (as he then was) stated that s. 8:

... requires a means of *preventing* unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place. This, in my view, can only be accomplished by a system of *prior authorization*, not one of subsequent validation.

A requirement of prior authorization, usually in the form of a valid warrant, has been a consistent prerequisite for a valid search and seizure both at common law and under most statutes. [At p. 160.] [Emphasis in original.]

I recognize that it may not be reasonable in every instance to insist on prior authorization in order to validate governmental intrusions upon individuals' expectations of privacy. Nevertheless, where it is feasible to obtain prior authorization, I would hold that such authorization is a precondition for a valid search and seizure. [At p. 161.]

In cases like the present, reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search, constitutes the minimum standard, consistent with s. 8 of the *Charter*, for authorizing search and seizure. [At p. 168.]

36 Some exceptions have been developed with respect to the strict application of the requirement for prior authorization in *Hunter*, supra. In situations where an individual can be said to have

a lower expectation of privacy, such as in passing through customs at border crossings (*R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495) or where a search is conducted in connection with a known and ongoing regulatory scheme (*Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation & Research)*, [1990] 1 S.C.R. 425, and *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627), this Court has indicated that a less rigorous application of the pre-authorization criterion is appropriate. Nevertheless, this Court remains vigilant with respect to searches conducted in relation to criminal investigations, given that the liberty of individuals is ultimately at stake: *Baron v. R.*, [1993] 1 S.C.R. 416. Furthermore, it was indicated in *Simmons supra*, that exceptions to the general rule ought to remain "exceedingly rare" in the face of a strong common law rule against warrantless intrusions onto private property: *Eccles v. Bourque* [1975] 2 S.C.R. 739 [[1975] 1 W.W.R. 609], *Colet v. R.* [1981] 1 S.C.R. 2 [[1981] 2 W.W.R. 472].

37 The present searches arose in the context of criminal investigations and must be assessed in strict accordance with the approach set out in *Hunter supra*, especially given the serious penal consequences which may flow from conviction for these offences pursuant to the NCA. Cautious protection of the right against unreasonable search and seizure is also warranted in wake of the formidable search powers available to police pursuant to the NCA. Not only may police intrude into places where individuals may have very high expectations of privacy, officers may break down walls and doors, seize a wide variety of evidence and search the person of individuals found in the place searched. (See ss. 10, 11 and 14 of the NCA.)

38 As such, the three criteria identified by this Court in *Hunter*, supra, must be met in order to find that s. 10 of the NCA is reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*. It is clear from the express wording of the statute that reasonable grounds to believe a narcotic is contained in contravention of the NCA in the place to be searched are necessary before a warrantless search of a place other than a dwelling-house will be permissible pursuant to s. 10 of the Act. This statutory requirement satisfies the first criterion for constitutionality pursuant to *Hunter*.

39 The second and third criteria identified in *Hunter*, namely, prior authorization by an independent and neutral arbiter and evidence on oath of the grounds for issuance of the warrant, are not a requirement under s. 10 and were clearly absent in the case at bar in relation to the perimeter searches.

40 This Court has stated that in criminal proceedings, deviations from the *Hunter* standards will rarely be permitted. Nevertheless, warrantless searches of private property have on occasion been upheld by Canadian courts, including this Court. In determining the extent of the constitutional validity of s. 10, it is necessary to balance two interests: the reasonable expectation of privacy of individuals with respect to the free enjoyment of property against the societal interest in effective law enforcement.

41 The common law has long demonstrated a respect for freedom from trespass on private property by state authorities, especially where the homes of individuals are involved. That respect for privacy in the home has been expanded by this Court to include other areas in which individuals expect a high degree of privacy, including the office (*Hunter supra*) and to a lesser degree even a motor vehicle in some cases: see *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, and *R. v. Mellenthin*[1992] 3 S.C.R. 615 [[1993] 1 W.W.R. 193]. Protection against unreasonable search and seizure is maximized by the requirement that entries by state authorities be pre-authorized by a judicial arbiter. On the other hand, this Court must also consider the societal interest in law enforcement, especially with regard to the illicit drug trade. This pernicious scourge in our society permits sophisticated criminals to profit by inflicting suffering on others. In attempting to strike a balance between these two sets of interests, I have concluded that warrantless searches pursuant to s. 10 of the NCA must be limited to situations in which exigent circumstances render obtaining a warrant impracticable. Warrantless searches conducted under any other circumstances will be considered unreasonable and will necessarily violate s. 8 of the *Charter*. To the extent that s. 10 of the NCA authorizes a search in the absence of the limiting circumstances, it is invalid. In these circumstances, it is unnecessary to consider s. 1. See *Baron supra*, at p. 452.

42 This exception to the general rule which proscribes warrantless searches must be narrowly construed. In general, the test will only be satisfied where there exists an imminent danger of the loss, removal, destruction or disappearance of the evidence sought in a narcotics investigation if the search or seizure is delayed in order to obtain a warrant. See *R. v. D. (I.D.)* 198738 C.C.C. (3d) 289 [[1988] 1 W.W.R. 673], per Sherstobitoff J.A.

43 Exigent circumstances will often be created by the presence of narcotics on a moving conveyance such as a motor vehicle, a water vessel or aircraft. However, I do not favour a blanket exception for this species of private property. Such an exception does exist under the American *Constitution*. In *Rao supra*, Martin J.A. pointed out the justification for the American exception was that vehicles, vessels and aircraft may move away quickly and frustrate an investigation. While I accept this fact, I must also be mindful of the fact that this Court has recognized the existence of an expectation of privacy in respect of motor vehicles, albeit on a lower scale than that which exists in relation to a dwelling or a private office. In *Wise supra*, the installation of a tracking device in a motor vehicle was held to be an unreasonable search in circumstances in which it would have been practicable for the police to have obtained a search warrant. The capability of these conveyances to move rapidly away will not in all circumstances create a situation in which it is impracticable to obtain a warrant and in which the criteria I have set out above will be present. I agree with the statement of Sherstobitoff J.A. in *R. v. D. (I.D.) supra*, who, in refusing to recognize a blanket exemption in respect of searches of vehicles under the Saskatchewan *Liquor Act*, set out what I consider to be the proper approach [At p. 297]:

... there is no basis in either s. 8 or in *Hunter v. Southam* to found a blanket exception for vehicle searches. The limits to the exception will be delineated on a case by case basis because they will depend on the facts of each case.

44 To sum up on this point, s. 10 may validly authorize a search or seizure without warrant in exigent circumstances which render it impracticable to obtain a warrant. Exigent circumstances will generally be held to exist if there is an imminent danger of the loss, removal, destruction or disappearance of the evidence if the search or seizure is delayed. While the fact that the evidence sought is believed to be present on a motor vehicle, water vessel, aircraft or other fast moving vehicle will often create exigent circumstances, no blanket exception exists for such conveyances.

45 To the extent that s. 10 purports to authorize searches and seizures on a wider basis, it is in breach of s. 8 of the *Charter* and inoperable. It is necessary to consider next what the appropriate remedy should be.

(3) *Remedy*

46 In *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, Lamer C.J.C., for the Court, set out the range of remedies and the basic approach to their selection [At pp. 695-96.]:

A court has flexibility in determining what course of action to take following a violation of the *Charter* which does not survive s. 1 scrutiny. Section 52 of the *Constitution Act, 1982* mandates the striking down of any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution, but only "to the extent of the inconsistency". Depending upon the circumstances, a court may simply strike down, it may strike down and temporarily suspend the declaration of invalidity, or it may resort to the techniques of reading down or reading in ... In choosing how to apply s. 52 ... a court will determine its course of action with reference to the nature of the violation and the context of the specific legislation under consideration.

47 The Crown has admitted that s. 10 of the NCA is unreasonable in so far as it authorizes warrantless searches of places other than a dwelling-house in circumstances in which it would be practicable to obtain a warrant. The Crown further suggested that the appropriate remedy in the circumstances would be to "read down" s. 10 so as not to authorize warrantless searches where it is feasible to obtain a warrant. I am satisfied that this remedy is the appropriate one considering that the concerns generally associated with "reading down" do not arise in the case at bar. In this regard, I find the reasoning of Martin J.A. in the following passage in *Rao*, supra, persuasive [At p. 125.]:

I have, for the reasons which I have set forth, concluded that the search of an office without a warrant where the obtaining of a warrant is not impracticable, is unreasonable and, to that extent, s. 10(1)(a) [now s. 10] is of no force or effect. On the other hand, the search of an office without a warrant in circumstances where it is not practicable to obtain a warrant may

be entirely reasonable. Further, a warrantless search of vehicles, vessels or aircraft, which may move quickly away, may be reasonable where there are reasonable grounds for believing that such contains a narcotic.

Section 10(1)(a) does not, on its face, necessarily clash with s. 8 of the Charter although in some circumstances a warrantless search authorized by that subsection may, in fact, infringe the constitutional requirement of reasonableness secured by s. 8 of the Charter, depending upon the circumstances surrounding the particular search. The statute is inoperative to the extent that it authorizes an unreasonable search.

48 In *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, this Court determined, at p. 104, that the remedy fashioned for a *Charter* violation ought to include application of "the measures that will best vindicate the values expressed in the *Charter*", while "refrain[ing] from intruding into the legislative sphere beyond what is necessary". In that decision, this Court concluded at p. 104 that "Reading down may in some cases be the remedy that achieves the objectives to which [the Court] alluded while at the same time constituting the lesser intrusion into the role of the legislature".

49 Assessment of the objective of Parliament and the means chosen to achieve that objective is necessary in determining whether application of the "reading down" remedy would unduly interfere in the parliamentary sphere. In the case at bar, the most basic view of the objective behind s. 10 of the NCA is to ease enforcement of the law related to narcotics offences by specifically authorizing warrantless searches of premises other than dwelling-houses. In "reading down" the provision this Court should not be seen to be interfering with that objective, but to be balancing legitimate concerns for effective law enforcement with the *Charter* right to security against unreasonable search and seizure. Reading the provision down to authorize warrantless searches only where obtaining a warrant would be impracticable recognizes the legitimate parliamentary objective of assuring that in exigent circumstances, where evidence is likely to be lost, destroyed, removed or hidden, warrantless searches of property other than dwelling-houses remain a law enforcement option. The remedy of "reading down" far from usurping the legislative role of Parliament preserves the objectives of Parliament in so far as is possible within constitutional parameters.

50 Further, the remedy of "reading down" leads to results quite different from those which might be anticipated should this Court strike down the portion of s. 10 relating to warrantless searches. The effect of such a remedy would be to eliminate all warrantless searches. This would remove from the NCA one of the most effective weapons in the battle against the drug trade. The distinction in effect between the remedy of a partial declaration of invalidity and "reading down" strengthens the position that the latter would more effectively preserve the objectives of Parliament while maintaining the integrity of s. 8 of the *Charter*.

B. Validity of s. 487 Warrants in Narcotics Investigations

51 The respondent alleged, and both courts below agreed, that the search warrant was issued improperly under s. 487 of the *Criminal Code* in that a warrant to search for a narcotic related to an offence committed contrary to the NCA can only be issued pursuant to s. 12 of the NCA. I must respectfully disagree with this position on the basis of a plain reading of the section and the decision of this Court in *Multiform*, supra. While I agree that there are significant distinctions between warrants issued under s. 487 of the Code and those issued pursuant to s. 12 of the NCA, the restrictions on NCA warrants relate expressly to the extended powers granted state agents acting pursuant to them. Without these additional powers, there is no need for similar caution under a Code warrant. The differences between the two sources of warrants were identified by this Court in *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59, and *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980 [[1989] 1 W.W.R. 385]. Dickson C.J.C., writing for a majority of this Court in *Strachan*, indicated the following distinctions [At pp. 996-97.]:

A warrant issued under s. 10(2) [now s. 12] of the *Narcotic Control Act* to search a dwelling place for narcotics is significantly wider in scope than a normal search warrant issued under s. 443 [now s. 487] of the *Criminal Code*. For example, a narcotic search warrant can be executed "at any time," while a warrant under s. 443 can normally be executed only during the day (s. 444). In addition, things seized under a *Criminal Code* warrant must be taken by the police officer to a justice for disposition (s. 443(1)), but there is no such requirement under s. 10(2). The requirement that the officer be named in the warrant to search for narcotics, first enacted in s. 10(2) of the *Narcotic Control Act*, S.C. 1960-61, c. 35, is an important restriction that appears to have been added to counterbalance the wider scope of a search warrant issued under the section. There must be some person responsible for the way the search is carried out.

This requirement is met when the officer or officers named in the warrant execute it personally and are responsible for the control and conduct of the search. The use of unnamed assistants in the search does not violate the requirement of s. 10(2) so long as they are closely supervised by the named officer or officers. It is the named officers who must set out the general course of the search and direct the conduct of any assistants. If the named officers are truly in control, participate in the search, and are present throughout, then the use of assistants does not invalidate the search or the warrant.

In so far as police officers act pursuant to a *Criminal Code* warrant, they are restricted in the extent of search powers which they may employ. As such, the need for greater specificity in the search warrant itself is negated. In this way, any policy reason against the application of the more liberal provisions of a *Criminal Code* warrant to narcotics offences is eliminated.

52 Further, the legislative history of s. 487 of the *Criminal Code* supports the interpretation that this section is meant to permit warrants to issue in relation to any offence prohibited by an Act

of Parliament. Prior to 1985, s. 443, the precursor of s. 487, did not expressly authorize issuance of warrants in relation to offences other than those identified in the *Criminal Code*. At that point, s. 443(1)(a) read as follows:

443. (1) A justice who is satisfied by information upon oath ... that there is reasonable ground to believe that there is in a building, receptacle or place

(a) anything upon or in respect of which *any offence against this Act* has been or is suspected to have been committed. [Emphasis added.]

In keeping with the lack of express authorization for warrants to issue in relation to reasonably apprehended breaches of the *NCA* pursuant to s. 443 of the Code, certain courts concluded that search warrants related to narcotics should issue pursuant to s. 12 of the *NCA* only: *R. v. Goodbaum* (1977), 38 C.C.C. (2d) 473 (Ont. C.A.), *Campbell v. Clough* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 249 (P.E.I.S.C.). The latter decision emphasized the distinctions between the warrants issued pursuant to the two statutory provisions and concluded that in view of the extreme powers of search and seizure available under the *NCA*, the *NCA* requirement to name the officer who is authorized to execute the warrant was an important one which should not be evaded by issuance of a warrant under the Code provision. Whatever the merits of those decisions, it seems reasonable to conclude that the 1985 amendment of the provision demands a different interpretation:

443. (1) A justice who is satisfied by information upon oath ... that there is reasonable ground to believe that there is in a building, receptacle or place

(a) anything on or in respect of which any offence against this Act *or any other Act of Parliament* has been or is suspected to have been committed. [Emphasis added.]

53 The effect of the 1985 amendment was noted by Lamer C.J.C. who wrote for the Court in *Multiform*, supra [At p. 631.]:

In 1985, the words "or any other Act of Parliament" were added to paras. (a) and (b) of s. 443(1) [now s. 487] of the Code. *On a plain reading, s. 443 would thus apply to proceedings under any federal statute, regardless of whether or not the statute in question also contains search and seizure provisions.* The use of the word "any" unambiguously shows that every single Act of Parliament could fall within the ambit of these paragraphs. [Emphasis added.]

In *Multiform* this Court concluded that warrants could legitimately be issued pursuant to s. 487 of the Code in relation to offences suspected to have been committed under the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, in spite of the fact that s. 6 of the *Bankruptcy Act* contained a pre-authorization provision. This approach is supported by s. 34 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which provides:

34 ...

(2) All the provisions of the *Criminal Code*, relating to indictable offences apply to indictable offences created by an enactment, and all the provisions of that Code relating to summary conviction offences apply to all other offences created by an enactment, except to the extent that the enactment otherwise provides.

As such, even if s. 487 of the *Criminal Code* were silent with respect to its application to offences under other Acts of Parliament, s. 34(2) of the *Interpretation Act* indicates that the s. 487 warrant provisions would still be applicable. In so far as the offences alleged in the case at bar constitute offences under any Act of Parliament and reasonable grounds are provided on oath, search warrants may issue pursuant to s. 487.

54 Finally, I would note that to interpret s. 487 of the Code and s. 12 of the NCA as overlapping is not to conclude that s. 12 is impliedly repealed by the amendment to s. 487. In fact, the two operate simultaneously and provide separate avenues through which police officers may seek prior authorization with regard to narcotic search and seizure operations. The choice of invocation is left to the police. They are, however, bound by the powers specified under whichever statutory framework they have chosen to apply for a search warrant.

55 Both a plain reading of the amended provisions of s. 487 of the *Criminal Code* and the decision of this Court in *Multiform*, supra, support the conclusion that issuance of a warrant to search a dwelling-house in relation to a narcotics investigation is permissible either under s. 487 of the Code or under s. 12 of the NCA. As such, I have concluded that the warrant in the case at bar was validly issued pursuant to s. 487 of the *Criminal Code*.

C. Conclusion Regarding Validity of Searches

56 I have examined the legal principles applicable to the perimeter searches and the search pursuant to the search warrant issued under s. 487 of the *Criminal Code*. It is necessary to now consider whether, applying these principles, any of the searches were unreasonable and, therefore, contrary to s. 8 of the *Charter* and what effect any such breach has on the reception of the evidence.

57 The searchers in this case fall into two categories:

58 (1) perimeter searches without warrant;

59 (2) search pursuant to a s. 487 warrant.

60 No issue was or could be taken that each of these constitutes a search so as to attract the provisions of s. 8 of the *Charter*. The remaining issue is whether they were unreasonable and therefore in violation of s. 8.

61 With respect to the first category, the perimeter searches, a warrantless search to be reasonable must satisfy three criteria: (i) it must be authorized by law, (ii) the law must be reasonable, and (iii) the manner of the search must be reasonable. See *R. v. Collins*, *supra*. The searches in this case fail the first criterion. The legal authority relied on by the police was s. 10 of the NCA which I have found is available only in exigent circumstances. There were none here. No argument was presented which would indicate that the officers who conducted the warrantless perimeter searches were unable to obtain a warrant due to exigent circumstances. No evidence was presented which would indicate a reasonable concern that the narcotics contained within the residence would be lost, destroyed, removed or would disappear. In fact, it was admitted that the officers had reasonable grounds sufficient to obtain a warrant before the first warrantless search occurred, and this was certainly the case before the second warrantless search was undertaken. As such, I would conclude that the warrantless perimeter searches in the case at bar were not conducted in accordance with the constitutional limits of s. 10 of the NCA and were therefore unreasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

62 With respect to the search pursuant to the warrant issued under s. 487, the respondent submitted that excluding the information obtained by means of the perimeter searches, there was insufficient information to justify the warrant.

63 The constitutional test for the sufficiency of information underlying a warrant was stated by this Court in *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, as follows [At p. 1452.]:

The reviewing judge does not substitute his or her view for that of the authorizing judge. If, based on the record which was before the authorizing judge as amplified on the review, the reviewing judge concludes that the authorizing judge could have granted the authorization, then he or she should not interfere.

64 In *Kokesch supra*, this Court determined that evidence obtained during a search under warrant had to be excluded under s. 24(2) of the *Charter* where the warrant was procured through an information which contained facts solely within the knowledge of police as a result of a *Charter* violation. However, in circumstances such as the case at bar where the information contains other facts in addition to those obtained in contravention of the *Charter*, it is necessary for reviewing courts to consider whether the warrant would have been issued had the improperly obtained facts been excised from the information sworn to obtain the warrant: *Garofoli supra*. In this way, the state is prevented from benefiting from the illegal acts of police officers, without being forced to sacrifice search warrants which would have been issued in any event. Accordingly, the warrant and search conducted thereunder in the case at bar will be considered constitutionally sound if the warrant would have issued had the observations gleaned through the unconstitutional perimeter searches been excised from the information. It has been admitted that the police had reasonable grounds for the issuance of a warrant before undertaking *either* of the perimeter searches. This

admission on the part of the respondent is eminently proper given the following independent reasonable grounds identified in the information sworn to obtain the warrant:

- (1) The respondent had been stopped in a routine roadblock and a large amount of potting soil, plastic tubing and large plastic drums had been seen in his truck;
- (2) The police had received a tip from a previously reliable confidential informer that the respondent had, when stopped at the roadblock, been on his way to set up a marihuana growing operation and was part of a marihuana growing organization;
- (3) The police had seen the respondent enter 11110 Trillium Place on September 7, 1989, where he had stayed for one and one-half hours; and
- (4) The police had found that the power service at 11110 Trillium Place was in the name of Denise A. Grant and that the recent electrical consumption at the address was unusually high.

Furthermore, between the time of the first and second perimeter searches, on September 20, 1989, the police saw the respondent leave the other residence that was searched, pick up a large garden sprayer, got to the 11110 Trillium Place residence, stay there for an hour and return later that day for four more hours. In combination, these independent pieces of information must be held to have constituted sufficient grounds to believe that a restricted narcotic was contained in the Trillium Place residence in contravention of the [NCA](#). As such, even expunged of the information gained through the warrantless perimeter searches, the information was sufficient to sustain issuance of a search warrant under the test identified in [Garofoli](#), *supra*.

65 However, the respondent further proposed that the warrants ought to be quashed on the basis that the police officer did not mention the warrantless perimeter search of September 7, 1989 in his information. As this Court indicated in [Garofoli supra](#), at p. 1452, "the existence of fraud, non-disclosure, misleading evidence and new evidence" are all relevant to a determination as to whether an information expunged of offending data could properly result in issuance of a search warrant. In the case at bar, however, there is no evidence to support the allegation of bad faith on the part of the officer in question. Unlike the situations in *R. v. Sismey* (1990), 55 C.C.C. (3d) 281(B.C.C.A.), and *R. v. Donaldson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 294 [48 B.C.L.R. (2d) 273] (B.C.C.A.), there is no information to suggest anything other than that the officer inadvertently failed to include mention of the warrantless perimeter search and certainly nothing to suggest a purposeful attempt to deceive the issuing justice.

66 Section 487 of the Code requires that there be reasonable and probable grounds, given on oath, to believe that there is material within the place, building or receptacle to be searched which relates to the commission of an offence against any Act of Parliament before a search warrant may be issued. This statutory requirement meets the constitutional standard set out in [Hunter supra](#),

in that prior authorization by a judicial arbiter will not be permitted unless information based on reasonable grounds and given upon oath is put before the issuing justice.

67 Finally, there is no allegation that the search conducted pursuant to the warrant was conducted in anything but a reasonable manner. The search of 11110 Trillium Place was executed in broad daylight and there is no indication of unreasonable force having been employed. As such, I have concluded that the search executed under the [s. 487](#) warrant was conducted reasonably within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

68 I have concluded that quite apart from the information obtained through the warrantless perimeter searches, there was sufficient information before the issuing justice to allow for the issuance of the search warrant in question. Furthermore, there is no evidence to support the allegation that the officer deliberately omitted data relating to the warrantless perimeter search from his sworn information. Finally, I have concluded that the searches executed under warrant were conducted reasonably, in accordance with the constitutional standards established by this Court in *Hunter*, supra. On this basis, the warrants issued properly and the searches conducted under them did not violate s. 8 of the *Charter*. However, this does not eliminate the possibility that the entire search process was tainted by the warrantless perimeter searches which violated [s. 8](#), so the possibility of excluding that evidence under s. 24(2) of the *Charter* must be considered.

D. Application of s. 24(2) of the Charter

(1) Is [s. 24\(2\)](#) triggered?

69 The Crown argued that to the extent that the searches were reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*, in that the issuing justice could properly have allowed the warrant to issue even without the information gleaned through the warrantless perimeter searches, there should be no consideration of exclusion pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. I disagree with that submission on the basis that an infringement of s. 8 of the *Charter* has occurred in the investigatory process in the case at bar, quite apart from the fact that a reasonable search was undertaken subsequently pursuant to a valid warrant.

70 Although there was a time lag between the *Charter* violation and the gathering of the impugned evidence, [s. 24\(2\)](#) has nevertheless been triggered by the initial [s. 8](#) violation in the perimeter searches. In *Strachan* supra, Dickson C.J.C. following the reasons of Le Dain J. in *R. v. Therens*[1985] 1 S.C.R. 613 at 649 [[1985] 4 W.W.R. 286], indicated that [s. 24\(2\)](#) will be triggered by the gathering of evidence following the violation [At pp. 1005-1006.]:

Accordingly, the first inquiry under [s. 24\(2\)](#) would be to determine whether a *Charter* violation occurred in the course of obtaining the evidence. A temporal link between the infringement of the *Charter* and the discovery of the evidence figures prominently in this assessment, particularly where the *Charter* violation and the discovery of the evidence occur

in the course of a single transaction. The presence of a temporal connection is not, however, determinative. Situations will arise where evidence, though obtained following the breach of a *Charter* right, will be too remote from the violation to be "obtained in a manner" that infringed the *Charter*.

In *Kokesch supra*, at p. 19, this test was applied to exclude evidence obtained by means of a search warrant which was preceded by an invalid perimeter search.

71 In the case at bar, there is a sufficient temporal connection between the warrantless perimeter searches and the evidence ultimately offered at trial by the Crown to require a determination as to whether the evidence should be excluded. The warrantless searches, while perhaps not causally linked to the evidence tendered, were nevertheless an integral component in a series of investigative tactics which led to the unearthing of the evidence in question. It is unrealistic to view the perimeter searches as severable from the total investigatory process which culminated in discovery of the impugned evidence. Furthermore, to find otherwise would be to ignore the possible tainting effect which a *Charter* violation might have on the otherwise legitimate components of searches by state authorities. The temporal and tactical connections between the warrantless perimeter searches and the evidence finally offered at trial were sufficient to warrant the conclusion that the evidence was obtained in a manner that violated the constitutional rights of the respondent so as to attract the provisions of s. 24(2) of the *Charter*. Accordingly, I now turn to consider whether the impugned evidence ought to be excluded.

(2) Standard for Reconsideration of a s. 24(2) Determination

72 In *R. v. Mellenthin, supra*, this Court indicated that provincial appellate courts should not interfere readily with the decisions of trial judges with respect to the application of s. 24(2). Unless the trial judge makes an unreasonable finding of fact or legal error in applying s. 24(2), the issue should not be reopened. With respect, it would appear that the trial judge in the case at bar erred in the application of s. 24(2). After finding that s. 8 had been violated, the trial judge excluded the impugned evidence without consideration of the factors set out in *Collins, supra*, almost as if a violation of s. 8 led automatically to exclusion under s. 24(2). As has been indicated by at least two provincial courts of appeal, the application of s. 24(2) as a rule of automatic exclusion amounts to a reversible error: *R. v. Brick* 1989 19 M.V.R. (2d) 158(Alta. C.A.), *R. v. Langdon* (1992), 74 C.C.C. (3d) 570(Nfld. C.A.). Further, the trial judge concluded that the good faith of the police was "by the way" with respect to the s. 24(2) determination, which conflicts with the conclusion of this Court in *Collins supra*, that the good faith of state authorities is relevant to the s. 24(2) decision. On this basis, it would appear that the Court of Appeal acted properly in reviewing the s. 24(2) determination de novo.

73 In *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93 at 98, and *R. v. Greffe* [1990] 1 S.C.R. 755 at 783 [[1990] 3 W.W.R. 577], this Court determined that it would not interfere with the findings of the courts

below on s. 24(2) unless there had been "some apparent error as to the applicable principles or rules of law, or ... a finding that is unreasonable." With respect, I find that the Court of Appeal was in error with regard to the determination that the warrant and searches conducted thereunder violated s. 8 of the *Charter*. The Court of Appeal relied relatively equally on the two components of the search which it viewed to be in violation of s. 8 in making the s. 24(2) determination, so that it would be difficult to resolve what decision that court might have reached had the majority made a similar s. 8 determination. Given the fact that I have determined that only the warrantless perimeter searches constituted a violation of s. 8, I find that it is necessary to reconsider the s. 24(2) determination in its entirety. Further, in my opinion, Legg J.A. for the Court of Appeal, erred in overturning the trial judge's finding that there was no evidence that the police acted in other than good faith and in deciding that the seriousness of the offence militated in favour of exclusion under the third "factor" of the s. 24(2) analysis. As indicated by this Court in *Collins supra*, the correct principle is that if the offence is serious and the impugned evidence is real in nature, it militates in favour of admission since exclusion would lead to acquittal and tend to bring the administration of justice into disrepute. For these reasons I intend to canvass the s. 24(2) determination fully.

(3) Application of s. 24(2)

74 In *Collins supra*, this Court enumerated what have come to be referred to as three sets of "factors" relevant to the determination as to whether evidence ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. These were methodically set out as follows in *Jacoy supra* [At pp. 558-59.]:

First, the court must consider whether the admission of evidence will affect the fairness of the trial. If this inquiry is answered affirmatively, "the admission of evidence would *tend* to bring the administration of justice into disrepute and, subject to a consideration of other factors, the evidence generally should be excluded" [*Collins, supra*, at p. 284]. One of the factors relevant to this determination is the nature of the evidence; if the evidence is real evidence that existed irrespective of the *Charter* violation, its admission will rarely render the trial unfair.

The second set of factors concerns the seriousness of the violation. Relevant to this group is whether the violation was committed in good faith, whether it was inadvertent or of a merely technical nature, whether it was motivated by urgency or to prevent the loss of evidence, and whether the evidence could have been obtained without a *Charter* violation.

Finally, the court must look at factors relating to the effect of excluding the evidence. The administration of justice may be brought into disrepute by excluding evidence essential to substantiate the charge where the breach of the *Charter* was trivial. While this consideration is particularly important where the offence is serious, if the admission of the evidence would result in an unfair trial, the seriousness of the offence would not render the evidence admissible. [Emphasis in original.]

75 The impugned evidence discovered in a sequence of investigative activity following the warrantless perimeter searches was real evidence, similar to that found in *Kokesch supra*. As Lamer J. (as he then was) in *Collins supra* indicated at p. 284, "Real evidence that was obtained in a manner that violated the *Charter* will rarely operate unfairly for that reason alone." As such, I find that given that the impugned evidence is real in nature, its admission would not tend to render the trial unfair.

76 The "good faith" of the officers involved is a relevant consideration with respect to the seriousness of the *Charter* violation: *Kokesch supra*. The trial judge made the following findings that are relevant to the officers' good faith:

The fact that the police may have acted reasonably and in accordance with policy, and I take that expression to mean policy of some officers superior in the organization to the officers attempting to implement the programme, that in itself is neither here nor there.

There is nothing to suggest on the material before me that the police have acted other than in good faith or they have in any way singled out the accused Mr. Grant for special treatment, but again that is by the way.

In contrast to the officers who this Court determined not to have acted in good faith in *Kokesch supra*, the officers in the case at bar relied on what appeared to have been express statutory authority in the form of s. 10 of the NCA. In *Kokesch supra*, this Court reflected on the instances in which officers have been considered to have acted in good faith pursuant to the s. 24(2) determination [At pp. 33-34.]:

In each of those cases, the police acted pursuant to express statutory authority that rendered the particular search lawful. The police are entitled, indeed they have a duty, to assume that the search powers granted to them by Parliament are constitutionally valid, and to act accordingly. The police cannot be expected to predict the outcome of *Charter* challenges to their statutory search powers, and the success of a challenge to such a power does not vitiate the good faith of police officers who conducted a search pursuant to the power.

Accordingly, the officers in the case at bar could not have been expected to anticipate that s. 10 of the NCA would be declared unconstitutional in so far as it permits warrantless searches to occur in situations where getting a warrant would be practicable.

77 Further, it was admitted by the respondent that the officers had reasonable grounds for issuance of a warrant before they ever entered onto the property. As such, the conduct of these officers is distinguishable from those in *Kokesch supra*, who held only a mere suspicion that an offence had been committed prior to conducting a warrantless perimeter search. It might have been expected, on the basis of the Ontario Court of Appeal decision in *Rao supra*, that police officers in

Ontario would have recognized that warrantless perimeter searches in circumstances where it was practicable to obtain prior authorization constituted a violation of s. 8 of the *Charter*. However the officers in the case at bar were entitled to rely on the express statutory authority of s. 10 until such time as a court with jurisdiction over the law in British Columbia rendered a similar decision. As this Court indicated in *Wise supra* [At p. 544.]:

Bad faith has been found in situations where there has been a blatant disregard for the *Charter* rights of an accused or where more than one *Charter* right has been violated ... Good faith has been established in situations where the violation stemmed from police reliance upon a statute or from the following of a procedure which was later found to infringe the *Charter* (see *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, and *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495).

The case at bar fits the latter category in that the police officers were operating under the assumption that s. 10 of the NCA provided statutory authority for the warrantless perimeter searches conducted. As such, I have concluded that the officers acted in good faith.

78 There are, however, other factors which render the violation more serious. As was the case in *Kokesch supra* the warrantless perimeter search in the case at bar involved trespass by state agents onto private residential property. Given the protection of private property interests which the common law was ordinarily offered, the nature of the trespass is "far from trivial or minimal": *Kokesch supra*, at p. 29. Further, there was no urgency or necessity to preserve evidence and alternative investigative means were available. It was admitted by the Crown that the police had reasonable grounds to obtain a search warrant before the first perimeter search was conducted. The fact that the officers proceeded with the search without a warrant, even though they had the grounds necessary to obtain one, renders the violation more serious than it would otherwise be. However, the violation was not flagrant, since it was ostensibly authorized by statute and the manner of its execution was quite distinct from the surreptitious night-time search conducted by the officers in *Kokesch supra*.

79 The third "factor" to be considered in the s. 24(2) determination is the effect which exclusion of the evidence would have on the repute of the administration of justice. I agree with the analysis of Southin J.A. with regard to the effect of the seriousness of the offence. The more serious the offence in question, the greater the likelihood that the administration of justice would be brought into disrepute by the *exclusion* of the evidence, especially where the evidence is crucial to a conviction. Possession for the purposes of trafficking contrary to s. 4(2) of the NCA and cultivation of marihuana contrary to s. 6(1) of the same Act, are both indictable offences. The former is punishable by a maximum of life imprisonment and conviction for the latter may result in imprisonment for up to seven years. These are serious offences, as is reflected in the respective penalties associated with them. There exists an important social interest in convicting those involved in the illicit drug trade. Exclusion of the impugned evidence in this case renders conviction an impossibility.

80 While the violations were serious ones in a number of respects, the negative effect of the exclusion of the evidence and the good faith of the officers outweigh the seriousness of the violations, and on balance militate in favour of admission of the evidence. The passage from this Court's decision in *Kokesch*, supra, which was quoted by Southin J.A. in her dissenting reasons is particularly apposite [At p. 34.]:

The appellant would seem to be plainly guilty, and the impugned evidence is required for a conviction. It cannot be denied that the administration of justice could suffer some degree of disrepute from the exclusion of this evidence.

As such, I conclude that the administration of justice would not be brought into disrepute by the admission of the evidence in these proceedings, notwithstanding that the legislation under which the Crown has attempted to justify the perimeter searches is in part unconstitutional.

E. Disposition

81 The appeal is therefore allowed, the acquittals are set aside and a new trial is ordered. The constitutional questions are answered as follows:

1. Is s. 10 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, to the extent that it authorizes a search without a warrant of any place other than a dwelling house, inconsistent with the right to be secure against unreasonable search or seizure as guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, to that extent, inoperative and of no force and effect?

Answer: Yes, to the extent that it authorizes such searches in circumstances other than in exigent circumstances where it would be impracticable to obtain a warrant.

2. Is s. 10 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, to the extent that it may authorize the perimeter search of a dwelling-house without a warrant inconsistent with the right to be secure against unreasonable search or seizure as guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, to that extent, inoperative and of no force and effect?

Answer: Yes, to the extent that it authorizes such searches in circumstances other than in exigent circumstances where it would be impracticable to obtain a warrant.

Appeal allowed.

Donnohue Grant *Appellant***v.****Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions of Canada,
Attorney General of British Columbia,
Canadian Civil Liberties Association
and Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. GRANT**Neutral citation: 2009 SCC 32.**

File No.: 31892.

2008: April 24; 2009: July 17.

Present: **McLachlin C.J.** and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and **Charron JJ.**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Right to counsel — Encounter between accused and police going from general neighbourhood policing to situation where police effectively took control over accused and attempted to elicit incriminating information — Whether police conduct would cause a reasonable person in accused's position to conclude that he or she was not free to go and had to comply with police demand — Whether accused arbitrarily detained — Whether accused's right to counsel infringed — Meaning of "detention" in ss. 9 and 10 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Exclusion of evidence — Firearm discovered as result of accused's statements taken in breach of his right against arbitrary detention and right to counsel — Firearm admitted into evidence at trial and accused convicted of five firearms offences — Whether admission of firearm bringing administration of justice into

**Please see in particular paras. 59
and 71-74***c.***Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Directeur des poursuites pénales du
Canada, procureur général de la Colombie-
Britannique, Association canadienne
des libertés civiles et Criminal Lawyers'
Association (Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. GRANT**Référence neutre : 2009 CSC 32.**

N  du greffe : 31892.

2008 : 24 avril; 2009 : 17 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Droit à l'assistance d'un avocat — Contact entre l'accusé et les policiers relevant de services de police communautaire devenu un interrogatoire visant à obtenir des renseignements incriminants dans une situation où l'accusé était bel et bien contrôlé par les policiers — La conduite policière inciterait-elle une personne raisonnable placée dans la même situation que l'accusé à conclure qu'elle n'est pas libre de partir et qu'elle doit obtempérer à la sommation de la police? — L'accusé a-t-il été détenu arbitrairement? — A-t-il été porté atteinte au droit de l'accusé d'avoir recours à l'assistance d'un avocat? — Sens du mot « détention » pour l'application des art. 9 et 10 de la Charte canadienne des droits et libertés.

Droit constitutionnel — Charte des droits — R p ration — Exclusion d'éléments de preuve — Arme à feu découverte par suite de déclarations de l'accusé obtenues en violation de ses droits de ne pas être détenu arbitrairement et d'avoir recours à l'assistance d'un avocat — Arme à feu utilisée en preuve au procès et accusé déclaré coupable de cinq infractions relatives

disrepute — Revised framework for determining whether evidence obtained in breach of constitutional rights must be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Criminal law — Firearms — Possession of firearm for purposes of weapons trafficking — Whether simple movement of firearm from one place to another without changing hands amounts to weapons trafficking — Meaning of “transfer” of weapon for purposes of ss. 84, 99 and 100 of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

Three police officers were on patrol for the purposes of monitoring an area near schools with a history of student assaults, robberies, and drug offences. W and F were dressed in plainclothes and driving an unmarked car. G was in uniform and driving a marked police car. The accused, a young black man, was walking down a sidewalk when he came to the attention of W and F. As the two officers drove past, the accused stared at them, while at the same time fidgeting with his coat and pants in a way that aroused their suspicions. W and F suggested to G that he have a chat with the approaching accused to determine if there was any need for concern. G initiated an exchange with the accused, while standing on the sidewalk directly in his intended path. He asked him what was going on, and requested his name and address. At one point, the accused, behaving nervously, adjusted his jacket, which prompted the officer to ask him to keep his hands in front of him. After a brief period observing the exchange from their car, W and F approached the pair on the sidewalk, identified themselves to the accused as police officers by flashing their badges, and took up positions behind G, obstructing the way forward. G then asked the accused whether he had anything he should not have, to which he answered that he had “a small bag of weed” and a firearm. At this point, the officers arrested and searched the accused, seizing the marijuana and a loaded revolver. They advised him of his right to counsel and took him to the police station.

At trial, the accused alleged violations of his rights under ss. 8, 9 and 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge found no *Charter* breach and admitted the firearm. The accused was convicted of five firearms offences. The Court of Appeal upheld the convictions for different reasons. It concluded that a detention had crystallized during

aux armes à feu — L'utilisation de l'arme à feu est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Cadre d'analyse révisé pour déterminer si les éléments de preuve obtenus en violation de droits constitutionnels doivent être exclus — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Droit criminel — Armes à feu — Possession d'une arme à feu en vue d'en faire le trafic — Le simple déplacement d'une arme à feu d'un endroit à un autre sans qu'elle change de mains équivaut-il à du trafic d'armes? — Sens du mot « cession » d'une arme à feu pour l'application des art. 84, 99 et 100 du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

Trois policiers patrouillaient pour surveiller un secteur où se trouvent des écoles et où, par le passé, des agressions, des infractions relatives aux drogues et des vols avaient été commis à l'endroit d'élèves. W et F étaient vêtus en civil et se trouvaient à bord d'une voiture banalisée. G était en uniforme et conduisait une voiture de police. L'accusé, un jeune homme de race noire, marchait sur un trottoir quand il a attiré l'attention de W et de F. Au moment où les deux policiers le dépassaient en voiture, l'accusé les a dévisagés tout en tripotant son blouson et son pantalon, de telle sorte qu'il a éveillé leurs soupçons. W et F ont suggéré à G d'avoir une conversation avec l'accusé qui approchait de lui pour déterminer s'il y avait lieu de s'inquiéter. G a commencé à parler avec l'accusé tout en se tenant directement en travers de son chemin sur le trottoir. Le policier lui a demandé ce qui se passait, ainsi que son nom et son adresse. Puis, l'accusé a nerveusement rajusté son blouson, ce qui a amené le policier à lui demander de garder ses mains devant lui. Après avoir observé l'échange depuis leur voiture pendant une courte période, W et F se sont approchés des deux hommes qui se trouvaient sur le trottoir, se sont identifiés en montrant à l'accusé leur insigne de police et se sont placés derrière G, bloquant ainsi le chemin. G a ensuite demandé à l'accusé s'il avait quelque chose sur lui qu'il ne devrait pas avoir, ce à quoi l'accusé a répondu, « un petit sac de pot » et une arme à feu. À ce moment-là, les policiers ont arrêté et fouillé l'accusé, puis ils ont saisi la marijuana et un revolver chargé. Ils l'ont alors informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et l'ont emmené au poste de police.

Au procès, l'accusé a soutenu que les droits qui lui sont garantis par les art. 8 et 9 ainsi que par l'al. 10(b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* avaient été violés. Le juge du procès a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de la *Charte* et a admis l'arme à feu en preuve. L'accusé a été déclaré coupable de cinq infractions relatives aux armes à feu. La Cour d'appel

the conversation with G, before the accused made his incriminating statements, and that the detention was arbitrary and in breach of s. 9 of the *Charter*. However, it held that the gun should be admitted into evidence under s. 24(2) of the *Charter*. The court agreed with the trial judge that the accused's act of moving the gun from one place to another fell within the definition of "transfer" in the *Criminal Code*, and that this justified the conviction for possession of a firearm for the purposes of weapons trafficking.

Held: The appeal should be allowed on the trafficking charge and an acquittal entered. The appeal should be dismissed on all other counts.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: Existing jurisprudence on the issues of detention and exclusion of evidence is difficult to apply and may lead to unsatisfactory results. It is the duty of the Court, without undermining the principles that animate the jurisprudence to date, to take a fresh look at the frameworks that have been developed for the resolution of these two issues. [3]

Detention under ss. 9 and 10 of the *Charter* refers to a suspension of the individual's liberty interest by a significant physical or psychological restraint. Psychological detention is established either where the individual has a legal obligation to comply with a restrictive request or demand, or a reasonable person would conclude by reason of the state conduct that he or she had no choice but to comply. In cases where there is no physical restraint or legal obligation, it may not be clear whether a person has been detained. To determine whether the reasonable person in the individual's circumstances would conclude that he or she had been deprived by the state of the liberty of choice, the court may consider, *inter alia*, the following factors: (a) the circumstances giving rise to the encounter as they would reasonably be perceived by the individual; (b) the nature of the police conduct; and (c) the particular characteristics or circumstances of the individual where relevant. To answer the question whether there is a detention involves a realistic appraisal of the entire interaction as it developed, not a minute parsing of words and movements. In those situations where the police may be uncertain whether their conduct is having a coercive effect on the individual, it is open to them to inform the subject in unambiguous terms that he or she is under no obligation to answer questions and is free to go. It is for the trial judge, applying the proper legal

a maintenu les déclarations de culpabilité pour divers motifs. Elle a conclu que la détention s'était cristallisée pendant la conversation avec G, avant que l'accusé ne fasse les déclarations incriminantes, et que la détention était arbitraire et avait porté atteinte au droit garanti par l'art. 9 de la *Charte*. Cependant, elle a conclu, après avoir procédé à l'analyse requise par le par. 24(2) de la *Charte*, que le revolver devait être admis en preuve. La cour était d'accord avec le juge du procès pour dire que le transport du revolver d'un endroit à un autre par l'accusé entraînait dans la définition de « cession » énoncée au *Code criminel* et que cela justifiait la déclaration de culpabilité pour possession d'une arme à feu en vue d'en faire le trafic.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli quant au chef de trafic et un acquittement est inscrit à cet égard. Le pourvoi est rejeté quant à tous les autres chefs.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella et Charron : La jurisprudence relative à la détention et à l'exclusion d'éléments de preuve pose des difficultés d'application et peut entraîner des résultats insatisfaisants. Sans remettre en cause les principes ayant fondé les décisions rendues jusqu'à présent, la Cour doit jeter un regard neuf sur le cadre d'analyse élaboré pour trancher ces deux questions. [3]

La détention visée aux art. 9 et 10 de la *Charte* s'entend de la suspension du droit à la liberté d'une personne par suite d'une contrainte physique ou psychologique considérable. Il y a détention psychologique quand l'individu est légalement tenu d'obtempérer à une demande contraignante ou à une sommation, ou quand une personne raisonnable conclurait, compte tenu de la conduite de l'État, qu'elle n'a d'autre choix que d'obtempérer. En l'absence de contrainte physique ou d'obligation légale, il peut être difficile de savoir si une personne a été mise en détention ou non. Pour déterminer si une personne raisonnable placée dans la même situation conclurait qu'elle a été privée par l'État de sa liberté de choix, le tribunal peut tenir compte, notamment, des facteurs suivants : a) les circonstances à l'origine du contact avec les policiers telles que la personne en cause a dû raisonnablement les percevoir; b) la nature de la conduite des policiers; et c) les caractéristiques ou la situation particulières de la personne, selon leur pertinence. Pour répondre à la question de savoir s'il y a détention, il faut procéder à une évaluation réaliste de la totalité du contact tel qu'il s'est déroulé, et non à une analyse détaillée de chacun des mots prononcés et des gestes posés. Dans les cas où les policiers ne savent pas avec certitude si leur conduite a un effet coercitif, ils peuvent dire clairement à la personne visée qu'elle n'est pas tenue de répondre aux questions et qu'elle est

principles to the particular facts of the case, to determine whether the line has been crossed between police conduct that respects liberty and the individual's right to choose, and conduct that does not. Deference is owed to the trial judge's findings of fact, although application of the law to the facts is a question of law. [32] [43-44]

In this case, the accused was detained within the meaning of ss. 9 and 10 of the *Charter* before being asked the questions that led him to disclose his possession of the firearm. The encounter began with G approaching the accused and making general inquiries. Such preliminary questioning is a legitimate exercise of police powers. G then told the accused to keep his hands in front of him. While this act, in isolation, might be insufficient to indicate detention, consideration of the entire context of what transpired from that point forward leads to the conclusion that the accused was detained. Two other officers approached, flashed their badges and took tactical adversarial positions behind G, who began to engage in questioning driven by, and indicative of, focussed suspicion of the accused. The sustained and restrictive tenor of the conduct after the direction to the accused to keep his hands in front of him reasonably supports the conclusion that the officers were putting him under their control and depriving him of his choice as to how to respond. At this point, the accused's liberty was clearly constrained and he was in need of the *Charter* protections associated with detention. The encounter took on the character of an interrogation, going from general neighbourhood policing to a situation where the police had effectively taken control over the accused and were attempting to elicit incriminating information. Although G's questioning was respectful, the encounter was inherently intimidating. The power imbalance was obviously exacerbated by the accused's youth and inexperience. Because the test is an objective one, the fact that the accused did not testify as to his perceptions of the interaction is not fatal to his argument that there was a detention. The evidence supports his contention that a reasonable person in his position would conclude that his or her right to choose how to act had been removed by the police, given their conduct. [45] [47-52]

The evidence of the firearm was obtained in a manner that breached the accused's rights under ss. 9 and 10(b) of the *Charter*. An unlawful detention is necessarily arbitrary, in violation of s. 9. The officers acknowledged at trial that they did not have legal grounds or a

libre de partir. C'est au juge du procès qu'il appartient de décider — en appliquant les principes de droit pertinents aux faits particuliers de l'espèce — si la police a franchi la limite entre une conduite qui respecte la liberté et le droit de choisir du sujet et une conduite qui porte atteinte à ces droits. S'il est vrai qu'il faut faire preuve de déférence à l'égard des conclusions de fait du juge du procès, l'application du droit aux faits constitue une question de droit. [32] [43-44]

En l'espèce, l'accusé était en détention au sens où il faut l'entendre pour l'application des art. 9 et 10 de la *Charte* lorsqu'on lui a posé les questions qui l'ont amené à révéler l'existence de l'arme à feu. Le contact a débuté lorsque G a abordé l'accusé et lui a posé des questions d'ordre général. Une interpellation préliminaire de ce genre s'inscrit dans l'exercice légitime des pouvoirs policiers. G a ensuite dit à l'accusé de garder ses mains devant lui. Certes, pris isolément, on pourrait considérer que ce geste est insuffisant pour constituer une détention. Toutefois, son examen dans le contexte de tout ce qui en a découlé porte à conclure que l'accusé a été mis en détention. Deux autres policiers se sont approchés, ont montré leur insigne et ont tactiquement pris une position antagonique derrière G, qui a commencé à poser des questions procédant et témoignant de soupçons dont l'accusé était la cible. La durée et le caractère contraignant des gestes qui ont suivi l'ordre donné à l'accusé permettent de conclure raisonnablement que les policiers plaçaient l'accusé sous leur autorité et le privaient du choix de la façon de réagir. À ce stade, la liberté de l'accusé était manifestement restreinte et il avait besoin des mesures de protection garanties par la *Charte* en cas de détention. Le contact relevant de services de police communautaire est devenu un interrogatoire visant à obtenir des renseignements incriminants dans une situation où l'accusé était bel et bien contrôlé par les policiers. Même si G s'est montré respectueux en posant ses questions, l'interpellation était intrinsèquement intimidante. La jeunesse et l'inexpérience de l'accusé ont sans aucun doute accentué l'inégalité du rapport de force. Comme le test est de nature objective, le fait que l'accusé n'ait pas témoigné quant à sa perception de ce qui se passait ne porte pas un coup fatal à sa prétention qu'il était détenu. La preuve étaye son affirmation qu'une personne raisonnable placée dans sa situation aurait conclu que les policiers, par leur conduite, l'avaient privée de la liberté de choisir comment agir. [45] [47-52]

Le revolver a été obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 9 et par l'al. 10b) de la *Charte*. Une détention illégale est nécessairement arbitraire et interdite par l'art. 9. Les policiers ont reconnu au procès qu'ils n'avaient pas de

reasonable suspicion to detain the accused prior to his incriminating statements. Therefore, the detention was arbitrary. The police also failed to advise the accused of his right to speak to a lawyer before the questioning that led to the discovery of the firearm. The right to counsel arises immediately upon detention, whether or not the detention is solely for investigative purposes. [11] [55] [57-58]

The criteria relevant to determining when, in “all the circumstances”, admission of evidence obtained by a *Charter* breach “would bring the administration of justice into disrepute” must be clarified. The purpose of s. 24(2), as indicated by its wording, is to maintain the good repute of the administration of justice. Viewed broadly, the term “administration of justice” embraces maintaining the rule of law and upholding *Charter* rights in the justice system as a whole. The phrase “bring the administration of justice into disrepute” must be understood in the long-term sense of maintaining the integrity of, and public confidence in, the justice system. While exclusion of evidence resulting in an acquittal may provoke immediate criticism, s. 24(2) does not focus on immediate reaction to the individual case. Rather, it looks to whether the overall repute of the justice system, viewed in the long term, will be adversely affected by admission of the evidence. The inquiry is objective. It asks whether a reasonable person, informed of all relevant circumstances and the values underlying the *Charter*, would conclude that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Section 24(2)’s focus is not only long-term, but prospective. The fact of the *Charter* breach means damage has already been done to the administration of justice. Section 24(2) starts from that proposition and seeks to ensure that evidence obtained through that breach does not do further damage to the repute of the justice system. Section 24(2)’s focus is also societal. Section 24(2) is not aimed at punishing the police or providing compensation to the accused, but rather at systemic concerns. [66-70]

When faced with an application for exclusion under s. 24(2), a court must assess and balance the effect of admitting the evidence on society’s confidence in the justice system having regard to: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct, (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the

motif juridique ou de soupçon raisonnable les autorisant à détenir l’accusé avant que celui-ci fasse les déclarations incriminantes. La détention était donc arbitraire. En outre, les policiers ont omis d’informer l’accusé de son droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat avant l’interrogatoire qui a mené à la découverte de l’arme à feu. Le droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat prend naissance dès la mise en détention, que celle-ci serve exclusivement ou non à des fins d’enquête. [11] [55] [57-58]

Il faut clarifier les facteurs pertinents pour déterminer quand, « eu égard aux circonstances », l’utilisation d’éléments de preuve obtenus par suite d’une violation de la *Charte* serait « susceptible de déconsidérer l’administration de la justice ». Le paragraphe 24(2), comme l’indique son libellé, vise à préserver la considération dont jouit l’administration de la justice. Considérée de façon générale, l’expression « administration de la justice » englobe le maintien du principe de la primauté du droit et des droits garantis par la *Charte* dans l’ensemble du système de justice. L’expression « déconsidérer l’administration de la justice » doit être prise dans l’optique du maintien à long terme de l’intégrité du système de justice et de la confiance à son égard. Certes, l’exclusion d’éléments de preuve qui aboutit à un acquittement peut provoquer des critiques sur le coup. Il n’en demeure pas moins que les réactions immédiates, dans des cas particuliers, ne sont pas visées par l’objet du par. 24(2). Cette disposition concerne plutôt l’appréciation de l’effet à long terme de l’utilisation d’éléments de preuve sur la considération globale dont jouit le système de justice et suppose un examen de nature objective, qui vise à déterminer si une personne raisonnable, au fait de l’ensemble des circonstances pertinentes et des valeurs sous-jacentes de la *Charte*, conclurait que l’utilisation d’éléments de preuve donnés serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. L’objet du par. 24(2) n’est pas seulement à long terme, il est également prospectif. L’existence d’une violation de la *Charte* signifie que l’administration de la justice a déjà été mise à mal. Le paragraphe 24(2) part de là et vise à faire en sorte que les éléments de preuve obtenus au moyen de cette violation ne déconsidèrent pas davantage le système de justice. Le paragraphe 24(2) a aussi un objet sociétal. Il ne vise pas à sanctionner la conduite des policiers ou à dédommager l’accusé, il a plutôt une portée systémique. [66-70]

Le tribunal saisi d’une demande d’exclusion fondée sur le par. 24(2) doit évaluer et mettre en balance l’effet de l’utilisation des éléments de preuve sur la confiance de la société envers le système de justice en tenant compte de : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l’État, (2) l’incidence de la violation sur les droits de l’accusé

accused, and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits. At the first stage, the court considers the nature of the police conduct that infringed the *Charter* and led to the discovery of the evidence. The more severe or deliberate the state conduct that led to the *Charter* violation, the greater the need for the courts to dissociate themselves from that conduct, by excluding evidence linked to that conduct, in order to preserve public confidence in and ensure state adherence to the rule of law. The second stage of the inquiry calls for an evaluation of the extent to which the breach actually undermined the interests protected by the infringed right. The more serious the incursion on these interests, the greater the risk that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. At the third stage, a court asks whether the truth-seeking function of the criminal trial process would be better served by admission of the evidence or by its exclusion. Factors such as the reliability of the evidence and its importance to the Crown's case should be considered at this stage. The weighing process and the balancing of these concerns is a matter for the trial judge in each case. Where the trial judge has considered the proper factors, appellate courts should accord considerable deference to his or her ultimate determination. [71-72] [76-77] [79] [86] [127]

Here, the gun was discovered as a result of the accused's statements taken in breach of the *Charter*. When the three-stage inquiry is applied to the facts of this case, a balancing of the factors favours the admission of the derivative evidence. The *Charter*-infringing police conduct was neither deliberate nor egregious and there was no suggestion that the accused was the target of racial profiling or other discriminatory police practices. The officers went too far in detaining the accused and asking him questions, but the point at which an encounter becomes a detention is not always clear and the officers' mistake in this case was an understandable one. Although the impact of the *Charter* breach on the accused's protected interests was significant, it was not at the most serious end of the scale. Finally, the gun was highly reliable evidence and was essential to a determination on the merits. The balancing mandated by s. 24(2) is qualitative in nature and therefore not capable of mathematical precision. However, when all these concerns are weighed, the courts below did not err in concluding that the admission of the gun into evidence would not, on balance, bring the administration of justice into disrepute. The significant impact of the breach on the accused's *Charter*-protected rights weighs strongly in favour of excluding the gun, while the public interest in the adjudication of the case on

garantis par la *Charte* et (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Lorsqu'il se penche sur le cadre du premier volet, le tribunal examine la nature de la conduite de la police qui a porté atteinte aux droits protégés par la *Charte* et mené à la découverte des éléments de preuve. Plus les gestes ayant entraîné la violation de la *Charte* par l'État sont graves ou délibérés plus il est nécessaire que les tribunaux s'en dissocient en excluant les éléments de preuve ainsi acquis, afin de préserver la confiance du public envers le principe de la primauté du droit et de faire en sorte que l'État s'y conforme. Le deuxième volet de l'examen impose d'évaluer la portée réelle de l'atteinte aux intérêts protégés par le droit en cause. Le risque que l'utilisation des éléments de preuve déconsidère l'administration de la justice augmente en fonction de la gravité de l'empiètement sur ces intérêts. Dans le cadre du troisième volet, la cour se demande si la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès criminel est mieux servie par l'utilisation ou par l'exclusion d'éléments de preuve. À ce stade, le tribunal prend en compte les facteurs telles la fiabilité des éléments de preuve et leur importance pour la preuve du ministère public. Il appartient chaque fois au juge du procès de soupeser et de mettre en balance ces questions. Lorsque le juge du procès a examiné les bons facteurs, les cours d'appel devraient faire preuve d'une retenue considérable à l'égard de la décision rendue. [71-72] [76-77] [79] [86] [127]

En l'espèce, l'arme a été découverte par suite de déclarations de l'accusé obtenues en violation de la *Charte*. Dans le cadre de l'application aux faits de l'espèce de l'examen en trois volets, la mise en balance des facteurs milite en faveur de l'utilisation des éléments de preuve dérivée. La conduite policière contraire à la *Charte* n'était ni délibérée, ni des plus extrêmes. En outre, rien n'indique que l'accusé ait été victime de profilage racial ou d'autres pratiques policières discriminatoires. Les policiers sont allés trop loin en détenant l'accusé et en lui posant des questions, mais le moment auquel un contact se mue en détention n'est pas toujours clair et l'erreur commise par les policiers en l'espèce était compréhensible. L'incidence des violations de la *Charte* sur les droits garantis à l'accusé était grave, sans être des plus extrêmes. Finalement, le revolver est un élément de preuve très fiable et essentiel à l'instruction sur le fond. La mise en balance requise par le par. 24(2) est de nature qualitative, la précision mathématique est donc impossible. Toutefois, après avoir examiné tous ces facteurs, les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas commis d'erreur en concluant que, tout bien considéré, l'utilisation en preuve du revolver n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. L'incidence grave de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* milite fortement en faveur

its merits weighs strongly in favour of its admission. However, the police officers were operating in circumstances of considerable legal uncertainty, and this tips the balance in favour of admission. [132-133] [139-140]

The accused's conviction for possession of a firearm for the purposes of weapons trafficking under s. 100(1) of the *Criminal Code* should be quashed on the ground that he did not "transfer" the firearm within the meaning of that section. A contextual reading of s. 100 and the related provisions reveals that Parliament intended to reserve the stiffest penalties for transfers that amount to weapons trafficking, not for the mere movement of a firearm from place to place. Since the trial judge did not find that the accused was in possession of the gun for the purpose of transferring it to another person, the s. 100(1) conviction cannot stand. [141] [143]

Per Binnie J.: The majority's approach to the definition of "detention" in ss. 9 and 10 of the *Charter* lays too much emphasis on the claimant's perception of psychological pressure, albeit as filtered through the eyes of the hypothetical reasonable person in the claimant's situation. The objective facts of such encounters as well as the perception of the police in initiating the encounter, and whatever information the police possess at the time or acquire as the encounter proceeds, all of which may or may not be known to the person stopped, should be factored into a more comprehensive analysis of when a "detention" occurs for *Charter* purposes. [150] [180]

The Court's embrace of a wholly claimant-centred approach may lead to the impression that it is more important to enquire whether the hypothetical reasonable person "in the individual's circumstances" would think himself or herself to be detained than whether he or she is detained. The perspective of the person stopped is important and it is true that there can be no detention unless the liberty of the person stopped is (or is reasonably perceived by that person to be) significantly constrained, but this does not exhaust the relevant considerations. [151]

It is important to be able to determine at what moment an interaction between the police and a member of the public is converted into a detention of that individual, thereby triggering the rights subsidiary to detention including the right to involve his or her lawyer. Re-examining the concept of "psychological detention"

de l'exclusion du revolver, tandis que l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond milite fortement en faveur de son utilisation. Or, les policiers travaillaient dans un contexte d'incertitude juridique considérable, ce qui fait pencher la balance pour l'utilisation en preuve. [132-133] [139-140]

La déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé pour possession d'une arme à feu en vue d'en faire le trafic, infraction décrite au par. 100(1) du *Code criminel*, doit être annulée parce qu'il n'a pas « cédé » l'arme au sens où il faut l'entendre pour l'application de cette disposition. L'interprétation contextuelle de l'art. 100 et des dispositions connexes révèle que le législateur voulait réserver les peines les plus lourdes aux cessions équivalant à du trafic d'armes et non au simple déplacement d'une arme à feu d'un endroit à un autre. Puisque le juge du procès n'a pas conclu que l'accusé était en possession du revolver en vue de le céder à une autre personne, la déclaration de culpabilité fondée sur le par. 100(1) ne peut être maintenue. [141] [143]

Le juge Binnie : L'approche adoptée par les juges majoritaires pour définir le mot « détention » pour l'application des art. 9 et 10 de la *Charte* accorde trop d'importance à la perception d'une pression psychologique par le plaignant, quoique filtrée par les yeux d'une personne raisonnable hypothétique placée dans la même situation. Les éléments factuels objectifs de ces contacts de même que la perception des policiers au moment où ils abordent la personne interceptée et toutes les informations dont disposent alors les policiers ou dont ils prennent connaissance au cours du contact — que la personne interceptée en ait connaissance ou non — devraient être inclus dans une analyse plus complète du moment auquel survient la « détention » pour l'application de la *Charte*. [150] [180]

L'adhésion de la Cour à une approche exclusivement centrée sur le plaignant pourrait donner l'impression qu'il est plus important de se demander si la personne raisonnable hypothétique « placée dans la même situation » que le plaignant penserait qu'elle est détenue plutôt que de se demander si elle est détenue. Le point de vue de la personne interceptée est important et il est vrai qu'il ne peut y avoir détention sans que la liberté de la personne interceptée soit considérablement entravée (ou qu'elle perçoive raisonnablement qu'il en est ainsi), mais ce n'est pas la seule considération. [151]

Il est important de pouvoir déterminer à quel moment une interaction entre un policier et un membre du public devient une détention donnant ouverture aux droits garantis en cas de détention, dont celui de faire intervenir son avocat. Réexaminer le concept de la « détention psychologique » de façon à ce que le contact soit

with a view to broadening the perspectives from which the encounter is viewed is one way to ease the “obvious tension” between the requirement to inform detained persons of their right to counsel and the proper and effective use of brief investigative detentions. The police know, but the claimant may not know, the point at which he or she graduates from being a person of interest to a person around whom suspicion is starting to focus, and becomes a person whose legal rights are seriously in issue. [153] [160] [165] [177]

There are a number of problems with the Court’s continuing endorsement of the *Therens* approach for the purpose of determining when a simple interaction crystallizes into a detention. Insistence that the claimant’s circumstances be viewed from the more detached perspective of a “reasonable person” in some cases exaggerates the ability of ordinary people to stand up to police assertion of authority, and may compel the conclusion that the claimant had the choice to walk away whereas in reality no such choice existed. On the other hand, if the concept of the reasonable person is intended to describe average cooperative members of the public, the Canadian reality is that such people will almost always regard a direction from a police officer as a demand that must be complied with. Viewed in this way, police instructions or demands readily constrain a claimant’s choice to leave and, therefore, even the less intrusive encounters between the police and citizens ought frequently to be declared detentions under the claimant-centred approach adopted by the majority. [166] [170]

A further problem in calibrating the “reasonable person” is to define exactly what information this fictional person possesses and what experience he or she brings to the assessment of the encounter. This is of particular relevance to visible minorities who may, because of their background and experience, feel especially unable to disregard police directions, and feel that assertion of their right to walk away will itself be taken as evasive and subsequently argued by the police to be sufficient grounds of suspicion to justify a *Mann* detention. The police perspective on such encounters, whether or not conveyed to the person stopped, is relevant. In the absence of explicit criteria various judges will tend to read into the “reasonable person” their own projections of the moment at which, in their view, the person stopped ought to be able to call a lawyer. This may encourage a results-oriented analysis. [169] [172-174]

envisagé dans des perspectives plus vastes est une autre façon d’atténuer la « tension manifeste » entre l’obligation d’informer les personnes détenues de leur droit à l’assistance d’un avocat et l’utilisation appropriée et efficace de brèves détentions aux fins d’enquête. Les policiers savent — alors que le plaignant peut l’ignorer — à quel moment une personne d’intérêt accède au rang de suspect dont les droits sont sérieusement compromis. [153] [160] [165] [177]

L’adhésion constante de la Cour à l’approche préconisée par *Therens* pour déterminer à quel moment une simple interaction se cristallise en détention pose de nombreux problèmes. L’insistance pour que la situation du plaignant soit envisagée dans la perspective plus détachée de la « personne raisonnable » exagère dans certains cas la capacité d’une personne ordinaire de résister à l’affirmation par les policiers de leur autorité et peut mener impérativement à la conclusion que le plaignant avait le choix de partir, alors qu’il ne l’avait pas. Par ailleurs, si le concept de la personne raisonnable est censé décrire le citoyen moyen disposé à coopérer avec les policiers, dans le contexte canadien, ce citoyen considérera presque toujours une directive des policiers comme une sommation à laquelle il doit obéir. Vues sous cet angle, les directives ou les sommations de la police restreignent facilement le choix du plaignant de quitter les lieux. Par conséquent, même les contacts les moins importuns entre les policiers et les citoyens devraient fréquemment être qualifiés de détentions suivant la méthode centrée sur le plaignant adoptée par les juges majoritaires. [166] [170]

Une autre difficulté liée à la modulation de l’approche de la « personne raisonnable » tient à déterminer exactement quels sont les renseignements que détient cette personne fictive et ce en quoi consiste son vécu à partir duquel elle évaluera le contact. Cela est particulièrement pertinent dans le cas du membre d’une minorité visible qui, en raison de sa situation et de son vécu, est davantage susceptible de ne pas se sentir en mesure de désobéir aux directives des policiers et que toute affirmation de son droit de quitter les lieux risque d’être considérée en soi comme une esquivé et invoquée plus tard par les policiers comme un motif suffisant d’entretenir des soupçons justifiant sa détention selon l’arrêt *Mann*. Le point de vue des policiers quant à ces contacts, qu’il ait ou non été révélé à la personne interceptée, est pertinent. En l’absence de critères explicites, différents juges auront tendance à attribuer à la « personne raisonnable » leur propre impression du moment auquel, à leur avis, la personne interceptée devrait pouvoir appeler un avocat. Cette approche pourrait inciter les juges à procéder à une analyse axée sur le résultat. [169] [172-174]

The *Therens* approach does not take into account adequately what the police know and when they knew it except insofar as this information is conveyed to the person stopped, but the police may not consider it to be in their interest to convey the information. Apparent general inquiries by the police may be designed, unknown to the person stopped, to elicit the missing piece by way of self-incrimination. Possession of such knowledge may in fact place the police in an adversarial relationship with the person approached whether that person is aware of the jeopardy or not. It is the adversarial relationship together with the “stop” that generates the need for counsel. On the other hand, a more benign police purpose may deprive even an unambiguous police command of the legal effect of a detention, and thereby enure to the benefit of the prosecution. [167] [178-179]

A finding of detention requires a police command or direction as well as compliance by the person claiming a s. 9 detention in the reasonable belief that there was no other choice. However, police words and conduct should be interpreted in light of the purpose of the encounter from the police perspective, whether disclosed to the person from whom cooperation was requested or not. Moreover, when considering the perception of the person stopped, serious weight should be given to the values and experience of the person actually stopped, including the experience of visible minorities. [176-177]

On the facts of this case, the conclusion of the majority that the accused was arbitrarily detained is agreed with. The purpose of the police officers was to investigate crime, whether actual or anticipated. The police had no information whatsoever that the accused may have been implicated in criminal activity or even whether a crime had been committed. The police order to the accused to “keep his hands in front of him” crystallized the detention. However, the finding of a detention is properly the product not only of the accused’s perception (filtered through the hypothetical reasonable person) but also of the objective facts of why the encounter was initiated (crime detection) and the perception of the police, who at the outset lacked any information on which to base such aggressive tactics. The majority’s analysis under s. 24(2) and the consequent disposition of the appeal are also agreed with. [181-184]

L’approche adoptée dans *Therens* ne prend pas adéquatement en compte de ce que les policiers savent, et à quel moment ils l’ont appris, — sauf dans la mesure où ces informations sont révélées à la personne interceptée —, mais ils pourraient estimer préférable de ne pas révéler ces informations. Des questions posées par la police, générales en apparence, peuvent viser, à l’insu de la personne interceptée, à trouver la pièce manquante en amenant cette dernière à s’incriminer. Leur connaissance de ce contexte factuel peut les placer en fait dans un rapport antagoniste avec la personne interceptée, que celle-ci sache ou non qu’elle se trouve dans une situation périlleuse. C’est ce rapport antagoniste associé à l’« interception » qui crée le besoin d’avoir recours à l’assistance d’un avocat. Par contre, si le but poursuivi par un policier est plus inoffensif, un ordre, même non équivoque, donné par ce policier pourrait ne pas avoir l’effet d’une détention sur le plan juridique, et ainsi favoriser la poursuite. [167] [178-179]

Pour établir qu’il y a eu détention, il faut qu’un policier ait donné un commandement ou une directive, que la personne alléguant qu’il y a eu détention pour l’application de l’art. 9 y ait obtempéré et qu’elle ait eu des motifs raisonnables de croire qu’elle n’avait d’autre choix que d’obtempérer. Toutefois, les mots utilisés par le policier et son comportement doivent être interprétés au regard du but visé par le contact du point de vue du policier — que la personne dont il demande la coopération en ait été informée ou non. En outre, lorsqu’on se penche sur la perception de la personne arrêtée, on devrait accorder beaucoup de poids aux valeurs et au vécu de la personne véritablement interceptée, y compris à l’expérience des minorités visibles. [176-177]

Il y a accord quant à la conclusion des juges majoritaires pour dire que, en l’espèce, l’accusé a été détenu de façon arbitraire. Les policiers cherchaient à enquêter sur des crimes commis ou anticipés. Les policiers ne possédaient aucune information indiquant que l’accusé pouvait être impliqué dans une activité criminelle ou même qu’un crime avait été commis. L’ordre donné à l’accusé de garder ses mains devant lui a cristallisé la détention. Toutefois, il faut conclure à juste titre qu’il y avait détention non seulement en raison des perceptions de l’accusé (filtrées par les yeux de la personne raisonnable hypothétique), mais aussi en raison des faits objectifs qui ont motivé l’interpellation (la détection de crimes) et de la perception des policiers qui, au départ, ne disposaient d’aucun renseignement les autorisant à utiliser des tactiques aussi vigoureuses. Il y a aussi accord quant à l’analyse des juges majoritaires relative au par. 24(2) et quant au dispositif du pourvoi qui en découle. [181-184]

Per Deschamps J.: The facts of this case, considered as a whole, support the conclusion that the accused was detained. The detention came to a head when the officers asked him certain direct questions that, viewed objectively, might have caused a reasonable person to feel singled out, cornered and, therefore, detained. Owing to the nature of the questions asked by G, the line between prevention and suppression was crossed. G asked the accused if he had committed a crime. Once such a question had been asked of a person who had known he was being watched from the time he had crossed paths with W and F — who had since arrived on the scene — the encounter could no longer be described simply as an interaction between a police officer and a member of the public. The exchange was no longer an impromptu conversation that the accused would think he could walk away from as he pleased. [191]

Regarding the factors to consider in deciding whether to admit or exclude evidence obtained in violation of a *Charter* right, the new test proposed by the majority is inconsistent with the purpose of s. 24(2) of the *Charter*, which is to maintain public confidence in the administration of justice. The statement that s. 24(2) has a long-term societal purpose is of great significance for the identification of the factors to be considered in the analysis. The proposed test, by focussing the analysis on the conduct of the police in the first branch and on the interest of the accused in the second, and by attaching less importance to the seriousness of the offence in the third, does not give sufficient consideration to the long-term societal interest that must guide the judge in reaching a decision. In determining whether the maintenance of confidence in the administration of justice would be better served by admitting the evidence or by excluding it, the judge must instead strike a fair balance between two societal interests: the public interest in protecting *Charter* rights and the public interest in an adjudication on the merits. On the first branch, any facts that help show the effect of the violation on the protected rights must be considered, including the state conduct that gave rise to the violation. The impact of a violation on protected interests will vary with the circumstances, and the judge must therefore consider all the facts that will enable him or her to assess the long-term impact of his or her decision on the reputation of the administration of justice, that is, not on the rights of the accused being tried, but rather on those of every individual whose rights might be violated in a similar way. As for the second branch, whether the evidence is reliable and whether it is essential or peripheral are factors that are crucial to the maintenance of public confidence, as is

La juge Deschamps : L'ensemble des faits de la présente affaire permet de conclure qu'il y a eu détention de l'accusé. Le point tournant est survenu lorsque les policiers ont posé à l'accusé certaines questions directes qui, considérées objectivement, pouvaient inciter une personne raisonnable à se sentir visée, coincée et, de ce fait, détenue. La nature de l'interrogatoire auquel s'est livré G l'a amené à franchir la limite entre le travail de prévention et le travail de répression. Il a demandé à l'accusé s'il avait commis un crime. À la suite d'une telle question, adressée à une personne qui se savait observée depuis le moment où elle avait croisé W et F — lesquels étaient arrivés sur les lieux depuis — la rencontre ne pouvait plus être qualifiée de simple interaction entre un policier et un membre du public. Il ne s'agissait plus d'une conversation impromptue pouvant laisser croire à l'accusé qu'il pouvait quitter les lieux à sa guise. [191]

En ce qui a trait aux facteurs suggérés pour décider de l'admission ou de l'exclusion d'un élément de preuve obtenu en violation d'un droit protégé par la *Charte*, la nouvelle grille d'analyse proposée par la majorité ne respecte pas l'objectif visé par le par. 24(2) de la *Charte*, qui consiste à préserver la considération du public à l'égard de l'administration de la justice. Le fait d'affirmer que le par. 24(2) vise un objectif sociétal à long terme emporte des conséquences importantes dans la détermination des éléments de l'analyse. En centrant celle-ci sur la conduite des policiers dans le premier volet et sur l'intérêt de l'accusé dans le second, et en accordant une importance moins grande à la gravité de l'infraction dans le troisième, la grille proposée n'est pas suffisamment orientée vers l'intérêt sociétal à long terme qui doit guider le juge dans sa décision. Pour déterminer si le maintien de la considération dont jouit l'administration de la justice sera mieux servi par l'admission de la preuve ou par son exclusion, le juge doit plutôt rechercher un juste équilibre entre deux intérêts de la société, soit l'intérêt du public à la préservation des droits protégés par la *Charte* et de l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond. Pour ce qui est du premier volet, tous les faits qui donnent des indications sur l'effet de la violation sur les droits protégés doivent être pris en considération, y compris la conduite étatique à l'origine de la violation. L'incidence d'une violation sur les intérêts protégés varie selon les circonstances et le juge doit donc examiner tous les faits qui lui permettent d'évaluer l'incidence à long terme de sa décision sur la considération dont jouit l'administration de la justice, c'est-à-dire non pas sur les droits de l'accusé particulièrement concerné, mais plutôt sur ceux de tous les individus qui pourraient être victimes d'une violation similaire de leurs droits. Pour ce qui est du deuxième volet, la fiabilité de la preuve, son caractère

the seriousness of the offence. [185] [195] [198] [202] [223-226]

In this case, to admit the weapon in evidence would have a positive effect on the repute of the administration of justice. According to the trial judge's findings of fact, the exchange lasted only a few minutes, the officers were polite to the accused, and they were motivated by a desire to take a proactive approach in patrolling an area near schools with serious problems related to youth crime and safety. On the protection of the public, it should be noted that the charge is firearms-related, that it would be impossible to establish guilt without the evidence and that the evidence is eminently reliable. When balanced against each other, the limited impact of the violation on the protected interests and the great importance of the evidence for the purposes of the trial favour admitting the physical evidence. [228-229]

There is agreement with the majority on the charge of possession of a firearm for the purposes of trafficking. [229]

Cases Cited

By McLachlin C.J. and Charron J.

Not followed: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; **applied:** *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; **referred to:** *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *R. v. Duguay* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *R. v. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C.

essentiel ou périphérique de même que la gravité de l'infraction reprochée sont des considérations primordiales pour assurer le maintien de la confiance du public. [185] [195] [198] [202] [223-226]

En l'espèce, la considération dont jouit l'administration de la justice sera favorisée par l'admission de l'arme en preuve. Selon les faits constatés par le juge de première instance, l'échange n'a duré que quelques minutes; les policiers se sont montrés polis envers l'accusé; ils étaient mus par le désir d'avoir une attitude proactive dans le contexte de la patrouille d'un quartier scolaire où sévissaient de graves problèmes de criminalité et de sécurité chez les jeunes. Pour ce qui concerne la protection du public, il importe de souligner qu'il s'agit d'une accusation en matière d'armes à feu et que la preuve est indispensable à la démonstration de la culpabilité, en plus d'être éminemment fiable. La mise en balance de la faible incidence de la violation sur les intérêts protégés avec la grande importance de la preuve pour la tenue du procès favorise l'admission de la preuve matérielle. [228-229]

Il y a accord avec la majorité concernant l'accusation de possession d'une arme à feu en vue d'en faire le trafic. [229]

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et la juge Charron

Arrêts non suivis : *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; **arrêt appliqué :** *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; **arrêts mentionnés :** *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *R. c. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *R. c. Duguay* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Wray*,

(3d) 14; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *R. v. Schedel* (2003), 175 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Richfield* (2003), 178 C.C.C. (3d) 23; *R. v. Dolynchuk* (2004), 184 C.C.C. (3d) 214; *R. v. Banman*, 2008 MBCA 103, 236 C.C.C. (3d) 547; *R. v. S.A.B.*, 2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678; *R. v. Shepherd*, 2007 SKCA 29, 218 C.C.C. (3d) 113, aff'd 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527; *R. v. Padavattan* (2007), 223 C.C.C. (3d) 221; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Harris*, 2007 ONCA 574, 225 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Goldhart*, [1996] 2 S.C.R. 463; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494; *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846; *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759.

By Binnie J.

Not followed: *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; **referred to:** *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *United States v. Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980); *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983); *California v. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983); *Oregon v. Mathiason*, 429 U.S. 492 (1977); *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964); *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Thompson v. Keohane*, 516 U.S. 99 (1995); *Stansbury v. California*, 511 U.S. 318 (1994); *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460, aff'd 2007 ONCA 60, 85 O.R. (3d) 127; *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225, leave to appeal refused, [1988] 1 S.C.R. xi; *R. v. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267; *Practice Note (Judges' Rules)*, [1964] 1 W.L.R. 152.

By Deschamps J.

Not followed: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; **referred to:** *R. v. Orellana*, [1999] O.J. No. 5746 (QL); *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Strachan* (1986), 25 D.L.R. (4th) 567; *Herring v. United States*, 555 U.S. 1 (2009); *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobias*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494.

[1971] R.C.S. 272; *R. c. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *R. c. Schedel* (2003), 175 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Richfield* (2003), 178 C.C.C. (3d) 23; *R. c. Dolynchuk* (2004), 184 C.C.C. (3d) 214; *R. c. Banman*, 2008 MBCA 103, 236 C.C.C. (3d) 547; *R. c. S.A.B.*, 2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678; *R. c. Shepherd*, 2007 SKCA 29, 218 C.C.C. (3d) 113, conf. par 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527; *R. c. Padavattan* (2007), 223 C.C.C. (3d) 221; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Harris*, 2007 ONCA 574, 225 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Goldhart*, [1996] 2 R.C.S. 463; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494; *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846; *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759.

Citée par le juge Binnie

Arrêt non suivi : *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; **arrêts mentionnés :** *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *United States c. Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980); *Florida c. Royer*, 460 U.S. 491 (1983); *California c. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983); *Oregon c. Mathiason*, 429 U.S. 492 (1977); *Escobedo c. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964); *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Thompson c. Keohane*, 516 U.S. 99 (1995); *Stansbury c. California*, 511 U.S. 318 (1994); *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460, conf. 2007 ONCA 60, 85 O.R. (3d) 127; *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225, autorisation de pourvoi refusée, [1988] 1 R.C.S. xi; *R. c. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267; *Practice Note (Judges' Rules)*, [1964] 1 W.L.R. 152.

Citée par la juge Deschamps

Arrêt non suivi : *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; **arrêts mentionnés :** *R. c. Orellana*, [1999] O.J. No. 5746 (QL); *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Strachan* (1986), 25 D.L.R. (4th) 567; *Herring c. United States*, 555 U.S. 1 (2009); *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobias*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 9, 10, 11(c), 13, 24.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 84 “transfer”, 86(2), 99, 100.
Firearms Act, S.C. 1995, c. 39, s. 21 “transfer”.
Model Code of Pre-Arraignment Procedure (ALI 1975), s. 110.1(2).

Authors Cited

Butterfoss, Edwin J. “Bright Line Seizures: The Need for Clarity in Determining When Fourth Amendment Activity Begins” (1988-1989), 79 *J. Crim. L. & Criminology* 437.
 Canada. Law Reform Commission. Working Paper 10. *Evidence — The Exclusion of Illegally Obtained Evidence*. Ottawa: The Commission, 1974.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2007, release 1).
 LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, 4th ed., vol. 1. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2004.
 Mahoney, Richard. “Problems with the Current Approach to s. 24(2) of the Charter: An Inevitable Discovery” (1999), 42 *Crim. L.Q.* 443.
 McLellan, A. Anne, and Bruce P. Elman. “The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Analysis of Section 24” (1983), 21 *Alta. L. Rev.* 205.
 Mirfield, Peter. “The Early Jurisprudence of Judicial Disrepute” (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 434.
 Ontario. Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System. *Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System*. Toronto: The Commission, 1995.
 Ontario. Ontario Human Rights Commission. Inquiry Report. *Paying the Price: The Human Cost of Racial Profiling*. Toronto: The Commission, 2003 (online: www.ohrc.on.ca/en).
 Paciocco, David M. “Stillman, Disproportion and the Fair Trial Dichotomy under Section 24(2)” (1997), 2 *Can. Crim. L.R.* 163.
 Paciocco, David M. “The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule” (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326.
 Penney, Steven. “Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under Section 24(2) of the Charter” (2004), 49 *McGill L.J.* 105.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 9, 10, 11c), 13, 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 84 « cession », 86(2), 99, 100.
Loi sur les armes à feu, L.C. 1995, ch. 39, art. 21 « cession ».
Model Code of Pre-Arraignment Procedure (ALI 1975), art. 110.1(2).

Doctrine citée

Butterfoss, Edwin J. « Bright Line Seizures : The Need for Clarity in Determining When Fourth Amendment Activity Begins » (1988-1989), 79 *J. Crim. L. & Criminology* 437.
 Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 10. *La preuve — L'exclusion de la preuve illégalement obtenue*. Ottawa : La Commission, 1974.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (updated 2007, release 1).
 LaFave, Wayne R. *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment*, 4th ed., vol. 1. St. Paul, Minn. : Thomson/West, 2004.
 Mahoney, Richard. « Problems with the Current Approach to s. 24(2) of the Charter : An Inevitable Discovery » (1999), 42 *Crim. L.Q.* 443.
 McLellan, A. Anne, and Bruce P. Elman. « The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms : An Analysis of Section 24 » (1983), 21 *Alta. L. Rev.* 205.
 Mirfield, Peter. « The Early Jurisprudence of Judicial Disrepute » (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 434.
 Ontario. Commission ontarienne des droits de la personne. Rapport d'enquête. *Un prix à payer : Les coûts humains du profilage racial*. Toronto : La Commission, 2003 (en ligne : www.ohrc.on.ca/fr).
 Ontario. Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario. *Rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario*. Toronto : La Commission, 1995.
 Paciocco, David M. « Stillman, Disproportion and the Fair Trial Dichotomy under Section 24(2) » (1997), 2 *Rev. can. D.P.* 163.
 Paciocco, David M. « The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule » (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326.
 Penney, Steven. « Taking Deterrence Seriously : Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under

Perrin, L. Timothy, et al. "If It's Broken, Fix It: Moving Beyond the Exclusionary Rule — A New and Extensive Empirical Study of the Exclusionary Rule and a Call for a Civil Administrative Remedy to Partially Replace the Rule" (1998), 83 *Iowa L. Rev.* 669.

Roach, Kent. "Constitutionalizing Disrepute: Exclusion of Evidence after *Therens*" (1986), 44 *U.T. Fac. L. Rev.* 209.

Shearing, Clifford D., and Philip C. Stenning assisted by David Denberg. *Police Training in Ontario: An Evaluation of Recruit and Supervisory Courses*. Working Paper. Toronto: Centre of Criminology, University of Toronto, 1980.

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 4th ed. Toronto, Ont.: Thomson/Carswell, 2005.

Stuart, Don. "Questioning the Discoverability Doctrine in Section 24(2) Rulings" (1996), 48 C.R. (4th) 351.

Stuesser, Lee. "*R. v. S.A.B.*: Putting 'Self-Incrimination' in Context" (2004), 42 *Alta. L. Rev.* 543.

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Tanovich, David M. "Using the Charter to Stop Racial Profiling: The Development of an Equality-Based Conception of Arbitrary Detention" (2002), 40 *Osgoode Hall L.J.* 145.

Young, Alan. "All Along the Watchtower: Arbitrary Detention and the Police Function" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (McMurtry C.J.O. and Laskin and Lang J.J.A.) (2006), 81 O.R. (3d) 1, 213 O.A.C. 127, 209 C.C.C. (3d) 250, 38 C.R. (6th) 58, 143 C.R.R. (2d) 223, 2006 CarswellOnt 3352, [2006] O.J. No. 2179 (QL), affirming the accused's conviction entered by M. H. Harris J., 2004 CarswellOnt 8783. Appeal allowed in part.

Jonathan Dawe and Frank R. Addario, for the appellant.

Michal Fairburn and John Corelli, for the respondent.

James C. Martin and Paul Adams, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

Section 24(2) of the *Charter* » (2004), 49 *R.D. McGill* 105.

Perrin, L. Timothy, et al. « If It's Broken, Fix It : Moving Beyond the Exclusionary Rule — A New and Extensive Empirical Study of the Exclusionary Rule and a Call for a Civil Administrative Remedy to Partially Replace the Rule » (1998), 83 *Iowa L. Rev.* 669.

Roach, Kent. « Constitutionalizing Disrepute : Exclusion of Evidence after *Therens* » (1986), 44 *U.T. Fac. L. Rev.* 209.

Shearing, Clifford D., and Philip C. Stenning assisted by David Denberg. *Police Training in Ontario : An Evaluation of Recruit and Supervisory Courses*. Working Paper. Toronto : Centre of Criminology, University of Toronto, 1980.

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 4th ed. Toronto, Ont. : Thomson/Carswell, 2005.

Stuart, Don. « Questioning the Discoverability Doctrine in Section 24(2) Rulings » (1996), 48 C.R. (4th) 351.

Stuesser, Lee. « *R. v. S.A.B.* : Putting "Self-Incrimination" in Context » (2004), 42 *Alta. L. Rev.* 543.

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto : Butterworths, 1994.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

Tanovich, David M. « Using the Charter to Stop Racial Profiling : The Development of an Equality-Based Conception of Arbitrary Detention » (2002), 40 *Osgoode Hall L.J.* 145.

Young, Alan. « All Along the Watchtower : Arbitrary Detention and the Police Function » (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef McMurtry et les juges Laskin et Lang) (2006), 81 O.R. (3d) 1, 213 O.A.C. 127, 209 C.C.C. (3d) 250, 38 C.R. (6th) 58, 143 C.R.R. (2d) 223, 2006 CarswellOnt 3352, [2006] O.J. No. 2179 (QL), qui a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé par le juge M. H. Harris, 2004 CarswellOnt 8783. Pourvoi accueilli en partie.

Jonathan Dawe et Frank R. Addario, pour l'appelant.

Michal Fairburn et John Corelli, pour l'intimée.

James C. Martin et Paul Adams, pour l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada.

Michael Brundrett and Margaret A. Mereigh, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Don Stuart and Graeme Norton, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Marlys A. Edwardh and Jessica R. Orkin, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella and Charron JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND CHARRON J. —

I. Overview

[1] Mr. Grant appeals his convictions on a series of firearms offences, relating to a gun seized by police during an encounter on a Toronto sidewalk. The gun was entered as evidence against Mr. Grant and formed the basis of his convictions. The question on this appeal is whether that evidence was obtained in breach of Mr. Grant's *Charter* rights, and if so, whether the evidence should have been excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[2] Resolving these questions requires us to revisit two important and contentious areas of criminal law *Charter* jurisprudence. The first is the definition of "detention" under ss. 9 and 10 of the *Charter*. The second is the test for exclusion of evidence obtained in violation of the *Charter* pursuant to s. 24(2).

[3] The submissions before us reveal that existing jurisprudence on the issues of detention and

Michael Brundrett et Margaret A. Mereigh, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Don Stuart et Graeme Norton, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Marlys A. Edwardh et Jessica R. Orkin, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Fish, Abella et Charron rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE CHARRON —

I. Aperçu

[1] Monsieur Grant interjette appel des déclarations de culpabilité prononcées contre lui quant à une série d'infractions relatives aux armes à feu. Les accusations portées contre lui découlaient de la saisie d'un revolver survenue à l'occasion d'un contact entre des policiers et lui sur un trottoir de Toronto. Les déclarations de culpabilité reposant sur le dépôt en preuve du revolver, il faut déterminer en l'espèce si cet élément de preuve a été obtenu par suite de la violation de droits garantis à M. Grant par la *Charte canadienne des droits et libertés* et, le cas échéant, s'il y avait lieu de l'exclure en application du par. 24(2) de la *Charte*.

[2] Pour répondre aux questions en litige dans le présent pourvoi, nous devons revoir deux points importants et controversés de la jurisprudence relative à la *Charte* en matière de droit criminel. Le premier point concerne la définition du mot « détention » pour l'application des art. 9 et 10 de la *Charte*. Le deuxième point concerne le test applicable, dans le contexte d'une demande fondée sur le par. 24(2), pour décider de l'exclusion des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*.

[3] Les arguments qui nous ont été soumis démontrent que la jurisprudence relative à la détention et

exclusion of evidence is difficult to apply and may lead to unsatisfactory results. Without undermining the principles that animate the jurisprudence to date, we find it our duty, given the difficulties that have been pointed out to us, to take a fresh look at the frameworks that have been developed for the resolution of these two issues. We will also consider the subsidiary issue that arises in this case: the meaning of “transfer” of a weapon for the purposes of ss. 84, 99 and 100 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

II. Facts

[4] The encounter at the centre of this appeal occurred at mid-day on November 17, 2003, in the Greenwood and Danforth area of Toronto. With four schools in the area and a history of student assaults, robberies, and drug offences occurring over the lunch hour, the three officers involved in the encounter were on patrol for the purposes of monitoring the area and maintaining a safe student environment. Two of the officers, Constables Worrell and Forde, were dressed in plainclothes and driving an unmarked car. Although on patrol, their primary task was to visit the various schools to determine if there were persons on school property who should not have been there — either non-students or students from another school. The third officer, Constable Gomes, was in uniform and driving a marked police car. On “directed patrol”, he had been tasked with maintaining a visible police presence in the area in order to provide student reassurance and to deter crime during the high school lunch period.

[5] Mr. Grant, a young black man, was walking northbound on Greenwood Avenue when he came to the attention of Constables Worrell and Forde. As the two officers drove past, Cst. Worrell testified that the appellant “stared” at them in an unusually intense manner and continued to do so as they proceeded down the street, while at the same

à l'exclusion d'éléments de preuve pose des difficultés d'application et peut entraîner des résultats insatisfaisants. Sans remettre en cause les principes ayant fondé les décisions rendues jusqu'à présent, nous estimons, compte tenu des difficultés qui nous ont été signalées, devoir jeter un regard neuf sur le cadre d'analyse élaboré pour trancher ces deux questions. Nous examinerons aussi la question subsidiaire soulevée en l'espèce, soit celle du sens des termes « cession » et « céder » une arme à feu employés aux art. 84, 99 et 100 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

II. Les faits

[4] Le contact au cœur du présent pourvoi est survenu vers midi le 17 novembre 2003, dans le secteur des avenues Greenwood et Danforth, à Toronto. Comme ce secteur compte quatre écoles et que, par le passé, des agressions, des vols et des infractions relatives aux drogues se rapportant à des étudiants y avaient été commis pendant la pause du déjeuner, les trois policiers présents lors du contact y patrouillaient pour surveiller les lieux et assurer la sécurité des élèves. Deux d'entre eux, les agents Worrell et Forde, étaient vêtus en civil et se trouvaient à bord d'une voiture banalisée. Même s'ils étaient de patrouille, leur tâche consistait principalement à se rendre dans les différentes écoles pour s'assurer que ne s'y trouvaient pas des individus qui ne devaient pas y être — des personnes qui ne fréquentaient pas l'école ou des élèves d'une autre école. Le troisième policier, l'agent Gomes, était en uniforme et conduisait une voiture de police. En « patrouille dirigée », il était chargé d'assurer une présence policière visible dans le quartier afin de rassurer les élèves et de prévenir le crime pendant la pause du déjeuner des écoles secondaires.

[5] Monsieur Grant, un jeune homme de race noire, marchait en direction nord sur l'avenue Greenwood quand il a attiré l'attention des agents Forde et Worrell. En effet, selon ce dernier, au moment où son collègue et lui le dépassaient en voiture, l'appellant les aurait « dévisagés » avec une insistance anormale et les aurait suivis du

time “fidgiting” with his coat and pants in a way that aroused their suspicions. Given their purpose for being in the area and based on what he had just seen, Cst. Worrell decided that “maybe we should have a chat with this guy and see what’s up with him”. Cst. Worrell wanted to know whether Mr. Grant was a student at one of the schools they were assigned to monitor, and, if he was not, whether he was headed to one of the schools anyway. Noticing Cst. Gomes parked on the street ahead of Mr. Grant, and in light of his uniformed attire, the two plainclothes officers suggested to Cst. Gomes that he “have a chat” with the approaching appellant to determine if there was any need for concern.

[6] Cst. Gomes then got out of his car and initiated an exchange with Mr. Grant, while standing on the sidewalk directly in his intended path. The officer asked the appellant “what was going on”, and requested his name and address. In response, the appellant provided a provincial health card. At one point, the appellant, behaving nervously, adjusted his jacket, prompting the officer to ask him to “keep his hands in front of him”. By this point, the two other officers had returned and parked on the side of the street.

[7] Cst. Worrell testified on cross-examination that he and Cst. Forde pulled up because he got a funny feeling based on Mr. Grant’s way of looking over at them, looking around “all over the place”, and adjusting himself. On direct examination he said that “[h]e still seemed to be, I don’t know, looking a bit nervous the way he was looking around, looking at us, looking around when speaking to Officer Gomes. And at this time, I suggested to my partner, you know, I don’t think it would hurt if we just go up to Officer Gomes and just stand by, just to make sure everything was okay.” Thus, after a brief period observing the exchange from their car, the two officers approached the pair on the sidewalk, identified themselves to the appellant as police officers by flashing their badges, and took

regard lorsqu’ils s’éloignaient, tout en [TRADUCTION] « tripotant » son blouson et son pantalon de telle sorte qu’il a éveillé leurs soupçons. Vu la raison pour laquelle l’agent Forde et lui se trouvaient dans le secteur et ce qu’il venait juste de voir, l’agent Worrell a pensé [TRADUCTION] « qu’ils devraient peut-être parler avec ce gars-là pour voir ce qui se passait avec lui ». L’agent Worrell voulait savoir si M. Grant fréquentait une des écoles que son partenaire et lui devaient surveiller et, sinon, s’il se rendait quand même à l’une d’entre elles. Les deux policiers en civil ont remarqué que l’agent Gomes était garé en aval de l’appellant et, comme leur collègue était en uniforme, ils lui ont suggéré d’[TRADUCTION] « avoir une conversation » avec l’appellant qui approchait de lui pour déterminer s’il y avait lieu de s’inquiéter.

[6] L’agent Gomes est alors sorti de sa voiture et a commencé à parler avec M. Grant tout en se tenant directement en travers de son chemin sur le trottoir. Le policier lui a demandé [TRADUCTION] « ce qui se passait », ainsi que son nom et son adresse. En guise de réponse, l’appellant lui a remis sa carte santé provinciale. Puis, l’appellant a nerveusement rajusté son blouson, ce qui a amené le policier à lui demander de [TRADUCTION] « garder ses mains devant lui ». À ce moment-là, les deux autres policiers avaient rebroussé chemin et s’étaient rangés sur le côté de la rue.

[7] En contre-interrogatoire, l’agent Worrell a indiqué que son collègue Forde et lui se sont arrêtés parce que la façon dont M. Grant les avait scrutés et dont il regardait [TRADUCTION] « tout autour » en rajustant ses vêtements avait éveillé ses soupçons. Lors de l’interrogatoire principal, l’agent Worrell a affirmé ce qui suit : [TRADUCTION] « Il semblait encore, je ne sais pas, un peu nerveux à cause de la façon qu’il avait de regarder tout autour, de nous regarder et de regarder encore tout autour pendant qu’il parlait à l’agent Gomes. À ce moment-là, j’ai dit à mon partenaire, tu sais, je pense que ça ne nuirait pas si on allait rejoindre l’agent Gomes et si on était présents, juste pour voir si tout se passe bien. » Ainsi, après avoir observé l’échange depuis leur voiture pendant une courte période, les deux

up positions behind Cst. Gomes, obstructing the way forward. The exchange between Cst. Gomes and Mr. Grant subsequent to the arrival of the two officers was as follows:

Q. Have you ever been arrested before?

A. I got into some trouble about three years ago.

Q. Do you have anything on you that you shouldn't?

A. No. Well, I got a small bag of weed.

Q. Where is it?

A. It's in my pocket.

Q. Is that it?

A. (Male puts his head down.) Yeah. Well, no.

Q. Do you have other drugs on you?

A. No, I just have the weed, that's it.

Q. Well, what is it that you have?

A. I have a firearm.

[8] At this point, the officers arrested and searched the appellant, seizing the marijuana and a loaded revolver. They then advised Mr. Grant of his right to counsel and took him to the police station.

III. Judgments Below

[9] At trial, Mr. Grant alleged violations of his rights under ss. 8, 9 and 10(b) of the *Charter*. The trial judge held that the officers' inquiries did not amount to a search within the meaning of s. 8. He further concluded that Mr. Grant was not detained prior to his arrest or, if he was detained, he waived his rights by cooperating with the officers' requests. Having found no *Charter* breach, he had no difficulty admitting the firearm: 2004 CarswellOnt 8779. Mr. Grant was convicted of five firearms offences, including possession of a restricted firearm for the purpose of transferring it

policiers se sont approchés des deux hommes qui se trouvaient sur le trottoir, se sont identifiés en montrant à l'appelant leur insigne de police et se sont placés derrière l'agent Gomes, bloquant ainsi le chemin. Voici les détails de l'échange entre l'agent Gomes et M. Grant après l'arrivée des deux autres policiers :

[TRADUCTION]

Q. Avez-vous déjà été arrêté?

R. J'ai eu quelques problèmes il y a environ trois ans.

Q. Avez-vous quelque chose sur vous que vous ne devriez pas avoir?

R. Non. En fait, j'ai un petit sac de pot.

Q. Où est-il?

R. Dans ma poche.

Q. C'est tout?

R. (Il baisse la tête.) Ouais. Euh, non.

Q. Avez-vous d'autres drogues sur vous?

R. Non, j'ai juste du pot, c'est tout.

Q. Alors, qu'est-ce que vous avez?

R. J'ai une arme à feu.

[8] À ce moment-là, les policiers l'ont arrêté et fouillé, et ils ont saisi la marijuana et un revolver chargé. Ils ont alors informé M. Grant de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et l'ont emmené au poste de police.

III. Les décisions des juridictions inférieures

[9] Au procès, M. Grant a soutenu que les droits qui lui sont garantis par les art. 8 et 9 et par l'al. 10(b) de la *Charte* avaient été violés. Le juge du procès a conclu que les questions posées par les policiers n'équivalaient pas à une fouille visée par l'art. 8. Il a ajouté que M. Grant n'avait pas été mis en détention avant son arrestation et que, s'il l'avait été, il avait renoncé à ses droits en répondant aux demandes des policiers. Ayant conclu qu'il n'y avait pas eu violation de la *Charte*, le juge du procès a accepté sans difficulté que l'arme à feu soit produite en preuve : 2004 CarswellOnt 8779. Monsieur Grant

without lawful authority (s. 100(1) of the *Criminal Code*).

[10] In the Ontario Court of Appeal, Laskin J.A. held that the trial judge's conclusion on the question of detention was undermined by several mischaracterizations as to what had occurred, thereby entitling the court to revisit the issue. He concluded that a detention had crystallized during the conversation with Cst. Gomes, before the appellant made his incriminating statements. Because the officers had no reasonable grounds to detain the appellant, the detention was arbitrary and a breach of s. 9 was established. Laskin J.A. did not deal with s. 10(b) and found no breach of s. 8. On the question of exclusion under s. 24(2), Laskin J.A. determined that the firearm was "derivative" evidence emanating from a self-incriminatory statement and would very often be excluded on that basis alone. However, after a review of recent developments in the s. 24(2) jurisprudence, Laskin J.A. concluded that the admission of the gun would not unduly undermine trial fairness. He held that the reputé of the administration of justice would be damaged more by the exclusion of the gun than by its admission. He therefore held that the gun was properly admitted into evidence. On the firearms issue, Laskin J.A. held that Mr. Grant's act of moving the gun from one place to another fell within the definition of "transfer" in s. 84 of the *Code*, justifying the conviction under s. 100(1). He therefore dismissed the appeal: (2006), 81 O.R. (3d) 1.

IV. Analysis

A. *Breach of the Charter*

[11] The first issue in this case is whether the evidence of the gun was obtained in a manner that breached Mr. Grant's rights under the *Charter*. Mr. Grant argues that the police breached his *Charter* rights by arbitrarily detaining him contrary to s. 9

a été déclaré coupable de cinq infractions relatives aux armes à feu, notamment de celle de possession d'une arme à autorisation restreinte en vue de la céder sans autorisation légale (par. 100(1) du *Code criminel*).

[10] En Cour d'appel de l'Ontario, le juge Laskin a estimé que plusieurs erreurs de qualification des événements entachaient la conclusion du juge du procès au sujet de la détention, ce qui autorisait la cour à réexaminer la question. Il a conclu que la détention s'était cristallisée pendant la conversation avec l'agent Gomes, avant que l'appellant ne fasse les déclarations incriminantes. Comme les policiers n'avaient aucun motif raisonnable les autorisant à détenir l'appellant, la détention était arbitraire et l'atteinte au droit garanti à l'art. 9 a été établie. Le juge Laskin n'a pas traité de l'al. 10b) et n'a constaté aucune violation de l'art. 8. Quant à la question de l'exclusion visée par le par. 24(2), le juge Laskin a estimé que l'arme à feu était une preuve « dérivée » obtenue à partir d'une déclaration auto-incriminante qui, pour cette seule raison, serait très souvent écartée. Cependant, après examen de la jurisprudence récente relative au par. 24(2), il a déclaré que l'utilisation du revolver ne compromettrait pas indûment l'équité du procès. À son avis, l'exclusion de l'arme à feu déconsidérerait davantage l'administration de la justice que ne le ferait son utilisation en preuve. Il a donc conclu que le revolver avait été admis en preuve à bon droit. Sur la question des infractions relatives aux armes à feu, le juge Laskin a conclu que le transport du revolver d'un endroit à un autre par M. Grant entrait dans la définition de « cession » énoncée à l'art. 84 du *Code* et justifiait la déclaration de culpabilité fondée sur le par. 100(1). Il a donc rejeté l'appel : (2006), 81 O.R. (3d) 1.

IV. L'analyse

A. *Violation de la Charte*

[11] En l'espèce, la première question à trancher est celle de savoir si le revolver a été obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits garantis à M. Grant par la *Charte*. Ce dernier fait valoir que les policiers ont violé ces droits en le détenant

and by failing to advise him of his right to speak to a lawyer contrary to s. 10(b), before the questioning that led to the discovery of the firearm that is the subject of these charges. Alternatively, if the Court finds he was not detained, Mr. Grant argues that the Court of Appeal erred in finding that there was no violation of s. 8's protection against unreasonable search and seizure.

[12] The threshold question is whether the appellant was detained before he produced the firearm and was arrested. If he was detained, the detention was arbitrary; all parties are agreed that the police lacked legal grounds to detain the appellant. Further, if detained, Mr. Grant was entitled to be advised of the right to counsel at that point, which would establish breach of s. 10(b) of the *Charter*.

1. The Meaning of “Detention” Under the Charter

(a) *The Positions of the Parties*

[13] Mr. Grant argues that he was detained before he made his inculpatory statements and revealed the gun. He contends that his liberty to choose to remain or leave was taken away by the conduct of the police officers in blocking his path, and that this detention was arbitrary because at this point the officers lacked reasonable grounds to detain him under the standard for investigative detention elaborated in *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59. Because he was detained, he argues, the police were required to advise him under s. 10(b) that he had the right to speak to a lawyer.

[14] The Crown argues that Mr. Grant was not detained until the police arrested him after he disclosed his firearm, at which point they advised him of his right to talk to a lawyer. It says that the officers' prior conduct was not directed at curtailing the appellant's liberty, but rather at protecting their

arbitrairement — en contravention de l'art. 9 — et en omettant de l'informer de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat — en contravention de l'al. 10b) — avant l'interrogatoire qui a mené à la découverte de l'arme à feu en cause dans les accusations. Il soutient subsidiairement, pour le cas où la Cour conclurait à l'absence de détention, que la Cour d'appel a commis une erreur en statuant qu'il n'y avait pas eu violation de la garantie contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives prévue à l'art. 8.

[12] Il faut commencer par déterminer si l'appellant était en détention avant que l'arme à feu soit découverte et qu'il soit arrêté. S'il l'était, la détention était arbitraire. En effet, toutes les parties reconnaissent que les policiers n'étaient pas légalement fondés à détenir l'appellant. En outre, si M. Grant avait été mis en détention, il devait dès lors être informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, à défaut de quoi il y avait violation de l'al. 10b) de la *Charte*.

1. La « détention » au sens où il faut l'entendre pour l'application de la Charte

a) *Les positions des parties*

[13] Monsieur Grant soutient qu'il était en détention lorsqu'il a fait ses déclarations inculpatrices et révélé l'existence de l'arme. En effet, à son avis, en lui bloquant le passage, les policiers lui ont enlevé la liberté de choisir entre rester ou partir, et cette détention était arbitraire parce qu'ils n'avaient pas alors de motifs raisonnables de le détenir suivant la norme élaborée dans *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, en matière de détention aux fins d'enquête. En outre, il affirme que, comme il était détenu, les policiers étaient tenus de l'informer, en application de l'al. 10b), de son droit de parler à un avocat.

[14] Selon le ministère public, la détention de M. Grant n'a commencé qu'au moment où il a été arrêté après avoir révélé aux policiers l'existence de l'arme à feu, moment auquel il a été informé de son droit de parler à un avocat. La conduite des policiers avant l'arrestation ne visait pas à restreindre

own safety while asking him some questions. The Crown says that the officers were engaging in community policing, which involves a dynamic interaction between the police and the citizens they serve. The Crown contends that preliminary, non-coercive questioning pursuant to police policy is a legitimate exercise of investigative police powers, is essential to the effective fulfilment of the police's duty to enforce the law, and does not amount to detention triggering the right to counsel.

(b) *Interpretative Principles*

[15] As for any constitutional provision, the starting point must be the language of the section. Where questions of interpretation arise, a generous, purposive and contextual approach should be applied.

[16] Constitutional guarantees such as ss. 9 and 10 should be interpreted in a “generous rather than . . . legalistic [way], aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter's* protection” (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344). Unduly narrow, technical approaches to *Charter* interpretation must be avoided, given their potential to “subvert the goal of ensuring that right holders enjoy the full benefit and protection of the *Charter*” (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 23).

[17] While the twin principles of purposive and generous interpretation are related and sometimes conflated, they are not the same. The purpose of a right must always be the dominant concern in its interpretation; generosity of interpretation is subordinate to and constrained by that purpose (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at pp. 36-30 and 36-31). While a narrow approach risks impoverishing a *Charter*

la liberté de l'appelant, mais plutôt à assurer leur propre sécurité pendant qu'ils lui posaient des questions. Le ministère public affirme que les policiers s'acquittaient de tâches relevant des services de police communautaire, qui supposent une interaction dynamique entre les policiers et les citoyens qu'ils servent. Toujours selon le ministère public, l'interrogatoire préliminaire, non coercitif et conforme à une politique de la police, constitue un exercice légitime de pouvoirs d'enquête policiers, est essentielle à l'accomplissement efficace du devoir des policiers d'appliquer la loi et n'équivaut pas à une détention donnant ouverture au droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

b) *Les principes d'interprétation*

[15] Comme chaque fois qu'il s'agit d'analyser une disposition constitutionnelle, il faut tout d'abord se pencher sur son libellé, dont l'interprétation, si elle n'est pas manifeste, doit être tirée par suite de l'application d'une méthode téléologique, libérale et contextuelle.

[16] L'interprétation de garanties constitutionnelles comme celles énoncées aux art. 9 et 10 « doit être libérale plutôt que formaliste » et doit « viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* » (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344). Il faut éviter les méthodes d'interprétation de la *Charte* trop étroites ou formalistes, car elles sont « susceptible[s] de contrecarrer l'objectif qui est d'assurer aux titulaires de droits l'entier bénéfice et la pleine protection de la *Charte* » (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 23).

[17] Bien que les principes d'interprétation téléologique et d'interprétation libérale soient apparentés et même parfois confondus, ils ne sont pas identiques. L'objet du droit doit demeurer la principale préoccupation; la libéralité de l'interprétation est restreinte par cet objet et elle y est subordonnée (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), vol. 2, p. 36-30 et 36-31). Si une interprétation étroite risque d'appauvrir un droit garanti par

right, an overly generous approach risks expanding its protection beyond its intended purposes. In brief, we must construe the language of ss. 9 and 10 in a generous way that furthers, without overshooting, its purpose: *Big M Drug Mart*, at p. 344.

[18] To interpret “detention” in ss. 9 and 10 generously, yet purposively, we must consider the context in which it is embedded — in other words, the role it plays in conjunction with related protections in the *Charter*.

(c) *The Purpose of the Rights Linked to Detention*

[19] Detention represents a limit on the broad right to liberty enjoyed by everyone in Canada at common law and by virtue of s. 7 of the *Charter*, which guarantees that liberty will only be curtailed in accordance with the principles of fundamental justice. Section 9 of the *Charter* establishes that “[e]veryone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned”. Section 10 accords certain rights to people who are arrested or detained, including the right to retain and instruct counsel.

[20] The purpose of s. 9, broadly put, is to protect individual liberty from unjustified state interference. As recognized by this Court in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, “liberty”, for *Charter* purposes, is not “restricted to mere freedom from physical restraint”, but encompasses a broader entitlement “to make decisions of fundamental importance free from state interference” (para. 49). Thus, s. 9 guards not only against unjustified state intrusions upon physical liberty, but also against incursions on mental liberty by prohibiting the coercive pressures of detention and imprisonment from being applied to people without adequate justification. The detainee’s interest in being able to make an informed choice whether to walk away or speak to the police is unaffected by the manner in which the detention is brought about.

la *Charte*, une interprétation trop libérale risque d’étendre la garantie au-delà de l’objet visé. Bref, il faut interpréter le texte des art. 9 et 10 d’une façon libérale qui permette la réalisation de son objet sans en excéder la portée : *Big M Drug Mart*, p. 344.

[18] Pour interpréter le mot « détention » qui figure aux art. 9 et 10 de façon non seulement libérale, mais également téléologique, il faut en examiner le contexte, c’est-à-dire le rôle par rapport aux protections connexes garanties par la *Charte*.

c) *L’objet des droits se rattachant à la détention*

[19] La détention constitue une limite au vaste droit à la liberté dont chacun jouit au Canada, droit reconnu par la common law et par l’art. 7 de la *Charte*, lequel garantit qu’il n’y sera porté atteinte qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale. L’article 9 de la *Charte* énonce que « [c]hacun a droit à la protection contre la détention ou l’emprisonnement arbitraires », tandis que l’article 10 confère certains droits aux personnes arrêtées ou détenues, dont celui d’avoir recours à l’assistance d’un avocat.

[20] De façon générale, l’art. 9 vise à protéger la liberté individuelle contre l’ingérence injustifiée de l’État. Comme notre Cour l’a reconnu dans *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, la « liberté », pour l’application de la *Charte*, ne s’entend pas « uniquement de l’absence de toute contrainte physique », mais correspond au droit plus large « de prendre des décisions d’importance fondamentale sans intervention de l’État » (par. 49). Il s’ensuit que l’art. 9 protège non seulement contre les atteintes injustifiées de l’État à la liberté physique, mais aussi contre les atteintes à la liberté psychologique, en lui interdisant de recourir sans justification appropriée aux moyens coercitifs que représentent la détention et l’emprisonnement. La façon dont la détention intervient n’influe pas sur le droit d’une personne détenue de décider en toute connaissance de cause si elle s’en va ou si elle parle à la police.

[21] More specifically, an individual confronted by state authority ordinarily has the option to choose simply to walk away: *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (Ont. C.A.), at p. 94; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, at p. 11, citing Martin J.A. in the Ontario Court of Appeal ((1981), 32 O.R. (2d) 641, at p. 653):

Although a police officer may approach a person on the street and ask him questions, if the person refuses to answer the police officer must allow him to proceed on his way, unless . . . [he] arrests him

See also *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 131. Where this choice has been removed — whether by physical or psychological compulsion — the individual is detained. Section 9 guarantees that the state's ability to interfere with personal autonomy will not be exercised arbitrarily. Once detained, the individual's choice whether to speak to the authorities remains, and is protected by the s. 10 informational requirements and the s. 7 right to silence.

[22] “Detention” also identifies the point at which rights subsidiary to detention, such as the right to counsel, are triggered. These rights are engaged by the vulnerable position of the person who has been taken into the effective control of the state authorities. They are principally concerned with addressing the imbalance of power between the state and the person under its control. More specifically, they are designed to ensure that the person whose liberty has been curtailed retains an informed and effective *choice* whether to speak to state authorities, consistent with the overarching principle against self-incrimination. They also ensure that the person who is under the control of the state be afforded the opportunity to seek legal advice in order to assist in regaining his or her liberty. As this Court observed in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151:

In a broad sense, the purpose of ss. 7 to 14 is two-fold to preserve the rights of the detained individual, and to maintain the repute and integrity of our system

[21] Plus particulièrement, quiconque est interpellé par un représentant de l'État a habituellement le choix de simplement s'en aller : *R. c. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (C.A. Ont.), p. 94; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, p. 11, citant le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario ((1981), 32 O.R. (2d) 641, p. 653) :

[TRADUCTION] Un agent de police peut aborder une personne dans la rue et lui poser des questions, mais si la personne refuse de lui répondre, l'agent doit la laisser poursuivre sa route à moins [. . .] qu'il ne l'arrête . . .

Voir également *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 131. Lorsque ce choix lui est enlevé — que ce soit par suite d'une contrainte physique ou d'une contrainte psychologique — il y a détention. L'article 9 garantit que la capacité de l'État de restreindre l'autonomie personnelle ne sera pas employée de façon arbitraire. En outre, la personne qui est mise en détention conserve la possibilité de choisir de parler ou non aux autorités, et ce choix est protégé par les exigences de l'art. 10 en matière d'information et par le droit de garder le silence garanti par l'art. 7.

[22] La « détention » marque également le moment où prennent naissance les droits se rattachant à la détention, comme le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Ces droits entrent en jeu du fait que la personne qui a été placée sous le contrôle des autorités de l'État se trouve en position de vulnérabilité. Ils visent principalement à corriger l'inégalité de pouvoir entre elle et l'État. Plus précisément, ils sont conçus pour faire en sorte que, conformément au principe prépondérant interdisant l'auto-incrimination, la personne dont la liberté a été restreinte conserve un *choix* véritable et éclairé quant à la décision de parler ou non aux autorités. Ces droits garantissent également que la personne placée sous la mainmise de l'État a la possibilité de consulter un avocat pour l'aider à retrouver sa liberté. Comme l'a signalé notre Cour dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151 :

De façon générale, les art. 7 à 14 poursuivent un double objet, celui de protéger les droits de la personne détenue et celui de préserver l'intégrité de notre système

of justice. More particularly, it is to the control of the superior power of the state vis-à-vis the individual who has been detained by the state, and thus placed in its power, that s. 7 and the related provisions that follow are primarily directed. The state has the power to intrude on the individual's physical freedom by detaining him or her. The individual cannot walk away. This physical intrusion on the individual's mental liberty in turn may enable the state to infringe the individual's mental liberty by techniques made possible by its superior resources and power. [Emphasis added; pp. 179-80.]

[23] By setting limits on the power of the state and imposing obligations with regard to the detained person through the concept of detention, the *Charter* seeks to effect a balance between the interests of the detained individual and those of the state. The power of the state to curtail an individual's liberty by way of detention cannot be exercised arbitrarily and attracts a reciprocal obligation to accord the individual legal protection against the state's superior power.

(d) *Defining Detention*

[24] The word "detention" admits of many meanings. Read narrowly, "detention" can be seen as indicating situations where the police take explicit control over the person and command obedience. Read expansively, "detention" can be read as extending to even a fleeting interference or delay. Neither of these extremes offers an acceptable definition of "detention" as used in ss. 9 and 10 of the *Charter*.

[25] The first extreme was rejected by this Court in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, which held that detention for *Charter* purposes occurs when a state agent, by way of physical or psychological restraint, takes away an individual's choice simply to walk away. This encompasses not only explicit interference with the subject's liberty by way of physical interference or express command, but any form of "compulsory restraint". A person is detained where he or she "submits or acquiesces in the deprivation of liberty and reasonably believes that the choice to do otherwise does not exist" (*Therens*, at p. 644). It is clear that a person may reasonably believe he or she has no choice in circumstances where there has

de justice et la considération dont il jouit. De façon plus particulière, l'art. 7 et les dispositions connexes qui suivent portent principalement sur le contrôle du pouvoir supérieur de l'État vis-à-vis de l'individu qui est détenu par l'État et donc assujéti à son pouvoir. L'État a le pouvoir de porter atteinte à la liberté physique d'un individu en le détenant. L'individu ne peut s'esquiver. Cette atteinte physique à la liberté psychologique de l'individu peut à son tour permettre à l'État de porter atteinte à cette liberté de l'individu par des méthodes auxquelles il peut recourir grâce à ses ressources et à son pouvoir supérieurs. [Nous soulignons; p. 179-180.]

[23] En fixant des limites au pouvoir de l'État et en lui imposant des obligations envers ceux qu'il détient au moyen du concept de détention, la *Charte* vise à maintenir un équilibre entre les droits des personnes détenues et ceux de l'État. Le pouvoir de l'État de restreindre la liberté individuelle par la mise en détention ne peut s'exercer de façon arbitraire et il est assorti d'une obligation concomitante de protection contre la puissance supérieure de l'État.

d) *La définition de la détention*

[24] Le mot « détention » recouvre plusieurs acceptions. Dans un sens étroit, il peut s'entendre de situations où la police se rend maître d'une personne et lui impose l'obéissance. Dans un sens large, il peut englober jusqu'à une entrave mineure ou une appréhension passagère. Aucun de ces sens limites n'offre de définition acceptable du mot « détention » tel qu'il est employé aux art. 9 et 10 de la *Charte*.

[25] Notre Cour a rejeté le premier sens limite dans *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, en statuant que, pour l'application de la *Charte*, il y a détention lorsqu'un agent de l'État, en exerçant une contrainte physique ou psychologique, prive une personne de l'option de simplement s'en aller. Cette situation englobe non seulement les entraves claires à la liberté résultant d'une intervention physique ou d'un ordre explicite, mais également toute forme de « contrainte ». Une personne est détenue lorsqu'elle « se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu'elle n'a pas le choix d'agir autrement » (*Therens*, p. 644). Il est clair qu'une personne peut raisonnablement croire qu'elle n'a

been no formal assertion of police control. Thus the first interpretation must be rejected. This comports with the principle that a generous rather than legalistic approach must be applied to the interpretation of *Charter* principles and avoids cramping the purpose of the protections conferred by ss. 9 and 10 of the *Charter*.

[26] The second interpretation of “detention”, reducing it to any interference, however slight, must also be rejected. As held in *Mann*, at para. 19, *per* Iacobucci J.:

... the police cannot be said to “detain”, within the meaning of ss. 9 and 10 of the *Charter*, every suspect they stop for purposes of identification, or even interview. The person who is stopped will in all cases be “detained” in the sense of “delayed”, or “kept waiting”. But the constitutional rights recognized by ss. 9 and 10 of the *Charter* are not engaged by delays that involve no significant physical or psychological restraint.

It is clear that, while the forms of interference s. 9 guards against are broadly defined to include interferences with both physical and mental liberty, not every trivial or insignificant interference with this liberty attracts *Charter* scrutiny. To interpret detention this broadly would trivialize the applicable *Charter* rights and overshoot their purpose. Only the individual whose liberty is meaningfully constrained has genuine need of the additional rights accorded by the *Charter* to people in that situation.

[27] Having rejected the extreme positions advanced, the question is where between them the line that marks detention under ss. 9 and 10 is to be traced. This is a question that is not easily answered in the abstract; as in so many areas of the law, the most useful guidance derives from the decided cases. In what follows, we set out the general principle of choice that underlies the determination. We then discuss situations which illustrate where the line should be drawn.

[28] The general principle that determines detention for *Charter* purposes was set out in *Therens*:

pas le choix dans les circonstances, même si la police ne s’est pas formellement saisie d’elle. C’est pourquoi il faut écarter la première interprétation. Ce rejet est conforme à la règle selon laquelle il faut donner aux principes énoncés dans la *Charte* une interprétation libérale et non formaliste et il évite de réduire l’objet de la protection conférée par les art. 9 et 10.

[26] Il faut également écarter la deuxième interprétation de « détention » qui l’assimile à toute entrave, aussi mineure soit-elle. Comme l’a indiqué le juge Iacobucci au par. 19 de l’arrêt *Mann* :

... il est impossible d’affirmer que la police « détient », au sens des art. 9 et 10 de la *Charte*, tout suspect qu’elle intercepte aux fins d’identification ou même d’interrogation. La personne interceptée est dans tous les cas « détenue » en ce sens qu’elle est « retenue » ou « retardée ». Cependant, les droits constitutionnels reconnus par les art. 9 et 10 de la *Charte* n’entrent pas en jeu lorsque le retard n’implique pas l’application de contraintes physiques ou psychologiques appréciables.

Il est évident que, malgré le sens large donné aux entraves contre lesquelles l’art. 9 vise à protéger, — sens qui englobe celles tant à la liberté psychologique qu’à la liberté physique — toute entrave anodine ou négligeable ne donnera pas lieu à un examen fondé sur la *Charte*. Une interprétation aussi large de la détention banaliserait les droits garantis par la *Charte* et leur conférerait une portée excédant leur objet. Seule une personne dont la liberté est considérablement limitée a véritablement besoin des droits supplémentaires que la *Charte* confère aux personnes se trouvant dans cette situation.

[27] Le rejet des sens limites proposés nous oblige à nous demander à quel point, entre ces deux extrêmes, intervient la détention visée par les art. 9 et 10. Il n’est pas facile de répondre à cette question dans l’abstrait et, comme il arrive souvent en droit, la jurisprudence est notre meilleur guide. Dans les paragraphes qui suivent, nous exposerons d’abord le principe général du choix qui sous-tend cet examen puis nous étudierons des situations illustrant où il convient de tracer la ligne.

[28] Le principe général servant à déterminer s’il y a détention au sens où il faut l’entendre

a person is detained where he or she “submits or acquiesces in the deprivation of liberty and reasonably believes that the choice to do otherwise does not exist” (*per* Le Dain J., at p. 644). This principle is consistent with the notion of choice that underlies our conception of liberty and, as such, shapes our interpretation of ss. 9 and 10 of the *Charter*. When detention removes the “choice to do otherwise” but comply with a police direction, s. 10(b) serves an indispensable purpose. It protects, among other interests, the detainee’s ability to choose whether to cooperate with the investigation by giving a statement. The ambit of detention for constitutional purposes is informed by the need to safeguard this choice without impairing effective law enforcement. This explains why the extremes of formally asserted control on the one hand and a passing encounter on the other have been rejected; the former restricts detention in a way that denies the accused rights he or she needs and should have, while the latter would confer rights where they are neither necessary or appropriate.

[29] The language of ss. 9 and 10 is consistent with this purpose-based approach to detention. The pairing of “detained” and “imprisoned” in s. 9 provides textual guidance for determining where the constitutional line between justifiable and unjustifiable interference should be drawn. “Imprisonment” connotes total or near-total loss of liberty. The juxtaposition of “imprisoned” with “detained” suggests that a “detention” requires significant deprivation of liberty. Similarly, the words “arrest or detention” in s. 10 suggest that a “detention” exists when the deprivation of liberty may have legal consequences. This linguistic context requires exclusion of police stops where the subject’s rights are not seriously in issue.

[30] Moving on from the fundamental principle of the right to choose, we find that psychological constraint amounting to detention has been recognized in two situations. The first is where the subject is legally required to comply with a direction or

pour l’application de la *Charte* a été formulé dans *Therens* : une personne est détenue lorsqu’elle « se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu’elle n’a pas le choix d’agir autrement » (le juge Le Dain, p. 644). Ce principe, s’accordant à la notion de choix qui sous-tend notre conception de la liberté, oriente notre interprétation des art. 9 et 10 de la *Charte*. Lorsque, par suite de la détention, une personne n’a d’autre « choix » que d’obtempérer à un ordre de la police, l’al. 10(b) sert un objet essentiel. Il protège, entre autres, la capacité de cette personne de choisir si elle coopérera ou non à l’enquête en faisant une déclaration. En définissant la notion de détention en contexte constitutionnel, il faut donc tenir compte de la nécessité de protéger ce choix sans nuire à l’application efficace de la loi. C’est pourquoi les cas limites de contrainte policière formelle ou de contact passager ont été écartés : le premier restreint la notion à un point tel que l’accusé est privé de droits dont il a besoin et qu’il doit posséder, tandis que le second confère des droits superflus ou inappropriés.

[29] Le libellé des art. 9 et 10 se prête à l’application d’une approche téléologique pour définir la détention. La juxtaposition des mots « détention » et « emprisonnement » à l’art. 9 fournit des indices textuels pour l’établissement de la ligne de démarcation constitutionnelle entre l’entrave qui est justifiable et celle qui ne l’est pas. Le mot « emprisonnement » suggérant une perte de liberté totale ou presque, la juxtaposition de ce mot et du mot « détention » donne à penser que la détention exige une perte de liberté considérable. De même, les mots « arrestation ou détention » qui figurent à l’art. 10 donnent à penser qu’il y a « détention » seulement lorsque la privation de liberté risque d’entraîner des conséquences juridiques. Ainsi, le contexte lexical exige que soient exclues de la détention visée par l’art. 9 les interceptions policières qui ne compromettent pas sérieusement les droits des personnes interpellées.

[30] En partant du principe fondamental du droit de choisir, nous estimons que la jurisprudence a reconnu deux formes de contrainte psychologique assimilable à une détention. La première se produit lorsque le sujet est légalement tenu de se conformer

demand, as in the case of a roadside breath sample. The second is where there is no legal obligation to comply with a restrictive or coercive demand, but a reasonable person in the subject's position would feel so obligated. The rationale for this second form of psychological detention was explained by Le Dain J. in *Therens* as follows:

In my opinion, it is not realistic, as a general rule, to regard compliance with a demand or direction by a police officer as truly voluntary, in the sense that the citizen feels that he or she has the choice to obey or not, even where there is in fact a lack of statutory or common law authority for the demand or direction and therefore an absence of criminal liability for failure to comply with it. Most citizens are not aware of the precise legal limits of police authority. Rather than risk the application of physical force or prosecution for wilful obstruction, the reasonable person is likely to err on the side of caution, assume lawful authority and comply with the demand. The element of psychological compulsion, in the form of a reasonable perception of suspension of freedom of choice, is enough to make the restraint of liberty involuntary. Detention may be effected without the application or threat of application of physical restraint if the person concerned submits or acquiesces in the deprivation of liberty and reasonably believes that the choice to do otherwise does not exist. [Emphasis added; p. 644.]

[31] This second form of psychological detention — where no legal compulsion exists — has proven difficult to define consistently. The question is whether the police conduct would cause a reasonable person to conclude that he or she was not free to go and had to comply with the police direction or demand. As held in *Therens*, this must be determined objectively, having regard to all the circumstances of the particular situation, including the conduct of the police. As discussed in more detail below and summarized at para. 44, the focus must be on the state conduct in the context of the surrounding legal and factual situation, and how that conduct would be perceived by a reasonable person in the situation as it develops.

à un ordre ou à une sommation, comme celle de fournir un échantillon d'haleine. La seconde intervient lorsque le sujet n'est pas légalement tenu d'obtempérer à une sommation contraignante ou coercitive, mais qu'une personne raisonnable se trouvant dans la même situation se sentirait obligée de le faire. Le juge Le Dain a expliqué comme suit dans l'arrêt *Therens*, l'existence de cette deuxième forme de détention psychologique :

À mon avis, il est, en règle générale, irréaliste de considérer l'obéissance à une sommation ou à un ordre d'un policier comme un acte réellement volontaire en ce sens que l'intéressé se sent libre d'obéir ou de désobéir, même lorsque la sommation ou l'ordre en question n'est autorisé ni par la loi ni par la *common law*, et que, par conséquent, le refus d'y obtempérer n'entraîne aucune responsabilité criminelle. La plupart des citoyens ne connaissent pas très exactement les limites que la loi impose aux pouvoirs de la police. Plutôt que de s'exposer à l'usage de la force physique ou à des poursuites pour avoir volontairement entravé la police dans l'exécution de son devoir, il est probable que la personne raisonnable péchera par excès de prudence et obtempérera à la sommation en présumant qu'elle est légale. L'élément de contrainte psychologique, sous forme d'une perception raisonnable qu'on n'a vraiment pas le choix, suffit pour rendre involontaire la privation de liberté. Il peut y avoir détention sans qu'il y ait contrainte physique ou menace de contrainte physique, si la personne intéressée se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu'elle n'a pas le choix d'agir autrement. [Nous soulignons; p. 644.]

[31] Cette deuxième forme de détention psychologique — qui survient en l'absence de contrainte légale — s'avère difficile à définir de façon cohérente. Il faut se demander si la conduite policière inciterait une personne raisonnable à conclure qu'elle n'est pas libre de partir et qu'elle doit obtempérer à l'ordre ou à la sommation de la police. Suivant *Therens*, cette question doit faire l'objet d'une évaluation objective, qui tient compte de l'ensemble des circonstances de la situation particulière, y compris de la conduite policière. Comme en témoignent nos propos ultérieurs et le résumé que nous formulons au par. 44, l'analyse doit être centrée sur la conduite de l'État dans le contexte de la situation juridique et factuelle en cause et sur la façon dont cette conduite serait perçue par une personne raisonnable pendant que surviennent les événements.

[32] The objective nature of this inquiry recognizes that the police must be able to know when a detention occurs, in order to allow them to fulfill their attendant obligations under the *Charter* and afford the individual its added protections. However, the subjective intentions of the police are not determinative. (Questions such as police “good faith” may become relevant when the test for exclusion of evidence under s. 24(2) is applied, in cases where a *Charter* breach is found.) While the test is objective, the individual’s particular circumstances and perceptions at the time may be relevant in assessing the reasonableness of any perceived power imbalance between the individual and the police, and thus the reasonableness of any perception that he or she had no choice but to comply with the police directive. To answer the question whether there is a detention involves a realistic appraisal of the entire interaction as it developed, not a minute parsing of words and movements. In those situations where the police may be uncertain whether their conduct is having a coercive effect on the individual, it is open to them to inform the subject in unambiguous terms that he or she is under no obligation to answer questions and is free to go. It is for the trial judge, applying the proper legal principles to the particular facts of the case, to determine whether the line has been crossed between police conduct that respects liberty and the individual’s right to choose, and conduct that does not.

[33] In most cases, it will be readily apparent whether or not an encounter between the police and an individual results in a detention. Making the task easier is the fact that what would reasonably be understood by all concerned is often informed by generally understood legal rights and duties, as a few examples illustrate.

[34] At one end of the spectrum of possibilities, detention overlaps with arrest or imprisonment and the *Charter* will clearly apply. Similarly,

[32] La nature objective de cet examen reconnaît la nécessité que les policiers soient en mesure de savoir quand il y a détention afin qu’ils puissent s’acquitter des obligations qu’impose la *Charte* en ce cas et qu’ils puissent accorder à la personne détenue les protections supplémentaires qui lui sont conférées. Toutefois, les intentions subjectives des policiers ne sont pas déterminantes. (Des questions comme celle de la « bonne foi » des policiers peuvent devenir pertinentes — dans les cas où le tribunal conclut qu’il y a eu violation de la *Charte* — lors de l’application du test en matière d’exclusion d’éléments de preuve prévu au par. 24(2).) Bien que le test soit objectif, la situation particulière de la personne visée ainsi que ses perceptions au moment envisagé peuvent être pertinentes pour déterminer si elle pouvait raisonnablement conclure à un déséquilibre entre son pouvoir et celui des policiers, et donc raisonnablement penser qu’elle n’avait d’autre choix que d’obéir à la directive donnée. Pour répondre à la question de savoir s’il y a détention, il faut procéder à une évaluation réaliste de la totalité du contact tel qu’il s’est déroulé, et non à une analyse détaillée de chacun des mots prononcés et des gestes posés. Dans les cas où les policiers ne savent pas avec certitude si leur conduite a un effet coercitif, ils peuvent dire clairement à la personne visée qu’elle n’est pas tenue de répondre aux questions et qu’elle est libre de partir. C’est au juge du procès qu’il appartient de décider — en appliquant les principes de droit pertinents aux faits particuliers de l’espèce — si la police a franchi la limite entre une conduite qui respecte la liberté et le droit de choisir du sujet et une conduite qui porte atteinte à ces droits.

[33] Dans la plupart des cas, on peut aisément dire si le contact entre un policier et un individu constitue ou non une détention. La tâche est d’autant plus facile que ce que toutes les parties concernées concluraient raisonnablement repose souvent sur des garanties et des obligations juridiques généralement bien comprises, comme l’illustrent quelques exemples.

[34] À une extrémité de l’éventail des possibilités, la détention coïncide avec l’arrestation ou l’emprisonnement, et il est évident que la *Charte*

a legal obligation to comply with a police demand or direction, such as a breath sample demand at the roadside, clearly denotes s. 9 detention. As Le Dain J. observed in *Therens*, “[i]t is not realistic to speak of a person who is liable to arrest and prosecution for refusal to comply with a demand which a peace officer is empowered by statute to make as being free to refuse to comply” (p. 643).

[35] At the other end of the spectrum lie encounters between individual and police where it would be clear to a reasonable person that the individual is not being deprived of a meaningful choice whether or not to cooperate with a police demand or directive and hence not detained.

[36] We may rule out at the outset situations where the police are acting in a non-adversarial role and assisting members of the public in circumstances commonly accepted as lacking the essential character of a detention. In many common situations, reasonable people understand that the police are not constraining individual choices, but rather helping people or gathering information. For instance, the reasonable person would understand that a police officer who attends at a medical emergency on a 911 call is not detaining the individuals he or she encounters. This is so even if the police, in taking control of the situation, effectively interfere with an individual’s freedom of movement. Such deprivations of liberty will not be significant enough to attract *Charter* scrutiny because they do not attract legal consequences for the concerned individuals.

[37] Another often-discussed situation is when police officers approach bystanders in the wake of an accident or crime, to determine if they witnessed the event and obtain information that may assist in their investigation. While many people may be happy to assist the police, the law is clear that, subject to specific provisions that may exceptionally govern, the citizen is free to walk away:

s’applique. De la même façon, lorsqu’il existe une obligation légale d’obtempérer à une sommation ou à un ordre de la police, par exemple pour fournir un échantillon d’haleine, il y a manifestement détention au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’art. 9. Comme le juge Le Dain l’a signalé dans *Therens*, « [i]l est irréaliste de dire d’une personne qui est passible d’arrestation et de poursuites pour refus d’obtempérer à une sommation faite par un agent de la paix dans l’exercice du pouvoir que lui confère la loi, qu’elle est libre de refuser d’obtempérer à cette sommation » (p. 643).

[35] À l’autre extrémité de l’éventail se trouve le contact entre un policier et un individu qui, aux yeux d’une personne raisonnable, n’empêche manifestement pas l’exercice véritable du choix de se conformer ou non à la sommation ou à la directive de la police et ne constitue donc pas une détention.

[36] Nous pouvons écarter d’emblée les situations où les policiers n’accomplissent pas de fonction répressive, mais prêtent assistance à des membres du public dans des circonstances qui, de l’avis général, ne recèlent aucune des caractéristiques essentielles de la détention. Dans beaucoup de situations courantes, les personnes raisonnables comprennent que la police ne restreint pas les choix individuels, mais qu’elle aide des gens ou recueille des renseignements. Elles comprennent, par exemple, que le policier qui répond à une urgence médicale à la suite d’un appel au 911 ne détient pas les personnes avec qui il interagit, et ce, même s’il restreint effectivement leur liberté de mouvement en prenant la direction des opérations. De telles atteintes à la liberté ne sont pas suffisamment considérables pour justifier un examen fondé sur la *Charte* parce qu’elles sont dépourvues de conséquences juridiques pour les personnes concernées.

[37] Une autre situation dont il est souvent question est celle où les policiers abordent les personnes qui se trouvent sur les lieux d’un accident ou d’un crime afin de déterminer si elles ont été témoins de l’événement et d’obtenir des renseignements susceptibles de les aider dans leur enquête. Même si beaucoup d’individus sont disposés à aider la police, il est clairement établi en droit que, sous réserve de

R. v. Grafe (1987), 36 C.C.C. (3d) 267 (Ont. C.A.). Given the existence of such a generally understood right in such circumstances, a reasonable person would not conclude that his or her right to choose whether to cooperate with them has been taken away. This conclusion holds true even if the person may feel compelled to cooperate with the police out of a sense of moral or civic duty. The Ontario Court of Appeal adverted to this concept in *Grafe*, where Krever J.A. wrote, at p. 271:

The law has long recognized that although there is no legal duty there is a moral or social duty on the part of every citizen to answer questions put to him or her by the police and, in that way to assist the police: see, for example, *Rice v. Connolly*, [1966] 2 All E.R. 649 at p. 652, *per* Lord Parker C.J. Implicit in that moral or social duty is the right of a police officer to ask questions even, in my opinion, when he or she has no belief that an offence has been committed. To be asked questions, in these circumstances, cannot be said to be a deprivation of liberty or security.

[38] In the context of investigating an accident or a crime, the police, unbeknownst to them at that point in time, may find themselves asking questions of a person who is implicated in the occurrence and, consequently, is at risk of self-incrimination. This does not preclude the police from continuing to question the person in the pursuit of their investigation. Section 9 of the *Charter* does not require that police abstain from interacting with members of the public until they have specific grounds to connect the individual to the commission of a crime. Nor does s. 10 require that the police advise everyone at the outset of any encounter that they have no obligation to speak to them and are entitled to legal counsel.

[39] Effective law enforcement is highly dependent on the cooperation of members of the public. The police must be able to act in a manner that fosters this cooperation, not discourage it. However, police investigative powers are not without limits. The notion of psychological detention recognizes the reality that police tactics, even in the absence

dispositions précises qui s'appliquent exceptionnellement, les citoyens sont libres de quitter les lieux : *R. c. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267 (C.A. Ont.). Compte tenu de l'existence d'un tel droit généralement compris dans de telles circonstances, une personne raisonnable ne penserait pas avoir été privée de son droit de choisir de collaborer ou non avec la police. Cette conclusion est valable même si la personne se sent tenue de collaborer par obligation morale ou par devoir civique. La Cour d'appel de l'Ontario a fait allusion à ce concept dans *Grafe*, où le juge Krever a écrit ce qui suit à la p. 271 :

[TRADUCTION] Le droit reconnaît depuis longtemps, même en l'absence d'obligation légale, l'existence d'un devoir moral et social de tout citoyen de répondre aux questions qui lui sont posées par les policiers et de leur prêter ainsi assistance : voir, par exemple, les motifs du lord juge en chef Parker dans *Rice c. Connolly*, [1966] 2 All E.R. 649, p. 652. L'existence de cette obligation morale ou sociale habilite implicitement un policier à poser des questions même, selon moi, quand il n'a aucune raison de croire qu'une infraction a été commise. Dans de telles circonstances, se faire poser des questions ne peut être considéré comme une privation de liberté ou de sécurité.

[38] Il se peut qu'au cours d'une enquête sur un accident ou un crime, des policiers posent, sans le savoir, des questions à une personne qui est impliquée dans l'incident et qui, par conséquent, risque de s'incriminer. Ils ne sont pas pour autant empêchés de continuer à interroger cette personne dans le cadre de leur enquête. L'article 9 de la *Charte* n'oblige pas les policiers à s'abstenir d'interagir avec les membres du public tant qu'ils n'ont pas de motifs précis permettant de rattacher une personne à la perpétration d'un crime. L'article 10 n'oblige pas non plus les policiers à informer d'emblée toute personne de son droit de garder le silence et d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

[39] L'application efficace de la loi dépend largement de la coopération des membres du public. Les policiers doivent avoir la capacité d'agir de façon à favoriser cette coopération, et non à la décourager. Cependant, les pouvoirs d'enquête des policiers ne sont pas illimités. La notion de détention psychologique reconnaît la possibilité que des tactiques

of exercising actual physical restraint, may be coercive enough to effectively remove the individual's choice to walk away from the police. This creates the risk that the person may reasonably feel compelled to incriminate himself or herself. Where that is the case, the police are no longer entitled simply to expect cooperation from an individual. Unless, as stated earlier, the police inform the person that he or she is under no obligation to answer questions and is free to go, a detention may well crystallize and, when it does, the police must provide the subject with his or her s. 10(b) rights. That the obligation arises only on detention represents part of the balance between, on the one hand, the individual rights protected by ss. 9 and 10 and enjoyed by all members of society, and on the other, the collective interest of all members of society in the ability of the police to act on their behalf to investigate and prevent crime.

[40] A more complex situation may arise in the context of neighbourhood policing where the police are not responding to any specific occurrence, but where the non-coercive police role of assisting in meeting needs or maintaining basic order can subtly merge with the potentially coercive police role of investigating crime and arresting suspects so that they may be brought to justice. This is the situation that arises in this case.

[41] As discussed earlier, general inquiries by a patrolling officer present no threat to freedom of choice. On the other hand, such inquiries can escalate into situations where the focus shifts from general community-oriented concern to suspicion of a particular individual. Focussed suspicion, in and of itself, does not turn the encounter in a detention. What matters is how the police, based on that suspicion, interacted with the subject. The language of the *Charter* does not confine detention to situations where a person is in potential jeopardy of arrest. However, this is a factor that may help to determine whether, in a particular circumstance, a reasonable person would conclude he or she had no choice but to comply with a police officer's request. The police must be mindful that, depending on how they act and what they say, the point may be reached where

policieuses, même exemptes de contraintes physiques véritables, soient suffisamment coercitives pour, en réalité, priver une personne du choix de s'en aller. La personne risque alors raisonnablement de se sentir obligée de s'incriminer. En pareil cas, les policiers ne peuvent plus s'attendre simplement à ce qu'elle coopère. Répétons-le, à moins que les policiers n'informent la personne qu'elle n'est pas tenue de répondre aux questions et qu'elle est libre de partir, il se peut fort bien que la détention se soit cristallisée. Dès lors, les policiers doivent observer les garanties juridiques énoncées à l'al. 10b). Le fait que l'obligation ne prenne naissance qu'en cas de détention est un des éléments qui permet d'établir un équilibre entre, d'une part, les droits individuels garantis par les art. 9 et 10 dont bénéficient tous les membres de la société et, d'autre part, l'intérêt collectif de la société à ce que la police puisse effectuer des enquêtes et réprimer le crime.

[40] Les services de police communautaire donnent lieu à une situation plus complexe. En effet, dans ce contexte, les policiers n'interviennent pas en réponse à un incident précis, mais leur fonction non coercitive d'assistance en cas de besoin et de maintien élémentaire de l'ordre peut, de façon subtile, se confondre avec leur fonction potentiellement coercitive d'enquête et d'arrestation de suspects pour qu'ils soient traduits en justice. C'est la situation qui s'est présentée en l'espèce.

[41] Comme nous l'avons vu précédemment, le fait qu'un policier patrouilleur pose des questions générales ne constitue pas une menace à la liberté de choix. Par contre, poser ce type de questions peut conduire à des situations où les préoccupations générales de police communautaire cèdent le pas aux soupçons à l'égard d'un individu en particulier. Les soupçons ne transforment pas en soi le contact en détention. Ce qui compte, c'est la façon dont la police, compte tenu de ces soupçons, a interagi avec l'individu. Le libellé de la *Charte* ne limite pas la détention aux situations où une personne risque d'être mise en état d'arrestation. Cependant, ce facteur peut aider à déterminer si, dans une situation donnée, une personne raisonnable conclurait qu'elle n'a d'autre choix que d'obtempérer à la demande des policiers. Ces derniers doivent être

a reasonable person, in the position of that individual, would conclude he or she is not free to choose to walk away or decline to answer questions.

[42] The length of the encounter said to give rise to the detention may be a relevant consideration. Consider the act of a police officer placing his or her hand on an individual's arm. If sustained, it might well lead a reasonable person to conclude that his or her freedom to choose whether to cooperate or not has been removed. On the other hand, a fleeting touch may not, depending on the circumstances, give rise to a reasonable conclusion that one's liberty has been curtailed. At the same time, it must be remembered that situations can move quickly, and a single forceful act or word may be enough to cause a reasonable person to conclude that his or her right to choose how to respond has been removed.

[43] Whether the individual has been deprived of the right to choose simply to walk away will depend, to reiterate, on all the circumstances of the case. It will be for the trial judge to determine on all the evidence. Deference is owed to the trial judge's findings of fact, although application of the law to the facts is a question of law.

[44] In summary, we conclude as follows:

1. Detention under ss. 9 and 10 of the *Charter* refers to a suspension of the individual's liberty interest by a significant physical or psychological restraint. Psychological detention is established either where the individual has a legal obligation to comply with the restrictive request or demand, or a reasonable person would conclude by reason of the state conduct that he or she had no choice but to comply.
2. In cases where there is no physical restraint or legal obligation, it may not be clear whether

conscients que leurs gestes et leurs paroles peuvent créer une situation où une personne raisonnable, dans la même situation, conclurait en effet qu'elle n'est pas libre de s'en aller ou de refuser de répondre aux questions.

[42] La durée du contact censé constituer une détention peut être un facteur pertinent. Prenons l'exemple d'une policière qui poserait sa main sur le bras d'un individu. Si ce geste dure, il pourrait fort bien amener une personne raisonnable à conclure que sa liberté de choisir entre collaborer ou non lui a été retirée, ce que ne ferait peut-être pas un effleurement, compte tenu des circonstances. Il faut cependant se rappeler qu'une situation peut évoluer rapidement et qu'un seul acte ou mot percutant peut induire une personne raisonnable à conclure qu'elle n'a plus le droit de choisir comment répondre à la situation.

[43] Rappelons, d'une part, que la question de savoir si la personne a été privée du droit de choisir de simplement quitter les lieux dépend de toutes les circonstances de l'affaire et, d'autre part, qu'il appartient au juge du procès de la trancher en fonction de l'ensemble de la preuve. S'il est vrai qu'il faut faire preuve de déférence à l'égard des conclusions de fait du juge du procès, l'application du droit aux faits constitue une question de droit.

[44] En résumé, nous arrivons aux conclusions suivantes :

1. La détention visée aux art. 9 et 10 de la *Charte* s'entend de la suspension du droit à la liberté d'une personne par suite d'une contrainte physique ou psychologique considérable. Il y a détention psychologique quand l'individu est légalement tenu d'obtempérer à une demande contraignante ou à une sommation, ou quand une personne raisonnable conclurait, compte tenu de la conduite de l'État, qu'elle n'a d'autre choix que d'obtempérer.
2. En l'absence de contrainte physique ou d'obligation légale, il peut être difficile de savoir si

a person has been detained. To determine whether the reasonable person in the individual's circumstances would conclude that he or she had been deprived by the state of the liberty of choice, the court may consider, *inter alia*, the following factors:

- (a) The circumstances giving rise to the encounter as they would reasonably be perceived by the individual: whether the police were providing general assistance; maintaining general order; making general inquiries regarding a particular occurrence; or, singling out the individual for focussed investigation.
- (b) The nature of the police conduct, including the language used; the use of physical contact; the place where the interaction occurred; the presence of others; and the duration of the encounter.
- (c) The particular characteristics or circumstances of the individual where relevant, including age; physical stature; minority status; level of sophistication.

2. Was the Appellant Detained Prior to Incriminating Himself?

[45] Against this background, we return to the question at hand: Was Mr. Grant detained within the meaning of ss. 9 and 10 of the *Charter* before the questions that led him to disclose his firearm? The trial judge held that he was not. An appellate court must approach a trial judge's decision on this issue with appropriate deference. However, we agree with Laskin J.A. that the trial judge's conclusion on the question of detention is undermined by certain key findings of fact that cannot reasonably be supported by the evidence. In the circumstances, it is necessary to revisit the issue.

[46] This is not a clear case of physical restraint or compulsion by operation of law. Accordingly, we

une personne a été mise en détention ou non. Pour déterminer si une personne raisonnable placée dans la même situation conclurait qu'elle a été privée par l'État de sa liberté de choix, le tribunal peut tenir compte, notamment, des facteurs suivants :

- a) Les circonstances à l'origine du contact avec les policiers telles que la personne en cause a dû raisonnablement les percevoir : les policiers fournissaient-ils une aide générale, assuraient-ils simplement le maintien de l'ordre, menaient-ils une enquête générale sur un incident particulier, ou visaient-ils précisément la personne en cause dans le cadre d'une enquête ciblée?
- b) La nature de la conduite des policiers, notamment les mots employés, le recours au contact physique, le lieu de l'interaction, la présence d'autres personnes et la durée de l'interaction.
- c) Les caractéristiques ou la situation particulières de la personne, selon leur pertinence, notamment son âge, sa stature, son appartenance à une minorité ou son degré de discernement.

2. L'appellant a-t-il été mis en détention avant de s'incriminer?

[45] Le contexte étant posé, revenons à la question qui nous occupe : M. Grant était-il en détention au sens où il faut l'entendre pour l'application des art. 9 et 10 de la *Charte* lorsqu'on lui a posé les questions qui l'ont amené à révéler l'existence de l'arme à feu? Le juge du procès a estimé qu'il ne l'était pas. La déférence s'impose, en appel, à l'égard des décisions de première instance sur cette question. Toutefois, nous souscrivons à l'opinion du juge Laskin selon laquelle la conclusion du juge du procès quant à la question de la détention est viciée par d'importantes conclusions de fait qui ne peuvent raisonnablement être étayées par la preuve. L'examen doit donc être repris.

[46] Il ne s'agit pas, en l'espèce, d'un cas clair de contrainte physique ou légale. Par conséquent, nous

must consider all relevant circumstances to determine if a reasonable person in Mr. Grant's position would have concluded that his or her right to choose how to interact with the police (i.e. whether to leave or comply) had been removed.

[47] The encounter began with Cst. Gomes approaching Mr. Grant (stepping in his path) and making general inquiries. Such preliminary questioning is a legitimate exercise of police powers. At this stage, a reasonable person would not have concluded he or she was being deprived of the right to choose how to act, and for that reason there was no detention.

[48] Cst. Gomes then told the appellant to "keep his hands in front of him". This act, viewed in isolation, might be insufficient to indicate detention, on the ground that it was simply a precautionary directive. However, consideration of the entire context of what transpired from this point forward leads to the conclusion that Mr. Grant was detained.

[49] Two other officers approached, flashing their badges and taking tactical adversarial positions behind Cst. Gomes. The encounter developed into one where Mr. Grant was singled out as the object of particularized suspicion, as evidenced by the conduct of the officers. The nature of the questioning changed from ascertaining the appellant's identity to determining whether he "had anything that he should not". At this point the encounter took on the character of an interrogation, going from general neighbourhood policing to a situation where the police had effectively taken control over the appellant and were attempting to elicit incriminating information.

[50] Although Cst. Gomes was respectful in his questioning, the encounter was inherently intimidating. The power imbalance was obviously exacerbated by Mr. Grant's youth and inexperience. Mr. Grant did not testify, so we do not know what his perceptions of the interaction actually were. However, because the test is an objective one, this

devons examiner toutes les circonstances pertinentes pour décider si une personne raisonnable placée dans la situation de M. Grant aurait conclu que son droit de choisir le comportement à adopter avec les policiers (c.-à-d. s'en aller ou obtempérer) lui avait été retiré.

[47] Le contact a débuté lorsque l'agent Gomes a abordé M. Grant (se mettant en travers de son chemin) et lui a posé des questions d'ordre général. Une interpellation préliminaire de ce genre s'inscrit dans l'exercice légitime des pouvoirs policiers. Une personne raisonnable n'aurait pas conclu, à ce stade, qu'elle était privée de son droit de choisir comment agir et, pour cette raison, il n'y avait pas détention.

[48] L'agent Gomes a ensuite dit à l'appellant de [TRADUCTION] « garder ses mains devant lui ». Pris isolément, on pourrait considérer ce geste comme une simple directive inspirée par la prudence et insuffisante pour constituer une détention. Toutefois, son examen dans le contexte de tout ce qui en a découlé nous porte à conclure que M. Grant a été mis en détention.

[49] Deux autres policiers se sont approchés, ont montré leur insigne et ont tactiquement pris une position antagonique derrière l'agent Gomes. La situation avait évolué, et M. Grant était personnellement devenu la cible de soupçons, comme le prouve la conduite des agents. Les questions, qui visaient d'abord à contrôler l'identité de l'appellant, ont alors eu pour objet de déterminer s'il « avait quelque chose qu'il ne devait pas avoir ». À ce moment, le contact relevant de services de police communautaire est devenu un interrogatoire visant à obtenir des renseignements incriminants dans une situation où l'appellant était bel et bien contrôlé par les policiers.

[50] Même si l'agent Gomes s'est montré respectueux en posant ses questions, l'interpellation était intrinsèquement intimidante. En outre, la jeunesse et l'inexpérience de M. Grant ont sans aucun doute accentué l'inégalité du rapport de force. Monsieur Grant n'a pas témoigné, de sorte que nous ignorons comment il a perçu ce qui se passait, mais vu la

is not fatal to his argument that there was a detention. We agree with Laskin J.A.'s conclusion that Mr. Grant was detained. In our view, the evidence supports Mr. Grant's contention that a reasonable person in his position (18 years old, alone, faced by three physically larger policemen in adversarial positions) would conclude that his or her right to choose how to act had been removed by the police, given their conduct.

[51] The police conduct that gave rise to an impression of control was not fleeting. The direction to Mr. Grant to keep his hands in front, in itself inconclusive, was followed by the appearance of two other officers flashing their badges and by questioning driven by focussed suspicion of Mr. Grant. The sustained and restrictive tenor of the conduct after the direction to Mr. Grant to keep his hands in front of him reasonably supports the conclusion that the officers were putting him under their control and depriving him of his choice as to how to respond.

[52] We conclude that Mr. Grant was detained when Cst. Gomes told him to keep his hands in front of him, the other two officers moved into position behind Cst. Gomes, and Cst. Gomes embarked on a pointed line of questioning. At this point, Mr. Grant's liberty was clearly constrained and he was in need of the *Charter* protections associated with detention.

3. Was the Detention Arbitrary Under Section 9?

[53] We have determined that the appellant was detained prior to his arrest. The question at this point is whether the detention was "arbitrary" within the meaning of s. 9.

[54] The s. 9 guarantee against arbitrary detention is a manifestation of the general principle, enunciated in s. 7, that a person's liberty is not to be curtailed except in accordance with the principles of fundamental justice. As this Court has stated: "This guarantee expresses one of the most

nature objective du test applicable, cette ignorance ne porte pas un coup fatal à sa prétention qu'il était détenu. Nous pensons, comme le juge Laskin, qu'il y a eu détention. À notre avis, la preuve étaye l'affirmation de M. Grant qu'une personne raisonnable placée dans sa situation (18 ans, seul, devant trois policiers plus costauds que lui et en position antagonique) aurait conclu que les policiers, par leur conduite, l'avaient privée de la liberté de choisir comment agir.

[51] L'impression que les policiers contrôlaient l'appelant ne découlait pas d'un comportement fugace. L'ordre adressé à M. Grant de garder les mains devant lui, qui n'est pas déterminant en soi, a été suivi de l'arrivée de deux autres policiers qui ont sorti leur insigne et de questions procédant de soupçons dont M. Grant était la cible. La durée et le caractère contraignant des gestes qui ont suivi l'ordre permettent de conclure raisonnablement que les policiers plaçaient l'appelant sous leur autorité et le privaient du choix de la façon de réagir.

[52] Nous estimons que M. Grant a été mis en détention lorsque l'agent Gomes lui a dit de garder les mains devant lui, que les deux autres policiers ont pris position derrière l'agent Gomes et que ce dernier a entrepris de lui poser une série de questions plus ciblées. À ce stade, la liberté de M. Grant était manifestement restreinte et il avait besoin des mesures de protection garanties par la *Charte* en cas de détention.

3. S'agissait-il d'une détention arbitraire visée par l'art. 9?

[53] Nous avons conclu que l'appelant avait été mis en détention avant son arrestation. À présent, il faut déterminer s'il s'agissait d'une détention « arbitraire » visée par l'art. 9.

[54] La garantie contre la détention arbitraire énoncée à l'art. 9 est une manifestation du principe général, énoncé à l'art. 7, selon lequel il ne peut être porté atteinte à la liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Comme notre Cour l'a indiqué : « Cette garantie exprime une des

fundamental norms of the rule of law. The state may not detain arbitrarily, but only in accordance with the law” (*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at para. 88). Section 9 serves to protect individual liberty against unlawful state interference. A lawful detention is not arbitrary within the meaning of s. 9 (*Mann*, at para. 20), unless the law authorizing the detention is itself arbitrary. Conversely, a detention not authorized by law is arbitrary and violates s. 9.

[55] Earlier suggestions that an unlawful detention was not necessarily arbitrary (see *R. v. Duguay* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289 (Ont. C.A.)) have been overtaken by *Mann*, in which this Court confirmed the existence of a common law police power of investigative detention. The concern in the earlier cases was that an arrest made on grounds falling just short of the “reasonable and probable grounds” required for arrest should not automatically be considered arbitrary in the sense of being baseless or capricious. *Mann*, in confirming that a brief investigative detention based on “reasonable suspicion” was lawful, implicitly held that a detention in the absence of at least reasonable suspicion is unlawful and therefore arbitrary within s. 9.

[56] This approach mirrors the framework developed for assessing unreasonable searches and seizures under s. 8 of the *Charter*. Under *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and subsequent cases dealing with s. 8, a search must be authorized by law to be reasonable; the authorizing law must itself be reasonable; and the search must be carried out in a reasonable manner. Similarly, it should now be understood that for a detention to be non-arbitrary, it must be authorized by a law which is itself non-arbitrary. We add that, as with other rights, the s. 9 prohibition of arbitrary detention may be limited under s. 1 by such measures “prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic

normes les plus fondamentales de la primauté du droit. L’État ne peut pas détenir une personne arbitrairement. Une personne ne peut être mise en détention qu’en conformité avec le droit » (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 88). L’article 9 a pour objet de protéger la liberté individuelle contre l’ingérence injustifiée de l’État. Une détention autorisée par la loi n’est pas arbitraire au sens de l’art. 9 (*Mann*, par. 20) à moins que la loi elle-même ne le soit. À l’inverse, la détention qui n’est pas légalement autorisée est arbitraire et elle viole l’art. 9.

[55] Dans *Mann*, notre Cour a écarté l’idée — évoquée dans la jurisprudence antérieure (voir *R. c. Duguay* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289 (C.A. Ont.)) — qu’une détention non autorisée par la loi n’était pas nécessairement arbitraire et elle a confirmé l’existence en common law d’un pouvoir policier de détention pour enquête. On voulait, dans cette jurisprudence, qu’une arrestation reposant sur des motifs qui ne correspondaient pas tout à fait aux « motifs raisonnables et probables » nécessaires ne soit pas automatiquement jugée arbitraire au sens de dépourvue de fondement ou abusive. *Mann*, en confirmant la légalité de détentions brèves aux fins d’enquête fondées sur des « soupçons raisonnables », a statué implicitement que, s’il n’existait pas au moins des soupçons raisonnables, la détention était illégale et, par conséquent, arbitraire au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’art. 9.

[56] Ce raisonnement reprend le cadre d’analyse élaboré pour l’évaluation du caractère abusif des fouilles, perquisitions et saisies pour l’application de l’art. 8 de la *Charte*. Suivant *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et les arrêts subséquents portant sur l’art. 8, pour ne pas être jugées abusives, les fouilles ou perquisitions doivent être autorisées par une règle de droit elle-même exempte de caractère abusif et elles doivent être effectuées de façon non abusive. De la même façon, il faut maintenant comprendre que, pour ne pas être jugée arbitraire, la détention doit être autorisée par une loi elle-même non arbitraire. Nous ajoutons que le droit à la protection contre la détention arbitraire

society”: see *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, and *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257.

[57] Here, the officers acknowledged at trial that they did not have legal grounds or reasonable suspicion to detain the accused prior to his incriminating statements. No issue was taken with this concession on appeal. We therefore conclude that the detention was arbitrary and in breach of s. 9.

4. Was the Appellant’s Section 10(b) Right to Counsel Infringed?

[58] In *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460, we conclude that the s. 10(b) right to counsel arises immediately upon detention, whether or not the detention is solely for investigative purposes. That being the case, s. 10(b) of the *Charter* required the police to advise Mr. Grant that he had the right to speak to a lawyer, and to give him a reasonable opportunity to obtain legal advice if he so chose, before proceeding to elicit incriminating information from him. Because he now faced significant legal jeopardy and had passed into the effective control of the police, the appellant was “in immediate need of legal advice”: *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, at p. 206. Because the officers did not believe they had detained the appellant, they did not comply with their obligations under s. 10(b). The breach of s. 10(b) is established.

B. *Exclusion of the Evidence*

1. *Background*

[59] When must evidence obtained in violation of a person’s *Charter* rights be excluded? Section 24(2) of the *Charter* provides the following answer:

énoncé à l’art. 9 peut, à l’instar des autres droits, être restreint selon l’article premier « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique » : voir *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, et *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257.

[57] En l’espèce, les policiers ont reconnu au procès qu’ils n’avaient pas de motif juridique ou de soupçon raisonnable les autorisant à détenir l’accusé avant que celui-ci fasse les déclarations incriminantes. Cet aveu n’a pas été contesté en appel. Nous concluons donc que la détention était arbitraire et qu’elle violait l’art. 9.

4. Y a-t-il eu atteinte au droit de l’appellant d’avoir recours à l’assistance d’un avocat garanti par l’al. 10b)?

[58] Dans *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460, nous avons conclu que le droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat garanti par l’al. 10b) prend naissance dès la mise en détention, que celle-ci serve exclusivement ou non à des fins d’enquête. Il fallait donc que les policiers informent M. Grant de son droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat et qu’ils lui donnent une possibilité raisonnable de s’en prévaloir — si tel était son souhait — avant de tenter d’obtenir de lui des renseignements incriminants. Parce qu’il courait alors un risque important sur le plan juridique et qu’il se trouvait sous l’autorité de la police, l’appellant avait « immédiatement besoin de conseils juridiques » : *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, p. 206. Or les policiers, ne croyant pas l’avoir mis en détention, ne se sont pas conformés aux obligations que leur imposait l’al. 10b). La violation de l’al. 10b) est donc établie.

B. *L’exclusion d’éléments de preuve*

1. *Le contexte*

[59] Quand faut-il écarter les éléments de preuve obtenus en violation de droits garantis par la *Charte*? Le paragraphe 24(2) de la *Charte* répond ainsi à cette question :

Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

[60] The test set out in s. 24(2) — what would bring the administration of justice into disrepute having regard to all the circumstances — is broad and imprecise. The question is what considerations enter into making this determination. In *Collins* and in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, this Court endeavoured to answer this question. The *Collins/Stillman* framework, as interpreted and applied in subsequent decisions, has brought a measure of certainty to the s. 24(2) inquiry. Yet the analytical method it imposes and the results it sometimes produces have been criticized as inconsistent with the language and objectives of s. 24(2). In order to understand these criticisms, it is necessary to briefly review the holdings in *Collins* and *Stillman*.

[61] In *Collins*, the Court (*per* Lamer J., as he then was) proceeded by grouping the factors to be considered under s. 24(2) into three categories: (1) whether the evidence will undermine the fairness of the trial by effectively conscripting the accused against himself or herself; (2) the seriousness of the *Charter* breach; and (3) the effect of excluding the evidence on the long-term repute of the administration of justice. While Lamer J. acknowledged that these categories were merely a “matter of personal preference” (p. 284), they quickly became formalized as the governing test for s. 24(2).

[62] *Collins* shed important light on the factors relevant to determining admissibility of *Charter*-violative evidence under s. 24(2). However, the concepts of trial fairness and conscription under the first branch of *Collins* introduced new problems of

Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s’il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

[60] Le test établi par cette disposition — ce qui est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, eu égard aux circonstances — est large et imprécis. Il faut donc se demander quels facteurs entrent dans cette appréciation. Notre Cour s’est efforcée de répondre à cette question dans *Collins* et dans *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Le cadre d’analyse *Collins/Stillman*, tel qu’il a été interprété et appliqué par la jurisprudence subséquente, a apporté un certain degré de certitude quant à l’examen requis par le par. 24(2). Cependant, la méthode analytique qu’il prescrit et les résultats auxquels il aboutit parfois ont été critiqués et ont fait dire à certains qu’ils ne cadraient ni avec le libellé ni avec les objets de la disposition. Pour comprendre ces critiques, il est nécessaire d’examiner brièvement les décisions rendues dans *Collins* et *Stillman*.

[61] Dans *Collins*, la Cour (sous la plume du juge Lamer, plus tard Juge en chef) a regroupé les facteurs à prendre en considération pour l’analyse requise par le par. 24(2) en trois catégories portant respectivement sur : (1) l’atteinte à l’équité du procès du fait que la preuve mobilise l’accusé contre lui-même, (2) la gravité de la violation de la *Charte* et (3) l’effet de l’exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l’administration de la justice, vue à long terme. Bien que le juge Lamer ait indiqué que ces catégories relevaient simplement d’une préférence personnelle (p. 284), elles ont rapidement acquis le statut de test officiel pour l’application du par. 24(2).

[62] Malgré les précieux éclaircissements que *Collins* a apportés sur les facteurs applicables en matière d’appréciation de l’admissibilité d’éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*, les notions d’équité du procès et de mobilisation du

their own. Moreover, questions arose about what work (if any) remained to be done under the second and third categories, once conscription leading to trial unfairness had been found. Finally, issues arose as to how to measure the seriousness of the breach under the second branch and what weight, if any, should be put on the seriousness of the offence charged in deciding whether to admit evidence.

[63] The admission of physical or “real” evidence obtained from the body of the accused in breach of his or her *Charter* rights proved particularly problematic. Ten years after *Collins*, the Court revisited this question in *Stillman*. The majority held that evidence obtained in breach of the *Charter* should, at the outset of the s. 24(2) inquiry, be classified as either “conscriptive” or “non-conscriptive”. Evidence would be classified as conscriptive where “an accused, in violation of his *Charter* rights, is compelled to incriminate himself at the behest of the state by means of a statement, the use of the body or the production of bodily samples”: *Stillman*, at para. 80, *per* Cory J. The category of conscriptive evidence was also held to include real evidence discovered as a result of an unlawfully conscripted statement. This is known as derivative evidence.

[64] *Stillman* held that conscriptive evidence is generally inadmissible — because of its presumed impact on trial fairness — unless if it would have been independently discovered. Despite reminders that “all the circumstances” must always be considered under s. 24(2) (see *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, *per* Sopinka J., *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3, *per* LeBel J.), *Stillman* has generally been read as creating an all-but-automatic exclusionary rule for non-discoverable conscriptive evidence, broadening the category of conscriptive evidence and

premier volet du test ont elles-mêmes soulevé de nouveaux problèmes. En outre, on s’est demandé ce qu’il restait à examiner (le cas échéant) dans les deuxième et troisième catégories de facteurs lorsque la mobilisation qui a entraîné l’inéquité du procès a été établie. Enfin, on s’est interrogé sur la façon de mesurer la gravité de la violation de la *Charte* dans l’examen du deuxième volet de l’analyse et sur le poids à accorder (le cas échéant) à la gravité de l’infraction en cause pour décider de l’admissibilité d’un élément de preuve.

[63] L’utilisation d’un élément de preuve matérielle obtenu du corps de l’accusé en violation des droits que lui garantit la *Charte* s’est avérée particulièrement problématique. Dix ans après *Collins*, la Cour a réexaminé la question, dans l’arrêt *Stillman*. Les juges majoritaires ont estimé qu’il faut, dès le début de l’analyse requise par le par. 24(2), classer les éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* selon qu’ils sont ou non le fruit de la « mobilisation » de l’accusé contre lui-même. Les éléments de preuve seront de ceux qui découlent de la mobilisation de l’accusé contre lui-même lorsque « [ce dernier], en violation de ses droits garantis par la *Charte*, est forcé de s’incriminer sur l’ordre de l’État au moyen d’une déclaration, de l’utilisation de son corps ou de la production de substances corporelles » : *Stillman*, par. 80, le juge Cory. Il a aussi été jugé que les éléments de preuve matérielle découverts par suite d’une déclaration mobilisant illégalement l’accusé contre lui-même — ce qu’on a appelé preuve dérivée — entrent dans cette catégorie.

[64] Suivant *Stillman*, les éléments de preuve obtenus en mobilisant l’accusé contre lui-même sont généralement inadmissibles — en raison de leur incidence présumée sur l’équité du procès — sauf si elle pouvait être découverte de façon indépendante. Bien que la Cour ait rappelé que l’examen requis par le par. 24(2) doit toujours se faire « eu égard aux circonstances » (voir *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, le juge Sopinka, et *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3, le juge LeBel), on considère généralement que *Stillman* a créé une règle d’exclusion virtuellement automatique des

increasing its importance to the ultimate decision on admissibility.

[65] This general rule of inadmissibility of all non-discoverable conscriptive evidence, whether intended by *Stillman* or not, seems to go against the requirement of s. 24(2) that the court determining admissibility must consider “all the circumstances”. The underlying assumption that the use of conscriptive evidence always, or almost always, renders the trial unfair is also open to challenge. In other contexts, this Court has recognized that a fair trial “is one which satisfies the public interest in getting at the truth, while preserving basic procedural fairness to the accused”: *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 45. It is difficult to reconcile trial fairness as a multifaceted and contextual concept with a near-automatic presumption that admission of a broad class of evidence will render a trial unfair, regardless of the circumstances in which it was obtained. In our view, trial fairness is better conceived as an overarching systemic goal than as a distinct stage of the s. 24(2) analysis.

[66] This brief review of the impact of *Collins* and *Stillman* brings us to the heart of our inquiry on this appeal: clarification of the criteria relevant to determining when, in “all the circumstances”, admission of evidence obtained by a *Charter* breach “would bring the administration of justice into disrepute”.

2. Overview of a Revised Approach to Section 24(2)

[67] The words of s. 24(2) capture its purpose: to maintain the good repute of the administration of justice. The term “administration of justice” is

éléments de preuve obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même et non susceptibles d'être découverts de façon indépendante. Cette interprétation élargit la catégorie des éléments de preuve obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même et augmente son importance pour la décision à rendre en matière d'admissibilité.

[65] Cette règle générale de l'inadmissibilité des éléments de preuve qui ont été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même et qui ne pouvaient être découverts autrement, voulue ou non par l'arrêt *Stillman*, semble aller à l'encontre de l'exigence formulée au par. 24(2) que la cour statuant sur l'admissibilité le fasse « eu égard aux circonstances ». Le postulat sous-jacent selon lequel le recours à une telle preuve rend toujours ou presque le procès inéquitable est lui aussi contestable. En effet, notre Cour a reconnu dans d'autres contextes que le procès équitable est « celui qui répond à l'intérêt qu'a le public à connaître la vérité, tout en préservant l'équité fondamentale en matière de procédure pour l'accusé » : *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 45. La notion complexe et contextuelle d'équité du procès se concilie mal avec une présomption quasi automatique selon laquelle l'utilisation d'une vaste catégorie d'éléments de preuve compromet l'équité du procès sans égard aux circonstances de leur obtention. À notre avis, il convient davantage de concevoir l'équité du procès comme un but systémique général plutôt que comme une étape distincte de l'analyse requise par le par. 24(2).

[66] Ce bref examen de l'effet des arrêts *Collins* et *Stillman* nous amène au cœur de ce qui nous occupe en l'espèce : la clarification des facteurs pertinents pour déterminer quand, « eu égard aux circonstances », l'utilisation d'éléments de preuve obtenus par suite d'une violation de la *Charte* serait « susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ».

2. Aperçu de la nouvelle méthode pour procéder à l'examen requis par le par. 24(2)

[67] Le libellé du par. 24(2) en exprime bien l'objet : préserver la considération dont jouit l'administration de la justice. L'expression « administration

often used to indicate the processes by which those who break the law are investigated, charged and tried. More broadly, however, the term embraces maintaining the rule of law and upholding *Charter* rights in the justice system as a whole.

[68] The phrase “bring the administration of justice into disrepute” must be understood in the long-term sense of maintaining the integrity of, and public confidence in, the justice system. Exclusion of evidence resulting in an acquittal may provoke immediate criticism. But s. 24(2) does not focus on immediate reaction to the individual case. Rather, it looks to whether the overall repute of the justice system, viewed in the long term, will be adversely affected by admission of the evidence. The inquiry is objective. It asks whether a reasonable person, informed of all relevant circumstances and the values underlying the *Charter*, would conclude that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

[69] Section 24(2)’s focus is not only long-term, but prospective. The fact of the *Charter* breach means damage has already been done to the administration of justice. Section 24(2) starts from that proposition and seeks to ensure that evidence obtained through that breach does not do further damage to the repute of the justice system.

[70] Finally, s. 24(2)’s focus is societal. Section 24(2) is not aimed at punishing the police or providing compensation to the accused, but rather at systemic concerns. The s. 24(2) focus is on the broad impact of admission of the evidence on the long-term repute of the justice system.

[71] A review of the authorities suggests that whether the admission of evidence obtained in breach of the *Charter* would bring the administration of justice into disrepute engages three avenues of inquiry, each rooted in the public

de la justice » est souvent employée pour désigner les processus d’enquête, d’accusation et de jugement qui entrent en jeu en cas de non-respect de la loi. Toutefois, elle englobe de façon plus générale le maintien des droits garantis par la *Charte* et du principe de la primauté du droit dans l’ensemble du système de justice.

[68] L’expression « déconsidérer l’administration de la justice » doit être prise dans l’optique du maintien à long terme de l’intégrité du système de justice et de la confiance à son égard. Certes, l’exclusion d’éléments de preuve qui aboutit à un acquittement peut provoquer des critiques sur le coup. Il n’en demeure pas moins que les réactions immédiates, dans des cas particuliers, ne sont pas visées par l’objet du par. 24(2). Cette disposition concerne plutôt l’appréciation de l’effet à long terme de l’utilisation d’éléments de preuve sur la considération globale dont jouit le système de justice et suppose un examen de nature objective, qui vise à déterminer si une personne raisonnable, au fait de l’ensemble des circonstances pertinentes et des valeurs sous-jacentes de la *Charte*, conclurait que l’utilisation d’éléments de preuve donnés serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

[69] L’objet du par. 24(2) n’est pas seulement à long terme, il est également prospectif. L’existence d’une violation de la *Charte* signifie que l’administration de la justice a déjà été mise à mal. Le paragraphe 24(2) part de là et vise à faire en sorte que les éléments de preuve obtenus au moyen de cette violation ne déconsidèrent pas davantage le système de justice.

[70] Enfin, le par. 24(2) a un objet sociétal. Il ne vise pas à sanctionner la conduite des policiers ou à dédommager l’accusé, il a plutôt une portée systémique. Il se rapporte aux importantes répercussions de l’utilisation d’éléments de preuve sur la considération à long terme portée au système de justice.

[71] Il ressort de la jurisprudence et de la doctrine qu’il faut, pour déterminer si l’utilisation d’un élément de preuve obtenue en violation de la *Charte* déconsidérerait l’administration de la justice, examiner trois questions tirant chacune leur origine des

interests engaged by s. 24(2), viewed in a long-term, forward-looking and societal perspective. When faced with an application for exclusion under s. 24(2), a court must assess and balance the effect of admitting the evidence on society's confidence in the justice system having regard to: (1) the seriousness of the Charter-infringing state conduct (admission may send the message the justice system condones serious state misconduct), (2) the impact of the breach on the Charter-protected interests of the accused (admission may send the message that individual rights count for little), and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits. The court's role on a s. 24(2) application is to balance the assessments under each of these lines of inquiry to determine whether, considering all the circumstances, admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. These concerns, while not precisely tracking the categories of considerations set out in Collins, capture the factors relevant to the s. 24(2) determination as enunciated in Collins and subsequent jurisprudence.

(a) Seriousness of the Charter-Infringing State Conduct

[72] The first line of inquiry relevant to the s. 24(2) analysis requires a court to assess whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute by sending a message to the public that the courts, as institutions responsible for the administration of justice, effectively condone state deviation from the rule of law by failing to dissociate themselves from the fruits of that unlawful conduct. The more severe or deliberate the state conduct that led to the *Charter* violation, the greater the need for the courts to dissociate themselves from that conduct, by excluding evidence linked to that conduct, in order to preserve public confidence in and ensure state adherence to the rule of law.

[73] This inquiry therefore necessitates an evaluation of the seriousness of the state conduct that led

intérêts publics sous-jacents au par. 24(2), considérés à long terme dans une perspective sociétale prospective. Ainsi, le tribunal saisi d'une demande d'exclusion fondée sur le par. 24(2) doit évaluer et mettre en balance l'effet que l'utilisation des éléments de preuve aurait sur la confiance de la société envers le système de justice en tenant compte de : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État (l'utilisation peut donner à penser que le système de justice tolère l'inconduite grave de la part de l'État), (2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* (l'utilisation peut donner à penser que les droits individuels ont peu de poids) et (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Le rôle du tribunal appelé à trancher une demande fondée sur le par. 24(2) consiste à procéder à une mise en balance de chacune de ces questions pour déterminer si, eu égard aux circonstances, l'utilisation d'éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Bien qu'elles ne recoupent pas exactement les catégories élaborées dans *Collins*, ces questions visent les facteurs pertinents pour trancher une demande fondée sur le par. 24(2), tels qu'ils ont été formulés dans *Collins* et dans la jurisprudence subséquente.

a) *La gravité de la conduite attentatoire de l'État*

[72] Lorsqu'il se penche sur la première question à se poser dans le cadre de l'analyse requise par le par. 24(2), le tribunal doit évaluer si l'utilisation d'éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice en donnant à penser que les tribunaux, en tant qu'institution devant répondre de l'administration de la justice, tolèrent en fait les entorses de l'État au principe de la primauté du droit en ne se dissociant pas du fruit de ces conduites illégales. Plus les gestes ayant entraîné la violation de la *Charte* par l'État sont graves ou délibérés plus il est nécessaire que les tribunaux s'en dissocient en excluant les éléments de preuve ainsi acquis, afin de préserver la confiance du public envers le principe de la primauté du droit et de faire en sorte que l'État s'y conforme.

[73] Cet examen requiert donc l'évaluation de la gravité de la conduite de l'État ayant donné lieu à

to the breach. The concern of this inquiry is not to punish the police or to deter *Charter* breaches, although deterrence of *Charter* breaches may be a happy consequence. The main concern is to preserve public confidence in the rule of law and its processes. In order to determine the effect of admission of the evidence on public confidence in the justice system, the court on a s. 24(2) application must consider the seriousness of the violation, viewed in terms of the gravity of the offending conduct by state authorities whom the rule of law requires to uphold the rights guaranteed by the *Charter*.

[74] State conduct resulting in *Charter* violations varies in seriousness. At one end of the spectrum, admission of evidence obtained through inadvertent or minor violations of the *Charter* may minimally undermine public confidence in the rule of law. At the other end of the spectrum, admitting evidence obtained through a wilful or reckless disregard of *Charter* rights will inevitably have a negative effect on the public confidence in the rule of law, and risk bringing the administration of justice into disrepute.

[75] Extenuating circumstances, such as the need to prevent the disappearance of evidence, may attenuate the seriousness of police conduct that results in a *Charter* breach: *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, *per* Cory J. “Good faith” on the part of the police will also reduce the need for the court to disassociate itself from the police conduct. However, ignorance of *Charter* standards must not be rewarded or encouraged and negligence or wilful blindness cannot be equated with good faith: *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59, at p. 87, *per* Dickson C.J.; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at pp. 32-33, *per* Sopinka J.; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at para. 59. Wilful or flagrant disregard of the *Charter* by those very persons who are charged with upholding the right in question may require that the court dissociate itself from such conduct. It follows that deliberate police conduct in violation of established *Charter* standards tends

la violation. Il ne s’effectue pas dans le but de sanctionner la conduite des policiers ou pour prévenir d’autres violations par la dissuasion, bien qu’un tel résultat puisse être heureux. Son but principal est de préserver la confiance du public envers le principe de la primauté du droit et envers les processus qui le mettent en œuvre. Pour évaluer l’effet de l’utilisation d’éléments de preuve sur la confiance du public envers le système de justice, le tribunal saisi d’une demande fondée sur le par. 24(2) doit examiner l’importance de l’atteinte sous l’angle de la gravité de la conduite répréhensible des autorités étatiques qui, en vertu du principe de la primauté du droit, sont tenues de respecter les droits garantis par la *Charte*.

[74] Les gestes de l’État résultant en une violation de la *Charte* n’ont pas tous la même gravité. À une extrémité de l’éventail des possibilités, l’utilisation d’éléments de preuve obtenus par suite de violations mineures ou commises par inadvertance peut ébranler minimalement la confiance du public à l’égard de la primauté du droit. Par ailleurs, à l’autre extrémité, celle d’éléments de preuve obtenus au mépris délibéré des droits garantis par la *Charte* ou en ne s’en souciant pas aura nécessairement une incidence néfaste sur cette confiance et risquera de déconsidérer l’administration de la justice.

[75] Il se peut que des circonstances atténuantes, telle la nécessité d’empêcher la disparition d’éléments de preuve, réduise la gravité d’actions policières contraires à la *Charte* : *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, le juge Cory. De même, le tribunal aura moins à se dissocier de la conduite de la police lorsque celle-ci a agi de « bonne foi », quoiqu’il soit impératif de ne pas récompenser ou encourager l’ignorance des règles établies par la *Charte* et de ne pas assimiler la négligence ou l’aveuglement volontaire à la bonne foi : *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59, p. 87, le juge en chef Dickson; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, p. 32-33, le juge Sopinka; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 59. Le non-respect délibéré ou manifeste de la *Charte* de la part de ceux-là mêmes qui sont chargés du maintien des droits qui y sont garantis peut dicter au tribunal de se dissocier d’une telle conduite. Il s’ensuit que des gestes policiers contrevenant

to support exclusion of the evidence. It should also be kept in mind that for every *Charter* breach that comes before the courts, many others may go unidentified and unredressed because they did not turn up relevant evidence leading to a criminal charge. In recognition of the need for courts to distance themselves from this behaviour, therefore, evidence that the *Charter*-infringing conduct was part of a pattern of abuse tends to support exclusion.

(b) *Impact on the Charter-Protected Interests of the Accused*

[76] This inquiry focusses on the seriousness of the impact of the *Charter* breach on the *Charter*-protected interests of the accused. It calls for an evaluation of the extent to which the breach actually undermined the interests protected by the right infringed. The impact of a *Charter* breach may range from fleeting and technical to profoundly intrusive. The more serious the impact on the accused's protected interests, the greater the risk that admission of the evidence may signal to the public that *Charter* rights, however high-sounding, are of little actual avail to the citizen, breeding public cynicism and bringing the administration of justice into disrepute.

[77] To determine the seriousness of the infringement from this perspective, we look to the interests engaged by the infringed right and examine the degree to which the violation impacted on those interests. For example, the interests engaged in the case of a statement to the authorities obtained in breach of the *Charter* include the s. 7 right to silence, or to choose whether or not to speak to authorities (*Hebert*) — all stemming from the principle against self-incrimination: *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at para. 44. The more serious the incursion on these interests, the greater the risk that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

[78] Similarly, an unreasonable search contrary to s. 8 of the *Charter* may impact on the protected

délibérément aux règles établies par la *Charte* tendront à fonder l'exclusion des éléments de preuve. Il faut également garder à l'esprit que pour chaque violation de la *Charte* qui aboutit devant les tribunaux, il en existe un grand nombre qui ne sont ni révélées ni corrigées parce qu'elles n'ont pas permis de recueillir d'éléments de preuve pouvant mener à des accusations. Compte tenu de la nécessité que les tribunaux se distancient de tels comportements, la preuve que des actes portant atteinte à la *Charte* s'inscrivent dans un contexte d'abus tend à fonder l'exclusion.

b) *L'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la Charte*

[76] L'examen de cette question met l'accent sur l'importance de l'effet qu'a la violation de la *Charte* sur les droits qui y sont garantis à l'accusé, et il impose d'évaluer la portée réelle de l'atteinte aux intérêts protégés par le droit en cause. Cet effet peut être passager ou d'ordre simplement formel comme il peut être profondément attentatoire. Plus il est marqué, plus l'utilisation des éléments de preuve risque de donner à penser que les droits garantis par la *Charte*, pour encensés qu'ils soient, ne revêtent pas d'utilité réelle pour les citoyens, ce qui engendrerait le cynisme et déconsidérerait l'administration de la justice.

[77] Pour juger de la gravité de la violation dans cette perspective, nous examinons les intérêts protégés par le droit transgressé, puis évaluons l'ampleur des conséquences de la violation sur ces intérêts. Par exemple, les intérêts mis en jeu par une déclaration obtenue en violation de la *Charte* comprennent le droit de garder le silence ou de décider de parler ou non aux autorités garanti à l'art. 7 (*Hebert*) — qui découlent tous du principe interdisant l'auto-incrimination : *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, par. 44. Le risque que l'utilisation des éléments de preuve déconsidère l'administration de la justice augmente en fonction de la gravité de l'empiètement sur ces intérêts.

[78] De la même façon, une fouille ou perquisition abusive contraire à l'art. 8 de la *Charte* peut

interests of privacy, and more broadly, human dignity. An unreasonable search that intrudes on an area in which the individual reasonably enjoys a high expectation of privacy, or that demeans his or her dignity, is more serious than one that does not.

(c) *Society's Interest in an Adjudication on the Merits*

[79] Society generally expects that a criminal allegation will be adjudicated on its merits. Accordingly, the third line of inquiry relevant to the s. 24(2) analysis asks whether the truth-seeking function of the criminal trial process would be better served by admission of the evidence, or by its exclusion. This inquiry reflects society's "collective interest in ensuring that those who transgress the law are brought to trial and dealt with according to the law": *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, at pp. 1219-20. Thus the Court suggested in *Collins* that a judge on a s. 24(2) application should consider not only the negative impact of admission of the evidence on the repute of the administration of justice, but the impact of *failing to admit* the evidence.

[80] The concern for truth-seeking is only one of the considerations under a s. 24(2) application. The view that reliable evidence is admissible regardless of how it was obtained (see *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272) is inconsistent with the *Charter's* affirmation of rights. More specifically, it is inconsistent with the wording of s. 24(2), which mandates a broad inquiry into all the circumstances, not just the reliability of the evidence.

[81] This said, public interest in truth-finding remains a relevant consideration under the s. 24(2) analysis. The reliability of the evidence is an important factor in this line of inquiry. If a breach (such as one that effectively compels the suspect to talk) undermines the reliability of the evidence,

avoir une incidence sur les intérêts protégés se rattachant à la vie privée et, plus généralement, à la dignité humaine. La fouille ou perquisition abusive qui est effectuée dans un contexte d'attente raisonnablement élevée en matière de vie privée ou qui porte atteinte à la dignité individuelle est plus grave.

c) *L'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond*

[79] La société s'attend généralement à ce que les accusations criminelles soient jugées au fond. C'est pourquoi la troisième question à examiner dans le cadre de l'analyse requise par le par. 24(2) vise à déterminer si la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès criminel est mieux servie par l'utilisation ou par l'exclusion d'éléments de preuve. Cet examen incorpore l'« intérêt [de la société] à s'assurer que ceux qui transgressent la loi soient traduits en justice et traités selon la loi » : *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, p. 1219. C'est ainsi que la Cour a indiqué, dans *Collins*, que le juge saisi d'une demande fondée sur le par. 24(2) doit tenir compte non seulement des répercussions négatives qu'aurait l'utilisation des éléments de preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice, mais également de celles qu'aurait leur *exclusion*.

[80] La recherche de la vérité n'est pas le seul élément à considérer dans le cadre d'une demande fondée sur le par. 24(2). L'opinion voulant que des éléments de preuve fiables soient admissibles peu importe la façon dont ils ont été obtenus (voir *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272) est incompatible avec la déclaration de droits énoncée dans la *Charte* et, plus particulièrement, avec le libellé du par. 24(2) qui requiert un large examen de l'ensemble des circonstances, et non la seule appréciation de la fiabilité des éléments de preuve en cause.

[81] Cela étant dit, l'intérêt du public pour la recherche de la vérité demeure un élément pertinent de l'analyse requise par le par. 24(2), et la fiabilité des éléments de preuve est un facteur important à cet égard. Il pourra y avoir lieu d'exclure des éléments de preuve si une violation (par exemple,

this points in the direction of exclusion of the evidence. The admission of unreliable evidence serves neither the accused's interest in a fair trial nor the public interest in uncovering the truth. Conversely, exclusion of relevant and reliable evidence may undermine the truth-seeking function of the justice system and render the trial unfair from the public perspective, thus bringing the administration of justice into disrepute.

[82] The fact that the evidence obtained in breach of the *Charter* may facilitate the discovery of the truth and the adjudication of a case on its merits must therefore be weighed against factors pointing to exclusion, in order to “balance the interests of truth with the integrity of the justice system”: *Mann*, at para. 57, *per* Iacobucci J. The court must ask “whether the vindication of the specific *Charter* violation through the exclusion of evidence exacts too great a toll on the truth-seeking goal of the criminal trial”: *R. v. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14 (Ont. C.A.), at para. 47, *per* Doherty J.A.

[83] The importance of the evidence to the prosecution's case is another factor that may be considered in this line of inquiry. Like Deschamps J., we view this factor as corollary to the inquiry into reliability, in the following limited sense. The admission of evidence of questionable reliability is more likely to bring the administration of justice into disrepute where it forms the entirety of the case against the accused. Conversely, the exclusion of highly reliable evidence may impact more negatively on the repute of the administration of justice where the remedy effectively guts the prosecution.

[84] It has been suggested that the judge should also, under this line of inquiry, consider the seriousness of the offence at issue. Indeed, Deschamps J. views this factor as very important, arguing that the more serious the offence, the greater society's interest in its prosecution (para. 226). In our view, while the seriousness of the alleged offence may be a valid consideration, it has the potential to cut

contraindre un suspect à parler) en compromet la fiabilité. L'utilisation d'éléments de preuve non fiables ne sert en effet ni l'intérêt qu'a l'accusé à bénéficier d'un procès équitable ni l'intérêt qu'a le public à découvrir la vérité. À l'inverse, l'exclusion d'éléments de preuve pertinents et fiables risque de compromettre la fonction de recherche de la vérité du système de justice et de rendre le procès inéquitable aux yeux du public, ce qui déconsidérerait l'administration de la justice.

[82] Il faut donc soupeser l'utilité des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* pour faciliter la découverte de la vérité et amener une décision au fond par rapport aux facteurs tendant à leur exclusion afin de « mettre en balance l'intérêt de l'État à découvrir la vérité d'une part et l'intégrité du système judiciaire d'autre part » : *Mann*, par. 57, le juge Iacobucci. Le tribunal doit se demander [TRADUCTION] « si la sanction de l'atteinte à la *Charte* par l'exclusion de l'élément de preuve entrave trop sévèrement l'objectif du procès pénal qu'est la recherche de la vérité » : *R. c. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14 (C.A. Ont.), par. 47, le juge Doherty.

[83] L'importance des éléments de preuve pour la poursuite est un autre facteur à prendre en considération. Comme la juge Deschamps, nous estimons qu'il s'agit là d'un corollaire à l'examen de la fiabilité, au sens restreint où l'utilisation d'un élément de preuve d'une fiabilité douteuse est davantage susceptible de déconsidérer l'administration de la justice lorsqu'il représente la totalité de la preuve de la poursuite. À l'inverse, l'exclusion d'éléments de preuve d'une grande fiabilité peut être plus dommageable pour la considération dont jouit l'administration de la justice si, en réalité, cette mesure est fatale pour la poursuite.

[84] D'aucuns font valoir que la gravité de l'infraction reprochée doit également être prise en considération. La juge Deschamps estime d'ailleurs qu'il s'agit d'un élément important de l'analyse et que plus l'infraction est grave plus la société a intérêt à ce qu'il y ait un procès (par. 226). Nous estimons pour notre part que s'il peut effectivement s'agir d'un facteur valide, c'en est un qui peut jouer dans

both ways. Failure to effectively prosecute a serious charge due to excluded evidence may have an immediate impact on how people view the justice system. Yet, as discussed, it is the long-term reputé of the justice system that is s. 24(2)'s focus. As pointed out in *Burlingham*, the goals furthered by s. 24(2) "operate independently of the type of crime for which the individual stands accused" (para. 51). And as Lamer J. observed in *Collins*, "[t]he *Charter* is designed to protect the accused from the majority, so the enforcement of the *Charter* must not be left to that majority" (p. 282). The short-term public clamour for a conviction in a particular case must not deafen the s. 24(2) judge to the longer-term reputé of the administration of justice. Moreover, while the public has a heightened interest in seeing a determination on the merits where the offence charged is serious, it also has a vital interest in having a justice system that is above reproach, particularly where the penal stakes for the accused are high.

[85] To review, the three lines of inquiry identified above — the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct, the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused, and the societal interest in an adjudication on the merits — reflect what the s. 24(2) judge must consider in assessing the effect of admission of the evidence on the reputé of the administration of justice. Having made these inquiries, which encapsulate consideration of "all the circumstances" of the case, the judge must then determine whether, on balance, the admission of the evidence obtained by *Charter* breach would bring the administration of justice into disrepute.

[86] In all cases, it is the task of the trial judge to weigh the various indications. No overarching rule governs how the balance is to be struck. Mathematical precision is obviously not possible. However, the preceding analysis creates a decision tree, albeit more flexible than the *Stillman* self-incrimination test. We believe this to be required by the words of s. 24(2). We also take comfort in the fact that patterns emerge with respect to

les deux sens. L'exclusion d'éléments de preuve qui empêche l'examen judiciaire d'une infraction grave peut avoir un effet immédiat sur la perception publique du système de justice, mais nous le répétons, c'est la considération dont il jouit à long terme qui importe pour l'application du par. 24(2). Comme la Cour l'a indiqué dans *Burlingham*, les objectifs visés par le par. 24(2) « s'appliquent indépendamment du genre de crime reproché à l'accusé » (par. 51). Le juge Lamer a également fait remarquer, dans *Collins*, que « [l]a *Charte* vise à protéger l'accusé contre la majorité, donc la mise en application de la *Charte* ne doit pas être laissée à cette majorité » (p. 282). La clameur publique immédiate exigeant une condamnation ne doit pas faire perdre de vue au juge appelé à appliquer le par. 24(2) la réputation à plus long terme du système de justice. En outre, si la gravité d'une infraction accroît l'intérêt du public à ce qu'il y ait un jugement au fond, l'intérêt du public en l'irréprochabilité du système de justice n'est pas moins vital, particulièrement lorsque l'accusé encourt de lourdes conséquences pénales.

[85] En résumé, les trois questions à examiner énumérées plus haut — la gravité de la conduite attentatoire de l'État, l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* et l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond — rendent compte de ce que doit examiner le juge saisi d'une demande fondée sur le par. 24(2) pour juger de l'effet de l'utilisation d'éléments de preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Après avoir examiné ces questions, qui englobent « toutes les circonstances » de l'affaire, le juge doit déterminer si, tout compte fait, l'utilisation des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* déconsidérerait l'administration de la justice.

[86] C'est toujours au juge du procès qu'il revient de mettre en balance les différents facteurs. Aucune règle prépondérante ne régit cet exercice, qui ne peut manifestement pas être effectué avec une précision mathématique. La grille d'analyse décrite précédemment fournit cependant un arbre décisionnel, quoique plus souple que le critère établi par *Stillman* fondé sur l'auto-incrimination. Nous sommes d'avis que c'est ce que requiert le libellé

particular types of evidence. These patterns serve as guides to judges faced with s. 24(2) applications in future cases. In this way, a measure of certainty is achieved. Where the trial judge has considered the proper factors, appellate courts should accord considerable deference to his or her ultimate determination.

3. Application to Different Kinds of Evidence

[87] We have seen that a trial judge on a s. 24(2) application for exclusion of evidence obtained in breach of the *Charter* must consider whether admission would bring the administration of justice into disrepute, having regard to the results of the three lines of inquiry identified above.

[88] We now turn to some of the types of evidence the cases have considered.

(a) *Statements by the Accused*

[89] Statements by the accused engage the principle against self-incrimination, “one of the cornerstones of our criminal law”: *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 2. This Court in *White*, at para. 44, *per* Iacobucci J., described the principle against self-incrimination as “an overarching principle within our criminal justice system, from which a number of specific common law and *Charter* rules emanate, such as the confessions rule, and the right to silence”. The principle also informs “more specific procedural protections such as, for example, the right to counsel in s. 10(b), the right to non-compellability in s. 11(c), and the right to use immunity set out in s. 13”. Residual protection for the principle against self-incrimination is derived from s. 7.

[90] This case concerns s. 24(2). However, it is important to note at the outset that the common law

du par. 24(2). Nous sommes également rassurées par le fait que des tendances se dessinent quant à des types de preuve particuliers. Elles pourront servir de guides pour les juges appelés à trancher des demandes fondées sur le par. 24(2). Ainsi, on atteint une certitude relative. Lorsque le juge a examiné les bons facteurs, les cours d’appel devraient faire preuve d’une retenue considérable à l’égard de la décision rendue.

3. Application aux différents types de preuve

[87] Nous avons vu que le juge de première instance saisi d’une demande fondée sur le par. 24(2) visant l’exclusion d’éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* doit déterminer si l’utilisation de ces éléments déconsidérerait l’administration de la justice, en fonction des conclusions qu’il tire de l’examen des trois questions décrites précédemment.

[88] Voyons maintenant certains types d’éléments de preuve qui ont été examinés par les tribunaux.

a) *Les déclarations faites par l’accusé*

[89] Les déclarations d’un accusé mettent en jeu le principe interdisant l’auto-incrimination, « l’une des pierres angulaires de notre droit criminel » : *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 2, que notre Cour, sous la plume du juge Iacobucci, a décrit comme suit dans *White* : « . . . un principe prépondérant dans notre système de justice criminelle, duquel émanent un certain nombre de règles issues de la common law et de la *Charte*, comme la règle des confessions et le droit de garder le silence . . . » (par. 44). Ce principe est également à la base de « plusieurs protections procédurales plus précises, comme, par exemple, le droit à l’avocat selon l’al. 10b), le droit à la non-contraingnabilité selon l’al. 11c) et le droit à l’immunité contre l’utilisation de la preuve selon l’art. 13 ». L’article 7 lui confère en outre une protection résiduelle contre l’auto-incrimination.

[90] Le présent pourvoi porte sur le par. 24(2). Il importe toutefois de signaler d’entrée de jeu que

confessions rule, quite apart from s. 24(2), provides a significant safeguard against the improper use of a statement against its maker. Where a statement is made to a recognized person in authority, regardless of whether its maker is detained at the time, it is inadmissible unless the Crown can establish beyond a reasonable doubt that it was made voluntarily. Only if such a statement survives scrutiny under the confessions rule and is found to be voluntary, does the s. 24(2) remedy of exclusion arise. Most commonly, this will occur because of added protections under s. 10(b) of the *Charter*.

[91] There is no absolute rule of exclusion of *Charter*-infringing statements under s. 24(2), as there is for involuntary confessions at common law. However, as a matter of practice, courts have tended to exclude statements obtained in breach of the *Charter*, on the ground that admission on balance would bring the administration of justice into disrepute.

[92] The three lines of inquiry described above support the presumptive general, although not automatic, exclusion of statements obtained in breach of the *Charter*.

[93] The first inquiry focusses on whether admission of the evidence would harm the repute of justice by associating the courts with illegal police conduct. Police conduct in obtaining statements has long been strongly constrained. The preservation of public confidence in the justice system requires that the police adhere to the *Charter* in obtaining statements from a detained accused.

[94] The negative impact on the justice system of admitting evidence obtained through police misconduct varies with the seriousness of the violation. The impression that courts condone serious police misconduct is more harmful to the repute of the justice system than the acceptance of minor or inadvertent slips.

[95] The second inquiry considers the extent to which the breach actually undermined the interests

la règle de common law relative aux confessions assure elle-même, indépendamment du par. 24(2), une importante protection contre l'utilisation irrégulière de déclarations contre leur auteur. Les déclarations faites à une personne reconnue comme personne en autorité, que leur auteur ait été ou non en détention, ne sont admissibles que si le ministère public peut établir hors de tout doute raisonnable leur caractère volontaire. La réparation par l'exclusion prévue au par. 24(2) n'intervient que si une déclaration a passé le test de la règle des confessions et a été jugée volontaire. Le plus souvent, le recours au par. 24(2) entre en jeu vu les protections supplémentaires prévues à l'al. 10b) de la *Charte*.

[91] Contrairement à la common law à l'égard des confessions involontaires, le par. 24(2) n'énonce pas une règle absolue prescrivant l'exclusion des déclarations obtenues en violation de la *Charte*. En pratique toutefois, les tribunaux ont eu tendance à exclure de telles déclarations puisque, tout bien considéré, ils ont jugé que leur utilisation risquait de déconsidérer l'administration de la justice.

[92] Les trois questions décrites précédemment appuient le principe de l'exclusion générale présumptive, mais non automatique, de déclarations obtenues en violation de la *Charte*.

[93] La première question porte principalement sur le fait de savoir si l'utilisation d'éléments de preuve discréditerait la justice en associant les tribunaux à une conduite policière illégale. L'obtention de déclarations par la police est étroitement encadrée depuis longtemps. Le maintien de la confiance du public envers le système de justice suppose que la police respecte la *Charte* lorsqu'elle recueille des déclarations faites par des accusés en détention.

[94] L'effet néfaste sur le système de justice de l'utilisation d'éléments de preuve obtenus par suite d'une inconduite policière varie selon la gravité de la violation. L'impression que les tribunaux tolèrent de graves écarts de la part de la police ternit davantage la réputation du système de justice que l'acceptation d'irrégularités mineures ou involontaires.

[95] La deuxième question examine dans quelle mesure la violation du droit en cause a effectivement

protected by the right infringed. Again, the potential to harm the reputation of the justice system varies with the seriousness of the impingement on the individual's protected interests. As noted, the right violated by unlawfully obtained statements is often the right to counsel under s. 10(b). The failure to advise of the right to counsel undermines the detainee's right to make a meaningful and informed choice whether to speak, the related right to silence, and, most fundamentally, the protection against testimonial self-incrimination. These rights protect the individual's interest in liberty and autonomy. Violation of these fundamental rights tends to militate in favour of excluding the statement.

[96] This said, particular circumstances may attenuate the impact of a *Charter* breach on the protected interests of the accused from whom a statement is obtained in breach of the *Charter*. For instance, if an individual is clearly informed of his or her choice to speak to the police, but compliance with s. 10(b) was technically defective at either the informational or implementational stage, the impact on the liberty and autonomy interests of the accused in making an informed choice may be reduced. Likewise, when a statement is made spontaneously following a *Charter* breach, or in the exceptional circumstances where it can confidently be said that the statement in question would have been made notwithstanding the *Charter* breach (see *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343), the impact of the breach on the accused's protected interest in informed choice may be less. Absent such circumstances, the analysis under this line of inquiry supports the general exclusion of statements taken in breach of the *Charter*.

[97] The third inquiry focusses on the public interest in having the case tried fairly on its merits. This may lead to consideration of the reliability of the evidence. Just as involuntary confessions are suspect on grounds of reliability, so may, on occasion, be statements taken in contravention of the *Charter*. Detained by the police and without a lawyer, a suspect may make statements that are

porté atteinte aux intérêts qu'il protège. Dans ce cas aussi, le dommage susceptible d'être causé à la réputation du système de justice varie suivant la gravité de l'atteinte aux intérêts individuels protégés. Comme nous l'avons mentionné, c'est souvent le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10b) qui est transgressé lors de l'obtention illégale de déclarations. L'omission d'informer le détenu de son droit de consulter un avocat porte atteinte à son droit de décider utilement et de façon éclairée s'il parlera aux policiers, à son droit connexe de garder le silence et, plus fondamentalement, à la protection contre l'auto-incrimination testimoniale dont il jouit. Ces droits protègent l'intérêt qu'ont les individus d'être libres et autonomes; leur violation tend à militer en faveur de l'exclusion des déclarations.

[96] Cela étant dit, il est possible que des circonstances particulières tempèrent l'incidence de l'obtention d'une déclaration en violation de la *Charte* sur les intérêts protégés d'un accusé. Par exemple, si une personne est clairement informée qu'elle est libre de parler ou non à la police, mais qu'un vice de forme survient soit au stade de l'information soit à celui de la mise en application du droit garanti par l'al. 10b), l'atteinte à la liberté et à l'autonomie de l'accusé en matière de choix éclairé peut être moindre. De même, lorsqu'une déclaration est faite spontanément à la suite d'une violation de la *Charte* ou dans des circonstances exceptionnelles permettant de conclure avec assurance que cette déclaration aurait été faite même s'il n'y avait pas eu de violation (voir *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343), l'incidence de la violation sur l'intérêt protégé de l'accusé à exercer un choix éclairé peut être atténué. En l'absence de telles circonstances, l'examen de cette question favorise l'exclusion générale des déclarations obtenues en violation de la *Charte*.

[97] La troisième question se rapporte à l'intérêt du public à ce que soit tenu un procès équitable au fond et peut donner lieu à un examen de la fiabilité des éléments de preuve. À l'occasion, on peut mettre en doute la fiabilité des déclarations obtenues en violation de la *Charte*, tout comme on peut le faire pour celle des confessions involontaires. Un suspect détenu par la police et non assisté

based more on a misconceived idea of how to get out of his or her predicament than on the truth. This danger, where present, undercuts the argument that the illegally obtained statement is necessary for a trial of the merits.

[98] In summary, the heightened concern with proper police conduct in obtaining statements from suspects and the centrality of the protected interests affected will in most cases favour exclusion of statements taken in breach of the *Charter*, while the third factor, obtaining a decision on the merits, may be attenuated by lack of reliability. This, together with the common law's historic tendency to treat statements of the accused differently from other evidence, explains why such statements tend to be excluded under s. 24(2).

(b) *Bodily Evidence*

[99] Bodily evidence is evidence taken from the body of the accused, such as DNA evidence and breath samples. Section 8 of the *Charter* protects against unreasonable search and seizure, and hence precludes the state from obtaining such evidence in a manner that is unreasonable.

[100] The majority in *Stillman*, applying a capacious definition of conscription, held that bodily evidence is “conscriptive” and that its admission would affect trial fairness. This resulted in a near-automatic exclusionary rule for bodily evidence obtained contrary to the *Charter*.

[101] *Stillman* has been criticized for casting the flexible in “all the circumstances” test prescribed by s. 24(2) into a straitjacket that determines admissibility solely on the basis of the evidence's conscriptive character rather than all the circumstances; for inappropriately erasing distinctions between testimonial and real evidence; and for producing

d'un avocat peut faire des déclarations qui ont plus à voir avec la tentative de s'extirper de cette situation qu'avec la vérité. L'argument que la déclaration obtenue illégalement est nécessaire à une instruction au fond ne tient pas lorsque ce danger est présent.

[98] Bref, l'importance accrue attachée à une conduite policière adéquate en matière d'obtention de déclarations de suspects et le caractère fondamental des intérêts protégés en jeu favoriseront le plus souvent l'exclusion des déclarations prises en violation de la *Charte*, tandis que l'absence de fiabilité pourra réduire la portée du troisième facteur — l'obtention d'une décision au fond. Cela, jumelé à la tendance historique de la common law à traiter les déclarations des accusés différemment des autres éléments de preuve, explique pourquoi l'application du par. 24(2) aboutit généralement à l'exclusion de telles déclarations.

b) *La preuve corporelle*

[99] La preuve corporelle est constituée d'éléments provenant du corps de l'accusé; il peut s'agir, par exemple, d'une preuve génétique ou d'échantillons d'haleine. L'article 8 de la *Charte* protège contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives et, de ce fait, empêche l'État de recueillir de tels éléments de preuve d'une façon abusive.

[100] Dans l'arrêt *Stillman*, les juges majoritaires ont conclu, sur le fondement d'une définition large de la mobilisation d'un accusé contre lui-même, que la preuve corporelle avait été obtenue « en mobilisant l'accusé contre lui-même » et que son utilisation compromettrait l'équité du procès. Il en a résulté une règle d'exclusion quasi automatique des éléments de preuve corporelle obtenus en contravention de la *Charte*.

[101] On a reproché à l'arrêt *Stillman* d'avoir enfermé le critère d'examen souple « eu égard aux circonstances » établi au par. 24(2) dans un carcan selon lequel l'admissibilité est déterminée uniquement en fonction de la nature auto-incriminante des éléments de preuve et non en fonction de l'ensemble des circonstances, d'avoir indûment fait

anomalous results in some situations: see, e.g., *Burlingham*, per L'Heureux-Dubé J.; *R. v. Schedel* (2003), 175 C.C.C. (3d) 193 (B.C.C.A.), at paras. 67-72, per Esson J.A.; D. M. Paciocco, "Stillman, Disproportion and the Fair Trial Dichotomy under Section 24(2)" (1997), 2 *Can. Crim. L.R.* 163; R. Mahoney, "Problems with the Current Approach to s. 24(2) of the Charter: An Inevitable Discovery" (1999), 42 *Crim. L.Q.* 443; S. Penney, "Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under Section 24(2) of the Charter" (2004), 49 *McGill L.J.* 105; D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (4th ed. 2005), at p. 581. We will briefly review each of these criticisms.

[102] The first criticism is that the *Stillman* approach transforms the flexible "all the circumstances" test mandated by s. 24(2) into a categorical conscriptive evidence test. Section 24(2) mandates a broad contextual approach rather than an automatic exclusionary rule: D. M. Paciocco, "The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule" (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326; A. A. McLellan and B. P. Elman, "The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Analysis of Section 24" (1983), 21 *Alta. L. Rev.* 205, at pp. 205-8; *Orbanski*, at para. 93. As stated in *Orbanski*, per LeBel J., the inquiry under s. 24(2) "amounts to finding a proper balance between competing interests and values at stake in the criminal trial, between the search for truth and the integrity of the trial All the *Collins* factors remain relevant throughout this delicate and nuanced inquiry" (para. 94).

[103] A flexible, multi-factored approach to the admissibility of the evidence is required, not only by the wording of s. 24(2) but by the wide variation between different kinds of bodily evidence. The seriousness of the police conduct and the impact on the accused's rights of taking the bodily evidence,

disparaître des distinctions existant entre la preuve testimoniale et la preuve matérielle et d'avoir produit des résultats aberrants dans certains cas : voir, p. ex., *Burlingham*, la juge L'Heureux-Dubé; *R. c. Schedel* (2003), 175 C.C.C. (3d) 193 (C.A.C.-B.), par. 67-72, le juge Esson; D. M. Paciocco, « *Stillman*, Disproportion and the Fair Trial Dichotomy under Section 24(2) » (1997), 2 *Rev. can. D.P.* 163; R. Mahoney, « Problems with the Current Approach to s. 24(2) of the Charter : An Inevitable Discovery » (1999), 42 *Crim. L.Q.* 443; S. Penney, « Taking Deterrence Seriously : Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under Section 24(2) of the Charter » (2004), 49 *R.D. McGill* 105; D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (4^e éd. 2005), p. 581. Nous allons nous arrêter brièvement sur chacune de ces critiques.

[102] La première fait grief à la méthode employée dans *Stillman* d'avoir transformé le critère d'examen souple « eu égard aux circonstances » établi au par. 24(2) en un critère visant strictement à déterminer si les éléments de preuve ont été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même. Le paragraphe 24(2) prescrit de procéder à un examen contextuel plutôt que d'appliquer une règle d'exclusion automatique : D. M. Paciocco, « The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule » (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326; A. A. McLellan et B. P. Elman, « The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms : An Analysis of Section 24 » (1983), 21 *Alta. L. Rev.* 205, p. 205-208; *Orbanski*, par. 93. Comme le juge LeBel l'a indiqué dans *Orbanski*, l'analyse requise par le par. 24(2) « revient à trouver le juste équilibre entre les intérêts opposés et les valeurs en jeu dans le procès pénal, entre la recherche de la vérité et l'intégrité du procès [. . .] Tous les facteurs de l'arrêt *Collins* demeurent pertinents tout au long de cet examen délicat et nuancé » (para. 94).

[103] L'admissibilité des éléments de preuve doit se déterminer suivant une méthode souple et multifactorielle, en raison non seulement du libellé du par. 24(2), mais aussi des importantes différences existant entre les différents types de preuve corporelle. La gravité de la conduite policière et

may vary greatly. Plucking a hair from the suspect's head may not be intrusive, and the accused's privacy interest in the evidence may be relatively slight. On the other hand, a body cavity or strip search may be intrusive, demeaning and objectionable. A one-size-fits-all conscription test is incapable of dealing with such differences in a way that addresses the point of the s. 24(2) inquiry — to determine if the admission of the evidence will bring the administration of justice into disrepute.

[104] Recent decisions suggest a growing consensus that the admissibility of bodily samples should not depend solely on whether the evidence is conscriptive: *R. v. Richfield* (2003), 178 C.C.C. (3d) 23 (Ont. C.A.), *per* Weiler J.A.; *R. v. Dolynchuk* (2004), 184 C.C.C. (3d) 214 (Man. C.A.), *per* Steel J.A.; *R. v. Banman*, 2008 MBCA 103, 236 C.C.C. (3d) 547, *per* MacInnes J.A. This Court in *R. v. S.A.B.*, 2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678, dealing with the constitutionality of DNA warrant provisions in the *Criminal Code*, acknowledged that the *Charter* concerns raised by the gathering of non-testimonial evidence are better addressed by reference to the interests of privacy, bodily integrity and human dignity, than by a blanket rule that by analogy to compelled statements, such evidence is always inadmissible. See also: L. Stuesser, "R. v. S.A.B.: Putting 'Self-Incrimination' in Context" (2004), 42 *Alta. L. Rev.* 543.

[105] The second and related objection to a simple conscription test for the admissibility of bodily evidence under s. 24(2) is that it wrongly equates bodily evidence with statements taken from the accused. In most situations, statements and bodily samples raise very different considerations from the point of view of the administration of justice. Equating them under the umbrella of conscription

l'incidence de l'obtention de la preuve corporelle sur les droits de l'accusé peuvent varier considérablement. Il se peut que le prélèvement d'un cheveu ne soit pas intrusif et que l'intérêt de l'accusé en matière de vie privée quant à cet élément de preuve puisse être relativement ténu. À l'inverse, l'examen de cavités corporelles ou la fouille à nu peuvent être intrusifs, avilissants et répréhensibles. Un critère universel fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même ne permet pas de tenir compte de telles différences d'une manière qui correspond à l'objet de l'examen requis par le par. 24(2), soit d'établir si l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[104] Il appert de décisions récentes que l'opinion selon laquelle l'admissibilité d'échantillons corporels ne doit pas dépendre uniquement de la question de savoir s'ils ont été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même fait de plus en plus consensus : *R. c. Richfield* (2003), 178 C.C.C. (3d) 23 (C.A. Ont.), la juge Weiler; *R. c. Dolynchuk* (2004), 184 C.C.C. (3d) 214 (C.A. Man.), la juge Steel; *R. c. Banman*, 2008 MBCA 103, 236 C.C.C. (3d) 547, le juge MacInnes. Dans l'arrêt *R. c. S.A.B.*, 2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678, portant sur la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* relatives aux mandats ADN, notre Cour a reconnu qu'il vaut mieux trancher les préoccupations relatives à la *Charte* soulevées par l'obtention d'éléments de preuve non testimoniale en se fondant sur les droits en matière de vie privée, d'intégrité corporelle et de dignité humaine plutôt que sur une règle générale décrétant que, par analogie aux déclarations forcées, une telle preuve est toujours inadmissible. Voir aussi : L. Stuesser, « R. v. S.A.B. : Putting "Self-Incrimination" in Context » (2004), 42 *Alta. L. Rev.* 543.

[105] La deuxième critique, connexe à la première, élevée contre le recours à un critère d'admissibilité de la preuve corporelle uniquement fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même, pour l'application du par. 24(2), lui fait grief d'assimiler à tort la preuve corporelle aux déclarations obtenues d'un accusé. Dans la plupart des cas, les questions relatives à l'administration de la

risks erasing relevant distinctions and compromising the ultimate analysis of systemic disrepute. As Professor Paciocco has observed, “in equating intimate bodily substances with testimony we are not so much reacting to the compelled participation of the accused as we are to the violation of the privacy and dignity of the person that obtaining such evidence involves” (“*Stillman*, Disproportion and the Fair Trial Dichotomy under Section 24(2)”, at p. 170). Nor does the taking of a bodily sample trench on the accused’s autonomy in the same way as may the unlawful taking of a statement. The pre-trial right to silence under s. 7, the right against testimonial self-incrimination in s. 11(c), and the right against subsequent use of self-incriminating evidence in s. 13 have informed the treatment of statements under s. 24(2). These concepts do not apply coherently to bodily samples, which are not communicative in nature, weakening self-incrimination as the sole criterion for determining their admissibility.

[106] A third criticism of the conscription test for admissibility of bodily evidence under s. 24(2) is that from a practical perspective, the conscriptive test has sometimes produced anomalous results, leading to exclusion of evidence that should, in principle and policy, be admitted: see *Dolynchuk*; *R. v. Shepherd*, 2007 SKCA 29, 218 C.C.C. (3d) 113 (per Smith J.A. dissenting), aff’d 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527 (released concurrently); and *R. v. Padavattan* (2007), 223 C.C.C. (3d) 221 (Ont. S.C.J.), per Ducharme J. Notably, breath sample evidence tendered on impaired driving charges has often suffered the fate of automatic exclusion even where the breach in question was minor and would not realistically bring the administration of justice into disrepute. More serious breaches in other kinds of cases — for instance, those involving seizures of

justice soulevées par ces deux types de preuve différent profondément. En les considérant de façon identique sous l’angle de la mobilisation de l’accusé contre lui-même, on risque d’occulter ces distinctions pertinentes et de compromettre l’analyse ultérieure relative à la déconsidération systémique. Comme l’a fait remarquer le professeur Paciocco, [TRADUCTION] « en assimilant les substances corporelles intimes aux témoignages, nous ne réagissons pas tant à la participation forcée de l’accusé qu’à la violation du droit à la vie privée et à la dignité que suppose l’obtention de cette preuve » (« *Stillman*, Disproportion and the Fair Trial Dichotomy under Section 24(2) », p. 170). De même, le prélèvement de substances corporelles ne porte pas atteinte à l’autonomie de l’accusé de la même façon que l’obtention illégale d’une déclaration. Le droit de garder le silence avant le procès garanti par l’art. 7, le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même garanti par l’al. 11(c) et le droit à ce qu’aucun témoignage incriminant ne soit utilisé subséquemment garanti par l’art. 13 ont servi de base au traitement des déclarations pour l’application du par. 24(2). Or, ces concepts ne s’appliquent pas de façon cohérente aux échantillons de substances corporelles, qui ne participent pas de la nature d’une communication. L’auto-incrimination comme seul facteur permettant de statuer sur l’admissibilité de ces éléments de preuve s’en trouve affaiblie.

[106] En troisième lieu, on a reproché au critère d’admissibilité de la preuve corporelle axé sur la mobilisation de l’accusé contre lui-même de produire parfois des résultats aberrants en pratique, entraînant l’exclusion en application du par. 24(2) d’éléments de preuve qui, en principe, devraient être utilisés : voir *Dolynchuk*; *R. c. Shepherd*, 2007 SKCA 29, 218 C.C.C. (3d) 113 (la juge Smith, dissidente), conf. par 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527 (rendu simultanément au présent arrêt); et *R. c. Padavattan* (2007), 223 C.C.C. (3d) 221 (C.S.J. Ont.), le juge Ducharme. Par exemple, des échantillons d’haleine produits en preuve dans des affaires de conduite avec facultés affaiblies ont souvent été écartés automatiquement alors que la violation était mineure et qu’elle n’était pas réellement susceptible de déconsidérer l’administration de la

illegal drugs in breach of s. 8 — have resulted in admission on the grounds that the evidence in question was non-conscriptive. This apparent incongruity has justifiably raised concern.

[107] We conclude that the approach to admissibility of bodily evidence under s. 24(2) that asks simply whether the evidence was conscripted should be replaced by a flexible test based on all the circumstances, as the wording of s. 24(2) requires. As for other types of evidence, admissibility should be determined by inquiring into the effect admission may have on the repute of the justice system, having regard to the seriousness of the police conduct, the impact of the *Charter* breach on the protected interests of the accused, and the value of a trial on the merits.

[108] The first inquiry informing the s. 24(2) analysis—the seriousness of the *Charter*-infringing conduct — is fact-specific. Admission of evidence obtained by deliberate and egregious police conduct that disregards the rights of the accused may lead the public to conclude that the court implicitly condones such conduct, undermining respect for the administration of justice. On the other hand, where the breach was committed in good faith, admission of the evidence may have little adverse effect on the repute of the court process.

[109] The second inquiry assesses the danger that admitting the evidence may suggest that *Charter* rights do not count, thereby negatively impacting on the repute of the system of justice. This requires the judge to look at the seriousness of the breach on the accused's protected interests. In the context of bodily evidence obtained in violation of s. 8, this inquiry requires the court to examine the degree to which the search and seizure intruded upon the

justice, tandis que, dans d'autres types d'affaires — comportant notamment la saisie de drogues illégales en violation de l'art. 8 — les éléments de preuve ont été utilisés malgré des violations plus graves, parce qu'ils n'avaient pas été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même. On peut estimer avec raison que cette incongruité manifeste est préoccupante.

[107] Ainsi, pour l'application du par. 24(2), nous estimons qu'il convient de remplacer l'examen de l'admissibilité des éléments de preuve corporelle s'attachant uniquement à déterminer s'ils ont été obtenus par mobilisation de l'accusé contre lui-même par un critère souple tenant compte de l'ensemble des circonstances, comme l'exige le libellé du par. 24(2). Comme pour les autres types d'éléments de preuve, leur admissibilité devrait s'apprécier en examinant l'effet qu'aurait leur utilisation sur la considération dont jouit le système de justice, compte tenu de la gravité de la conduite policière, des incidences de la violation de la *Charte* sur les intérêts protégés de l'accusé et de la valeur de l'instruction au fond de l'affaire.

[108] Le premier point à examiner dans le cadre de l'analyse requise par le par. 24(2) — la gravité de la conduite attentatoire — est d'ordre factuel. L'utilisation d'éléments de preuve obtenus à la suite d'une conduite policière délibérée, inacceptable et faisant fi des droits de l'accusé peut amener à penser que les tribunaux tolèrent implicitement ce genre de conduite et ébranler le respect dont jouit l'administration de la justice. Par contre, lorsque les policiers ont agi de bonne foi, il se peut que l'utilisation des éléments de preuve en dépit de la violation ait peu d'effet préjudiciable sur la considération dont jouit le processus judiciaire.

[109] Le deuxième point à examiner concerne la possibilité que l'utilisation des éléments de preuve laisse supposer que les droits garantis par la *Charte* ne sont pas très importants, ce qui risque de compromettre la considération attachée au système de justice. Le juge doit donc examiner la gravité de la violation des intérêts protégés de l'accusé et, à l'égard d'éléments de preuve corporelle obtenus en violation de l'art. 8, évaluer dans quelle mesure la

privacy, bodily integrity and human dignity of the accused. The seriousness of the intrusion on the accused may vary greatly. At one end of the spectrum, one finds the forcible taking of blood samples or dental impressions (as in *Stillman*). At the other end of the spectrum lie relatively innocuous procedures such as fingerprinting or iris-recognition technology. The greater the intrusion on these interests, the more important it is that a court exclude the evidence in order to substantiate the *Charter* rights of the accused.

[110] The third line of inquiry — the effect of admitting the evidence on the public interest in having a case adjudicated on its merits — will usually favour admission in cases involving bodily samples. Unlike compelled statements, evidence obtained from the accused's body is generally reliable, and the risk of error inherent in depriving the trier of fact of the evidence may well tip the balance in favour of admission.

[111] While each case must be considered on its own facts, it may be ventured in general that where an intrusion on bodily integrity is deliberately inflicted and the impact on the accused's privacy, bodily integrity and dignity is high, bodily evidence will be excluded, notwithstanding its relevance and reliability. On the other hand, where the violation is less egregious and the intrusion is less severe in terms of privacy, bodily integrity and dignity, reliable evidence obtained from the accused's body may be admitted. For example, this will often be the case with breath sample evidence, whose method of collection is relatively non-intrusive.

(c) *Non-Bodily Physical Evidence*

[112] The three inquiries under s. 24(2) will proceed largely as explained above. Again, under the first inquiry, the seriousness of the *Charter*-infringing conduct will be a fact-specific determination. The degree to which this inquiry militates in favour of excluding the bodily evidence will

fouille, la perquisition ou la saisie a porté atteinte à la vie privée, à l'intégrité corporelle et à la dignité humaine de l'accusé. Les procédés intrusifs peuvent varier beaucoup en gravité, allant de gestes plutôt bénins comme la prise d'empreintes digitales ou l'emploi de techniques de reconnaissance de l'iris à la prise d'échantillons de sang ou d'empreintes dentaires par la force (comme dans *Stillman*). Plus l'atteinte est grande, plus il importe que le tribunal écarte les éléments de preuve afin de donner corps aux droits garantis par la *Charte* aux accusés.

[110] Le troisième point — l'incidence de l'utilisation des éléments de preuve sur l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond — favorisera généralement l'utilisation des éléments de preuve lorsqu'il s'agit d'échantillons de substances corporelles. En effet, contrairement aux déclarations forcées, les éléments de preuve corporelle sont généralement fiables, et le risque d'erreur qui surgit nécessairement lorsque le juge des faits est privé d'éléments de preuve peut faire pencher la balance du côté de l'utilisation.

[111] Bien qu'il faille toujours tenir compte des faits particuliers de chaque cause, on peut dire que, en règle générale, les éléments de preuve seront écartés en dépit de leur pertinence et de leur fiabilité lorsque l'atteinte à l'intégrité corporelle est délibérée et a des effets importants sur la vie privée, l'intégrité corporelle et la dignité de l'accusé. À l'inverse, lorsque la violation est moins inacceptable et l'atteinte moins sévère, les éléments de preuve corporelle fiables pourront être admis. Ce sera souvent le cas, par exemple, des échantillons d'haleine, qui s'obtiennent par des procédés relativement non intrusifs.

c) *Les éléments de preuve matérielle non corporelle*

[112] L'examen en trois points qu'exige l'application du par. 24(2) se fera *grosso modo* de la façon décrite précédemment. L'examen du premier point, soit de la gravité de la conduite attentatoire, sera encore une fois d'ordre factuel, et il militera ou non en faveur de l'exclusion des éléments de preuve en

depend on the extent to which the conduct can be characterized as deliberate or egregious.

[113] With respect to the second inquiry, the *Charter* breach most often associated with non-bodily physical evidence is the s. 8 protection against unreasonable search and seizure: see, e.g., *Buhay*. Privacy is the principal interest involved in such cases. The jurisprudence offers guidance in evaluating the extent to which the accused's reasonable expectation of privacy was infringed. For example, a dwelling house attracts a higher expectation of privacy than a place of business or an automobile. An illegal search of a house will therefore be seen as more serious at this stage of the analysis.

[114] Other interests, such as human dignity, may also be affected by search and seizure of such evidence. The question is how seriously the *Charter* breach impacted on these interests. For instance, an unjustified strip search or body cavity search is demeaning to the suspect's human dignity and will be viewed as extremely serious on that account: *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at pp. 516-17, *per* Dickson C.J.; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679. The fact that the evidence thereby obtained is not itself a bodily sample cannot be seen to diminish the seriousness of the intrusion.

[115] The third inquiry, whether the admission of the evidence would serve society's interest in having a case adjudicated on its merits, like the others, engages the facts of the particular case. Reliability issues with physical evidence will not generally be related to the *Charter* breach. Therefore, this consideration tends to weigh in favour of admission.

(d) *Derivative Evidence*

[116] The class of evidence that presents the greatest difficulty is evidence that combines aspects of both statements and physical evidence — physical evidence discovered as a result of an unlawfully

fonction du caractère délibéré ou inacceptable de la conduite.

[113] S'agissant du deuxième point, la violation de la *Charte* le plus souvent relevée en liaison avec la preuve matérielle non corporelle concerne la protection prévue à l'art. 8 contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives : voir, p. ex., *Buhay*. C'est principalement l'intérêt relatif à la vie privée qui est alors en cause. La jurisprudence peut nous éclairer pour déterminer dans quelle mesure il y a eu violation de l'attente raisonnable de l'accusé au respect de sa vie privée. Par exemple, l'attente est plus grande à l'égard d'un lieu d'habitation qu'à l'égard d'un établissement commercial ou d'une automobile. Une perquisition ou une fouille illégale dans un domicile sera donc considérée comme une violation plus grave à ce stade de l'analyse.

[114] Les fouilles, perquisitions ou saisies présidant à l'obtention de ce type d'éléments de preuve peuvent mettre en cause d'autres intérêts comme celui relatif à la dignité humaine. Il faut évaluer la gravité des incidences de la violation de la *Charte* sur ces intérêts. Par exemple, une fouille à nu ou l'examen de cavités corporelles non justifiés sont attentatoires à la dignité humaine du suspect et seront jugés très graves pour cette raison : *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, p. 516-517, le juge en chef Dickson; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679. Le fait que l'élément de preuve obtenu de cette façon n'est pas une substance corporelle n'atténue pas la gravité de l'atteinte.

[115] Le troisième point à examiner — soit celui de savoir si l'utilisation des éléments de preuve servirait l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond — dépend, comme les autres, des faits en cause. De façon générale, la fiabilité des éléments de preuve matérielle n'aura pas de lien avec la violation de la *Charte*, de sorte que cet examen tend à favoriser leur utilisation.

d) *La preuve dérivée*

[116] La catégorie d'éléments de preuve la plus problématique est celle qui combine certains aspects des déclarations et certains aspects de la preuve matérielle — soit, une preuve matérielle

obtained statement. The cases refer to this evidence as derivative evidence. This is the type of evidence at issue in this case.

[117] We earlier saw that at common law, involuntary confessions are inadmissible. The common law's automatic exclusion of involuntary statements is based on a sense that it is unfair to conscript a person against himself or herself and, most importantly, on a concern about the unreliability of compelled statements. However, the common law drew the line of automatic inadmissibility at the statements themselves and not the physical or "real" evidence found as a result of information garnered from such statements. Because reliability was traditionally the dominant focus of the confessions rule, the public interest in getting at the truth through reliable evidence was seen to outweigh concerns related to self-incrimination: *Wray* and *R. v. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215 (H.C.J.).

[118] Section 24(2) of the *Charter* implicitly overruled the common law practice of always admitting reliable derivative evidence. Instead, the judge is required to consider whether admission of derivative evidence obtained through a *Charter* breach would bring the administration of justice into disrepute.

[119] The s. 24(2) jurisprudence on derivative physical evidence has thus far been dominated by two related concepts — conscription and discoverability. Physical evidence that would not have been discovered but for an inadmissible statement has been considered conscriptive and hence is inadmissible: *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, and *Burlingham*. The doctrine of "discoverability" has been developed in order to distinguish those cases in which the accused's conscription was necessary to the collection of the evidence, from those cases where the evidence would have been obtained in any event. In the former cases, exclusion was the rule, while in the latter, admission was more likely.

découverte à la suite d'une déclaration obtenue illégalement. C'est ce que la jurisprudence appelle la preuve dérivée et c'est le type de preuve en cause en l'espèce.

[117] Nous avons vu précédemment que les confessions involontaires sont inadmissibles en common law. Cette exclusion automatique des déclarations involontaires procède de la perception qu'il est injuste de mobiliser une personne contre elle-même et, surtout, du doute au sujet de la fiabilité des déclarations forcées. Toutefois, la common law n'a pas étendu l'inadmissibilité automatique aux éléments de preuve matérielle découverts grâce aux renseignements tirés de ces déclarations. La règle des confessions s'étant articulé surtout autour de la notion de fiabilité, l'intérêt du public à ce que la vérité soit établie au moyen d'une preuve fiable a, en common law, primé sur les préoccupations relatives à l'auto-incrimination : *Wray* et *R. c. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215 (H.C.J.).

[118] Le paragraphe 24(2) de la *Charte* a implicitement infirmé la pratique de common law consistant à toujours admettre les éléments de preuve dérivée fiables. Le juge doit désormais se demander si l'utilisation des éléments de preuve dérivée obtenus par suite d'une violation de la *Charte* serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[119] La jurisprudence relative au par. 24(2) traitant d'éléments de preuve matérielle dérivée a donc été dominée, jusqu'à présent, par deux notions connexes — celle de la mobilisation de l'accusé contre lui-même et celle de la possibilité de découvrir. Les éléments de preuve matérielle qui n'auraient pas été découverts n'eût été de la déclaration inadmissible ont été considérés comme des éléments de preuve obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même et, par suite, jugés inadmissibles : *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, et *Burlingham*. La théorie de la « possibilité de découvrir » a été élaborée pour distinguer les cas où la mobilisation de l'accusé contre lui-même était nécessaire à l'obtention d'éléments de preuve de ceux où les éléments de preuve auraient été recueillis de toute manière. Dans le premier cas, il y avait exclusion, tandis que, dans le second, les chances qu'ils soient utilisés étaient supérieures.

[120] The conscription-discoverability doctrine has been justifiably criticized as overly speculative and capable of producing anomalous results: D. Stuart, “Questioning the Discoverability Doctrine in Section 24(2) Rulings” (1996), 48 C.R. (4th) 351; Hogg, at section 41.8(d). In practice, it has proved difficult to apply because of its hypothetical nature and because of the fine-grained distinctions between the tests for determining whether evidence is “derivative” and whether it is “discoverable”: see *Feeney*, at paras. 69-71.

[121] The existing rules on derivative evidence and discoverability were developed under the *Collins* trial fairness rationale. They gave effect to the insight that if evidence would have been discovered in any event, the accused’s conscription did not truly *cause* the evidence to become available. The discoverability doctrine acquired even greater importance under *Stillman* where the category of conscriptive evidence was considerably enlarged. Since we have concluded that this underlying rationale should no longer hold and that “trial fairness” in the *Collins/Stillman* sense is no longer a determinative criterion for the s. 24(2) inquiry, discoverability should likewise not be determinative of admissibility.

[122] Discoverability retains a useful role, however, in assessing the actual impact of the breach on the protected interests of the accused. It allows the court to assess the strength of the causal connection between the *Charter*-infringing self-incrimination and the resultant evidence. The more likely it is that the evidence would have been obtained even without the statement, the lesser the impact of the breach on the accused’s underlying interest against self-incrimination. The converse, of course, is also true. On the other hand, in cases where it cannot be determined with any confidence whether evidence would have been discovered in absence of

[120] On a critiqué ces deux notions à juste titre parce qu’elles laissaient trop place aux suppositions et qu’elles pouvaient donner des résultats aberrants : D. Stuart, « Questioning the Discoverability Doctrine in Section 24(2) Rulings » (1996), 48 C.R. (4th) 351; Hogg, section 41.8d). En pratique, elles se sont révélées difficiles à appliquer en raison de leur nature hypothétique et de la subtilité des distinctions entre les critères servant à déterminer si les éléments de preuve sont « dérivé[s] » et si ils « pouvai[en]t être découvert[s] » : voir *Feeney*, par. 69-71.

[121] Les règles existantes en matière de preuve dérivée et de possibilité de découvrir ont été élaborées sur le fondement de la notion d’équité du procès dégagée dans l’arrêt *Collins*, et elles donnaient effet à l’idée que, lorsque les éléments de preuve auraient été découverts de toute façon, la mobilisation de l’accusé contre lui-même n’est pas véritablement *la cause* de leur disponibilité. La théorie de la possibilité de découvrir a pris encore plus d’importance avec l’arrêt *Stillman*, qui a considérablement élargi la catégorie des éléments de preuve obtenus en mobilisant l’accusé contre lui-même. Comme nous avons conclu que ce fondement sous-jacent ne tenait plus et que l’équité du procès au sens des arrêts *Collins* et *Stillman* ne constitue plus un critère déterminant pour les besoins de l’analyse requise par le par. 24(2), la possibilité de découvrir ne devrait pas davantage être déterminante quant à l’opportunité d’utiliser des éléments de preuve dérivée.

[122] La possibilité de découvrir reste toutefois utile pour évaluer l’impact réel de la violation sur les intérêts protégés de l’accusé. En effet, ce critère permet au tribunal d’évaluer la force du lien de causalité entre l’auto-incrimination contraire à la *Charte* et les éléments de preuve qui en ont découlé. Plus il est probable que ces derniers auraient été obtenus même sans la déclaration, moins les incidences de la violation sur l’intérêt sous-jacent de l’accusé de ne pas s’incriminer ont d’importance. Bien entendu, l’inverse est également vrai. Par ailleurs, lorsqu’il est impossible d’établir avec certitude si les éléments de preuve auraient été découverts sans

the statement, discoverability will have no impact on the s. 24(2) inquiry.

[123] To determine whether the admission of derivative evidence would bring the administration of justice into disrepute under s. 24(2), courts must pursue the usual three lines of inquiry outlined in these reasons, taking into account the self-incriminatory origin of the evidence in an improperly obtained statement as well as its status as real evidence.

[124] The first inquiry concerns the police conduct in obtaining the statement that led to the real evidence. Once again, the extent to which this inquiry favours exclusion will depend on the factual circumstances of the breach: the more serious the state conduct, the more the admission of the evidence derived from it tends to undermine public confidence in the rule of law. Were the police deliberately and systematically flouting the accused's *Charter* rights? Or were the officers acting in good faith, pursuant to what they thought were legitimate policing policies?

[125] The second inquiry focusses on the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused. Where a statement is unconstitutionally obtained, in many cases the *Charter* right breached is the s. 10(b) right to counsel, which protects the accused's interest in making an informed choice whether or not to speak to authorities. The relevant consideration at this stage will be the extent to which the *Charter* breach impinged upon that interest in a free and informed choice. Where that interest was significantly compromised by the breach, this factor will strongly favour exclusion. In determining the impact of the breach, the discoverability of the derivative evidence may also be important as a factor strengthening or attenuating the self-incriminatory character of the evidence. If the derivative evidence was independently discoverable, the impact of the breach on the accused is lessened and admission is more likely.

la déclaration, la possibilité de découvrir n'influera pas sur l'analyse requise par le par. 24(2).

[123] Afin de déterminer, pour l'application du par. 24(2), si l'utilisation d'une preuve dérivée est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, les tribunaux doivent examiner les trois questions usuelles que nous avons décrites dans les présents motifs, en tenant compte de l'origine auto-incriminante des éléments de preuve tirés d'une déclaration obtenue irrégulièrement ainsi que de son statut en tant que preuve matérielle.

[124] La première question porte sur la façon dont la police a obtenu la déclaration ayant permis de mettre la main sur la preuve matérielle. Encore une fois, les circonstances factuelles de la violation dicteront dans quelle mesure l'examen de cette question favorisera l'exclusion : plus la conduite de l'État est grave, plus l'utilisation des éléments de preuve qui en découlent tend à miner la confiance du public en la primauté du droit. Les policiers ont-ils délibérément et systématiquement bafoué les droits de l'accusé garantis par la *Charte*? Ou ont-ils plutôt agi de bonne foi, conformément à des politiques policières qu'ils croyaient légitimes?

[125] La deuxième question met l'accent sur les incidences de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte*. Souvent, c'est le droit à l'avocat énoncé à l'al. 10b) — qui protège l'intérêt de l'accusé à décider de façon éclairée s'il parlera ou non aux autorités — qui est violé par l'obtention inconstitutionnelle d'une déclaration. À ce stade, l'examen pertinent consiste à déterminer dans quelle mesure la violation de la *Charte* a empiété sur cet intérêt à faire un choix libre et éclairé. Lorsque l'atteinte à cet intérêt est considérable, ce facteur militera fortement en faveur de l'exclusion. Pour évaluer l'incidence de la violation, la possibilité de découvrir les éléments de preuve dérivée peut revêtir elle aussi de l'importance en tant que facteur qui accroît ou qui atténue le caractère auto-incriminant des éléments de preuve. Si les éléments de preuve dérivée pouvaient être découverts de façon indépendante, l'incidence de la violation pour l'accusé est atténuée et l'utilisation des éléments de preuve est plus probable.

[126] The third inquiry in determining whether admission of the derivative evidence would bring the administration into disrepute relates to society's interest in having the case adjudicated on its merits. Since evidence in this category is real or physical, there is usually less concern as to the reliability of the evidence. Thus, the public interest in having a trial adjudicated on its merits will usually favour admission of the derivative evidence.

[127] The weighing process and balancing of these concerns is one for the trial judge in each case. Provided the judge has considered the correct factors, considerable deference should be accorded to his or her decision. As a general rule, however, it can be ventured that where reliable evidence is discovered as a result of a good faith infringement that did not greatly undermine the accused's protected interests, the trial judge may conclude that it should be admitted under s. 24(2). On the other hand, deliberate and egregious police conduct that severely impacted the accused's protected interests may result in exclusion, notwithstanding that the evidence may be reliable.

[128] The s. 24(2) judge must remain sensitive to the concern that a more flexible rule may encourage police to improperly obtain statements that they know will be inadmissible, in order to find derivative evidence which they believe may be admissible. The judge should refuse to admit evidence where there is reason to believe the police deliberately abused their power to obtain a statement which might lead them to such evidence. Where derivative evidence is obtained by way of a deliberate or flagrant *Charter* breach, its admission would bring the administration of justice into further disrepute and the evidence should be excluded.

4. Application to This Case

[129] The issue is whether the gun produced by Mr. Grant after Toronto police stopped and questioned him should be excluded from the evidence at his trial. The trial judge held that had a

[126] La troisième question à examiner pour établir si l'utilisation des éléments de preuve dérivée serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice concerne l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Comme la preuve dérivée est de nature matérielle, sa fiabilité est généralement moins problématique, et l'intérêt du public à ce qu'un procès soit instruit sur le fond favorisera donc habituellement son utilisation.

[127] Il appartient chaque fois au juge du procès de soupeser et de mettre en balance ces questions. Dans la mesure où il tient compte des facteurs appropriés, il faut faire preuve d'une grande déférence à l'égard de sa décision. On peut toutefois avancer que, en règle générale, lorsque des éléments de preuve fiables sont recueillis à la suite d'une violation résultant de gestes accomplis de bonne foi sans porter gravement atteinte aux intérêts protégés de l'accusé, le juge du procès peut conclure à l'admissibilité de ces éléments pour l'application du par. 24(2). Par contre, une conduite policière délibérée et inacceptable portant substantiellement atteinte à ces intérêts pourra entraîner l'exclusion des éléments de preuve en dépit de leur fiabilité.

[128] Le juge appelé à appliquer le par. 24(2) ne doit pas perdre de vue qu'une règle plus souple peut encourager les policiers à obtenir des déclarations qu'ils savent inadmissibles dans le but de recueillir des éléments de preuve dérivée qui pourraient, à leurs yeux, être utilisés. Lorsqu'il a des raisons de croire que les policiers ont délibérément agi abusivement afin d'obtenir une déclaration pouvant les mener à de tels éléments, le juge devrait refuser de les recevoir en preuve. L'utilisation d'éléments de preuve dérivée recueillis par suite d'une violation flagrante et délibérée de la *Charte* serait susceptible de déconsidérer encore davantage l'administration de la justice, de sorte qu'il y a lieu d'écarter les éléments de preuve.

4. Application en l'espèce

[129] Il faut déterminer si le revolver produit par M. Grant après son interception et son interrogatoire par des policiers de Toronto doit être écarté. Le juge du procès a conclu que si une violation de

Charter breach been established, he would not have excluded the evidence. While the trial judge's s. 24(2) conclusion may not command deference where an appellate court reaches a different conclusion on the breach itself (see *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at pp. 256-57, *per* Sopinka J.; *R. v. Harris*, 2007 ONCA 574, 225 C.C.C. (3d) 193, at p. 212), the trial judge's underlying factual findings must be respected, absent palpable and overriding error.

[130] Here, the admissibility of Mr. Grant's incriminatory statements is not in issue, the statements having no independent evidentiary value. The only issue is the admission or exclusion of the gun. This falls to be determined in accordance with the inquiries described earlier.

[131] At the outset, it is necessary to consider whether the gun was "obtained in a manner" that violated Mr. Grant's *Charter* rights: see *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, and *R. v. Goldhart*, [1996] 2 S.C.R. 463. As explained above, we have concluded that Mr. Grant's rights under ss. 9 and 10(b) of the *Charter* were breached. The discovery of the gun was both temporally and causally connected to these infringements. It follows that the gun was obtained as a result of a *Charter* breach.

[132] Because the gun was discovered as a result of statements taken in breach of the *Charter*, it is derivative evidence. The question, as always, is whether its admission would bring the administration of justice into disrepute. To answer this question, it is necessary to consider the concerns that underlie the s. 24(2) analysis, as discussed above, in "all the circumstances" of the case, including the arbitrary detention and the breach of the right to counsel.

[133] We consider first the seriousness of the improper police conduct that led to the discovery of the gun. The police conduct here, while not in conformity with the *Charter*, was not abusive. There

la *Charte* avait été démontrée, il n'aurait pas écarté cet élément de preuve. Bien que la conclusion du juge du procès relativement à l'application du par. 24(2) puisse ne pas commander la déférence lorsque le tribunal d'appel formule une conclusion différente sur la question de la violation elle-même (voir *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, p. 256-257, le juge Sopinka; *R. c. Harris*, 2007 ONCA 574, 225 C.C.C. (3d) 193, p. 212), il faut, en l'absence d'une erreur manifeste et dominante, respecter les conclusions de fait sous-jacentes du juge du procès.

[130] L'admissibilité des déclarations incriminantes de M. Grant n'est pas en cause puisqu'elles n'ont pas de valeur probante indépendante. La seule question qui se pose est celle de l'admissibilité de l'arme, et elle doit être résolue au moyen de la grille d'analyse décrite précédemment.

[131] D'emblée, il faut se demander si le revolver a été obtenu « dans des conditions qui portent atteinte » aux droits de M. Grant garantis par la *Charte* : voir *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, et *R. c. Goldhart*, [1996] 2 R.C.S. 463. Nous avons conclu, pour les motifs exposés précédemment, qu'il y a eu violation des droits garantis par l'art. 9 et par l'al. 10b) de la *Charte*. Or, il y a un lien temporel et un lien de cause à effet entre ces violations et la découverte de l'arme. Il s'ensuit que l'obtention du revolver résulte d'une violation de la *Charte*.

[132] L'arme ayant été découverte par suite de déclarations obtenues en violation de la *Charte*, il s'agit d'un élément de preuve dérivée. Il faut donc se demander, comme toujours, si son utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, ce qui nécessite l'examen des considérations inhérentes à l'analyse requise par le par. 24(2) dont il a été question précédemment, « eu égard aux circonstances » de l'affaire, y compris à la détention arbitraire et à la violation du droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

[133] Examinons d'abord la gravité de l'irrégularité policière ayant mené à la découverte du revolver. Bien que la police ne se soit pas conformée à la *Charte*, sa conduite n'était pas abusive. Rien

was no suggestion that Mr. Grant was the target of racial profiling or other discriminatory police practices. The officers went too far in detaining the accused and asking him questions. However, the point at which an encounter becomes a detention is not always clear, and is something with which courts have struggled. Though we have concluded that the police were in error in detaining the appellant when they did, the mistake is an understandable one. Having been under a mistaken view that they had not detained the appellant, the officers' failure to advise him of his right to counsel was similarly erroneous but understandable. It therefore cannot be characterized as having been in bad faith. Given that the police conduct in committing the *Charter* breach was neither deliberate nor egregious, we conclude that the effect of admitting the evidence would not greatly undermine public confidence in the rule of law. We add that the Court's decision in this case will be to render similar conduct less justifiable going forward. While police are not expected to engage in judicial reflection on conflicting precedents, they are rightly expected to know what the law is.

[134] The second inquiry under the s. 24(2) analysis focusses on whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute from the perspective of society's interest in respect for *Charter* rights. This inquiry focusses on the impact of the breach on the accused's protected interests. Because the two infringed *Charter* rights protect different interests, it is necessary to consider them separately at this stage.

[135] The initial *Charter* violation was arbitrary detention under s. 9 of the *Charter*, curtailing Mr. Grant's liberty interest. This interaction, beginning as a casual conversation, quickly developed into a subtly coercive situation that deprived Mr. Grant of his freedom to make an informed choice as to how to respond. This is so, notwithstanding the fact that the detention did not involve any physical coercion and was not carried out in an abusive manner. We

n'indique que M. Grant ait été victime de profilage racial ou d'autres pratiques discriminatoires. Les policiers sont allés trop loin en détenant l'appelant et en lui posant des questions, mais le moment auquel un contact se mue en détention n'est pas toujours clair, et il a donné du fil à retordre aux tribunaux. Nous sommes d'avis que les policiers ont commis une erreur en détenant l'appelant au moment où ils l'ont fait, mais que l'erreur est compréhensible. Ils ont également commis une erreur en n'informant pas l'appelant de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, mais puisqu'ils croyaient à tort que ce dernier n'était pas en détention, cette erreur est, elle aussi, compréhensible. Il s'ensuit que l'on ne peut conclure à de la mauvaise foi de leur part. Puisque la violation de la *Charte* ne résultait pas d'une conduite délibérée et inacceptable, nous sommes d'avis que l'utilisation de l'élément de preuve en cause n'aurait pas pour effet de miner considérablement la confiance du public en la primauté du droit. Nous ajoutons toutefois que le présent arrêt fera en sorte que, dorénavant, il sera plus difficile de justifier des gestes similaires. Si la police n'est pas tenue d'entreprendre une réflexion juridique au sujet de précédents contradictoires, elle doit cependant connaître l'état du droit.

[134] La deuxième question posée par l'analyse requise par le par. 24(2) nécessite d'examiner si l'utilisation d'éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, dans la perspective de l'intérêt de la société à ce que les droits garantis par la *Charte* soient respectés. L'incidence de la violation sur les droits garantis à l'accusé par la *Charte* est l'élément central de cet examen. Parce que les deux droits en cause protègent des intérêts différents, il faut, à ce stade, les examiner séparément.

[135] La première violation de la *Charte* a découlé de la détention arbitraire de l'appelant au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 9 de la *Charte*, détention qui a empiété sur sa liberté. Le contact, qui a débuté comme une conversation ordinaire, a rapidement pris l'allure d'une situation subtilement coercitive qui a privé M. Grant de sa liberté de faire un choix éclairé quant à la suite à donner aux événements, et ce, même en l'absence

therefore conclude that the impact of this breach, while not severe, was more than minimal.

[136] The second *Charter* violation was breach of Mr. Grant's s. 10(b) right to counsel. Cst. Gomes, by his own admission, was probing for answers that would give him grounds for search or arrest. Far from being spontaneous utterances, the appellant's incriminating statements were prompted directly by Cst. Gomes' pointed questioning. The appellant, in need of legal advice, was not told he could consult counsel.

[137] As discussed, discoverability remains a factor in assessing the impact of *Charter* breaches on *Charter* rights. The investigating officers testified that they would not have searched or arrested Mr. Grant but for his self-incriminatory statements. Nor would they have had any legal grounds to do so. Accordingly, the fact that the evidence was non-discoverable aggravates the impact of the breach on Mr. Grant's interest in being able to make an informed choice to talk to the police. He was in "immediate need of legal advice" (*Brydges*, at p. 206) and had no opportunity to seek it.

[138] Considering all these matters, we conclude that the impact of the infringement of Mr. Grant's rights under ss. 9 and 10(b) of the *Charter* was significant.

[139] The third and final concern is the effect of admitting the gun on the public interest in having a case adjudicated on its merits. The gun is highly reliable evidence. It is essential to a determination on the merits. The Crown also argues that the seriousness of the offence weighs in favour of admitting the evidence of the gun, so that the matter may be decided on its merits, asserting that gun crime is a societal scourge, that offences of this nature raise major public safety concerns and that the gun is the main evidence in the case. On the other hand, Mr. Grant argues that the seriousness of the offence makes it all the more important that his rights be

de contrainte physique et d'abus. Nous concluons donc que l'effet de cette violation, s'il n'était pas grave, n'était pas non plus négligeable.

[136] La deuxième violation de la *Charte* a été le non-respect du droit de M. Grant d'avoir recours à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b). L'agent Gomes a lui-même reconnu qu'il cherchait à obtenir des réponses qui lui fourniraient des motifs de perquisition ou d'arrestation. Les déclarations incriminantes de l'appelant, loin d'être spontanées, ont découlé des questions inquisitrices de l'agent Gomes. L'appelant, qui avait besoin d'assistance juridique, n'a pas été informé du fait qu'il pouvait consulter un avocat.

[137] Comme nous l'avons déjà mentionné, la possibilité de découvrir les éléments de preuve demeure un facteur d'appréciation de l'incidence des violations de la *Charte* sur les droits qu'elle garantit. Les policiers ont témoigné qu'en l'absence des déclarations incriminantes de M. Grant, ils ne l'auraient ni fouillé ni arrêté. Ils n'auraient pas non plus été juridiquement fondés à poser ces gestes. Le fait que l'élément de preuve n'aurait pas pu être découvert aggrave donc l'incidence de la violation sur l'intérêt de l'appelant à pouvoir décider de façon éclairée s'il allait parler à la police. Il avait « immédiatement besoin de conseils juridiques » (*Brydges*, p. 206) et n'a pas eu l'occasion d'en solliciter.

[138] Nous concluons donc que l'atteinte aux droits de M. Grant garantis par l'art. 9 et l'al. 10b) de la *Charte* était grave.

[139] La troisième et dernière question concerne l'effet de l'utilisation en preuve du revolver sur l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond. Il s'agit d'un élément de preuve très fiable, et essentiel à l'instruction sur le fond. Le ministère public soutient en outre que la gravité de l'infraction milite en faveur de l'utilisation en preuve du revolver pour que l'affaire soit jugée au fond. Il a fait valoir que les crimes comportant l'usage d'une arme à feu sont un fléau social, que les infractions de cette nature constituent une grave menace pour la sécurité publique et que l'arme constitue le principal élément de preuve en l'espèce. Par ailleurs,

respected. In the result, we do not find this factor to be of much assistance.

[140] To sum up, the police conduct was not egregious. The impact of the *Charter* breach on the accused's protected interests was significant, although not at the most serious end of the scale. Finally, the value of the evidence is considerable. These effects must be balanced in determining whether admitting the gun would put the administration of justice into disrepute. We agree with Laskin J.A. that this is a close case. The balancing mandated by s. 24(2) is qualitative in nature and therefore not capable of mathematical precision. However, weighing all these concerns, in our opinion the courts below did not err in concluding that the admission of the gun into evidence would not, on balance, bring the administration of justice into disrepute. The significant impact of the breach on Mr. Grant's *Charter*-protected rights weighs strongly in favour of excluding the gun, while the public interest in the adjudication of the case on its merits weighs strongly in favour of its admission. Unlike the situation in *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494, the police officers here were operating in circumstances of considerable legal uncertainty. In our view, this tips the balance in favour of admission, suggesting that the repute of the justice system would not suffer from allowing the gun to be admitted in evidence against the appellant.

C. *The Meaning of "Transfer" in Sections 84, 99 and 100 of the Criminal Code*

[141] Mr. Grant argues that his conviction of possession of a firearm for the purposes of weapons trafficking under s. 100(1) of the *Criminal Code* should be quashed on the grounds that he did not "transfer" the firearm within the meaning of that section. Section 100(1) states:

M. Grant soutient que la gravité de l'infraction rend le respect de ses droits d'autant plus important. Nous sommes donc d'avis que ce facteur n'est pas d'une grande utilité.

[140] En résumé, la conduite des policiers n'a pas été inacceptable. L'incidence des violations de la *Charte* sur les droits garantis à l'accusé était grave, sans être des plus extrêmes. Enfin, la valeur probante de l'élément de preuve était considérable. Il faut mettre en balance ces différents facteurs pour déterminer si l'utilisation de l'arme en preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Nous sommes d'accord avec le juge Laskin de la Cour d'appel pour dire qu'il s'agit d'une affaire difficile à trancher. La mise en balance requise par le par. 24(2) est de nature qualitative, la précision mathématique est donc impossible. Toutefois, après avoir examiné tous ces facteurs, nous sommes d'avis que les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas commis d'erreur en concluant que, tout bien considéré, l'utilisation en preuve du revolver n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. L'incidence grave de la violation sur les droits de M. Grant garantis par la *Charte* milite fortement en faveur de l'exclusion du revolver, tandis que l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond milite fortement en faveur de son utilisation. Contrairement à la situation qui prévalait dans *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494, les policiers travaillaient en l'espèce dans un contexte d'incertitude juridique considérable. À notre avis, cela fait pencher la balance pour l'utilisation en preuve du revolver contre l'appelant et autorise à penser que cette utilisation ne jetterait pas de discrédit sur le système de justice.

C. *La notion de « cession » pour l'application des art. 84, 99 et 100 du Code criminel*

[141] Monsieur Grant soutient qu'il y a lieu d'annuler la déclaration de culpabilité prononcée contre lui pour possession d'une arme à feu en vue d'en faire le trafic, infraction décrite au par. 100(1) du *Code criminel*, parce qu'il n'a pas « cédé » l'arme au sens où il faut l'entendre pour l'application de cette disposition. Voici le texte du par. 100(1) :

100. (1) Every person commits an offence who possesses a firearm, a prohibited weapon, a restricted weapon, a prohibited device, any ammunition or any prohibited ammunition for the purpose of

(a) transferring it, whether or not for consideration, or

(b) offering to transfer it,

knowing that the person is not authorized to transfer it under the *Firearms Act* or any other Act of Parliament or any regulations made under any Act of Parliament.

[142] In the Court of Appeal, Laskin J.A. noted that “[t]he word ‘transfer’ is defined in s. 84 to mean ‘sell, provide, barter, give, lend, rent, send, *transport*, ship, distribute or deliver’” (para. 72 (*italics in original, underlining added*)). He observed that the dictionary definition of “transport” is to “carry, convey or remove from *one place or person to another*” (para. 72 (*emphasis in original*)). He also noted that ss. 84 and 100 of the *Code* were enacted with reference to the *Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39, and he considered this wider context. Laskin J.A. was not persuaded that there was any reason to depart from the plain meaning of the word. On this definition, Mr. Grant’s admission that he was “dropping off” the gun somewhere “up the road” entailed moving the gun from one place to another and was therefore sufficient to establish all elements of the offence defined by s. 100(1).

[143] Mr. Grant submits that a contextual reading of s. 100 and the related provisions reveals that Parliament intended to reserve the stiffest penalties for transfers that amount to weapons trafficking, not the mere movement of a firearm from place to place. Since the trial judge did not find that he was in possession of the gun for the purpose of transferring it to another person, Mr. Grant argues that the s. 100(1) conviction cannot stand.

[144] We agree with Mr. Grant that Parliament did not intend s. 100(1) to address the simple movement of a firearm from one place to another. First,

100. (1) Commet une infraction quiconque a en sa possession une arme à feu, une arme prohibée, une arme à autorisation restreinte, un dispositif prohibé, des munitions ou des munitions prohibées en vue de les céder, même sans contrepartie, ou d’offrir de les céder, sachant qu’il n’y est pas autorisé en vertu de la *Loi sur les armes à feu*, de toute autre loi fédérale ou de leurs règlements.

[142] Le juge Laskin de la Cour d’appel, après avoir cité la définition de « cession » énoncée à l’art. 84 : « Vente, fourniture, échange, don, prêt, envoi, location, *transport*, expédition, distribution ou livraison » (par. 72 (*en italique dans l’original, nous soulignons*)), s’est reporté à une définition de dictionnaire indiquant que le transport est [TRADUCTION] « le fait de porter, de déplacer ou de faire parvenir *d’un lieu à un autre ou d’une personne à une autre* » (par. 72 (*en italique dans l’original*)). Il a aussi signalé que les art. 84 et 100 du *Code* avaient été édictés en lien avec la *Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, ch. 39, et, après avoir examiné ce contexte plus large, a indiqué qu’il n’était pas convaincu qu’il fallait s’écarter du sens ordinaire du mot. Compte tenu de cette définition, l’aveu de M. Grant qu’il allait [TRADUCTION] « porter » le revolver plus loin « sur la rue » supposait le déplacement de l’arme d’un endroit à un autre et suffisait donc à établir les éléments de l’infraction décrite au par. 100(1).

[143] Suivant M. Grant, l’interprétation contextuelle de l’art. 100 et des dispositions connexes révèle que le législateur voulait réserver les peines les plus lourdes aux cessions équivalant à du trafic d’armes et non au simple déplacement d’une arme à feu d’un endroit à un autre. En outre, puisque le juge du procès n’a pas conclu qu’il était en possession du revolver en vue de le céder à une autre personne, M. Grant fait valoir que la déclaration de culpabilité fondée sur le par. 100(1) ne peut être maintenue.

[144] Nous souscrivons à l’argument de M. Grant selon lequel, dans l’esprit du législateur, le par. 100(1) ne visait pas le simple déplacement d’une

according to the “associated meaning” principle of statutory interpretation, “when two or more words linked by ‘and’ or ‘or’ serve an analogous grammatical and logical function within a provision, they should be interpreted with a view to their common features”: *McDiarmid Lumber Ltd. v. God’s Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846, at para. 30, *per* McLachlin C.J. See also R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 227-31. Once again, the definition of “transfer” is given in s. 84 as “sell, provide, barter, give, lend, rent, send, transport, ship, distribute or deliver”. Of these words, only “transport” can plausibly be said to include moving a thing from place to place without the thing actually changing hands. The common element is the notion of a *transaction*. This suggests a more restrictive meaning than indicated by the dictionary definition of “transport”.

[145] It should also be noted that s. 100(1)(a) applies to the transfer of a firearm, “whether or not for consideration”. Even if “transfer” is equated with “transport”, the underlined words suggest that the import of the provision is to criminalize the transfer of firearms for purposes that implicate others. In other words, the inclusion of the phrase “whether or not for consideration” in s. 100(1)(a) suggests that Parliament did not intend to criminalize simple movement of firearms by this provision, but rather transport for purposes that implicate another person. Further, the criminalization of an “offer” to transfer a firearm under s. 100(1)(b) suggests that a “transfer” is transactional in nature.

[146] We do not accept, as did Laskin J.A., the proposition that the more restrictive reading of s. 100(1) would “destroy the cohesion between the *Criminal Code* provisions on firearms and the *Firearms Act*” (para. 77). While it is undoubtedly true that Parliament intended to place tight restrictions on the movement of firearms, there are other provisions in both regimes that deal specifically with “transfers” that fall short of trafficking. Moving a firearm in an unauthorized manner could

arme à feu d’un endroit à un autre. Premièrement, la règle d’interprétation législative dite des « mots associés » établit que « lorsqu’au moins deux mots reliés par la conjonction “et” ou “ou” ont une fonction logique et grammaticale analogue dans une disposition, ils doivent être interprétés à la lumière de leurs caractéristiques communes » : *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God’s Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846, par. 30, la juge en chef McLachlin. Voir aussi R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 227-231. Voici encore le libellé de la définition de « cession » à l’art. 84 : « Vente, fourniture, échange, don, prêt, envoi, location, transport, expédition, distribution ou livraison. » Dans cette énumération, il n’y a que le mot « transport » qui puisse vraisemblablement viser le déplacement d’une chose d’un lieu à un autre sans qu’elle change de mains. L’élément commun à tous les autres termes est la notion de *marché*, indicative d’un sens plus restreint que celui qui est donné par le dictionnaire pour le mot « transport ».

[145] Il convient également de signaler que le par. 100(1) s’applique à la cession d’une arme à feu « même sans contrepartie ». En supposant même qu’on assimile « transport » et « cession », les mots soulignés indiquent que la disposition a pour objet de criminaliser la cession d’armes à feu pour des fins impliquant d’autres personnes. Autrement dit, il appert de ces mots que l’intention du législateur n’était pas de criminaliser le simple déplacement des armes à feu, mais plutôt leur transport pour des fins impliquant d’autres personnes. En outre, la criminalisation de l’« offre » de cession, au par. 100(1), laisse entendre que la « cession » participe de la nature d’un marché.

[146] Contrairement au juge Laskin, nous ne pouvons accepter l’argument que l’interprétation plus restrictive du par. 100(1) [TRADUCTION] « briserait la cohésion entre les dispositions du *Code criminel* relatives aux armes à feu et la *Loi sur les armes à feu* » (par. 77). Il est incontestable que le législateur a voulu restreindre sévèrement le déplacement des armes à feu, mais les deux lois renferment d’autres dispositions concernant précisément des « cessions » qui ne constituent pas du trafic. Celui qui

result in prosecution under s. 86(2) of the *Criminal Code*, which penalizes the transportation of a firearm in contravention of the regulations made pursuant to the *Firearms Act*. Moreover, the *Firearms Act* defines “transfer” differently from the *Criminal Code*, so their cohesion should not be overstated: see s. 21 of the Act.

[147] Finally, s. 100(1) appears in the *Code* under the heading “Trafficking Offences”. As the Court held in *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759, at para. 53, *per* Lamer C.J., headings “should be considered part of the legislation and should be read and relied on like any other contextual feature” (quoting R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 269). Firearms trafficking offences are extremely serious, carrying substantial penalties. Indeed, since amendments to the *Code* in 2008, a conviction under s. 100(1) now carries a mandatory minimum penitentiary sentence of three years for a first-time offender, up from one year when Mr. Grant was convicted. It should not be lightly assumed that Parliament intended to deem anyone moving a firearm from place to place without authorization to be a weapons trafficker, liable to at least three years’ imprisonment on a first offence. In our view, a contextual reading of the applicable provisions suggests the contrary. Mr. Grant’s offence was serious and potentially extremely dangerous, but on the evidence he did not commit the crime of trafficking.

[148] We would therefore allow the appeal on Count 4.

V. Conclusion

[149] We would allow the appeal on Count 4 (the trafficking charge) and enter an

déplacer une arme à feu de façon non réglementaire s’expose à une poursuite fondée sur le par. 86(2) du *Code criminel*, qui pénalise le transport d’une arme à feu en contravention des règlements d’application de la *Loi sur les armes à feu*. De plus, cette dernière loi donne une définition de « cession » différente de celle du *Code criminel*, de sorte qu’il ne faut pas trop insister sur la cohésion de ces deux textes : voir l’art. 21 de cette loi.

[147] Enfin, l’infraction décrite au par. 100(1) figure dans le *Code* sous la rubrique « Infractions relatives au trafic ». Comme la Cour l’a indiqué dans *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759, par. 53, le juge en chef Lamer (citant R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), p. 269), les rubriques « devraient être considérées comme faisant partie de la législation et elles devraient être lues et invoquées comme tout autre élément contextuel ». Les infractions relatives au trafic d’armes à feu sont extrêmement graves et entraînent de lourdes peines. De fait, depuis les modifications apportées au *Code* en 2008, les accusés déclarés coupables de l’infraction décrite au par. 100(1) sont condamnés à une peine d’emprisonnement minimale de trois ans pour une première infraction, soit une augmentation par rapport à la peine maximale d’un an qui prévalait lorsque M. Grant a été déclaré coupable. Il ne faut pas présumer à la légère que le législateur voulait que quiconque déplace une arme à feu d’un endroit à un autre sans autorisation soit réputé en faire le trafic et encoure une peine d’au moins trois ans d’emprisonnement pour une première infraction. À notre avis, l’interprétation contextuelle des dispositions applicables indique le contraire. Monsieur Grant a commis une infraction grave qui pouvait présenter un grand danger, mais la preuve indique qu’il ne s’est pas livré à un trafic.

[148] Nous sommes donc d’avis d’accueillir le pourvoi à l’égard du quatrième chef d’accusation.

V. Conclusion

[149] Nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi et de prononcer un acquittement à l’égard du

acquittal. On all other counts, we would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[150] BINNIE J. — I concur with the disposition of the appeal proposed by my colleagues the Chief Justice and Charron J. and with their modified framework for determinations under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* regarding the admission or rejection of evidence obtained in a manner that violates the *Charter*. I differ, with respect, on their approach to the definition of “detention” in ss. 9 and 10 of the *Charter*. In particular, I believe their approach lays too much emphasis on the *claimant’s* perception of psychological pressure, albeit as filtered through the eyes of the hypothetical reasonable person in the claimant’s situation. My colleagues summarize their position on this point as follows:

1. Detention under ss. 9 and 10 of the *Charter* refers to a suspension of the individual’s liberty interest by a significant physical or psychological restraint. Psychological detention is established either where the individual has a legal obligation to comply with the restrictive request or demand, or a reasonable person would conclude by reason of the state conduct that he or she had no choice but to comply. [Emphasis added; para. 44.]

My colleagues then set out a number of factors to help “determine whether the reasonable person in the individual’s circumstances would conclude that he or she had been deprived by the state of the liberty of choice” (*ibid.*).

[151] The Court’s continued embrace of a wholly claimant-centred approach may lead to the impression that it is more important to enquire whether the hypothetical reasonable person “in the individual’s circumstances” would *think* himself or herself to be detained than whether he or she *is* detained. The perspective of the person stopped (or a “reasonable person” caught in that particular situation) is important because it is *that* person’s liberty that

quatrième chef d’accusation (trafic) et de rejeter le pourvoi à l’égard de tous les autres chefs d’accusation.

Version française des motifs rendus par

[150] LE JUGE BINNIE — Je souscris au dispositif que proposent mes collègues la Juge en chef et la juge Charron dans le présent pourvoi et au cadre d’analyse modifié qu’elles ont élaboré pour trancher une demande fondée sur le par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* quant à l’admission ou à l’exclusion d’éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*. Avec égards, je ne partage toutefois pas leur opinion quant à l’approche à adopter pour définir le mot « détention » pour l’application des art. 9 et 10 de la *Charte*. Plus particulièrement, j’estime que leur approche accorde trop d’importance à la perception d’une pression psychologique par le *plaignant*, quoique filtrée par les yeux d’une personne raisonnable hypothétique placée dans la même situation. Mes collègues résument comme suit leur position à cet égard :

1. La détention visée aux art. 9 et 10 de la *Charte* s’entend de la suspension du droit à la liberté d’une personne par suite d’une contrainte physique ou psychologique considérable. Il y a détention psychologique quand l’individu est légalement tenu d’obtempérer à une demande contraignante ou à une sommation, ou quand une personne raisonnable conclurait, compte tenu de la conduite de l’État, qu’elle n’a d’autre choix que d’obtempérer. [Je souscris; par. 44.]

Mes collègues énumèrent ensuite un grand nombre de facteurs qui pourront aider à « déterminer si une personne raisonnable placée dans la même situation conclurait qu’elle a été privée par l’État de sa liberté de choix » (*ibid.*).

[151] L’adhésion constante de la Cour à une approche exclusivement centrée sur le plaignant pourrait donner l’impression qu’il est plus important de se demander si la personne raisonnable hypothétique « placée dans la même situation » que le plaignant *penserait* qu’elle est détenue plutôt que de se demander si elle *est* détenue. Le point de vue de la personne interceptée (ou d’une « personne raisonnable » se retrouvant dans cette situation précise)

is at issue, but, in my view, the claimant's perspective does not exhaust the relevant considerations. I agree there can be no detention unless the liberty of the person stopped is (or is reasonably perceived by that person to be) significantly constrained, but there may be much happening of which the person stopped is unaware, and this other context ought potentially to affect the legal characterization of the encounter. I agree with Professor Stuart when he writes that

the focus should not be exclusively on the state of mind of the accused. As Courts of Appeal have persuasively suggested, detention should also take into account the perceptions of the police. . . . [Otherwise] [t]hose perhaps most in need of Charter protection against coercive police practices will have none. On the other hand, it would be unfortunate if preliminary police questioning of any suspect would have to be peppered with Charter warnings.

(D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (4th ed. 2005), at p. 327)

My colleagues do take into account some police-related factors (e.g., whether the individual is singled out for “focussed investigation” (para. 44(2)(a)) but, as will be seen, they do so only to the extent this information is made evident to the person stopped.

[152] Also important, in my view, is an *objective* assessment of the facts of the encounter divorced from the perception of both parties, neither of whom may have a very clear idea of what is going on in the rush of events.

A. When Does a “Stop” Become a Detention?

[153] While the uniformed police embody society's collective desire for public order and livable and safe communities, they also present a serious and continuing risk to the individual's right to be

est important, parce que c'est la liberté de *cette* personne qui est en cause, mais, à mon avis, le point de vue du plaignant n'est pas la seule considération pertinente. Je reconnais qu'il ne peut y avoir détention sans que la liberté de la personne interceptée soit considérablement entravée (ou qu'elle perçoive raisonnablement qu'il en est ainsi). Il pourrait toutefois se passer bien des choses dont la personne interceptée n'a pas connaissance et il est possible que ces autres éléments contextuels doivent jouer dans la qualification juridique du contact entre la personne et les forces policières. Je suis d'accord avec le professeur Stuart lorsqu'il écrit qu'il

[TRADUCTION] ne faut pas mettre l'accent exclusivement sur l'état d'esprit de l'accusé. Comme les cours d'appel l'ont suggéré de façon convaincante, le concept de détention doit aussi tenir compte de la perception du policier. [. . .] [Autrement], [c]eux qui ont peut-être le plus besoin de la protection de la Charte contre les pratiques coercitives de la police n'en auront aucune. Par contre, il serait regrettable que les questions préliminaires posées par les policiers à quelque suspect que ce soit doivent être criblées de mises en garde fondées sur la Charte.

(D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (4^e éd. 2005), p. 327)

Mes collègues tiennent compte de certains facteurs qui concernent les policiers (comme le fait que la personne en particulier fasse l'objet d'une « enquête ciblée » (par. 44(2)a)), mais, comme nous le verrons, elles ne les prennent en considération que dans la mesure où ces renseignements sont dévoilés à la personne interceptée.

[152] À mon avis, il est aussi important de procéder à une évaluation *objective* des éléments factuels du contact, abstraction faite de la perception des deux parties, aucune d'elles n'ayant peut-être une idée très claire de ce qui se passe dans le feu de l'action.

A. Quand une « interception » devient-elle une détention?

[153] Bien que les policiers en uniforme représentent la volonté collective de la société que règne l'ordre public et que les communautés soient habitables et sécuritaires, ils constituent aussi une menace

left alone by the state in the absence of objective justification for the state's intervention. Interactions between the police and members of the public are not only rich in diversity but exceedingly common. Quite apart from police assistance offered to the general public, a traditional part of the daily routine of the "cop on the beat" is to check out "suspicious persons". Clear guidance on the rules governing such encounters is, or ought to be, an important part of police training: C. D. Shearing and P. C. Stenning, *Police Training in Ontario: An Evaluation of Recruit and Supervisory Courses* (1980), at p. 41. This case is about a pedestrian. No one doubts the importance of being able to determine at what moment an *interaction* between the police and a pedestrian is converted into a *détention* of that individual, thereby triggering the rights subsidiary to detention, including the right to involve his or her lawyer who can generally be expected to advise his or her client not to say anything further. In the first instance it is the police who must decide if a detention exists because they are the people who administer the caution and inform the person detained about the right to counsel. Their intentions and perceptions will inevitably be factored into their determinations whether disclosed to the claimant or not, and should be taken into account in the legal test for detention when the matter eventually comes before a judge.

[154] A growing body of evidence and opinion suggests that visible minorities and marginalized individuals are at particular risk from unjustified "low visibility" police interventions in their lives: *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, at para. 83. See also A. Young, "All Along the Watchtower: Arbitrary Detention and the Police Function" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329, at p. 390; D. M. Tanovich, "Using the Charter to Stop Racial Profiling: The Development of an Equality-Based Conception of Arbitrary Detention" (2002), 40 *Osgoode Hall L.J.* 145; Ontario Human Rights Commission, Inquiry Report. *Paying the Price: The Human Cost of Racial Profiling* (2003); *Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System* (1995), at p. 337.

sérieuse et continue pour le droit de chacun de ne pas être importuné par l'État sans que l'intervention étatique puisse être justifiée objectivement. Les interactions entre les policiers et les citoyens sont non seulement très diversifiées, mais aussi extrêmement fréquentes. Outre l'aide offerte au public en général, les tâches quotidiennes typiques du « policier patrouilleur » consistent notamment à effectuer des vérifications concernant des « personnes suspectes ». Des directives claires sur les règles qui régissent ces contacts avec les citoyens constituent, ou devraient constituer, une part importante de la formation des policiers : C. D. Shearing et P. C. Stenning, *Police Training in Ontario : An Evaluation of Recruit and Supervisory Courses* (1980), p. 41. L'affaire dont la Cour est saisie concerne un piéton. Personne ne doute de l'importance de pouvoir déterminer à quel moment une *interaction* entre un policier et un piéton devient une *détention* donnant ouverture aux droits garantis en cas de détention, dont celui de faire intervenir son avocat qui, règle générale, conseillera vraisemblablement au piéton de ne plus rien dire. Au départ, c'est aux policiers de décider s'il y a détention, parce que c'est eux qui feront une mise en garde à la personne détenue et qui l'informeront de son droit à l'assistance d'un avocat. Leurs intentions et leurs perceptions, révélées ou non au plaignant, joueront inévitablement dans leurs décisions et le juge saisi de l'affaire, le cas échéant, devrait en tenir compte dans l'application du critère juridique servant à déterminer s'il y a détention.

[154] De plus en plus d'éléments de preuve et d'opinions tendent à démontrer que les minorités visibles et les personnes marginalisées risquent davantage de faire l'objet d'interventions policières « discrètes » injustifiées : *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679, par. 83. Voir aussi A. Young, « All Along the Watchtower : Arbitrary Detention and the Police Function » (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329, p. 390; D. M. Tanovich, « Using the Charter to Stop Racial Profiling : The Development of an Equality-Based Conception of Arbitrary Detention » (2002), 40 *Osgoode Hall L.J.* 145; Commission ontarienne des droits de la personne, Rapport d'enquête, *Un prix à payer : Les coûts humains du profilage racial* (2003); *Rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en*

The appellant, Mr. Grant, is black. Courts cannot presume to be colour-blind in these situations.

[155] At the same time, members of visible minorities may, as much as anyone else, be approached and asked questions by police. While, even more so than others, they may feel unable to choose to walk away, the perspective of the police and the information (if any) the police possess when they initiate an encounter would help assess whether the liberty interest of the person stopped is truly at issue, even if the police perspective on the encounter is not made known by words or conduct to the person stopped.

B. A Brief History of the “Reasonable Perception” Test

[156] Our approach to detention, as with so much of this area of the law, draws heavily on the U.S. Fourth Amendment jurisprudence. Both societies, Canada and the United States, place a high value on the right of citizens to go about their business without being arbitrarily stopped by the police and told to give an account of activities that they consider to be none of the police’s affair. We therefore want a definition of detention that protects our liberty. Accordingly, in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, Le Dain J. held, and subsequent cases have agreed, that a person is detained where he or she “submits or acquiesces in the deprivation of liberty and reasonably believes that the choice to do otherwise does not exist” (p. 644). This approach corresponded to earlier decisions of the U.S. Supreme Court establishing that “a person has been ‘seized’ [i.e. detained] within the meaning of the Fourth Amendment only if, in view of all the circumstances surrounding the incident, a reasonable person would have believed that he was not free to leave”: *United States v. Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980), at p. 554, endorsed in *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983), and subsequent cases.

Ontario (1995), p. 383. L’appelant, M. Grant, est de race noire. En pareilles circonstances, les tribunaux ne peuvent se permettre de faire abstraction des considérations raciales.

[155] Cependant, un membre d’une minorité visible peut, comme n’importe qui d’autre, être abordé et interrogé par les policiers. La personne ainsi interpellée peut, même plus que quiconque, se sentir incapable de choisir de partir. Le point de vue des policiers et les renseignements dont ils disposent, le cas échéant, au moment où ils l’interceptent seraient utiles pour déterminer si sa liberté était réellement en jeu et ce, même si les policiers ne lui ont pas révélé leur perception de la situation par les mots qu’ils ont utilisés ou par leur comportement.

B. Bref historique du critère de la « perception raisonnable »

[156] Notre approche en ce qui a trait à la détention, comme pour une part importante de ce domaine du droit, s’inspire largement de la jurisprudence relative au Quatrième amendement de la Constitution américaine. Les sociétés canadienne et américaine accordent une grande valeur au droit de chacun de vaquer à ses occupations sans être intercepté arbitrairement par les policiers et sommé de rendre compte de ses faits et gestes, alors que ceux-ci ne les concernent pas. Nous souhaitons donc appliquer une définition de la détention qui protège notre liberté. En conséquence, dans *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, le juge Le Dain a tiré la conclusion, entérinée dans des arrêts subséquents, qu’une personne est détenue lorsqu’elle « se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu’elle n’a pas le choix d’agir autrement » (p. 644). Cette approche était à l’image de décisions antérieures de la Cour suprême des États-Unis selon lesquelles [TRADUCTION] « une personne a été “saisie” [c.-à-d. mise en détention] au sens où il faut l’entendre pour l’application du Quatrième amendement seulement si, compte tenu de toutes les circonstances entourant l’incident, une personne raisonnable aurait cru qu’elle n’était pas libre de partir » : *United States c. Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980), p. 554, décision entérinée dans *Florida c. Royer*, 460 U.S. 491 (1983), et dans des jugements subséquents.

[157] Stewart J. in *Mendenhall* stated quite categorically that the “subjective intention” of the state authority (a drugs enforcement officer) “to detain the respondent, had she attempted to leave, is irrelevant except insofar as that may have been conveyed to the respondent” (p. 554, fn. 6 (emphasis added)). The approach of excluding from consideration information not reasonably evident to the person stopped is endorsed by my colleagues at numerous points in their judgment, for example:

The question is whether the police conduct would cause a reasonable person to conclude that he or she was not free to go and had to comply with the police direction or demand. [para. 31]

. . .

Accordingly, we must consider all relevant circumstances to determine if a reasonable person in Mr. Grant’s position would have concluded that his or her right to choose how to interact with the police (i.e. whether to leave or comply) had been removed. [para. 46]

. . .

In our view, the evidence supports Mr. Grant’s contention that a reasonable person in his position (18 years old, alone, faced by three physically larger policemen in adversarial positions) would conclude that his or her right to choose how to act had been removed by the police, given their conduct. [para. 50]

[158] The *Mendenhall* approach to detention adopted in *Therens* and affirmed in this case by my colleagues has different consequences in the U.S. than it does here. In relation to the right to counsel, for example, that right does not arise in the U.S. “without delay” upon a psychological detention (“or seizure”), but only where there is “a ‘formal arrest or restraint on freedom of movement’ of the degree associated with a formal arrest”: *California v. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983), at p. 1125; *Oregon v. Mathiason*, 429 U.S. 492 (1977), at p. 495. See also *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964), at pp. 490-91; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436

[157] Dans *Mendenhall*, le juge Stewart a affirmé assez catégoriquement que [TRADUCTION] « l’intention subjective » du représentant de l’État (un agent de la lutte antidrogue) « de détenir l’intimée, si elle avait tenté de quitter les lieux, n’est pas pertinente, sauf dans la mesure où cette intention a été révélée à l’intimée » (p. 554, note 6 (je souligne)). À de nombreuses reprises dans leur jugement, mes collègues adhèrent à l’approche qui consiste à exclure de l’examen judiciaire les renseignements qui ne sont pas raisonnablement manifestes pour la personne interceptée. Par exemple, elles écrivent :

Il faut se demander si la conduite policière inciterait une personne raisonnable à conclure qu’elle n’est pas libre de partir et qu’elle doit obtempérer à l’ordre ou à la sommation de la police. [par. 31]

. . .

Par conséquent, nous devons examiner toutes les circonstances pertinentes pour décider si une personne raisonnable placée dans la situation de M. Grant aurait conclu que son droit de choisir le comportement à adopter avec les policiers (c.-à-d. s’en aller ou obtempérer) lui avait été retiré. [par. 46]

. . .

À notre avis, la preuve étaye l’affirmation de M. Grant qu’une personne raisonnable placée dans sa situation (18 ans, seul, devant trois policiers plus costauds que lui et en position antagonique) aurait conclu que les policiers, par leur conduite, l’avaient privée de la liberté de choisir comment agir. [par. 50]

[158] La définition de ce qui constitue une détention établie dans *Mendenhall*, adoptée dans *Therens* et à laquelle adhèrent mes collègues en l’espèce, n’a pas les mêmes conséquences aux États-Unis qu’ici. Aux États-Unis, le droit à l’assistance d’un avocat, par exemple, ne prend pas naissance « sans délai » dès qu’il y a détention (« ou saisie ») psychologique, mais seulement lorsqu’il y a [TRADUCTION] « “arrestation formelle ou entrave formelle à la liberté de mouvement” comparable à celle associée à une arrestation formelle » : *California c. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983), p. 1125; *Oregon c. Mathiason*, 429 U.S. 492 (1977), p. 495. Voir aussi

(1966), at p. 444; *Thompson v. Keohane*, 516 U.S. 99 (1995), at p. 112. Whether such a situation of formal restraint exists under U.S. law “depends on the objective circumstances of the interrogation, not on the subjective views harbored by either the interrogating officers or the person being questioned”: *Stansbury v. California*, 511 U.S. 318 (1994), at p. 323 (emphasis added). In other words, in the U.S. psychological detention does not, without more, invoke entitlement to the assistance of counsel. The U.S. courts take a generous view of when “psychological detention” occurs because it triggers scrutiny under the Fourth Amendment of police conduct that would otherwise lie outside judicial oversight under their Constitution. In practical terms, the U.S. can live with such a broad claimant-centred definition because it does not have the effect of bringing in the lawyers at an early stage in encounters between the police and the citizen. The significant effect of a finding of detention in the U.S., as under our decision in *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, is to require the police to meet the standard of reasonable suspicion. Thus, the *Mendenhall* doctrine of psychological detention, when imported into Canada, raises a complication under s. 10(b) not present in the United States.

C. Recognizing an “Obvious Tension”

[159] In this case, Laskin J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, recognized that:

The definition of “psychological detention” reflects a judicial balance between competing values. On the one hand, the police have the duty and the authority to investigate and prevent crime in order to keep our community safe. In carrying out their duty, they must interact daily with ordinary citizens. Not every such encounter between the police and a citizen amounts to a constitutional “detention”. This court and other courts have recognized that police must be able to speak to

Escobedo c. Illinois, 378 U.S. 478 (1964), p. 490-491; *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), p. 444; *Thompson c. Keohane*, 516 U.S. 99 (1995), p. 112. Selon le droit américain, l’existence d’une telle situation d’entrave formelle [TRADUCTION] « dépend des circonstances objectives de l’interrogatoire et non des perceptions subjectives des agents qui procèdent à l’interrogatoire ou de la personne qui le subit » : *Stansbury c. California*, 511 U.S. 318 (1994), p. 323 (je souligne). Autrement dit, aux États-Unis, la détention psychologique, sans plus, ne donne pas ouverture au droit à l’assistance d’un avocat. Les tribunaux américains ont une vision libérale du moment où survient une « détention psychologique » parce qu’elle donne lieu à l’examen de la conduite des policiers au regard du Quatrième amendement, alors que, suivant leur Constitution, cette conduite échapperait autrement à la surveillance des tribunaux. En pratique, les États-Unis peuvent s’accommoder d’une définition aussi large centrée sur le plaignant parce qu’elle n’a pas pour effet de faire intervenir les avocats à une étape précoce du contact entre les policiers et les citoyens. Le principal effet d’une conclusion selon laquelle il y a détention est, aux États-Unis, d’obliger les policiers à satisfaire à la norme des soupçons raisonnables, tout comme l’exige l’arrêt *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59. Ainsi, la thèse de la détention psychologique énoncée dans *Mendenhall*, si on l’applique au Canada, soulève une difficulté associée à l’application de l’al. 10(b), qui n’a pas d’équivalent aux États-Unis.

C. Reconnaissance de l’existence d’une « tension manifeste »

[159] En l’espèce, le juge Laskin a reconnu, au nom de la Cour d’appel de l’Ontario, que :

[TRADUCTION] La définition de la « détention psychologique » rend compte de la mise en équilibre de valeurs concurrentes par les tribunaux. D’un côté, les policiers ont le devoir et le pouvoir d’enquêter sur les infractions criminelles et de prévenir le crime pour assurer la sécurité au sein de la communauté. Dans l’exécution de leurs tâches, ils doivent interagir quotidiennement avec les citoyens ordinaires. Tous les contacts de ce type entre les policiers et les citoyens ne constituent

a citizen without triggering that citizen's *Charter* rights.

. . .

On the other hand, ordinary citizens must have the right to move freely about their community.

((2006), 81 O.R. (3d) 1, at paras. 10 and 12)

[160] In the companion case of *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460, where the police intercepted an individual as he tried to leave an Ontario liquor store where a fraud had just been committed, Doherty J.A., also speaking for the Ontario Court of Appeal, recognized the “obvious tension between the requirement to inform detained persons of their right to counsel and the proper and effective use of brief investigative detentions” (2007 ONCA 60, 85 O.R. (3d) 127, at para. 41).

[161] Having found a breach of s. 9, Laskin J.A. did not go on in this case to deal with the s. 10(b) right to counsel. However, as my colleagues treat *Suberu* in this Court as a more or less straightforward application of their analysis of detention in *Grant*, I propose to deal with both ss. 9 and 10(b) here.

[162] The Crown's argument is that by introducing a right to legal counsel (and “to be informed of that right”) prematurely into commonplace interactions between police and members of the public, the Court would hamstring essential police services and unduly tilt the constitutional balance against the public interest in effective law enforcement. For the police, in Professor Uviller's mellifluous phrase, “[t]he confession is the ‘queen of the evidentiary chessboard’” (quoted in Young, at pp. 365-66). When lawyers are on the scene, the potential for obtaining confessions tends to dry up.

pas une « détention » sur le plan constitutionnel. Notre cour et d'autres tribunaux ont reconnu que les policiers doivent pouvoir parler à un citoyen sans déclencher l'application des droits que lui garantit la *Charte*.

. . .

D'un autre côté, les citoyens ordinaires doivent avoir le droit de se déplacer librement dans leur communauté.

((2006), 81 O.R. (3d) 1, par. 10 et 12)

[160] Dans l'affaire connexe *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460, où les policiers ont intercepté un individu au moment où il tentait de quitter un magasin de la Régie des alcools de l'Ontario dans lequel une fraude venait d'être commise, le juge Doherty, s'exprimant également au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a reconnu l'existence d'une [TRADUCTION] « tension manifeste entre l'obligation d'informer les personnes détenues de leur droit à l'assistance d'un avocat et l'utilisation appropriée et efficace de brèves détentions aux fins d'enquête » (2007 ONCA 60, 85 O.R. (3d) 127, par. 41).

[161] Ayant conclu que l'art. 9 avait été violé, le juge Laskin n'a pas examiné, dans le présent dossier, le droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10(b). Toutefois, comme mes collègues traitent le dossier *Suberu* comme un cas d'application assez simple de la grille d'analyse de la détention proposée dans *Grant*, j'examinerai ici à la fois l'art. 9 et l'al. 10(b).

[162] Le ministère public soutient qu'en donnant effet prématurément au droit à l'assistance d'un avocat (et à celui d'en « être informé ») dans le cadre de contacts ordinaires entre les policiers et les citoyens, la Cour paralyserait les services policiers essentiels et ferait pencher indûment la balance constitutionnelle contre l'intérêt du public dans l'application efficace de la loi. Aux yeux des policiers, pour reprendre les termes poétiques employés par le professeur Uviller (cités par Young, p. 365-366), [TRADUCTION] « la confession est la “reine du jeu d'échec de la preuve” ». Or, en présence d'un avocat, la source des confessions tend à se tarir.

[163] The defence, on the other hand, supports a broad definition of detention and quick access to legal advice because under a less generous *Charter* approach a member of the public risks serious prejudice to his or her defence before the lawyer can get involved, since few members of the public are clear about their *Charter* rights. The solution to this dilemma offered by the Ontario Court of Appeal in *Suberu* was to read down s. 10(b) so that the concept of “without delay” is stretched more readily to accommodate the reasonable needs of law enforcement (which in practice might well result in a situation similar to that prevailing in the U.S.). The problem with the Ontario court’s solution, as my colleagues note, is that the interpretation does not sit easily with what those words mean, whether interpreted purposefully, textually or contextually with the *Charter*.

[164] The appellant, supported by the Criminal Lawyers’ Association (Ontario) and the Canadian Civil Liberties Association, suggests that the “obvious tension” could be eased by declaring inadmissible any incriminating statements made by an accused between the moment the detention crystallized and the subsequent notification to the accused of the right to retain and instruct counsel. However, this presupposes that the s. 9 detention has indeed crystallized, which is the point in issue.

[165] Another way to ease the “obvious tension” (other than resort to s. 1) would be for the courts to re-examine the concept of “psychological detention” with a view to broadening the perspectives from which the encounter is viewed. This would help obviate some of the problems with a purely claimant-centred approach, in my opinion.

D. Problems With the Claimant-Centred Approach

[166] I believe there are a number of problems with the Court’s continuing endorsement of the

[163] La défense plaide plutôt en faveur d’une définition large de la détention et d’un accès rapide à des conseils juridiques parce que, si on devait adopter une approche moins généreuse de la *Charte*, un citoyen risquerait de se compromettre gravement avant qu’un avocat n’intervienne, puisque peu de gens connaissent bien les droits que leur confère la *Charte*. Pour résoudre ce dilemme, la Cour d’appel de l’Ontario, dans *Suberu*, a donné une interprétation atténuée de l’al. 10(b) de façon à ce que la portée des mots « sans délai » puisse être étendue plus facilement pour répondre aux exigences raisonnables de l’application de la loi (ce qui, en pratique, pourrait fort bien mener à une situation similaire à celle qui existe aux États-Unis). Comme l’ont souligné mes collègues, la solution retenue par le tribunal ontarien pose problème, car cette interprétation s’accorde mal avec le sens des mots, qu’on leur applique une méthode d’interprétation téléologique, textuelle ou contextuelle en fonction de la *Charte*.

[164] L’appelant fait valoir, avec l’appui de la Criminal Lawyers’ Association (Ontario) et de l’Association canadienne des libertés civiles, que cette « tension manifeste » pourrait être atténuée par l’inadmissibilité de toutes les déclarations incriminantes faites par un accusé entre le moment où la détention s’est cristallisée et celui où l’accusé est informé de son droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat. Cela présuppose toutefois que la détention visée par l’art. 9 s’est bel et bien cristallisée, question qui est précisément celle visée par le pourvoi.

[165] Une autre façon d’atténuer la « tension manifeste » (hormis le recours à l’article premier) consisterait à ce que les tribunaux réexaminent le concept de la « détention psychologique » de façon à ce que le contact soit envisagé dans des perspectives plus vastes. Cette solution contribuerait, selon moi, à remédier à certains des problèmes associés à une approche centrée exclusivement sur le plaignant.

D. Les problèmes associés à une approche centrée exclusivement sur le plaignant

[166] J’estime que l’adhésion constante de la Cour à l’approche préconisée par *Therens* et *Mendenhall*

Therens/Mendenhall approach to determine when a simple interaction crystallizes into a detention. Insistence that the claimant's circumstances be viewed from the more detached perspective of a "reasonable person" provides in some cases a welcome corrective, but in other cases, by exaggerating the ability of ordinary people to stand up to police assertion of authority, that approach may compel the conclusion that the claimant had the choice to walk away whereas in reality no such choice existed.

1. *The Perception of the Police May Be of Significance*

[167] My colleagues refer to the "complex situation", for example,

where the non-coercive police role of assisting in meeting needs or maintaining basic order can subtly merge with the potentially coercive police role of investigating crime and arresting suspects so that they may be brought to justice. [para. 40]

I agree that this "subtle" change of police perspective is relevant to the analysis but it will not always be made apparent to a person who is unambiguously stopped but remains unsure whether the encounter is benign or perilous. Police investigators assemble a mosaic of facts. Apparent "general inquiries" may be designed, unknown to the person stopped, to elicit the missing piece of self-incrimination. The success of the police investigation may indeed depend on the police skill in *masking* their information and intentions from the person stopped.

[168] Of relevance in this respect is the judgment of Martin J.A. in *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1988] 1 S.C.R. xi, setting out some of the considerations he thought relevant to finding a detention, including

the stage of the investigation, that is, whether the questioning was part of the general investigation of a crime or possible crime or whether the police had already decided that a crime had been committed and that the

pour déterminer à quel moment une simple interaction se cristallise en détention pose de nombreux problèmes. L'insistance pour que la situation du plaignant soit envisagée dans la perspective plus détachée de la « personne raisonnable » permet de remédier à certains de ces problèmes, mais cette approche, qui exagère la capacité d'une personne ordinaire de résister à l'affirmation par les policiers de leur autorité, peut, dans d'autres cas, mener impérativement à la conclusion que le plaignant avait le choix de partir, alors qu'il ne l'avait pas.

1. *La perception de la police peut être importante*

[167] Mes collègues font référence à la « situation [. . .] complexe » où, par exemple,

[la] fonction [policière] non coercitive d'assistance en cas de besoin et de maintien élémentaire de l'ordre peut, de façon subtile, se confondre avec leur fonction potentiellement coercitive d'enquête et d'arrestation de suspects pour qu'ils soient traduits en justice. [par. 40]

Je suis d'accord pour dire que ce changement « subtil » de la perspective policière est pertinent pour l'analyse, mais il ne sera pas toujours dévoilé à une personne manifestement interceptée, mais qui ne sait pas avec certitude si elle se trouve dans une situation périlleuse ou si elle n'a rien à craindre de son interaction avec les policiers. Les enquêteurs recueillent des faits qui forment une mosaïque. Des « questions générales » en apparence peuvent viser, à l'insu de la personne interceptée, à trouver la pièce manquante auto-incriminante. Le succès de l'enquête des policiers peut, en fait, dépendre de leur habileté à *masquer* leurs intentions et l'information qu'ils détiennent.

[168] Je crois utile, sur ce point, de citer les motifs du juge Martin, dans *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1988] 1 R.C.S. xi, parce qu'il y énumère certains éléments qu'il estimait pertinents quant à sa conclusion sur l'existence d'une détention, dont

[TRADUCTION] le stade de l'enquête, c'est-à-dire si les questions posées faisaient partie de l'enquête générale menée sur un crime réel ou potentiel, ou si la police avait déjà décidé qu'un crime avait été commis et que

accused was the perpetrator or involved in its commission and the questioning was conducted for the purpose of obtaining incriminating statements from the accused; [p. 259]

These are matters that would certainly be known to the police but not necessarily communicated to the person stopped. Perhaps, as mentioned, the stage of the investigation will be intentionally concealed with a view to a more productive interrogation. Other *Moran* considerations would be apparent to the person stopped, for example,

the nature of the questions: whether they were questions of a general nature designed to obtain information or whether the accused was confronted with evidence pointing to his or her guilt; [p. 259]

If, for example, the police arrive at a street disturbance and it is not clear to them whether the occurrence is a crime or an accident, and they tell everyone to stay put until the situation is clarified, such a “stay put” direction should carry a different legal consequence than if used at what is clearly a crime scene to hold an individual they believe is a likely suspect. In the former case, the situation may be explicable by reference to police responsibilities for public safety and order. In the latter case, the police are attempting to gather evidence about (and from) a particular individual in relation to a particular crime. The reality is that in *both* cases, to borrow Laskin J.A.’s formulation in the court below, “any reasonable person hearing these words from a uniformed officer three feet away would treat them not as a request that might be ignored, but as a command that must be obeyed” (para. 24). Although in both cases the police command to “stay put” will likely constrain psychologically the individuals subject to the police direction from walking away, only in the latter instance ought the *Charter* right to be triggered because it is only in that instance that “a person may reasonably require the assistance of counsel” (*Therens*, at pp. 641-42).

l’accusé en était l’auteur, ou qu’il était impliqué dans sa perpétration, et qu’elle posait des questions dans le but d’obtenir des déclarations incriminantes de l’accusé; [p. 259]

Il s’agit là d’éléments qui seraient certainement connus de la police, mais qui ne seraient pas nécessairement révélés à la personne interceptée. Peut-être, comme je l’ai mentionné, la police voudrait-elle cacher où elle en est dans son enquête dans l’espoir d’un interrogatoire plus fructueux. D’autres éléments mentionnés dans *Moran* seraient évidents pour la personne interceptée, par exemple,

[TRADUCTION] la nature des questions : s’agissait-il de questions d’ordre général visant à recueillir des renseignements, ou s’agissait-il de présenter à l’accusé des éléments de preuve qui tendaient à l’incriminer? [p. 259]

Si, par exemple, les policiers arrivent sur les lieux d’un attroupement dans la rue, sans savoir vraiment si l’agitation est due à un crime ou à un accident, et qu’ils demandent à toutes les personnes présentes de rester sur place jusqu’à ce qu’ils aient tiré la situation au clair, cette directive devrait avoir une conséquence juridique différente de celle qu’elle aurait si elle était donnée dans un lieu qui est manifestement la scène d’un crime pour retenir un individu que les policiers considèrent comme un suspect probable. Dans le premier cas, la situation peut s’expliquer par la responsabilité de la police d’assurer la sécurité du public et de maintenir l’ordre public. Dans le second, les policiers tentent de réunir des éléments de preuve au sujet (et de la part) d’un individu en particulier concernant un crime donné. En réalité, *dans les deux cas*, pour reprendre les termes employés par le juge Laskin, [TRADUCTION] « toute personne raisonnable qui entendrait ces mots prononcés par un policier en uniforme à une distance de trois pieds les considérerait, non pas comme une demande qu’elle peut ignorer, mais comme une sommation à laquelle elle doit obtempérer » (par. 24). Même si, dans les deux cas, l’ordre des policiers de rester sur place représente une contrainte psychologique qui incitera vraisemblablement les personnes auxquelles il s’adresse à ne pas quitter les lieux, ce n’est que dans le second que les droits garantis par la *Charte* devraient entrer en jeu, car c’est uniquement dans cette situation qu’une « personne peut avoir raisonnablement besoin de l’assistance d’un avocat » (*Therens*, p. 641-642).

2. *The Uncertain Characteristics of the “Reasonable Person”*

[169] In a useful commentary on the U.S. *Mendenhall* test, Professor Butterfoss writes:

Application of the test has created a broad “nonseizure” category of police-citizen encounters that permits officers substantial leeway in approaching and questioning citizens without being required to show objective justification for such conduct. This has been accomplished both by constructing a highly artificial “reasonable person,” who is much more assertive in encounters with police officers than is the average citizen, and by ignoring the subjective intentions of the officer. The result is that fourth amendment rights of citizens are determined through a legal fiction. [Emphasis added.]

(E. J. Butterfoss, “Bright Line Seizures: The Need for Clarity in Determining When Fourth Amendment Activity Begins” (1988-1989), 79 *J. Crim. L. & Criminology* 437, at p. 439)

In other words, encounters with police that average citizens would consider left them with no choice but to comply are denied the status of “detentions” through the device of putting in their place an artificially robust and assertive “reasonable person”. Self-incriminatory conduct may also be rationalized in the state’s favour by the attributed sense of “moral or social duty on the part of every citizen to answer questions put to him or her by the police” (see *R. v. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267 (Ont. C.A.), at p. 271). This gap between the reality on the street and the court constructed “reasonable person” is of particular relevance to visible minorities who may, because of their background and experience, feel especially unable to disregard police directions, and feel that assertion of their right to walk away will itself be taken as evasive and later be argued by the police to constitute sufficient grounds of suspicion to justify a *Mann* detention.

2. *Les caractéristiques incertaines de la « personne raisonnable »*

[169] Dans un commentaire utile au sujet du critère établi par l’arrêt *Mendenhall* aux États-Unis, le professeur Butterfoss écrit :

[TRADUCTION] L’application de ce critère a créé une grande catégorie de contacts entre policiers et citoyens « sans saisie » qui laissent aux policiers une grande marge de manœuvre dans leur façon d’aborder et d’interroger les citoyens sans être forcés de justifier objectivement cette conduite. C’est là le résultat, d’une part, d’une interprétation du concept très artificiel de la « personne raisonnable » qui attribue à cette dernière une capacité d’affirmation de soi dans ses rapports avec les policiers bien plus grande que celle du citoyen moyen et, d’autre part, du fait de ne pas tenir compte des intentions subjectives des policiers. Ainsi, la portée des droits reconnus aux citoyens par le Quatrième amendement repose sur une fiction juridique. [Je souligne.]

(E. J. Butterfoss, « Bright Line Seizures : The Need for Clarity in Determining When Fourth Amendment Activity Begins » (1988-1989), 79 *J. Crim. L. & Criminology* 437, p. 439)

En d’autres termes, des contacts avec les policiers qui porteraient le citoyen moyen à croire qu’il n’a d’autre choix que d’obtempérer échappent à la catégorie des « détentions » grâce à un subterfuge qui consiste à lui substituer une « personne raisonnable » dotée d’une force et d’une confiance en soi artificielles. On peut aussi rationaliser la conduite auto-incriminante en faveur de l’État en invoquant le prétendu sens du [TRADUCTION] « devoir moral ou social de tout citoyen de répondre aux questions qui lui sont posées par les policiers » (voir *R. c. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267 (C.A. Ont.), p. 271). Cet écart entre la réalité de la rue et l’interprétation judiciaire du concept de la « personne raisonnable » est particulièrement pertinent dans le cas du membre d’une minorité visible qui, en raison de sa situation et de son vécu, est davantage susceptible de ne pas se sentir en mesure de désobéir aux directives des policiers et que toute affirmation de son droit de quitter les lieux risque d’être considérée en soi comme une esquivé et invoquée plus tard par les policiers comme un motif suffisant d’entretenir des soupçons justifiant sa détention selon l’arrêt *Mann*.

[170] Leaving aside the issue of visible minorities, is the concept of the reasonable person intended to describe average cooperative members of the public? If so, the Canadian reality is that such people will almost always regard a direction from a police officer as a demand that must be complied with. This was recognized in *Therens* (and adopted in this case by my colleagues) when Le Dain J. acknowledged that “[m]ost citizens are not aware of the precise legal limits of police authority” and “the reasonable person is [therefore] likely to err on the side of caution, assume lawful authority and comply with the demand” (p. 644). Viewed in this way, police instructions or demands readily constrain a claimant’s choice to leave and, therefore, on that interpretation, even the less intrusive encounters between the police and citizens ought frequently to be declared detentions despite the fact that at that stage such people do not reasonably require the assistance of counsel.

[171] On the other hand, perhaps the “reasonable person” is to be invested with a higher level of legal sophistication, leading to a more robust attitude towards the police. My colleagues refer to the reasonable person’s assessment being informed by “generally understood legal rights and duties” (para. 33; see also para. 37). This more erudite version of the “reasonable person” might know that apart from some statutory exceptions, he or she ordinarily has the right to walk away from the encounter regardless of what the police officer says, unless and until the police possess reasonable grounds to suspect involvement in a criminal offence and therefore grounds for a *Mann*-type investigative detention. If the test envisages the perception of this more knowledgeable type of “reasonable person”, then anything short of an investigative detention as described in *Mann* would fail to constrain freedom of choice, and whatever is said in those critical early moments of an encounter will be presumed to be “voluntary” and based on consent.

[170] Hormis la question des minorités visibles, le concept de la personne raisonnable est-il censé décrire le citoyen moyen disposé à coopérer avec les policiers? Si c’est le cas, dans le contexte canadien, ce citoyen considérera presque toujours une directive des policiers comme une sommation à laquelle il doit obéir. C’est ce que le juge Le Dain a reconnu dans *Therens* (et que mes collègues admettent en l’espèce), lorsqu’il a constaté que « [l]a plupart des citoyens ne connaissent pas très exactement les limites que la loi impose aux pouvoirs de la police » et, par conséquent, qu’« il est probable que la personne raisonnable péchera par excès de prudence et obtempérera à la sommation en présumant qu’elle est légale » (p. 644). Vues sous cet angle, les directives ou les sommations de la police restreignent facilement le choix du plaignant de quitter les lieux. Par conséquent, suivant cette interprétation, même les contacts les moins importuns entre les policiers et les citoyens devraient fréquemment être qualifiés de détention, bien que les personnes visées n’aient pas raisonnablement besoin de l’assistance d’un avocat à cette étape.

[171] Par contre, il faut peut-être attribuer à la « personne raisonnable » un niveau plus élevé de raffinement juridique, qui la porterait à adopter une attitude plus ferme à l’égard de la police. Mes collègues affirment que les conclusions d’une personne raisonnable reposent sur « des garanties et des obligations juridiques généralement bien comprises » (par. 33; voir aussi par. 37). Cette version plus érudite de la « personne raisonnable » serait censée savoir que, sous réserve de certaines exceptions prévues par la loi, elle a le droit de quitter les lieux, peu importe ce que dit le policier, à moins que celui-ci ait des motifs raisonnables de la soupçonner d’avoir participé à une infraction criminelle et, par conséquent, des motifs justifiant sa mise en détention à des fins d’enquête suivant l’arrêt *Mann*. Si le test applicable adopte la perspective de ce type de « personne raisonnable » mieux informée, aucun contact en deçà d’une détention aux fins enquête suivant *Mann* n’entraverait la liberté de choix de la personne interpellée, et toutes les déclarations qu’elle ferait dans les premiers moments critiques de son contact avec les policiers seraient présumées « volontaires » et fondées sur son consentement.

[172] A further problem with the “reasonable person” device is to define exactly what information this fictional person possesses. While “the factors” identified by my colleagues include “whether the police were providing general assistance; maintaining general order; making general inquiries regarding a particular occurrence; or, singling out the individual for focussed investigation” (para. 44(2)(a)), it is not suggested that the “reasonable person” is a mind-reader. On their view, this information can only affect the “reasonable person” assessment to the extent it is made manifest to the claimant, whose perception would otherwise remain oblivious and unaffected.

[173] Yet, another difficulty with calibrating the “reasonable person” approach is that it is not at all clear what experience this hypothetical individual brings to the assessment of the encounter and what criteria this individual applies in deciding whether or not the person stopped is free to choose to break off the encounter. There is a difference between the listing of a broad range of factors to be considered by a court and identifying their relative weight and importance.

[174] In the absence of explicit criteria, various judges will tend to read into the “reasonable person” their own projections of the moment at which, in *their* view, the person stopped *ought* to be able to call a lawyer. This creates the risk of a very results-oriented analysis. Perceptions will vary depending on the personality of the judge seized with the case. My colleagues emphasize at different places the need for deference to the assessment of the trial judges (e.g., para. 43) which may further complicate the task of developing a consistent approach. In other words, continued reliance on the “reasonable person” whose attributed experience and choice of criteria are unspecified except for a presumed commitment to “reasonableness” helps to mask rather than clarify the actual criteria being applied by the Court.

[172] Le concept de la « personne raisonnable » pose un problème additionnel, soit celui de déterminer exactement quels sont les renseignements que détient cette personne fictive. Les « facteurs » établis par mes collègues incluent les questions suivantes : « [L]es policiers fournissaient-ils une aide générale, assuraient-ils simplement le maintien de l'ordre, menaient-ils une enquête générale sur un incident particulier, ou visaient-ils précisément la personne en cause dans le cadre d'une enquête ciblée? » (par. 44(2)a)). Elles ne laissent toutefois pas entendre que la « personne raisonnable » peut lire dans les pensées. Selon elles, ces renseignements ne peuvent jouer dans l'évaluation de ce que croirait la « personne raisonnable » que dans la mesure où ils sont dévoilés au plaignant, dont la perception ne sera autrement pas influencée par ces éléments.

[173] Une autre difficulté liée à la modulation de l'approche de la « personne raisonnable » tient à ce qu'on ne connaît pas exactement le vécu de cette personne hypothétique, à partir duquel elle évaluera le contact, ni les critères qu'elle utilise pour décider si la personne interceptée est libre de mettre fin au contact. L'énumération d'un vaste éventail de facteurs dont le tribunal doit tenir compte et la détermination de l'importance et du poids de chacun par rapport aux autres sont deux choses différentes.

[174] En l'absence de critères explicites, différents juges auront tendance à attribuer à la « personne raisonnable » leur propre impression du moment auquel, à *leur* avis, la personne interceptée *devrait* pouvoir appeler un avocat. Leur analyse risque de ce fait d'être très axée sur le résultat. Les perceptions varieront en fonction de la personnalité du juge saisi de l'affaire. Mes collègues soulignent à différents endroits la nécessité de faire preuve de déférence à l'égard des décisions des juges de première instance (p. ex., par. 43), ce qui peut compliquer encore davantage l'élaboration d'une approche cohérente. En d'autres termes, le recours continu au test axé sur la « personne raisonnable », dont le vécu et le choix de critères ne sont pas spécifiés, sauf pour ce qui est d'une présomption de « raisonabilité », contribue à masquer plutôt qu'à clarifier les véritables critères appliqués par la Cour.

E. Broader Approach

[175] As a majority of the Court is satisfied with the *Therens/Mendenhall* claimant-centred approach, I will not belabour the existence of alternatives. However, I believe more attention should be paid to the *objective* facts of the encounter between a police officer and members of the public, whether or not such facts are made apparent to the person stopped.

[176] There is, of course, an important continuing role for psychological detention as perceived by the person stopped, but in that respect serious weight should be given to the values and experience of the person *actually* stopped, including the experience of visible minorities, and less emphasis on the hypothetical opinion of the “reasonable person” insofar as the latter is presumed to be able to handle such stressful encounters without sensing “significant . . . psychological restraint” (*Mann*, at para. 19). As mentioned, Mr. Grant is black. In determining whether he (or a reasonable person in his position) would feel free to choose to walk away from three policemen, contrary to their wishes in the circumstances here, his ethnicity raises a significant issue. As the above-mentioned studies show, trial judges differ in the weight they are willing to accord to ethnicity in such “low visibility” encounters, despite the over-representation of Aboriginals and other visible minorities in encounters with police patrols. That is why, from my point of view, the police perspective and the information (if any) the police possessed when they initiated the encounter is important to shed light on whether or not the liberty interest of the person stopped was truly compromised.

[177] I agree with my colleagues that a claim of psychological detention must meet the three-fold test of (i) a police command or direction (ii) compliance by the person now claiming a s. 9

E. Une approche plus large

[175] Comme les juges majoritaires de la Cour sont satisfaits de la méthode centrée sur le plaignant inspirée de *Therens* et *Mendenhall*, je n’insisterai pas sur l’existence d’autres méthodes possibles. Toutefois, j’estime qu’il faudrait accorder plus d’attention aux éléments factuels *objectifs* des contacts entre un policier et des citoyens, que ces éléments soient dévoilés ou non à la personne interceptée.

[176] Certes, la détention psychologique telle qu’elle est perçue par la personne interceptée devrait toujours jouer un rôle important, mais, à cet égard, on devrait accorder beaucoup de poids aux valeurs et au vécu de la personne *véritablement* interceptée, y compris à l’expérience des minorités visibles, et moins d’attention au point de vue hypothétique de la « personne raisonnable » dans la mesure où cette dernière est présumée capable de faire face à des contacts aussi stressants sans ressentir de « contraintes [. . .] psychologiques appréciables » (*Mann*, par. 19). Comme il a été mentionné, M. Grant est de race noire. Lorsqu’il s’agit de déterminer si M. Grant (ou une personne raisonnable placée dans la même situation) se sentirait libre d’aller à l’encontre de la volonté de trois policiers en quittant les lieux, son origine ethnique soulève une question importante. Comme le démontrent les études précitées, les juges de première instance ne sont pas tous disposés à accorder le même poids à l’origine ethnique dans le cadre de contacts aussi « discrets », malgré la surreprésentation des Autochtones et des autres membres d’une minorité visible parmi les personnes abordées par les patrouilles de police. C’est pourquoi, selon moi, le point de vue des policiers et les renseignements dont ils disposent, le cas échéant, au moment où ils ont abordé le sujet ont de l’importance comme éléments pouvant aider à déterminer si le droit à la liberté de la personne interceptée était réellement compromis.

[177] Je conviens avec mes collègues que, pour établir qu’il y a eu détention psychologique, il faut satisfaire aux trois volets du critère applicable : (i) un policier a donné un commandement ou une

detention and (iii) grounds for a reasonable belief that there was no choice but to comply. However, in my view, police words and conduct should be interpreted in light of the *purpose* of the encounter from the police perspective — whether disclosed to the person from whom cooperation is requested or not. The U.S. *Model Code of Pre-Arrest Procedure* (ALI 1975), § 110.1(2), for instance, includes special provisions for questioning suspects as opposed to seeking cooperation from citizens and requires warnings to suspects that no legal obligation exists to respond to questioning. See also the English *Judges' Rules*, Rules I and II (*Practice Note (Judges' Rules)*, [1964] 1 W.L.R. 152 (C.C.A.), at p. 153). The police know, but the claimant does not know, the point at which a person of interest begins to emerge as a suspect and ceases to be, as my colleagues put it, a person whose “rights are not seriously in issue” (para. 29).

[178] A central problem with the *Therens/Mendenhall* claimant-centred approach, as I see it, is that it does not take adequately into account what the police know and when they knew it except insofar as this information is conveyed to the person stopped, but which the police may not consider to be in their interest to convey. Police may know (as in *Suberu*) if a crime has allegedly been committed and whether they are making the approach to an individual with a view to obtaining general information or, on the other hand, corralling a suspect and collecting admissible evidence to bring him or her to justice. Possession of such knowledge may in fact place the police in an adversarial relationship to the person approached whether that person is aware of the jeopardy or not. It is the adversarial relationship together with the “stop” that generates the need for counsel. At that point, the power imbalance is significant. The unsuspecting suspect may fatally compromise his or her position simply through ignorance of his or her rights and the fact the police have now adopted an adversarial position. At that point, as Le Dain J. put it in *Therens*,

directive, (ii) la personne alléguant qu’il y a eu détention pour l’application de l’art. 9 y a obtenu et (iii) avait des motifs raisonnables de croire qu’elle n’avait d’autre choix que d’obtempérer. Je crois cependant que les mots utilisés par le policier et son comportement doivent être interprétés au regard du *but* visé par le contact du point de vue du policier — que la personne dont il demande la coopération en ait été informée ou non. Par exemple, aux États-Unis, § 110.1(2) du *Model Code of Pre-Arrest Procedure* (ALI 1975) contient des dispositions spéciales applicables aux questions posées à un suspect, par opposition à une simple demande de coopération adressée à un citoyen, et exige que le suspect soit avisé qu’il n’est pas tenu en droit de répondre aux questions. Voir aussi les règles I et II des *Judges' Rules* anglaises (*Practice Note (Judges' Rules)*, [1964] 1 W.L.R. 152 (C.C.A.), p. 153). Les policiers savent — alors que le plaignant l’ignore — à quel moment une personne d’intérêt accède au rang de suspect et n’est plus, selon les termes employés par mes collègues, une personne dont les droits ne sont « pas sérieusement » compromis (par. 29).

[178] Le problème fondamental que pose, selon moi, l’approche centrée sur le plaignant adoptée dans *Therens* et *Mendenhall* réside dans le fait qu’elle ne prend pas adéquatement en compte ce que les policiers savent, et à quel moment ils l’ont appris, — sauf dans la mesure où ces informations sont révélées à la personne interceptée —, mais qu’ils estiment peut-être préférable de ne pas révéler. Les policiers peuvent savoir (comme c’était le cas dans *Suberu*) si un crime allégué a été commis et s’ils abordent une personne dans le but d’obtenir des renseignements généraux ou, plutôt, dans le but de coincer un suspect et de recueillir des éléments de preuve admissibles afin de le traduire en justice. Leur connaissance de ce contexte factuel peut les placer en fait dans un rapport antagoniste avec la personne interceptée, que celle-ci sache ou non qu’elle se trouve dans une situation périlleuse. C’est ce rapport antagoniste associé à l’« interception » qui crée le besoin d’avoir recours à l’assistance d’un avocat. À ce stade, l’inégalité du rapport de force est considérable. Le suspect qui ne se doute de rien peut se compromettre de façon irréversible

“a person may reasonably require the assistance of counsel” (pp. 641-42), but may not have any idea of the perilous turn of events.

[179] On the other hand, a more benign police purpose may deprive even an unambiguous police command of the legal effect of a detention, and thereby enure to the benefit of the Crown. Had Constable Roughley in the *Suberu* case, for example, come rushing up to Mr. Suberu in the parking lot of the liquor store saying “Wait a minute. I need to talk to you before you go anywhere” because police had just received information, unknown to Mr. Suberu, that Mr. Suberu’s van had been wired with an explosive device by a local member of the Hell’s Angels, the detention analysis ought to be quite different although the constable’s words and the forcefulness of their expression may be the same.

[180] It is not controversial that in the early stages of a criminal investigation the police must be afforded some flexibility before the lawyers get involved. The police do have the right to ask questions and they need to seek the co-operation of members of the public, including those who turn out to be miscreants. The question is how to accommodate that need within a plausible framework of s. 9 analysis. In my view, without wishing to prolong this discussion, a better and broader approach to detention would explicitly take into account (i) the objective facts of such encounters, whether or not evident to the person stopped, as well as (ii) the perception of the police in initiating the encounter, whether or not evident to the person stopped, and (iii) whatever information the police possess at the time, which may or may not be known to the person stopped, as well as whatever change in the police perception occurs as the encounter develops. These matters should all be factored into a more comprehensive analysis of when a “detention” occurs for

simplement parce qu’il ne connaît pas ses droits ni le fait que l’intervention des policiers s’inscrit dans un rapport antagonique. À ce moment, comme le dit le juge Le Dain dans *Therens*, « une personne peut avoir raisonnablement besoin de l’assistance d’un avocat » (p. 641-642), sans avoir nécessairement conscience du tournant dangereux qu’ont pris les événements.

[179] Par contre, si le but poursuivi par un policier est plus inoffensif, un ordre, même non équivoque, donné par ce policier pourrait ne pas avoir l’effet d’une détention sur le plan juridique, et ainsi favoriser le ministère public. Si, par exemple, dans l’affaire *Suberu*, l’agent Roughley s’était précipité vers M. Suberu dans le stationnement du magasin de la Régie des alcools en lui disant « Attendez une minute! Il faut que je vous parle avant que vous vous en alliez », parce que les policiers venaient d’être informés du fait, inconnu de M. Suberu, qu’un membre local des Hell’s Angels avait relié la fourgonnette de M. Suberu à un engin explosif, l’analyse de la question de la détention aurait été très différente, malgré le fait que l’agent Roughley aurait utilisé les mêmes mots et les aurait prononcés avec la même fermeté.

[180] Au stade initial d’une enquête criminelle, les policiers doivent, sans conteste, disposer d’une certaine marge de manœuvre avant que les avocats n’interviennent. Les policiers ont le droit de poser des questions et ont besoin de demander la coopération des citoyens, y compris de ceux qui se révèlent être des scélérats. Il s’agit donc de déterminer comment répondre à ce besoin en élaborant un cadre d’analyse réaliste pour l’application de l’art. 9. Sans vouloir prolonger le débat, j’estime qu’une approche plus adéquate et plus large de la détention devrait prendre explicitement en considération (i) les éléments factuels objectifs de ces contacts, qu’ils soient ou non manifestes pour la personne interceptée ainsi que (ii) la perception des policiers au moment où ils abordent la personne interceptée, qu’elle soit ou non manifeste pour cette personne et (iii) toutes les informations dont disposent alors les policiers, que la personne interceptée en ait connaissance ou non, ainsi que tout changement dans la perception des policiers au cours de leur

Charter purposes than is provided in the *Therens/Mendenhall* claimant-centred approach affirmed today by the Court.

F. Application to the Facts

[181] In this case, I agree with my colleagues that Mr. Grant was arbitrarily detained. The safety of school neighbourhoods is of great importance but under our system of law it cannot be achieved by random detention of pedestrians on the off-chance that some of them might (or might not) be implicated in criminal activity.

[182] The purpose of these police officers, whether or not couched in terms of community policing, was to investigate crime, whether actual or anticipated. Constable Worrell testified that when the officers drove past in an unmarked car, Mr. Grant “stared” at them in an unusually intense manner and continued to do so as they proceeded down the street. He wore a “big jacket” and was “fidgeting” with his coat and pants. Staring at an unmarked car and fidgeting are lawful activities but it was enough to cause three police officers to converge on Mr. Grant. The police purpose for initiating the encounter is important, I believe, and Constable Worrell testified:

Q. Well, when you stop these people, I take it, the object of the exercise in light of what you said about the nature of the area is to find out if perhaps they might be involved in swarmings or robberies or drugs?

A. That’s correct.

Q. And when you and your partner talked about potentially stopping Mr. Grant yourselves and what you had in mind was having a chat with him —

A. Mm-hmm.

contact avec la personne interceptée. Tous ces facteurs devraient être inclus dans une analyse plus complète du moment auquel survient la « détention » pour l’application de la *Charte* que l’approche centrée sur le plaignant proposée dans *Therens* et *Mendenhall* et confirmée aujourd’hui par la Cour.

F. Application aux faits

[181] En l’espèce, je conclus comme mes collègues que M. Grant a été détenu de façon arbitraire. La sécurité aux environs d’une école revêt une grande importance, mais notre système de droit ne permet pas qu’elle soit assurée par la détention aléatoire de piétons au cas où certains d’entre eux pourraient être (ou non) mêlés à une activité criminelle.

[182] Le but des policiers, indépendamment du fait qu’il soit décrit comme relevant des services de police communautaire, consistait à enquêter sur des crimes commis ou anticipés. L’agent Worrell a déclaré dans son témoignage que lorsque les agents qui se trouvaient dans une voiture banalisée l’ont dépassé, M. Grant les a « dévisagés » avec une insistance anormale et les a suivis du regard pendant qu’ils s’éloignaient. Il portait un [TRADUCTION] « grand blouson » et « tripotait » son manteau et son pantalon. Il n’est pas illégal de fixer une voiture banalisée et de tripoter quelque chose, mais cela a néanmoins amené les trois policiers à encercler M. Grant. J’estime que l’objectif que poursuivait les policiers au début de l’interpellation est un facteur important. Voici un extrait du témoignage de l’agent Worrell à ce sujet :

[TRADUCTION]

Q. Et bien, lorsque vous interceptez ces personnes, j’imagine, compte tenu de ce que vous avez dit au sujet du secteur, que le but de l’exercice est de déterminer si elles peuvent être impliquées dans du taxage, des vols ou des crimes liés à la drogue?

A. C’est exact.

Q. Et lorsque vous et votre partenaire avez parlé de la possibilité d’intercepter M. Grant vous-mêmes, vous aviez l’intention d’avoir une conversation avec lui —

A. Mm-hmm.

Q. — to determine whether he might be involved in swarmings or robberies or drugs, correct?

A. It's possible he may have been, but we didn't know for sure.

The police had no information whatsoever that Mr. Grant may have been implicated in criminal activity or even whether a crime had been committed, but Mr. Grant's further "fidget" with his jacket convinced Constable Gomes to take charge of the situation (whether or not Mr. Grant was aware of how his fidgets were being interpreted by Constable Gomes) and to order Mr. Grant to "keep his hands in front of him". That command crystallized the detention.

[183] However, in my view, the finding of a detention is properly the product not only of Mr. Grant's perception (filtered through the hypothetical reasonable person) but also of the objective facts of why the encounter was initiated (crime detection) and the other facts surrounding the encounter whether or not evident to Mr. Grant, e.g., the agreement among the three officers (unknown to Mr. Grant) to converge on him and thereafter effectively to form "a small phalanx blocking the path in which the appellant was walking" (Laskin J.A., at para. 29). As Mr. Grant did not testify, we do not have any first-hand evidence of *his* perception, although his lack of choice must have been manifest when every time he moved Constable Gomes, who was standing only three feet away, moved in a corresponding way to maintain the nose-to-nose impasse. What we do have in considerable detail is the perception of each of the three police officers. Their forthright account of their own intentions and their acknowledged lack of any information that any crime was or was about to be committed, apart from a "hunch", none of which was conveyed to Mr. Grant, give rise to the conclusion that Mr. Grant *was* arbitrarily detained.

[184] I therefore concur in the conclusion of the Chief Justice and Charron J. that Mr. Grant was

Q. — pour déterminer s'il était possible qu'il soit impliqué dans du taxage, des vols ou des crimes liés à la drogue; exact?

A. C'est possible qu'il ait pu l'être, mais on n'en était pas certains.

Les policiers ne possédaient aucune information indiquant que M. Grant pouvait être impliqué dans une activité criminelle ou même qu'un crime avait été commis, mais le fait qu'il ait continué à [TRADUCTION] « tripoter » son blouson a convaincu l'agent Gomes d'intervenir (que M. Grant ait ou non été au courant des conclusions que l'agent Gomes tirait de la façon dont il tripotait son manteau) et d'ordonner à M. Grant de [TRADUCTION] « garder ses mains devant lui ». Cet ordre a cristallisé la détention.

[183] Toutefois, à mon avis, il faut conclure à juste titre qu'il y avait détention non seulement en raison des perceptions de M. Grant (filtrées par les yeux de la personne raisonnable hypothétique) mais aussi en raison des faits objectifs qui ont motivé l'interpellation (la détection de crimes) et des autres éléments factuels du contact, qu'ils aient été ou non manifestes pour M. Grant, notamment le fait que les trois agents s'étaient entendus (à l'insu de M. Grant) pour avancer vers lui, puis former [TRADUCTION] « une petite phalange pour bloquer le passage à l'appelant » (le juge Laskin, par. 29). Étant donné que M. Grant n'a pas témoigné, nous ne bénéficions pas d'une preuve originale de *sa* perception, bien qu'il devait être évident qu'il n'avait pas de liberté de choix puisque, chaque fois qu'il bougeait, l'agent Gomes, qui était à seulement trois pieds de lui, se déplaçait dans la même direction pour lui bloquer le passage en se plaçant devant lui. Nous connaissons par contre en détail la façon dont chacun des trois policiers percevait la situation. Leur description franche de leurs intentions et leur reconnaissance du fait qu'ils ne détenaient aucun renseignement révélant qu'une infraction avait été commise ou était sur le point d'être commise, hormis un « pressentiment », — éléments factuels qu'ils n'ont pas révélés à M. Grant — mènent à la conclusion que M. Grant *était* détenu arbitrairement.

[184] Je souscris donc à la conclusion de la Juge en chef et de la juge Charron que M. Grant était

detained. I also agree with their analysis under s. 24(2) and the consequent disposition of the appeal.

English version of the reasons delivered by

[185] DESCHAMPS J. — The difficulty in resolving the problems related to detention and to the exclusion of evidence in three appeals now before the Court reveals a number of deficiencies in the applicable rules. These three cases show that it is sometimes hard to reconcile the protection of constitutional rights with the public interest in bringing cases to trial. I have read the reasons of the majority, and I agree with them that the tests for determining whether a person was actually detained and whether evidence should be excluded need to be reformulated. With respect, however, I must comment further on the application of the new rules concerning detention to the facts of this case. As for the factors to consider in deciding whether to admit or exclude evidence obtained in violation of constitutional rights, I find that the test proposed by the majority is problematic, and that it is inconsistent with the purpose of the constitutional provision that applies to such decisions. Although my analysis differs from the majority's, I reach the same conclusion as them.

1. Test for Determining Whether a Person Was Detained

[186] Where the state interacts with citizens in a criminal law context, be it in the streets or in a courtroom, the applicable rules must be clear so that all those involved in the criminal justice system know the scope of their respective rights and powers. I agree with the majority that the police cannot do their work effectively without the co-operation of the public (para. 39). The applicable rules must therefore take into account the fact that the police need to act so as to foster public co-operation, not to discourage it.

détenu. Je suis aussi d'accord avec leur analyse concernant l'application du par. 24(2) et avec le dispositif qui en résulte.

Les motifs suivants ont été rendus par

[185] LA JUGE DESCHAMPS — La difficulté de trouver une solution aux problèmes reliés à la détention et à l'exclusion de la preuve dans trois pourvois dont la Cour est saisie fait bien ressortir certaines lacunes des règles applicables à ces matières. Ces trois affaires montrent en effet qu'il est parfois difficile de concilier la protection des droits constitutionnels et l'intérêt du public à la tenue des procès. J'ai pris connaissance de l'opinion des juges majoritaires et, à l'instar de ceux-ci, je suis d'avis qu'il y a lieu de reformuler les critères permettant de déterminer si une personne est réellement détenue, de même que ceux devant être utilisés pour décider si un élément de preuve doit être exclu. Avec égards pour l'opinion de mes collègues, cependant, je dois ajouter un commentaire sur l'application aux faits de l'espèce des nouvelles règles concernant la détention. En ce qui a trait aux facteurs suggérés pour décider de l'admission ou de l'exclusion d'un élément de preuve obtenu en violation de droits garantis par la Constitution, j'estime que la formulation de la grille d'analyse proposée par la majorité pose problème et ne respecte pas l'objectif visé par la disposition constitutionnelle régissant cette décision. J'arrive à la même conclusion que la majorité, mais au moyen d'une analyse différente.

1. Les critères applicables pour conclure à la détention

[186] Que l'interaction de l'État et des citoyens en matière pénale se produise dans la rue ou dans une salle d'audience, les règles applicables doivent être claires, de sorte que tous les acteurs du système de justice pénale puissent connaître l'étendue de leurs droits et pouvoirs respectifs. Je suis d'accord avec la majorité pour affirmer que les corps policiers ne peuvent accomplir leur travail efficacement sans la collaboration du public (par. 39). Les règles applicables doivent donc prendre en considération la nécessité pour les policiers d'agir d'une façon propre à encourager le public à coopérer, plutôt qu'à le décourager à le faire.

[187] In the instant case, the trial judge stressed the fact that the police officers, who were patrolling an area around four schools where numerous disturbances had been reported, had conducted themselves politely and seemed to have been conscientious in doing their work. On whether the law prohibits or should prohibit this type of police action, the trial judge quoted with approval the following comment by one of his colleagues:

We do not expect the police to sit in their station houses waiting for those who commit offences to walk in and confess. We expect them to be out in the community and when suspicious events occur to make inquiries. The Charter is not a barrier to those inquiries.

(2004 CarswellOnt 8779, at para. 9, quoting *R. v. Orellana*, [1999] O.J. No. 5746 (QL) (Ct. J.))

This approach is the very one on which the majority of this Court are basing the test adopted today to guide the public, law enforcement agencies and judges in determining at what point a person is “detained” in the legal sense of this term.

[188] In the companion case of *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460, the majority of the Court acknowledge that police officers may interact with the public and that not every contact between a police officer and a member of the public constitutes detention. There is a clear distinction between the nature of the police action in the case at bar and that of the action in *Suberu*. *Suberu* concerns a targeted action by officers who had received specific information. In the case at bar, the action was one of prevention, and the officers’ approach was necessarily different. It will be helpful to consider the trial judge’s findings of fact.

[189] Constables Worrell and Forde were on patrol, in plainclothes in an unmarked car, in an area where four high schools are located. The area

[187] En l’espèce, le juge de première instance a souligné le fait que les policiers, qui effectuaient alors une patrouille dans le voisinage de quatre établissements scolaires où de nombreux troubles avaient été signalés, se sont conduits de façon polie et ont paru vouloir accomplir leur travail de façon consciencieuse. Cherchant à déterminer si le droit prohibe ou devrait prohiber ce genre d’activités policières, le juge de première instance a cité avec approbation les propos suivants d’un de ses collègues :

[TRADUCTION] Nous ne nous attendons pas à ce que les policiers restent au poste de police en attendant que ceux qui commettent des infractions entrent et confessent leurs crimes. Nous attendons d’eux qu’ils soient présents dans la communauté et qu’ils fassent enquête lorsque surviennent des événements suspects. La Charte n’empêche pas la tenue de ces enquêtes.

(2004 CarswellOnt 8779, par. 9, citant *R. c. Orellana*, [1999] O.J. No. 5746 (QL) (C.J.))

Cette approche est justement celle qui inspire aujourd’hui les juges majoritaires de la Cour dans la formulation des critères devant permettre au public, aux forces de l’ordre et aux juges de déterminer à quel moment une personne est détenue au sens juridique de ce terme.

[188] Dans le pourvoi connexe *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460, les juges majoritaires de la Cour reconnaissent que les policiers ont le droit d’interagir avec le public et qu’il n’y a pas détention à chaque fois qu’un policier s’adresse à un membre du public. La distinction entre la nature de l’intervention policière dans le présent dossier et celle en cause dans *Suberu* est claire. Dans cet arrêt, il s’agissait d’une intervention ciblée, à l’égard de laquelle les policiers avaient reçu des informations précises. Dans la présente affaire, les policiers procédaient à un travail de prévention et leur approche était naturellement différente. Il est utile de rappeler les faits constatés par le juge qui a présidé au procès.

[189] Les constables Worrell et Forde patrouillaient, sans uniforme et dans une voiture banalisée, un quartier où sont situées quatre écoles secondaires.

was experiencing problems related to intimidation, robberies and drug offences involving students. The two officers had been ordered to maintain a presence there for purposes of prevention. They drove past an individual, Mr. Grant, and noted that he was staring at them. After they had passed him, Constable Worrell turned around and saw that he was still watching them and that he was fidgeting with his clothes at his waist and pulling on his pants with his right hand. At this point, the officers felt that it would be appropriate to speak with him. As they continued along their way, they saw another officer, Constable Gomes, who was on patrol in a marked cruiser. They suggested that he go speak with Mr. Grant, which he did. While speaking with Constable Gomes, Mr. Grant behaved nervously and touched his clothes at his waist, which prompted Constable Gomes to ask him to keep his hands in front of him. At first, constables Worrell and Forde stayed apart from Mr. Grant and Constable Gomes, but on seeing that Mr. Grant still appeared nervous and continued to look at them, they decided to move closer to make sure everything was all right. They identified themselves, showing their badges, and then stood behind Constable Gomes. I will not repeat the exchange that took place between Constable Gomes and Mr. Grant. The relevant passages are reproduced in the majority's reasons. All I need say here is that Mr. Grant made an incriminating statement.

[190] In analysing all these facts, the trial judge found that Mr. Grant had not been detained. The following is his own lengthy summary of his reasons for so finding:

- (1) The Location being the sidewalk of a main street in the City of Toronto in full view of the public.
- (2) The means by which the police spoke to the accused; i.e., on the street, and the accused not being required to stay or get into any vehicle or any closed type of situation.
- (3) The time of day. It was broad daylight. It was approximately 12:30 p.m., the usual noon hour for students.

Ce quartier était aux prises avec des problèmes d'intimidation, de vols et de drogue au sein de la population étudiante. Les deux policiers avaient reçu comme consigne d'assurer une présence préventive. Ils ont croisé un individu, M. Grant, et ont remarqué qu'il les fixait. Après avoir dépassé M. Grant, le constable Worrell s'est retourné et s'est aperçu que ce dernier continuait de les regarder, qu'il ajustait nerveusement ses vêtements au niveau de la taille et qu'il tirait sur son pantalon de la main droite. À ce moment-là, les constables se sont dit qu'il conviendrait d'avoir une conversation avec M. Grant. En continuant leur route, ils ont vu qu'un autre policier, le constable Gomes, patrouillait dans une voiture de service. Ils lui ont suggéré d'aller parler à M. Grant, ce qu'il fit. Lors de l'échange entre le constable Gomes et M. Grant, ce dernier montrait des signes de nervosité et touchait ses vêtements au niveau de la taille, ce qui a incité le policier à lui demander de placer ses mains devant lui. Les constables Worrell et Forde se sont d'abord tenus à l'écart, mais, remarquant que M. Grant paraissait toujours nerveux et continuait de les regarder, ils ont décidé de s'approcher pour s'assurer que tout se passait bien. Ils se sont identifiés en montrant leur insigne, puis se sont placés derrière le constable Gomes. Je ne reviendrai pas sur l'échange entre ce dernier et M. Grant. Les passages pertinents sont reproduits dans les motifs de la majorité. Pour les besoins de mon propos, il suffit de mentionner que M. Grant a fait une déclaration incriminante.

[190] Analysant tous ces faits, le juge de première instance a conclu que M. Grant n'avait pas été détenu. Je reproduis ci-après le long résumé que le juge a lui-même fait de ses motifs :

[TRADUCTION]

- (1) Le lieu de la rencontre : le trottoir d'une artère principale de la ville de Toronto totalement à la vue du public.
- (2) La façon dont le policier s'est adressé à l'accusé : dans la rue, sans que l'accusé soit tenu de rester ou d'entrer dans un véhicule ou dans tout autre espace où il aurait été confiné.
- (3) Le moment de la journée : il faisait jour; il était environ 12 h 30, soit l'heure où les étudiants sont habituellement en pause du midi.

(4) There was no physical force. There was no pat down search and there was no grabbing where someone, especially the accused, in any situation might feel intimidated.

(5) There was no actual search or physical search, of course. There were just some questions put.

(6) There was an absence of reasonable and probable grounds to conduct an arrest and there was no reason to take physical control of the accused until, of course, the marijuana and firearm surfaced.

(7) What would Police Constable Gomes have done if the accused, for example, left the scene? He may have followed him. He may have asked him further questions. There again, that is subject to speculation.

(8) The length of the interaction. It was short. It consisted of minutes. This was not a one-half hour or hour interrogation. It wasn't off the street or in a police cruiser.

(9) The response of the other police officers. These officers stood behind Gomes, but they were not involved in the discussion. They didn't surround the accused nor did they detain him. And I may address that issue further in due course.

(10) The nature of the conversation with Gomes. It was not in aggressive language. There were no demands or directions. The only request was that he keep his hands in front of him. There was no demand to enter a cruiser, and nothing was said that I find would be compelling. There were no threats or inducements. This officer just asked some general questions and in response to those questions the accused produced identification as to who he was, where he lived, and he even gave his phone number.

(11) The accused could have walked away. He could have walked around the one police officer or the three police officers and could have kept going. All he had to do, in my view, is say, "Excuse me." To suggest for one moment that he couldn't or they wouldn't permit it is speculation. There was no evidence that the accused felt compelled or had a subjective belief in relation to anything. The inference is, that the accused decided to cooperate all the way with the police. The quantity of time spent was referred to.

I conclude very easily that this was a conversation of an extremely short duration, lasting no more than several

(4) Il n'y a eu aucun usage de la force, aucune fouille par palpation ni aucune appréhension qui, quelles que soient les circonstances, auraient intimidé la personne visée, surtout l'accusé.

(5) Il n'y a eu aucune fouille ni, bien sûr, de fouille physique. Seules quelques questions ont été posées.

(6) Il n'y avait aucun motif raisonnable et probable de procéder à une arrestation et rien ne justifiait de prendre le contrôle physique de l'accusé, et ce, bien entendu jusqu'à ce qu'il soit question de la marijuana et de l'arme à feu.

(7) Qu'aurait fait l'agent Gomes si, par exemple, l'accusé avait quitté les lieux? Il l'aurait peut-être suivi. Il lui aurait peut-être posé plus de questions. Mais, là encore, il ne s'agit que de spéculation.

(8) La rencontre n'a duré que quelques minutes. Il ne s'est pas agi d'un interrogatoire d'une heure ou d'une demi-heure. La discussion n'a pas eu lieu en retrait de la rue ou dans la voiture de patrouille.

(9) La réponse des autres policiers : ces derniers se sont tenus derrière l'agent Gomes, mais ils n'ont pas participé à la discussion. Ils n'ont pas entouré l'accusé, ils ne l'ont pas détenu non plus. Je traiterai davantage de cette question ultérieurement.

(10) La nature de la conversation avec l'agent Gomes : le ton n'était pas agressif; l'agent n'a pas formulé de demande ou donné de directives; il a seulement demandé à l'accusé de garder les mains devant lui; il ne lui a pas demandé d'entrer dans l'auto-patrouille et rien de ce qui a été dit ne me paraît avoir contraint l'accusé; il n'y a eu aucune menace ou incitation. Cet agent s'est contenté de poser des questions générales et en y répondant, l'accusé s'est identifié, a donné son adresse, et même son numéro de téléphone.

(11) L'appelant aurait pu quitter les lieux. Il aurait pu contourner le policier ou les trois policiers et continuer son chemin. À mon avis, il n'avait qu'à dire « Excusez-moi. » Songer à suggérer qu'il ne pouvait agir de la sorte ou que les agents ne l'auraient pas laissé faire n'est que pure spéculation. Rien ne prouve que l'accusé se sentait contraint ou avait une croyance subjective relativement à quoi que ce soit. On peut en conclure que l'accusé a décidé de pleinement coopérer avec la police. Il a déjà été question de la durée de l'échange.

Je conclus sans aucune difficulté que cette conversation a été très courte, quelques moments à peine, pas plus

moments, but no more than three or four minutes. So much so, that I find the ultimate crime, the solving of the crime and the arrest and search incidental to the arrest took some four minutes more or less.

I also find that the limited conversation between Police Constable Gomes and the accused was no more than that, a conversation and an attempt to chit chat or make chit chat. Here again, I find it was all meant to check on the temperature of the community.

(2004 CarswellOnt 8779, at para. 9)

[191] Unlike the trial judge, the Court of Appeal concluded that Mr. Grant had been detained: (2006), 81 O.R. (3d) 1. I agree with this conclusion: viewed as a whole, the facts support the conclusion that there was indeed a detention. However, I wish to point out that the detention came to a head when the officers asked Mr. Grant certain direct questions that, viewed objectively, might have caused a reasonable person to feel singled out, cornered and, therefore, detained. Owing to the nature of the questions asked by Constable Gomes, the line between prevention and suppression was crossed. Constable Gomes asked Mr. Grant if he had committed a crime. Once such a question had been asked of a person who had known he was being watched from the time he had crossed paths with constables Worrell and Forde — who had since arrived on the scene — the encounter could no longer be described simply as an interaction between a police officer and a member of the public. I agree with the Court of Appeal's conclusion that the exchange was no longer an impromptu conversation that a young man such as Mr. Grant would think he could walk away from as he pleased.

[192] In light of the conclusion that Mr. Grant was detained, I must consider the power of the police to detain a person for investigation purposes in performing their crime prevention function. Unlike in the context of crime suppression, police officers who are charged with preventing crime — in particular, as in the instant case, in an area near schools experiencing problems related to violence — know that unlawful acts have been or will be committed, but do not know when, where or by whom a specific crime will be committed.

de trois ou quatre minutes. Si bien qu'à mon avis, le crime, la résolution du crime ainsi que l'arrestation et la fouille qui en ont découlé se sont déroulés en quelque quatre minutes.

Je conclus aussi que la conversation limitée entre le policier Gomes et l'accusé n'était que cela, une conversation et une tentative de faire un brin de causette. Je le répète, j'estime que toute cette démarche visait à prendre le pouls de la communauté.

(2004 CarswellOnt 8779, par. 9)

[191] Contrairement au juge de première instance, la Cour d'appel conclut que M. Grant a été détenu : (2006), 81 O.R. (3d) 1. Je souscris à cette conclusion : vus dans leur ensemble, les faits permettent de conclure qu'il y a effectivement eu détention. Je désire cependant souligner que le point tournant est survenu lorsque les policiers ont posé à M. Grant certaines questions directes qui, considérées objectivement, pouvaient inciter une personne raisonnable à se sentir visée, coincée et, de ce fait, détenue. La nature de l'interrogatoire auquel s'est livré le constable Gomes l'a amené à franchir la limite entre le travail de prévention et le travail de répression. Il a demandé à M. Grant s'il avait commis un crime. À la suite d'une telle question, adressée à une personne qui se savait observée depuis le moment où elle avait croisé les constables Worrell et Forde — lesquels étaient arrivés sur les lieux depuis — la rencontre ne pouvait plus être qualifiée de simple interaction entre un policier et un membre du public. Je suis d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle il ne s'agissait plus d'une conversation impromptue pouvant laisser croire à un jeune homme comme M. Grant qu'il pouvait quitter les lieux à sa guise.

[192] La conclusion que M. Grant était détenu m'amène à m'interroger sur le pouvoir des policiers de détenir une personne aux fins d'enquête dans le cadre de leurs activités de prévention du crime. Contrairement à ce qui est le cas en matière de répression de la criminalité, lorsque les policiers sont chargés de prévenir les crimes — plus particulièrement dans un quartier scolaire affligé de problèmes de violence comme en l'espèce — ils savent que des gestes illégaux ont été commis ou le seront, mais ils ne peuvent dire quand, où, ni par qui un

They must therefore have some leeway to be able to perform this function adequately.

[193] Although I cannot conclude that the officers in the case at bar had a reasonable suspicion that an offence had been committed, I would not want what is said in this judgment to discourage them from intervening. As can be seen from the trial judge's reasons, the officers were calm and polite. Even though their actions may, viewed objectively, have constituted detention, that was most likely not intentional. It would therefore be best in future for police officers to avoid asking incriminating questions of people who are likely to be viewed as suspects. The direct questions in the instant case can be compared with the circumspect approach taken by the officers in *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456. If, in the course of an exchange of words in which officers act circumspectly, the behaviour of the person they are speaking with changes, the next question is whether the facts are sufficient to give rise to a reasonable suspicion that an offence has been or will be committed. If they are sufficient, it will then be open to the officers to exercise their power of investigative detention.

[194] In short, I believe it is important to educate the police about how their conduct affects members of the public. If they do not really intend to detain a person, they should — by their deeds and their words — let the person know that he or she is not being singled out.

2. Factors Supporting the Admission or Exclusion of Evidence Obtained in Violation of the Charter

[195] The majority propose revising the test developed in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, for admitting or excluding evidence obtained in violation of a right protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I agree with them that the test needs to be revised, but in my view, the formulation they propose is inconsistent with the purpose

crime particulier sera commis. Pour cette raison, ils doivent disposer d'une marge de manœuvre leur permettant d'accomplir adéquatement ce travail.

[193] Même si, en l'espèce, je ne puis conclure que les policiers possédaient des soupçons raisonnables qu'une infraction avait été commise, je ne voudrais pas que le message qui leur est transmis par ce jugement les décourage d'intervenir. Comme l'indiquent les motifs du juge de première instance, l'attitude des policiers était posée et polie. Bien que, considérée objectivement, leur intervention ait pu constituer une détention, cela n'était fort probablement pas intentionnel. Il serait donc souhaitable, à l'avenir, que les policiers évitent de poser des questions incriminantes à des personnes qui sont susceptibles d'être considérées comme des suspects. Les questions directes posées en l'espèce peuvent être comparées avec l'approche prudente adoptée par les policiers dans l'affaire *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456. Si, au cours d'un échange marqué par la prudence de la part des policiers, le comportement de la personne à laquelle ils s'adressent change, se pose alors la question de savoir si les faits sont suffisants pour faire naître des soupçons raisonnables qu'une infraction a été ou sera commise. Dans un tel cas, les policiers peuvent alors avoir recours à leur pouvoir de détention pour fins d'enquête.

[194] En somme, je crois qu'il est important de sensibiliser les policiers à l'effet que produit leur comportement sur le public. S'ils n'intendent pas vraiment détenir une personne, ils doivent — par leurs gestes et leurs paroles — indiquer à celle-ci qu'elle n'est pas visée personnellement.

2. Les facteurs justifiant l'admission ou l'exclusion d'une preuve obtenue en violation de la Charte

[195] Les juges de la majorité proposent de revoir la grille d'analyse formulée dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, relativement à l'admission ou à l'exclusion d'un élément de preuve obtenu en violation d'un droit protégé par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je conviens avec eux qu'une telle révision s'impose. À mon avis,

of s. 24(2). I will be proposing a simpler rule that focusses the analysis on two aspects: the societal interest in protecting constitutional rights and the societal interest in the adjudication of the case on the merits. On the basis of these two aspects, it will be possible to consider all the relevant circumstances in order to determine whether the exclusion or admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

A) *Purpose of Section 24(2) of the Charter*

[196] The identification of the purpose of s. 24(2) of the *Charter* is of prime importance for the determination of the factors to be considered in applying this provision. According to Professor David M. Paciocco, “[r]ecent experience in the United States has demonstrated that the vitality of the exclusionary rule depends entirely on the purposes that are identified for exclusion. This is because each of the rationales has its own level of vulnerability and its own sphere of operation” (“The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule” (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326, at p. 334). However, Professor Kent Roach cautions that “[i]f none of the approaches is in a preferred position, the choice of which rationale will prevail in a particular case is likely to be inconsistent and result-oriented” (“Constitutionalizing Disrepute: Exclusion of Evidence after *Therens*” (1986), 44 *U.T. Fac. L. Rev.* 209, at p. 228).

[197] *Collins* had the merit of setting out the first test for applying s. 24(2). But neither in that case nor in those that followed can the Court be said to have identified a guiding principle or taken a clear position ranking the various purposes that are often cited for the provision and can be drawn — sometimes implicitly and sometimes explicitly — from the case law. The failure to do so is surprising, given the importance the Court has attached to contextual analysis and to the need, in interpreting any provision, to consider its purpose.

cependant, la formulation qu’ils proposent ne respecte pas l’objectif du par. 24(2). Je suggère plutôt l’adoption d’une règle plus simple, qui axe l’analyse sur deux aspects : l’intérêt de la société dans la protection des droits constitutionnels et l’intérêt de la société à ce que les accusations soient jugées au fond. Ces deux aspects permettent de prendre en considération toutes les circonstances pertinentes pour déterminer si l’exclusion ou l’admission d’un élément de preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

A) *L’objectif du par. 24(2) de la Charte*

[196] La détermination de l’objectif visé par le par. 24(2) de la *Charte* revêt une importance certaine pour dégager les facteurs qui seront pris en considération dans l’application de cette disposition. Selon le professeur David M. Paciocco : [TRADUCTION] « L’expérience récente aux États-Unis a démontré que la vitalité de la règle d’exclusion dépend entièrement de l’objectif de l’exclusion. Ceci s’explique par le fait que chaque objectif a son propre niveau de vulnérabilité et sa propre sphère d’action » (« The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule » (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326, p. 334). Le professeur Kent Roach fait quant à lui la mise en garde suivante : [TRADUCTION] « Si aucune des approches n’est préférable, le choix de l’objectif qui prévaudra dans le cas en cause risque d’être fluctuant et fondé sur le résultat » (« Constitutionalizing Disrepute : Exclusion of Evidence after *Therens* » (1986), 44 *U.T. Fac. L. Rev.* 209, p. 228).

[197] L’arrêt *Collins* a eu le mérite d’énoncer le premier cadre d’application du par. 24(2). Cependant, ni cette décision ni les jugements subséquents ne permettent de conclure que la Cour a dégagé un principe directeur ou énoncé une position claire hiérarchisant les divers objectifs qui sont fréquemment cités au soutien de la disposition et qui ressortent — parfois implicitement, parfois explicitement — de la jurisprudence sur la question. Cette lacune est étonnante, compte tenu de l’importance accordée par la Cour à l’analyse contextuelle et à l’indispensable prise en considération de l’objectif d’une disposition dans toute démarche d’interprétation.

[198] I accordingly agree with the majority that the purpose of s. 24(2) of the *Charter* is found in the words of the provision. Section 24 reads as follows:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

The purpose of s. 24(2) is to maintain public confidence in the administration of justice.

[199] Since this purpose is a general one, it makes it possible to take the various functions of the criminal justice system into account. This purpose also makes it possible to identify a common denominator between ss. 24(1) and (2). It is clear that one of the purposes of the remedy provided for in s. 24(1), more specifically a stay of proceedings for abuse of process, is to maintain the repute of the administration of justice: *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667. Although a stay of proceedings can be granted only in the clearest of cases because it allows the accused to go free, the comparison with s. 24(2) is not without interest, especially in a case where the exclusion of evidence would in practice lead to the discharge of the accused by resulting in his or her acquittal.

[200] A court that must decide under s. 24(1) whether to order a stay of proceedings may consider the “balance . . . between the public interest in having all charges dealt with on their merits [and] the public interest in having all charges stayed to show the court’s determination to ensure the continued vigour of checks and balances in the criminal justice system” (*R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, dissent, at para. 231 (emphasis

[198] J’accueille donc positivement le fait que la majorité reconnaisse que l’objectif du par. 24(2) de la *Charte* se trouve dans son texte. Voici le texte de l’art. 24 de la *Charte* :

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s’adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s’il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

L’objectif du par. 24(2) consiste à préserver la considération du public à l’égard de l’administration de la justice.

[199] Comme cet objectif a un caractère général, il permet la prise en compte des diverses fonctions du système de justice pénale. Il permet aussi de reconnaître un dénominateur commun entre les par. 24(1) et (2). Il est clair que l’un des objectifs de la réparation prévue au par. 24(1), plus particulièrement l’arrêt des procédures en cas d’abus, est le maintien de la considération dont jouit l’administration de la justice : *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, p. 1667. Quoique l’arrêt des procédures ne puisse être accordé que dans les cas les plus manifestes, étant donné qu’une telle mesure a pour effet de libérer l’accusé, le rapprochement avec le par. 24(2) n’est pas sans intérêt, surtout dans les cas où l’exclusion de la preuve aboutit concrètement à la libération de l’accusé en provoquant son acquittement.

[200] Le tribunal qui est appelé à décider, en vertu du par. 24(1), s’il y a lieu d’ordonner l’arrêt des procédures, peut tenir compte de « [l’]équilibre entre l’intérêt public à ce que tous les chefs d’accusation soient examinés au fond et l’intérêt public à ce que tous les chefs d’accusation soient suspendus pour montrer la détermination de la cour à assurer le maintien de freins et de contrepoids efficaces dans le système de justice pénale » (*R. c. Regan*,

deleted); see also the majority's reasons, at para. 57). This balancing exercise is also essential to the analysis required by s. 24(2). Under s. 24(2), the judge must decide whether the best way to maintain the repute of the administration of justice would be to admit the evidence or to exclude it.

[201] I also agree with the majority's proposition that the exclusionary rule has, primarily, a prospective societal role and that the judge's analysis must focus on systemic concerns (para. 70). The court cannot consider the case of the accused person who is on trial without addressing the long-term impact of its decision on the administration of justice in general. If, where the stay of proceedings and the admission or exclusion of evidence are concerned, the point of convergence between the first and second subsections of s. 24 is the balancing of two factors, what distinguishes these provisions is that the purpose of the first is to provide for an individual remedy, whereas the ultimate purpose of the second lies in the societal interest in maintaining public confidence in the administration of justice. The first is focussed on the individual, the second on society.

[202] The statement that s. 24(2) has a long-term societal purpose is of great significance for the identification of the factors to be considered in the analysis. In my view, the test proposed by the majority, by focussing the analysis on the conduct of the police in the first branch and on the interest of the accused in the second, and by attaching less importance to the seriousness of the offence in the third, does not give sufficient consideration to the long-term societal interest that must guide the judge in reaching a decision.

B) *The Test: Branches and Factors*

[203] Since *Collins*, the courts have generally applied a test under which the factors relevant to the analysis to be conducted in applying s. 24(2)

2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, motifs dissidents, par. 231 (italiques omis); voir aussi l'opinion de la majorité, par. 57). La recherche de cet équilibre est également essentielle dans l'analyse requise par le par. 24(2). Conformément à cette disposition, le juge doit décider si la considération dont jouit l'administration de la justice sera davantage maintenue par l'admission de la preuve que par son exclusion.

[201] Je souscris également à la proposition de la majorité selon laquelle la règle d'exclusion joue d'abord un rôle sociétal prospectif et que l'analyse du juge est centrée sur des problèmes d'ordre systémique (par. 70). En effet, le tribunal ne peut s'attacher au dossier de l'accusé qui subit son procès sans examiner l'incidence à long terme de sa décision sur l'administration de la justice en général. Si, lorsqu'on traite d'arrêt des procédures et d'admission ou d'exclusion d'un élément de preuve, le point de convergence des premier et deuxième paragraphes de l'art. 24 est la mise en balance de deux facteurs, l'élément qui les distingue est que l'objectif du premier paragraphe consiste à apporter une réparation individuelle, alors que l'objectif ultime du deuxième réside dans l'intérêt de la société à préserver la considération du public pour l'administration de la justice. Le premier paragraphe est axé sur l'individu, le deuxième sur la société.

[202] Le fait d'affirmer que le par. 24(2) vise un objectif sociétal à long terme emporte des conséquences importantes dans la détermination des éléments de l'analyse. À mon avis, en centrant celle-ci sur la conduite des policiers dans le premier volet et sur l'intérêt de l'accusé dans le second, et en accordant une importance moins grande à la gravité de l'infraction dans le troisième, la grille proposée par la majorité n'est pas suffisamment orientée vers l'intérêt sociétal à long terme qui doit guider le juge dans sa décision.

B) *La grille d'analyse : volets et facteurs à considérer*

[203] Depuis l'arrêt *Collins*, les tribunaux suivent généralement une grille qui classe sous trois grands volets les facteurs pertinents de l'analyse

were grouped in three broad branches. This Court has applied this test in many subsequent decisions, including *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, at pp. 783-84, in which Lamer J. (as he then was) summarized the test as follows:

The first set of factors are those relevant to the fairness of the trial. The second set of factors concerns the seriousness of the *Charter* violations as defined by the conduct of the law enforcement authorities. The third set of factors recognizes the possibility that the administration of justice could be brought into disrepute by excluding the evidence despite the fact that it was obtained in a manner that infringed the *Charter*.

[204] First, the courts had to determine the nature of the evidence obtained in violation of the rights of the accused. Where real evidence was adduced, admitting it rarely led to a finding that trial fairness had been impaired. Second, they had to assess the seriousness of the violation in light of both the interests protected by the infringed right and the state conduct. Third, the courts considered the consequences of excluding the evidence and determined, more specifically, whether the evidence was essential, having regard to the seriousness of the offence (*Greffe*, per Dickson C.J., at pp. 762-63).

[205] In the case at bar, the majority propose to reformulate the test. The new version continues to have three branches: a review of the state conduct, the impact of the violation on the *Charter*-protected interests and the public interest in an adjudication on the merits.

[206] It is appropriate that trial fairness is no longer a cornerstone of the test. One of the problems with the reliance on trial fairness in the first branch of the *Collins* test was that it is a concept with several possible meanings and can accordingly lead to confusion.

[207] Trial fairness is sometimes defined narrowly and sometimes more broadly. Defined narrowly, it concerns solely the reliability of the evidence. More broadly, trial fairness corresponds to “courtroom fairness” (P. Mirfield, “The Early

requis pour l’application du par. 24(2). Cette grille a été maintes fois reprise dans la jurisprudence de la Cour, entre autres dans *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, p. 784, où le juge Lamer (plus tard Juge en chef) la résume ainsi :

Le premier ensemble de facteurs comprend ceux qui portent sur l’équité du procès. Le second ensemble de facteurs concerne la gravité des violations de la *Charte*, appréciée en fonction de la conduite des autorités chargées d’appliquer la loi. Le troisième ensemble de facteurs reconnaît la possibilité que l’administration de la justice soit déconsidérée par l’exclusion de la preuve en dépit du fait qu’elle a été obtenue d’une manière contraire à la *Charte*.

[204] Premièrement, les tribunaux devaient déterminer la nature de la preuve obtenue en violation des droits. Dans le cas d’une preuve matérielle, il était rare que son admission permette de conclure à une atteinte à l’équité du procès. Deuxièmement, ils devaient apprécier la gravité de la violation, tant en fonction des intérêts protégés par le droit violé qu’au regard de la conduite étatique. Troisièmement, les tribunaux s’attachaient aux conséquences de l’exclusion de l’élément de preuve et plus particulièrement au caractère essentiel de celui-ci eu égard à la gravité de l’infraction (*Greffe*, le juge en chef Dickson, p. 762-763).

[205] Dans la présente affaire, mes collègues de la majorité proposent de reformuler la grille d’analyse en conservant trois volets : l’examen de la conduite étatique, l’incidence de la violation sur les intérêts protégés par la *Charte* et l’intérêt du public à ce que les accusations soient jugées au fond.

[206] Il est heureux que la notion d’équité du procès ne constitue plus une des pierres d’assise de l’analyse. En effet, l’un des problèmes du recours à l’équité du procès dans le premier volet de la grille d’analyse établie dans *Collins* est que cette notion a plusieurs acceptions et peut, de ce fait, devenir source de confusion.

[207] On donne à l’équité du procès une portée parfois restreinte, parfois plus large. Selon sa définition étroite, l’équité du procès ne se rapporte qu’à la fiabilité de la preuve. Plus largement, l’équité du procès correspond au terme anglais « *courtroom*

Jurisprudence of Judicial Disrepute” (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 434, at pp. 444 and 452). In the latter sense, fairness is related to the concept of “conscriptive evidence”. Its purpose is to safeguard certain fundamental rights of the accused at trial, such as the right against self-incrimination. This interpretation is essentially the same as the one in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607. Finally, trial fairness has been defined very broadly by certain commentators and in certain judgments (see the dissent in *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, at para. 86). According to this approach, any use of evidence obtained in violation of constitutional rights is — regardless of the quality of the evidence (reliable, conscriptive, derivative, etc.) — a breach of trial fairness. It is clear that, although the concept of fairness seems to go hand in hand with any system of justice worthy of that name, it is not precise enough to serve as a reliable guide.

[208] The reformulation of the first of the criteria from *Collins* so as to exclude the trial fairness concept and take *Charter*-protected interests into account in the second branch of the new test is a refinement that may help judges refer to concrete and objective factors. I am in complete agreement that the greater the impact of the violation on the *Charter*-protected interests, the more likely it is that there will be negative consequences for public confidence in the administration of justice. For example, interference with bodily integrity and a search of a rented car will not have the same impact on the confidence an objective person with good knowledge of the circumstances of the case will have in the administration of justice (*Collins*, at p. 282).

[209] However, I cannot agree with focussing the analysis on the accused, as the purpose remains at all times to maintain public confidence in the administration of justice in the long term, and what is important is the public interest in the protection of constitutional rights. Nor can I accept that one of the factors — state conduct — formerly taken into

fairness » (« équité en salle d’audience ») (P. Mirfield, « The Early Jurisprudence of Judicial Disrepute » (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 434, p. 444 et 452). Cette dernière acception de l’équité se rapporte à la notion de preuve dite « conscrite ». Elle vise alors à préserver certains droits fondamentaux de l’accusé lors du procès, telle que la protection contre l’auto-incrimination. Cette interprétation est essentiellement celle qu’on retrouvait dans *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Finalement, on retrouve aussi une définition très large de l’équité du procès chez certains auteurs et dans certains jugements (voir la dissidence dans *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, par. 86). Suivant cette dernière approche, toute utilisation d’une preuve obtenue en violation des droits constitutionnels — peu importe la qualité de cette preuve (fiable, conscrite, dérivée, etc.) — porte atteinte à l’équité du procès. Comme on peut le constater, bien que la notion d’équité et tout système de justice digne de ce nom paraissent aller de pair, cette notion n’est pas suffisamment précise pour servir de guide fiable.

[208] La reformulation du premier critère établi dans *Collins*, de façon à éliminer la notion d’équité du procès et à prendre en considération les intérêts protégés par la *Charte* au deuxième volet de la nouvelle grille d’analyse, est un raffinement qui est susceptible d’aider les juges à se reporter à des éléments concrets et objectifs. Je suis tout à fait d’accord pour dire que plus l’incidence de la violation sur les intérêts protégés par la *Charte* est grande, plus probables sont les conséquences négatives sur la considération du public envers l’administration de la justice. Par exemple, une atteinte à l’intégrité physique ou la fouille d’une auto louée n’auront pas la même incidence sur la considération qu’aura, à l’endroit de l’administration de la justice, une personne objective bien informée des circonstances de l’affaire (*Collins*, p. 282).

[209] Je ne saurais cependant accepter que l’accusé soit le point de mire de l’analyse — car l’objectif demeure toujours la considération à long terme du public envers l’administration de la justice, et c’est l’intérêt du public dans la protection des droits garantis par la Constitution qui importe. De même, je ne peux accepter que l’un des éléments qui était

account when analysing the seriousness of a violation is now a separate branch of the test. In pursuing the purpose of maintaining confidence in the administration of justice, the courts must dissociate themselves from violations of protected rights, regardless of whether or not they were intentional. Although state conduct is of course the source of the violation, it is but one of the factors to be considered in analysing the impact of the violation on *Charter*-protected interests.

[210] I find the majority's emphasis on state conduct puzzling in view of the purpose of s. 24(2). Although the majority acknowledge that the purpose of the s. 24(2) rule is neither to punish the police officers nor to compensate the accused, the importance they attach to this factor places the judge on a slippery slope. Since any distinction between the role of the exclusion of evidence as a way for a court to dissociate itself from a violation and its role as a deterrent — which has been sharply criticized — will be a fine one, I wonder what role this factor will actually play. The Court's attitude in this respect has already been criticized as being one of "doublespeak" (D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (4th ed. 2005), at pp. 543-44). I fear that the same word will also be used to refer to the new test. Moreover, by making state conduct a separate branch of the test, the Court is drawing closer to the rules applied in the United States, which are based on very different constitutional provisions and a very different socio-political context (see the reasons of Esson J.A. in *R. v. Strachan* (1986), 25 D.L.R. (4th) 567 (B.C.C.A.)).

[211] It might have been thought that the courts would over time have understood that it is unhelpful to begin the constitutional analysis by considering state conduct. The main problem with the importance attached to this factor is that the deterrent effect of the exclusion of evidence has never been proved empirically (S. Penney, "Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained

auparavant pris en considération dans le contexte de l'analyse de la gravité de la violation — en l'occurrence la conduite étatique — constitue maintenant un volet autonome de l'analyse. En poursuivant l'objectif de préservation de la considération dont jouit l'administration de la justice, les tribunaux doivent se dissocier des violations des droits protégés, que ces atteintes soient intentionnelles ou non. La conduite étatique est certes à l'origine de la violation, mais elle ne constitue que l'un des éléments de l'analyse de l'incidence de la violation sur les intérêts protégés par la *Charte*.

[210] L'accent qui est mis par la majorité sur la conduite étatique me laisse perplexe compte tenu de l'objectif du par. 24(2). En effet, bien que la majorité reconnaisse que la règle du par. 24(2) n'a pas pour but de punir les policiers ni de dédommager l'accusé, l'importance accordée à ce facteur entraîne le juge sur un terrain glissant. La distinction ténue qui peut exister entre le rôle de l'exclusion d'un élément de preuve comme moyen pour les tribunaux de se dissocier d'une violation et comme moyen de dissuasion — mesure vivement critiquée — m'incite à me demander quel sera le véritable rôle de ce facteur. On a déjà reproché à la Cour d'avoir une attitude équivoque (« *doublespeak* »), à cet égard (D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (4^e éd. 2005), p. 543-544). Je crains que le même commentaire soit réitéré avec l'adoption de la nouvelle grille d'analyse. L'établissement d'un chef d'analyse distinct, portant sur l'examen de la conduite étatique, rapproche d'ailleurs la Cour des règles appliquées aux États-Unis, qui sont fondées sur des dispositions constitutionnelles et un contexte politico-social très différents (voir l'opinion du juge Esson dans *R. c. Strachan* (1986), 25 D.L.R. (4th) 567 (C.A.C.-B.)).

[211] On pourrait penser que les tribunaux auraient, avec le temps, compris qu'il ne sert à rien de faire de la conduite étatique le point de départ de l'analyse constitutionnelle. En effet, le principal problème qui découle de l'importance accordée à ce facteur est que l'effet dissuasif de l'exclusion d'un élément de preuve n'a jamais été démontré empiriquement (S. Penney, « Taking Deterrence

Evidence Under Section 24(2) of the *Charter*” (2004), 49 *McGill L.J.* 105, at p. 114).

[212] In the United States, many commentators have attempted to demonstrate that the exclusionary rule is either effective or ineffective as a deterrent, and the question is still open to debate: L. T. Perrin et al., “If It’s Broken, Fix It: Moving Beyond the Exclusionary Rule — A New and Extensive Empirical Study of the Exclusionary Rule and a Call for a Civil Administrative Remedy to Partially Replace the Rule” (1998), 83 *Iowa L. Rev.* 669; W. R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (4th ed. 2004), vol. 1, at pp. 32-37; *Herring v. United States*, 555 U.S. 1 (2009); Law Reform Commission of Canada, Working Paper 10, *Evidence — The Exclusion of Illegally Obtained Evidence* (1974), at pp. 19-20. The question has also been the subject of debate in Canada. According to Paciocco, at p. 340, s. 24(2) cannot have a deterrent effect, because it does not establish a clear and predictable rule requiring the exclusion of evidence. To other commentators, from the perspective of the conduct of state agents, exclusion is not an effective sanction. The police certainly have an interest in the conviction of an accused, but that interest is above all one of society as a whole. Administrative or disciplinary measures may have a greater deterrent effect on the police (Law Reform Commission, at pp. 20-22; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, at pp. 123-24, and *Burlingham*, at para. 104, *per* L’Heureux-Dubé J., dissenting). In my view, the reservations expressed regarding the effectiveness of the exclusion of evidence as a deterrent are an invitation to be very prudent as regards the importance attached to state conduct.

[213] Furthermore, a parallel can be drawn with the order for a stay of proceedings for abuse of process, which also has as its purpose the maintenance of public confidence in the administration of justice. As the Court pointed out in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at para. 91, and in *R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307, at para. 119, the purpose of such an order is not to punish state

Seriously : Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under Section 24(2) of the *Charter* » (2004), 49 *R.D. McGill* 105, p. 114).

[212] Aux États-Unis, de nombreuses études ont tenté de démontrer l’efficacité ou l’inefficacité de la règle d’exclusion de la preuve comme mesure dissuasive; la question demeure controversée : L. T. Perrin et autres, « If It’s Broken, Fix It : Moving Beyond the Exclusionary Rule — A New and Extensive Empirical Study of the Exclusionary Rule and a Call for a Civil Administrative Remedy to Partially Replace the Rule » (1998), 83 *Iowa L. Rev.* 669; W. R. LaFave, *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment* (4^e éd. 2004), vol. 1, p. 32-37; *Herring c. United States*, 555 U.S. 1 (2009); Commission de réforme du droit du Canada, document de travail 10, *La preuve — L’exclusion de la preuve illégalement obtenue* (1974), p. 22. Au Canada, la question fait aussi l’objet de débats. Selon Paciocco, p. 340, le par. 24(2) ne peut avoir d’effet dissuasif, car il n’établit pas de règle claire et prévisible prescrivant l’exclusion. Pour d’autres, l’exclusion n’est pas une sanction efficace du point de vue du comportement de l’agent de l’État. Le policier a certes un intérêt dans la déclaration de culpabilité du prévenu, mais cet intérêt est surtout celui de la société tout entière. Des mesures administratives ou disciplinaires pourraient avoir de meilleurs effets dissuasifs sur les forces policières (Commission de réforme du droit, p. 22-24; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, p. 123-124, et *Burlingham*, par. 104, la juge L’Heureux-Dubé, dissidente). À mon avis, les réserves émises quant à l’efficacité de l’exclusion de la preuve comme mesure dissuasive invitent à faire montre de beaucoup de prudence vis-à-vis l’importance à accorder à la conduite étatique.

[213] Un parallèle peut d’ailleurs être établi avec les ordonnances d’arrêt des procédures prononcées en cas d’abus, mesures qui ont également pour objectif de maintenir la considération du public envers l’administration de la justice. À cet égard, comme l’a signalé la Cour dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 91, et dans *R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307,

misconduct. In my view, there is no justification for attributing this role, even indirectly, to s. 24(2). Although I agree that the exclusion of evidence may have a deterrent *effect*, I do not think state conduct should be considered separately in the determination of what must be done to maintain public confidence in the administration of justice. If a judge must decide whether to admit or exclude evidence, a violation of rights must already have been proved. It is therefore the impact of that violation that needs to be examined, not the inherent seriousness of the state conduct.

[214] In sum, I agree with incorporating into the assessment of the impact of the violation a broader perspective according to which all *Charter*-protected interests are taken into account. However, this new approach should be focussed not on the accused, but on the public interest in the protection of constitutional rights. Moreover, even though this approach may permit the courts to examine state conduct in order to determine its impact on the protected interests and, if necessary, to dissociate themselves from it, the purpose being pursued is to maintain public confidence in the administration of justice. The need for the courts to dissociate themselves from state conduct is at most one factor to be considered in relation to the overall purpose. Furthermore, in applying the *Collins* test, the courts have considered both state conduct and the seriousness of the infringement of the interests protected by the violated right in their review of the seriousness of the violation. In my view, therefore, the proposed change incorporates into the test a branch that is in itself inconsistent with the purpose of the provision and that does not make the rule any clearer or easier to apply. I accordingly find that the objective of the reformulation has not been achieved.

[215] At the third stage of the *Collins* analysis, the judge had to determine the effect that excluding the evidence would have on the repute of the administration of justice. The third branch of the

par. 119, l'objectif n'est pas de punir un comportement répréhensible de l'État. Rien ne justifie selon moi d'accorder, même indirectement, ce rôle au par. 24(2). Même si j'accepte que l'exclusion d'un élément de preuve puisse avoir un *effet* dissuasif, je ne crois pas que l'examen de la conduite étatique doive constituer un élément autonome dans la détermination de la mesure requise pour maintenir la considération du public envers l'administration de la justice. Si un juge est appelé à décider si une preuve doit être admise ou écartée, c'est que la violation de certains droits a nécessairement déjà été prouvée. Par conséquent, c'est l'incidence de cette violation qu'il convient d'examiner, non la gravité intrinsèque de la conduite étatique.

[214] En somme, dans l'évaluation de l'incidence de la violation, je salue l'intégration d'une perspective plus large, qui tient compte de tous les intérêts protégés par la *Charte*. Cette nouvelle approche ne devrait cependant pas être axée sur l'accusé, mais plutôt sur l'intérêt du public dans le respect des droits garantis par la Constitution. De plus, même si les tribunaux peuvent, dans le cadre de cette approche, examiner la conduite étatique pour déterminer l'incidence de celle-ci sur les intérêts protégés et, s'il y a lieu, s'en dissocier, l'objectif poursuivi est de maintenir la considération du public envers l'administration de la justice. Le besoin pour les tribunaux de se dissocier de la conduite étatique constitue tout au plus un élément qui permet d'atteindre l'objectif général. D'ailleurs, dans l'analyse que les tribunaux faisaient sur la base des critères de l'arrêt *Collins*, la conduite étatique et la gravité de l'atteinte aux intérêts protégés par le droit violé faisaient toutes deux partie de l'étude de la gravité de la violation. J'estime donc que le changement proposé intègre un volet qui en lui-même ne s'inscrit pas dans la poursuite de l'objectif de la disposition et n'a pas pour effet de rendre la règle plus claire ou plus simple à appliquer. En conséquence, je crois que le but visé par la reformulation n'est pas atteint.

[215] Selon la troisième étape de l'arrêt *Collins*, le juge devait déterminer l'effet de l'exclusion sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Au troisième volet de la nouvelle grille

new test proposed by the majority requires the judge to assess the “public interest in an adjudication on the merits”. Although this formulation is clearly broad enough that it will be possible to consider the factors formerly regarded as important in the third branch of the *Collins* test, certain factors are unduly de-emphasized or simply disregarded in the new test.

[216] In this regard, the majority’s position on the seriousness of the offence being prosecuted is ambiguous. Although the majority describe this factor as a “valid consideration”, they mention that it “has the potential to cut both ways”, that is, in favour of either excluding or admitting evidence. Their justification for this position is that although the public has a heightened interest in an adjudication on the merits where the crime is a serious one, it also has a heightened interest in having a justice system that is above reproach, particularly where the penal stakes for the accused are high (para. 84). I note that they also consider the heightened interest of the accused in having a justice system that is above reproach, especially where the crime with which he or she is charged is a serious one. These comments by the majority help me put the problem in context, and they suggest that the interest of the accused is equal to that of society where the charge is serious. In addition to my doubts about how the seriousness of the offence actually fits into the majority’s test, I must say that I disagree with the proposition that in the analysis relating to the maintenance of the repute of the administration of justice, this factor is neutral.

[217] First of all, the third branch of the majority’s test requires the judge to consider the factors that weigh in favour of or against proceeding to trial. At first glance, it is hard to imagine how the seriousness of the offence, and even the harshness of the sentence, could weigh against proceeding to trial. However, it is conceivable that when the factor of the seriousness of the offence is combined with other circumstances — where, for example,

proposée par la majorité, le juge doit mesurer « l’intérêt du public à ce que les accusations soient jugées au fond ». Bien que cette formulation soit certes suffisamment large pour permettre la prise en compte des éléments qui étaient auparavant considérés comme importants au troisième volet de l’arrêt *Collins*, la nouvelle grille dévalorise certains éléments de façon indue ou les escamote tout simplement.

[216] À cet égard, la position de la majorité en ce qui concerne la gravité de l’infraction qui fait l’objet des procédures est ambiguë. Bien que la majorité qualifie ce facteur de considération valable, elle mentionne qu’il peut jouer dans les deux sens (« *it has the potential to cut both ways* »), c’est-à-dire tant en faveur de l’exclusion de la preuve que de son admission. La majorité justifie cette position en affirmant que, quoique le public ait un intérêt accru à ce que l’affaire soit jugée au fond en cas de crime grave, il a également un intérêt accru à ce que le système de justice demeure à l’abri de tout reproche, particulièrement lorsque l’accusé encourt de lourdes conséquences pénales (par. 84). Je prends note de la prise en considération de l’intérêt accru de l’accusé dans un système de justice à l’abri de tout reproche, en particulier quand le crime pour lequel il est inculpé est grave. Ces propos de la majorité me permettent de mieux situer le problème et tendent à indiquer que l’accusé a un intérêt égal à celui de la société en cas d’accusation grave. Outre le fait que je m’interroge sur la place véritable qu’occupe la gravité de l’infraction dans l’analyse de la majorité, je dois exprimer mon désaccord avec la proposition selon laquelle la gravité de l’infraction joue un rôle neutre dans l’évaluation du maintien de la considération dont jouit l’administration de la justice.

[217] D’abord, au troisième volet de la grille d’analyse proposée par la majorité, le juge doit étudier les facteurs qui militent en faveur ou en défaveur de la tenue d’un procès. À première vue, il est difficile d’imaginer comment la gravité de l’infraction, et même la sévérité de la peine, pourraient militer à l’encontre de la tenue d’un procès. On peut cependant concevoir que, lorsque le facteur de la gravité de l’infraction est combiné avec d’autres

the evidence is unreliable — the accused might claim to have a greater interest in not standing trial if he or she could face a harsher sentence owing to the seriousness of the charge. But this interest is subsumed in the public's interest, which is of course opposed to having an accused convicted on the basis of unreliable evidence. Moreover, a well-informed person who is objective and is apprised of all the circumstances would surely be shocked if unreliable evidence were used in any criminal trial (*R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 62).

[218] What the majority suggest is in reality that, on the one hand, the interest of the accused in having the evidence excluded increases with the seriousness of the offence and the harshness of the potential sentence and, on the other hand, the societal interest in an adjudication on the merits increases with the seriousness of the offence. The result is that this factor is considered to be neutral. But I find it unacceptable to place value in the benefit derived by the accused from the exclusion of reliable evidence. The accused has a legitimate interest in having his or her rights protected, but not in having the evidence truncated to his or her advantage. In other words, the outcome of the analysis cannot be factored into the analysis itself. Moreover, the protection of the interests of the accused is considered in the first and second branches of the test proposed by the majority, not in the third.

[219] The analysis to be conducted under s. 24(2) should not be more likely to result in the exclusion of evidence where the charge is murder than where it is theft. To the extent that the majority's approach has the effect of including, in the third branch of the test, factors related to the consequences of the charges for the accused, it is inconsistent with the analysis required at this stage.

[220] The suggestion that the effect of the factor of the seriousness of the offence is neutral because of the heightened societal interest in having a

circumstances, par exemple l'absence de fiabilité de la preuve, l'accusé prétend à un intérêt plus grand à ce que le procès n'ait pas lieu lorsqu'il s'expose à une peine plus sévère du fait qu'il s'agit d'un crime grave. Toutefois, cet intérêt est subsumé dans l'intérêt du public, qui n'a certes pas intérêt à ce qu'un accusé soit déclaré coupable et condamné sur la foi d'une preuve non fiable. D'ailleurs, une personne bien informée, objective et au fait de toutes les circonstances serait assurément choquée si une preuve non fiable était utilisée dans quelque procès criminel que ce soit (*R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 62).

[218] Ce que suggère la majorité est en réalité ceci : d'une part, plus l'infraction est grave et la peine potentielle sévère, plus l'intérêt de l'accusé dans l'exclusion de la preuve s'accroît; d'autre part, plus l'infraction est grave, plus l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond est grand. Résultat : ce facteur est neutre. Or, il me semble inadmissible de valoriser le bénéfice accordé à l'accusé lorsqu'une preuve par ailleurs fiable est écartée. L'accusé a un intérêt légitime à ce qu'on respecte ses droits, mais non à ce que la preuve soit tronquée en sa faveur. En d'autres mots, le résultat de l'analyse ne peut être pris en considération dans l'analyse elle-même. De plus, la protection des intérêts de l'accusé est prise en compte dans les premier et deuxième volets de l'analyse proposée par la majorité, non dans le troisième.

[219] L'analyse que requiert l'application du par. 24(2) ne devrait pas aboutir davantage à l'exclusion de la preuve dans les cas où l'intéressé est accusé de meurtre que dans les cas où il est accusé d'un simple vol. Dans la mesure où l'approche de la majorité a pour effet d'inclure au troisième volet de la grille d'analyse des éléments qui se rapportent aux conséquences des accusations pour l'intéressé, la démarche ne respecte pas l'examen requis à cette étape.

[220] Un autre problème découle de la suggestion selon laquelle le facteur de la gravité de l'infraction produit un effet neutre en raison de l'intérêt

system of justice that is above reproach is also problematic. What might be criticized is the admission of evidence obtained in violation of constitutional rights. This implies that the violation is taken into account at this stage of the analysis. In other words, the violation will have been taken into account at every stage: at the first, in reviewing the conduct of the police; at the second, in assessing the impact of the violation on the protected interests; and lastly, at the third, in considering the interest in maintaining a system of justice that is above reproach. Furthermore, this approach evokes the broad concept of trial fairness even though that concept is not formally included in the test proposed by the majority. Thus, trial fairness would be reintroduced indirectly, but in a more diffuse sense that is potentially much broader than the one in which it was used in the approach developed in *Collins* and *Stillman*.

[221] In my view, assessing the seriousness of the offence is as important as determining whether the evidence is reliable or essential. To disregard this factor would make as little sense as to disregard the fact that an accused who is granted a stay of proceedings will not be prosecuted.

[222] If the role of the courts is to conduct trials to seek the truth about the commission of crimes, the importance of this role reaches its apogee where the crime is a particularly serious one. I think it goes without saying that society has a greater interest in an adjudication on the merits where the crime is a serious one, such as murder, sexual assault or importing hard drugs, than where it is less serious, as in the case of shoplifting, possession of cannabis or assault.

C) *Proposed Test*

[223] In short, I agree that the time has come for the Court to revisit the test for the admission or exclusion of evidence obtained in violation of a *Charter* right. I am proposing a simple test that takes

accru de la société dans un système de justice qui soit à l'abri de tout reproche. Si un reproche est formulé, c'est qu'un élément de preuve obtenu en violation de droits garantis par la Constitution a été admis. Cela suppose que la violation est prise en compte à ce volet de l'analyse. En somme, la violation aura été prise en compte à toutes les étapes : à la première, lors de l'examen de la conduite policière; à la deuxième, lors de l'examen de l'incidence de la violation sur les intérêts protégés; et enfin, à la troisième, dans la recherche du maintien d'un système de justice à l'abri de tout reproche. De plus, cette démarche rappelle la conception large de l'équité du procès qui, pourtant, n'est pas reprise formellement dans la grille d'analyse proposée par la majorité. La notion d'équité du procès serait donc réintroduite indirectement, mais dans un sens plus diffus, potentiellement beaucoup plus large que celui qui était retenu suivant l'approche établie dans les arrêts *Collins* et *Stillman*.

[221] À mon avis, l'examen de la gravité de l'infraction revêt autant d'importance que l'examen du caractère fiable ou essentiel de la preuve. Faire abstraction de ce facteur serait tout aussi incohérent que de ne pas tenir compte du fait que l'accusé bénéficiant d'un arrêt des procédures ne sera pas poursuivi.

[222] Si le rôle des tribunaux est de tenir des procès visant à établir la vérité concernant la perpétration d'un crime, l'importance de cette fonction atteint son point culminant lorsque le crime commis se situe au haut de l'échelle de la gravité. Il me paraît indiscutable que la société a un intérêt plus grand à ce que l'affaire soit jugée au fond lorsqu'il s'agit d'un crime grave, par exemple un meurtre, une agression sexuelle ou l'importation de drogues dures, que lorsqu'il s'agit de crimes moins graves, par exemple un vol à l'étalage, la possession de cannabis ou des voies de fait.

C) *Grille d'analyse proposée*

[223] Bref, il est temps, j'en conviens, que la Cour revoie la grille d'analyse qui doit guider l'admission ou l'exclusion d'un élément de preuve obtenu en violation d'un droit protégé par la *Charte*. Je propose

into account both the public interest in protecting *Charter* rights and the public interest in an adjudication on the merits. I agree with the majority that the judge's approach should be to foster the maintenance of public confidence in the administration of justice in the long term, but I would add that it is by striking a fair balance between these two societal interests that this result will be attained. These are the only two aspects that a judge should consider in determining whether the maintenance of confidence in the administration of justice would be better served by admitting the evidence or by excluding it.

[224] On the branch related to the protection of constitutional rights, I would suggest that any facts that help show the effect of the violation on the protected rights be considered. In this respect, the state conduct that gave rise to the violation is obviously a relevant factor. However, the purpose of the judge's review is not to punish the police officers or to compensate the accused for the violation. Rather, it is to assess the impact of that conduct on the protected interests with a view to ultimately balancing the societal interest in the protection of constitutional rights against the role of the judicial system as the institution responsible for holding trials. There may be cases in which conduct is so serious that the courts feel a need to dissociate themselves from it and, in the end, to attach paramount importance to it in their analysis. In the test I am proposing, however, state conduct is but one of the factors to be considered in assessing the impact of the violation on the protected rights.

[225] The impact of a violation on protected interests will vary with the circumstances, and it would be impossible here to list all the circumstances that might be relevant. Suffice it to mention the place of the search, the nature of the evidence, the nature of the violated right, the urgency of the situation for the police officers, the availability of other less intrusive investigation methods, the officers' knowledge of the applicable law, their training, and the clarity of the law. In short, the judge must take

une grille simple, qui tient compte à la fois de l'intérêt du public à la préservation des droits protégés par la *Charte* et de l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond. Tout comme la majorité, j'estime que le juge doit adopter une approche propre à favoriser le maintien à long terme de la considération dont jouit l'administration de la justice auprès du public, mais j'ajoute que ce résultat passe par la recherche d'un juste équilibre entre ces deux intérêts de la société. Il s'agit là des deux seuls aspects dont le juge doit tenir compte pour déterminer si le maintien de la considération dont jouit l'administration de la justice sera mieux servi par l'admission de la preuve ou par son exclusion.

[224] Pour ce qui est du volet touchant la préservation des droits constitutionnels, je suggère de prendre en considération tous les faits donnant des indications sur l'effet de la violation sur les droits protégés. À cet égard, il va de soi que la conduite étatique à l'origine de la violation constitue un élément d'analyse pertinent. L'évaluation du juge n'a cependant pas pour objectif de punir les policiers ou de dédommager l'accusé par suite de la violation. Elle consiste plutôt à apprécier l'incidence d'une telle conduite sur les intérêts protégés en vue de la mise en balance de l'intérêt de la société dans la protection des droits constitutionnels d'une part, et du rôle du système judiciaire en tant qu'institution chargée de la tenue des procès d'autre part. Il pourra arriver que la conduite soit si grave que le tribunal sente le besoin de s'en dissocier et lui reconnaisse, en bout de ligne, une importance prépondérante. Je souligne toutefois que, dans la grille que je propose, la conduite étatique n'est qu'un des faits permettant d'évaluer l'incidence de la violation sur les droits protégés.

[225] L'incidence d'une violation sur les intérêts protégés varie selon les circonstances et il est impossible d'énumérer ici toutes les circonstances susceptibles d'être pertinentes. Il suffit de mentionner, par exemple, le lieu où la fouille est faite, la nature de la preuve obtenue, la nature du droit violé, l'état d'urgence auquel faisaient face les policiers, la possibilité d'avoir recours à d'autres méthodes d'enquête moins attentatoires, la connaissance par les policiers de la règle de droit applicable,

into account all the facts that may be used to assess the long-term impact of his or her decision on the repute of the administration of justice, that is, not on the rights of the accused being tried, but rather on those of every individual whose rights might be violated in a similar way.

[226] As for the branch related to the public interest in an adjudication on the merits, I would suggest taking the reliability of the evidence into account. In my view, this consideration is crucial to the maintenance of public confidence. On the one hand, unreliable evidence will invariably undermine public confidence in the courts' ability to determine whether accused persons are guilty or innocent. On the other hand, a decision to exclude reliable evidence without good reason is also likely to be seen as an abdication by the court of its institutional role. As a corollary, whether the evidence in issue is essential or peripheral is highly significant. Similarly, the importance of the factor of the seriousness of the offence must be recognized, given society's strong interest in being protected from the commission of serious crimes. I have already explained why I feel this factor cannot reasonably be excluded without causing the test itself to bring the administration of justice into disrepute. This is why I would make it an important factor in the analysis.

[227] The question the judge must answer is whether the repute of the administration of justice would be better protected by admitting the evidence or by excluding it. In some cases, the impact on constitutional rights will be the determining factor because, owing to certain circumstances of the violation, the long-term effect of admitting the evidence would be to bring the administration of justice into disrepute. But the converse is also true. Thus, there will be other cases in which it is the public interest in an adjudication on the merits that should prevail: see, for example, the companion case of *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2

la formation des policiers, la clarté de la règle de droit. Bref, le juge doit prendre en considération tous les faits qui permettent d'évaluer l'incidence à long terme de sa décision sur la considération dont jouit l'administration de la justice, c'est-à-dire non pas sur les droits de l'accusé particulièrement concerné, mais plutôt sur ceux de tous les individus qui pourraient être victimes d'une violation similaire de leurs droits.

[226] Pour ce qui est du volet portant sur l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond, je suggère de prendre en considération la fiabilité de la preuve. Cette considération me paraît primordiale pour assurer le maintien de la confiance du public. D'une part, une preuve non fiable minera invariablement la confiance de celui-ci dans la capacité des tribunaux de déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. D'autre part, la décision d'écarter sans motif sérieux une preuve par ailleurs fiable est également de nature à être considérée comme l'abdication par les tribunaux de leur rôle en tant qu'institution. Corollairement, le fait que l'élément de preuve litigieux soit essentiel ou périphérique revêt une grande importance. De même, l'importance du facteur de la gravité de l'infraction reprochée doit être reconnue vu l'intérêt considérable qu'a la société à être protégée contre la perpétration de crimes graves. J'ai expliqué plus tôt les raisons pour lesquelles j'estime que cet élément ne saurait raisonnablement être exclu sans que la grille proposée n'ait elle-même pour effet de déconsidérer l'administration de la justice. Voilà pourquoi j'en fais un facteur important de l'analyse.

[227] La question à laquelle le juge doit répondre est de savoir si la considération dont jouit l'administration de la justice sera mieux assurée par l'admission de la preuve ou par son exclusion. Dans certains cas, l'incidence sur les droits protégés par la Constitution constituera un facteur prépondérant, car certaines circonstances de la violation feront que l'effet à long terme de l'inclusion déconsidérera l'administration de la justice. Mais la réciproque est également vraie. Ainsi, dans d'autres cas, c'est l'intérêt du public à la tenue du procès qui devrait l'emporter : voir, par exemple, le pourvoi connexe *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494.

S.C.R. 494. Absent an error in principle, the decision is a matter for the trier of fact.

3. Application of the Principles to the Facts of the Case

[228] On whether admitting the weapon in evidence would have a positive effect on the repute of the administration of justice, I agree with the majority's conclusion. I refer to the following findings of fact made by the trial judge: the exchange lasted only a few minutes, the officers were polite to Mr. Grant, and they were motivated by a desire to take a proactive approach in patrolling an area near schools with serious problems related to youth crime and safety. On the protection of the public, it should be noted that the charge here is firearms-related, that it would be impossible to establish guilt without the evidence and that the evidence is eminently reliable.

[229] When balanced against each other, the limited impact of the violation on the protected interests and the great importance of the evidence for the purposes of the trial favour admitting the physical evidence. Furthermore, on the charge of possession of a firearm for the purposes of trafficking, I am in complete agreement with the majority.

[230] For these reasons, I reach the same conclusion as the majority.

Appeal allowed in part.

Solicitors for the appellant: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Halifax.

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

Sauf erreur de principe, la décision revient au juge des faits.

3. Application des principes aux faits de l'espèce

[228] Pour ce qui est de la question de savoir si la considération dont jouit l'administration de la justice sera favorisée par l'admission de l'arme en preuve, je souscris à la conclusion de la majorité. Je me reporte aux faits constatés par le juge de première instance : l'échange n'a duré que quelques minutes; les policiers se sont montrés polis envers M. Grant; ils étaient mus par le désir d'avoir une attitude proactive dans le contexte de la patrouille d'un quartier scolaire où sévissaient de graves problèmes de criminalité et de sécurité chez les jeunes. Pour ce qui concerne la protection du public, il est important de souligner que nous sommes en présence d'une accusation en matière d'armes à feu et que la preuve est indispensable à la démonstration de la culpabilité, en plus d'être éminemment fiable.

[229] La mise en balance de la faible incidence de la violation sur les intérêts protégés avec la grande importance de la preuve pour la tenue du procès favorise l'admission de la preuve matérielle. Par ailleurs, en ce qui a trait à l'accusation de possession d'une arme à feu en vue d'en faire le trafic, je suis entièrement d'accord avec la majorité.

[230] Pour ces motifs, je conclus comme la majorité.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureurs de l'appelant : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax.

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

Solicitor for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Queen's University, Kingston.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Marilys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Université Queen's, Kingston.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Marilys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.

Warren James Jarvis *Appellant**v.***Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario,
the Attorney General of Quebec and
the Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Interveners*INDEXED AS: **R. v. JARVIS**Neutral citation: **2002 SCC 73.**

File No.: 28378.

2002: June 13; **2002: November 21.**

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Income tax — Administration and enforcement — Audits and investigations — Whether distinction can be drawn between audit and investigation under Income Tax Act — If so, circumstances in which tax official's inquiry constitutes penal investigation — Whether evidence obtained during audit pursuant to ss. 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act can be used to further investigation or prosecution of offences under s. 239(1) of the Act without violating taxpayer's Charter rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8 — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.1, 231.2.

Income tax — Administration and enforcement — Audits and investigations — Sections 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act available “for any purpose related to administration or enforcement” of Income Tax Act — Whether “enforcement” of Income Tax Act includes investigation and prosecution of offences under s. 239 of Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.1(1), 231.2(1), 239.

**Please see in particular paras. 88-89,
91, 94, 96 and 98***c.***Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Le procureur général de l'Ontario,
le procureur général du Québec et
la Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervenants*RÉPERTORIÉ : **R. c. JARVIS**Référence neutre : **2002 CSC 73.**

N° du greffe : 28378.

2002 : 13 juin; 2002 : 21 novembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Impôt sur le revenu — Application et exécution — Vérifications et enquêtes — Peut-on faire une distinction entre une vérification et une enquête sous le régime de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Le cas échéant, dans quelles circonstances l'examen effectué par un agent du fisc constitue-t-il une enquête pénale? — La preuve obtenue dans le cadre d'une vérification conformément aux art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu peut-elle être utilisée pour les besoins d'une enquête ou d'une poursuite relative à des infractions prévues par l'art. 239(1) de la Loi, sans qu'il soit porté atteinte aux droits que la Charte garantit au contribuable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 231.1, 231.2.

Impôt sur le revenu — Application et exécution — Vérifications et enquêtes — Les articles 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu sont destinés à être utilisés « pour l'application et l'exécution » de la Loi de l'impôt sur le revenu — Le terme « exécution » figurant dans la Loi de l'impôt sur le revenu inclut-il les enquêtes et les poursuites relatives aux infractions prévues par l'art. 239 de la Loi? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 231.1(1), 231.2(1), 239.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Principle against self-incrimination — Extent to which taxpayer under investigation for offences under s. 239 of Income Tax Act benefits from principle against self-incrimination — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Taxpayer under investigation for offences under s. 239 of Income Tax Act — Whether documents obtained under ss. 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act after penal investigation has commenced violate taxpayer's right against unreasonable search or seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.1(1), 231.2(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Exclusion of evidence — Tax evasion — Revenue Canada receiving information alleging that taxpayer had committed tax evasion — Statements and documents obtained during inquiry by tax auditor pursuant to ss. 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act transferred to investigator — Investigator obtaining further information with requirement letters to various banks and search warrant — Taxpayer charged with tax evasion — Whether evidence against taxpayer obtained in violation of his rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Revenue Canada began an inquiry following a tip that the appellant taxpayer had not reported sales of his late wife's art in his tax returns for the 1990 and 1991 taxation years. In February 1994, the auditor sent letters to the taxpayer indicating that his file had been selected for audit and requesting certain books and records. The auditor visited art galleries and gathered enough information to determine that the tip had some validity. On March 16, she obtained further information by phone from the taxpayer and his accountant. On April 11, the auditor and her supervisor met the taxpayer to review his records. He was not cautioned. He answered questions, provided banking information, signed a bank authorization, and provided materials including records of sales

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Principe interdisant l'auto-incrimination — Dans quelle mesure les contribuables visés par une enquête sur des infractions prévues par l'art. 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu sont-ils protégés par le principe interdisant l'auto-incrimination? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Contribuable soumis à une enquête sur des infractions prévues par l'art. 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Les documents obtenus au moyen des art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu après le début d'une enquête pénale portent-ils atteinte au droit du contribuable d'être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 231.1(1), 231.2(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Exclusion de la preuve — Fraude fiscale — Réception par Revenu Canada de renseignements selon lesquels le contribuable avait commis une fraude fiscale — Transfert à l'enquêteur de déclarations et documents obtenus dans le cadre d'un examen effectué par un vérificateur fiscal conformément aux art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Obtention de nouveaux renseignements par l'enquêteur au moyen de demandes péremptoires adressées à différentes banques et d'un mandat de perquisition — Contribuable accusé de fraude fiscale — La preuve défavorable au contribuable a-t-elle été obtenue en contravention des droits que lui garantit la Charte canadienne des droits et libertés? — Le cas échéant, cette preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Revenu Canada a entamé un examen à la suite d'un indice selon lequel le contribuable appelant avait omis de déclarer la vente d'œuvres d'art de son épouse décédée dans ses déclarations d'impôt pour les années d'imposition 1990 et 1991. En février 1994, la vérificatrice a envoyé au contribuable des lettres lui indiquant que son dossier avait été sélectionné pour vérification et lui demandant certains livres et registres. La vérificatrice a visité des galeries d'art et recueilli suffisamment de renseignements pour déterminer que l'indice avait une certaine valeur. Le 16 mars, elle a obtenu des renseignements additionnels du contribuable et de son comptable par téléphone. Le 11 avril, la vérificatrice et son superviseur ont rencontré le contribuable

and expenses related to the art. By late April, the auditor had obtained the additional records and information requested from the taxpayer and she concluded that he had grossly omitted revenues in the relevant returns. On May 4, the auditor referred her entire file to the Special Investigations Section of Revenue Canada, which began an investigation to determine whether prosecution for tax evasion was merited. Despite numerous requests concerning the status of the audit, the auditor deliberately did not inform the taxpayer that his file had been referred to the investigative section. After a review of the file, and on the basis of the books and records obtained from the taxpayer at the April 11 meeting, the investigator determined that reasonable and probable grounds existed to seek a search warrant to investigate for tax evasion. In November, a search warrant issued under the *Criminal Code* authorized the searches of a Revenue Canada's office and the respective residences of the taxpayer and his accountant. In early 1995, requirement letters issued to various banks under s. 231.2(1) of the *Income Tax Act* by the investigator provided additional information.

The taxpayer was charged with tax evasion under s. 239 of the Act. The trial judge held that the audit had effectively become an investigation as of March 16, 1994. Since the auditor failed to caution the taxpayer at the April 11 meeting, the statements and documents gathered at that meeting were obtained in violation of his rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and reference to that information in the Information to Obtain A Search Warrant was removed. The trial judge concluded that what remained did not provide "reasonable grounds" for a search warrant and, as a result, the execution of the searches violated the taxpayer's s. 8 *Charter* rights. He also concluded that the banking records obtained by way of s. 231.2(1) in early 1995 violated the taxpayer's s. 8 rights. Pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, the 1995 banking information and the evidence obtained at the April 11 meeting and through the searches were excluded. The trial judge granted a motion for a directed verdict of acquittal. The summary conviction appeal judge ordered a new trial, holding that only the taxpayer's statements during the April 11 meeting should have been excluded from the Information to Obtain and that the search warrant otherwise had been validly issued. The Court of Appeal

pour examiner ses registres. Il n'a alors reçu aucune mise en garde. Il a répondu aux questions, fourni des renseignements bancaires, signé une autorisation bancaire et fourni des documents incluant des registres de ventes et de dépenses concernant les œuvres d'art. À la fin du mois d'avril, la vérificatrice avait obtenu les registres et renseignements additionnels demandés au contribuable et elle a conclu qu'il avait omis de déclarer des revenus importants dans les déclarations pertinentes. Le 4 mai, la vérificatrice a renvoyé tout le dossier à la Section des enquêtes spéciales de Revenu Canada, qui a entamé une enquête afin de déterminer s'il y avait lieu d'engager des poursuites pour fraude fiscale. Malgré de nombreuses demandes concernant l'état de la vérification, la vérificatrice a délibérément omis d'aviser le contribuable que son dossier avait été renvoyé à la section des enquêtes. Après avoir examiné le dossier, et sur la base des livres et registres obtenus du contribuable à la rencontre du 11 avril, l'enquêteur a conclu qu'il existait des motifs raisonnables et probables d'obtenir un mandat de perquisition pour mener une enquête relativement à une fraude fiscale. En novembre, un mandat de perquisition décerné sous le régime du *Code criminel* a autorisé des perquisitions au bureau de Revenu Canada et aux résidences respectives du contribuable et de son comptable. Au début de 1995, des demandes péremptoires adressées par l'enquêteur à différentes banques sous le régime du par. 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ont permis d'obtenir des renseignements additionnels.

Le contribuable a été accusé de fraude fiscale sous le régime de l'art. 239 de la Loi. Le juge du procès a conclu que la vérification était effectivement devenue une enquête le 16 mars 1994. Étant donné l'omission par la vérificatrice de mettre le contribuable en garde lors de la rencontre du 11 avril, les déclarations et documents recueillis lors de cette rencontre ont été obtenus en contravention des droits que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* lui garantit et toute mention de ces renseignements a été exclue de la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition. De l'avis du juge du procès, ce qui restait ne donnait pas de « motifs raisonnables » de décerner un mandat de perquisition et, en conséquence, l'exécution du mandat allait à l'encontre des droits garantis au contribuable par l'art. 8 de la *Charte*. Le juge a en outre conclu que les registres bancaires obtenus au moyen du par. 231.2(1) au début de 1995 portaient atteinte aux droits que l'art. 8 confère au contribuable. Les renseignements bancaires obtenus en 1995 ainsi que les éléments de preuve recueillis lors de la rencontre du 11 avril et au moyen des perquisitions ont été exclus par application du par. 24(2) de la *Charte*. Le juge du procès a accueilli une requête sollicitant un verdict imposé d'acquiescement. Le juge d'appel des poursuites sommaires a

dismissed a further appeal and affirmed the order for a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

Although the *Income Tax Act* relies upon self-assessment and self-reporting, the Minister of National Revenue has broad powers for the administration and enforcement of the Act. Under ss. 231.1 and 231.2, a person authorized by the Minister has the powers to: enter a taxpayer's place of business or place of record keeping; require the taxpayer and third parties to answer questions put to them; and require the taxpayer and third parties to furnish information and documents upon request. To ensure compliance with the self-reporting requirements of the Act, s. 239 creates offences which carry significant penalties, including incarceration. Section 239 bears the formal hallmarks of criminal legislation and, even though the Act is a regulatory statute, non-compliance with its mandatory provisions will in some cases lead to criminal charges. In prosecution thereof, the state is pitted against the individual in an attempt to establish culpability. To conduct an appropriately contextual *Charter* analysis, the various regulatory and penal considerations must all exert some influence.

The scope of *Charter* rights and freedoms will vary according to the circumstances. This case concerns both s. 7 and s. 8 of the *Charter* and the exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Charter* from a trial for offences under s. 239. The taxpayer's liberty interest under s. 7 was engaged by the introduction at his trial of statutorily compelled information. In giving expression to the principle against self-incrimination, however, s. 7 does not envelop an abstract and absolute rule that prevents the use of statutorily compelled information in all contexts. A contextual analysis involves balancing the principle against self-incrimination with the principle that relevant evidence should be available to the trier of fact. The reasonable expectation of privacy guaranteed by s. 8 of the *Charter* also is context-specific. At some point, the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on privacy to advance its goals. Generally, there is a diminished expectation of privacy in records produced during the ordinary course of regulated activities and there is a

ordonné la tenue d'un nouveau procès, en statuant que seules les déclarations faites par le contribuable pendant la rencontre du 11 avril devaient être exclues de la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition et que le mandat de perquisition avait été décerné valablement. La Cour d'appel a rejeté l'appel et confirmé l'ordonnance de nouveau procès.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Bien que la *Loi de l'impôt sur le revenu* repose sur l'autocotisation et l'autodéclaration, le ministre du Revenu national a de larges pouvoirs en matière d'application et d'exécution. Les art. 231.1 et 231.2 confèrent à une personne autorisée par le ministre les pouvoirs suivants : pénétrer dans un lieu où est exploitée l'entreprise ou sont tenus les registres d'un contribuable; requérir le contribuable et les tiers de répondre aux questions qui leur sont posées; exiger du contribuable et des tiers qu'ils fournissent des renseignements et produisent des documents sur demande. Pour garantir le respect des exigences d'autodéclaration de la Loi, l'art. 239 crée des infractions assorties de peines importantes, y compris l'emprisonnement. L'article 239 présente les caractéristiques formelles de la législation criminelle et, bien que la Loi soit de nature réglementaire, le non-respect de ses dispositions impératives peut, dans certains cas, donner lieu à des accusations criminelles. Au cours de la poursuite relative à ces accusations, le ministère public a comme adversaire le particulier dont il tente de prouver la culpabilité. Une analyse contextuelle fondée sur la *Charte* ne saurait être convenablement réalisée sans l'attribution d'un certain poids à chacune des diverses considérations d'ordre réglementaire et pénal.

La portée des droits et libertés protégés par la *Charte* varie selon les circonstances. L'affaire porte en l'occurrence à la fois sur les art. 7 et 8 de la *Charte* et sur l'exclusion d'éléments de preuve par application du par. 24(2) de la *Charte* dans le cadre d'un procès relatif à des infractions visées par l'art. 239. Le droit à la liberté garanti au contribuable par l'art. 7 est entré en jeu en raison du dépôt, lors de son procès, de renseignements obtenus par la contrainte dans l'exercice de pouvoirs légaux. Dans l'expression du principe interdisant l'auto-incrimination, l'art. 7 n'établit toutefois pas une règle abstraite et absolue qui empêche l'utilisation, dans tous les contextes, de renseignements dont la production a été obtenue par la contrainte en vertu de la loi. Une analyse contextuelle comporte la pondération du principe interdisant l'auto-incrimination et du principe selon lequel le juge des faits devrait avoir accès aux éléments de preuve pertinents. L'attente raisonnable en matière de vie privée, protégée par l'art. 8 de la *Charte*, dépend aussi du contexte. À un certain point, le droit du public de ne pas être

relatively low privacy interest in records relevant to a tax return.

A distinction can be drawn between the audit and investigative powers under the *Income Tax Act*. By their express terms, both ss. 231.1(1) and 231.2(1) are available for any purpose related to the “administration” or “enforcement” of the Act. Although this wording seems broad, when read in context, these sections do not include the prosecution of s. 239 offences. In particular, the existence of a prior authorization procedure under s. 231.3(1) where an offence is suspected implies that the separate statutory inspection and requirement powers are unavailable for the purpose of prosecutorial investigations. A warrant under s. 231.3 of the Act covers generally the same ground as does the *Criminal Code*’s s. 487 warrant. When a tax official exercises his or her investigative function, the parties are in an adversarial relationship because of the liberty interest that is at stake. It follows that there must be some measure of separation between the audit and investigative functions.

Where the predominant purpose of an inquiry is the determination of penal liability, there exists an adversarial relationship between the taxpayer and the state. To determine whether the predominant purpose of an inquiry is the determination of penal liability, one must look to all factors that bear upon the nature of the inquiry. Apart from a clear decision to pursue a criminal investigation, no one factor is determinative. Even where reasonable grounds to suspect an offence exist, it will not always be true that the predominant purpose of an inquiry is the determination of penal liability. The following factors assist in ascertaining whether an inquiry’s purpose is to investigate penal liability: (a) Did authorities have reasonable grounds to lay charges or could a decision have been made to proceed with a criminal investigation? (b) Was the general conduct of the authorities consistent with a criminal investigation? (c) Did the auditor transfer his or her file to the investigators? (d) Was the auditor’s conduct such that he or she was acting as an agent for the investigators? (e) Does it appear that the investigators intended to use the auditor as their agent? (f) Is the evidence relevant to taxpayer liability generally or only to penal liability? and,

importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins. Généralement, un particulier possède une attente réduite quant au respect de sa vie privée à l’égard des registres qu’il produit dans le cours normal d’activités réglementées et la protection de sa vie privée concernant les registres pertinents à sa déclaration de revenu est relativement faible.

Il est possible d’établir une distinction entre les pouvoirs de vérification et les pouvoirs d’enquête sous le régime de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Comme ils le prévoient expressément, les par. 231.1(1) et 231.2(1) sont destinés à être utilisés « pour l’application et l’exécution » de la Loi. Bien que cette expression semble générale, ces dispositions, interprétées dans leur contexte, n’incluent pas la poursuite des infractions prévues à l’art. 239. En particulier, l’existence d’une procédure d’autorisation préalable établie par le par. 231.3(1) lorsqu’on soupçonne une infraction implique qu’il n’est pas possible d’utiliser les pouvoirs distincts d’inspection et de demande péremptoire pour les besoins d’une enquête relative à des poursuites. Le mandat prévu par l’art. 231.3 de la Loi s’applique généralement à des situations couvertes par le mandat décerné en vertu de l’art. 487 du *Code criminel*. Lorsqu’un agent du fisc exerce sa fonction d’enquête, les parties se trouvent dans une relation de nature contradictoire en raison du droit à la liberté qui est alors en jeu. Il s’ensuit qu’il doit exister une certaine séparation entre les fonctions de vérification et d’enquête.

Lorsqu’un examen a pour objet prédominant d’établir la responsabilité pénale du contribuable, il existe une relation de nature contradictoire entre le contribuable et l’État. Pour déterminer si l’objet prédominant d’un examen consiste à établir la responsabilité pénale du contribuable, il faut examiner l’ensemble des facteurs qui ont une incidence sur la nature de cet examen. À l’exception de la décision claire de procéder à une enquête criminelle, aucun facteur n’est nécessairement déterminant en soi. Même lorsqu’il existe des motifs raisonnables de soupçonner la perpétration d’une infraction, il ne sera pas toujours exact de dire que l’objet prédominant de l’examen est d’établir la responsabilité pénale du contribuable. Les facteurs suivants aident à déterminer si l’examen a pour objet déterminant d’enquêter sur la responsabilité pénale du contribuable : a) Les autorités avaient-elles des motifs raisonnables de porter des accusations ou aurait-on pu prendre la décision de procéder à une enquête criminelle? b) L’ensemble de la conduite des autorités donnait-elle à croire que celles-ci procédaient à une enquête criminelle? c) Le vérificateur a-t-il transféré son dossier aux enquêteurs? d) La conduite du vérificateur donnait-elle à croire qu’il agissait en fait comme un

(g) Do other circumstances or factors suggest that an audit became a criminal investigation?

Wherever the predominant purpose of an inquiry or question is the determination of penal liability, all *Charter* protections that are relevant in the criminal context must apply. When this is the case, investigators must provide the taxpayer with a proper warning. With respect to s. 7 of the *Charter*, the constitutional protections against self-incrimination prohibit tax officials who are investigating the offences from having recourse to the inspection and requirement powers under ss. 231.1(1) and 231.2(1). Rather, tax officials who exercise the authority to conduct such investigations must seek search warrants under s. 231.3 of the Act or s. 487 of the *Criminal Code* in furtherance of their investigation. With respect to s. 8 of the *Charter*, taxpayers have very little privacy interest in materials they are obliged to keep under the Act or to produce during an audit. Once an auditor has inspected or required a document under ss. 231.1(1) and 231.2(1), the taxpayer cannot be said to have a reasonable expectation that the auditor will guard its confidentiality. As a consequence, there is no general rule that prevents auditors from passing files containing validly obtained audit materials to investigators. Nor is there any reason that the CCRA cannot conduct parallel administrative audits and criminal investigations. However, if the CCRA simultaneously conducts an administrative audit and criminal investigation, investigators can avail themselves only of that information obtained pursuant to the audit powers prior to the commencement of the criminal investigation. They cannot avail themselves of information obtained pursuant to such powers subsequent to the commencement of the investigation into penal liability.

Whether an inquiry is in furtherance of an audit or a penal investigation is a question of mixed fact and law and is not immune from appellate review. The record in this case does not support a finding that the auditor used her misleading tactics to obtain information from the taxpayer or his accountant under ss. 231.1(1) and 231.2(1) for the predominant purpose of determining the taxpayer's penal liability under s. 239. There was no investigation into penal liability prior to May 4, 1994. Accordingly, the material that the trial judge excluded from the Information to Obtain A Search Warrant owing

mandataire des enquêteurs? e) Semble-t-il que les enquêteurs aient eu l'intention d'utiliser le vérificateur comme leur mandataire? f) La preuve est-elle pertinente quant à la responsabilité générale du contribuable ou uniquement quant à sa responsabilité pénale? g) D'autres circonstances ou facteurs laissent-ils entendre qu'une vérification était devenue une enquête criminelle?

Dès qu'un examen ou une question a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable, toutes les garanties prévues par la *Charte*, pertinentes dans le contexte criminel, s'appliquent obligatoirement. Dans ce cas, les enquêteurs doivent donner une mise en garde appropriée au contribuable. En ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte*, les protections constitutionnelles contre l'auto-incrimination interdisent aux agents du fisc qui enquêtent sur des infractions d'avoir recours aux mécanismes d'inspection et de demande péremptoire établis par les par. 231.1(1) et 231.2(1). Les agents du fisc qui exercent ainsi leur pouvoir d'enquête doivent plutôt obtenir des mandats de perquisition en vertu des art. 231.3 de la Loi ou 487 du *Code criminel* pour mener leur enquête. Quant à l'art. 8 de la *Charte*, le droit au respect de la vie privée du contribuable est très restreint en ce qui concerne les documents qu'il doit tenir conformément à la Loi et produire au cours d'une vérification. Lorsqu'un vérificateur a examiné ou exigé un document en vertu des par. 231.1(1) et 231.2(1), on ne peut véritablement prétendre que le contribuable s'attendait raisonnablement à ce que le vérificateur en préserve la confidentialité. Par conséquent, aucune règle générale n'empêche les vérificateurs de transmettre à l'enquêteur des dossiers contenant des renseignements de vérification obtenus valablement. Rien n'empêche non plus l'ADRC de mener parallèlement une enquête criminelle et une vérification administrative. Toutefois, si l'ADRC mène simultanément une vérification administrative et une enquête criminelle, les enquêteurs ne peuvent utiliser que les renseignements obtenus conformément aux pouvoirs de vérification avant le début de l'enquête criminelle. Ils ne peuvent se servir de renseignements obtenus conformément à ces pouvoirs après le début de l'enquête sur la responsabilité pénale.

La question de savoir si un examen constitue une vérification ou une enquête pénale est une question mixte de fait et de droit et elle n'est pas à l'abri d'un examen en appel. Le dossier en l'espèce ne permet pas de conclure que la vérificatrice a eu recours à des tactiques trompeuses afin d'obtenir des renseignements du contribuable ou de son comptable au moyen des par. 231.1(1) et 231.2(1) dans le but prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable sous le régime de l'art. 239. Aucune enquête sur la responsabilité pénale du contribuable n'a débuté avant le 4 mai 1994. Par conséquent, les

to a *Charter* violation was in fact validly gathered pursuant to the auditor's inspection and requirement powers. Since the searches were made pursuant to a valid warrant, the evidence obtained during these searches should be admissible in a new trial. The usage of the banking information obtained by the investigator pursuant to s. 231.2(1) requirement letters in early 1995, after the investigation was underway, violated the taxpayer's s. 7 rights and should be excluded.

Cases Cited

Referred to: *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. Norway Insulation Inc.* (1995), 23 O.R. (3d) 432, aff'd [1995] 2 C.T.C. 451; *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65; *Del Zotto v. Canada*, [1997] 3 F.C. 40, rev'd [1999] 1 S.C.R. 3; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338; *143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 339; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Smerchanski v. M.N.R.*, [1977] 2 S.C.R. 23; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash*, [1994] 2 S.C.R. 406; *R. v. Grimwood*, [1987] 2 S.C.R. 755; *R. v. Ling*, [2002] 3 S.C.R. 814, 2002 SCC 74; *Re Ramm*, [1958] O.R. 98; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *Smith v. Canada (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 902, 2001 SCC 88; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Canadian Bank of Commerce v. Canada (Attorney General)*, [1962] S.C.R. 729; *James Richardson & Sons, Ltd. v. M.N.R.*, [1984] 1

renseignements que le juge du procès a exclus de la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition, au motif qu'il y avait eu atteinte aux droits garantis par la *Charte*, avaient en fait été obtenus valablement dans l'exercice des pouvoirs d'inspection et de demande péremptoire de la vérificatrice. Les perquisitions ayant été effectuées conformément à un mandat valide, les éléments de preuve recueillis au cours de ces perquisitions devraient être admissibles au cours d'un nouveau procès. Les renseignements bancaires obtenus par l'enquêteur à la suite de demandes péremptoires présentées sous le régime du par. 231.2(1) au début de 1995, une fois l'enquête en cours, ont porté atteinte aux droits que l'art. 7 garantit au contribuable et devraient être écartés.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Norway Insulation Inc.* (1995), 23 O.R. (3d) 432, conf. [1995] 2 C.T.C. 451; *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65; *Del Zotto c. Canada*, [1997] 3 C.F. 40, inf. par [1999] 1 R.C.S. 3; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338; *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Smerchanski c. M.R.N.*, [1977] 2 R.C.S. 23; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406; *R. c. Grimwood*, [1987] 2 R.C.S. 755; *R. c. Ling*, [2002] 3 R.C.S. 814, 2002 CSC 74; *Re Ramm*, [1958] O.R. 98; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *Smith c. Canada (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 902, 2001 CSC 88; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Canadian Bank of Commerce c.*

S.C.R. 614; *R. v. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 S.C.R. 624; *R. v. Bjellebo*, [1999] O.J. No. 965 (QL); *R. v. Pheasant*, [2001] G.S.T.C. 8; *R. v. Chusid* (2001), 57 O.R. (3d) 20; *R. v. Roberts*, [1998] B.C.J. No. 3184 (QL); *R. v. Dial Drug Stores Ltd.* (2001), 52 O.R. (3d) 367; *Samson v. Canada*, [1995] 3 F.C. 306, leave to appeal refused, [1996] 1 S.C.R. ix (*sub nom. Samson v. Addy*); *R. v. Yip* (2000), 278 A.R. 124, 2000 ABQB 873; *R. v. Anderson* (2001), 209 Sask. R. 117, 2001 SKQB 334; *R. v. Seaside Chevrolet Oldsmobile Ltd.*, (2002), 248 N.B.R. (2d) 132, 2002 NBPC 5; *R. v. Warawa* (1997), 208 A.R. 81; *R. v. Coghlan*, [1994] 1 C.T.C. 164; *Gorenko v. La Reine*, [1997] R.J.Q. 2482, aff'd [1999] Q.J. No. 6268 (QL); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3, 2002 SCC 57; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Income War Tax Act, S.C. 1944, c. 43, s. 11.
Business Profits War Tax Act, 1916, S.C. 1916, c. 11.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 2, 150(1), 151, 152(1), (4), 162, 163, 230(1), 231.1 [am. 1994, c. 21, s. 107], 231.2, 231.3 [*idem*, s. 108], 238(1), 239(1), (2), 241 [am. 1994, c. 7, Sched. VIII, s. 137(1)].
Income War Tax Act, 1917, S.C. 1917, c. 28, s. 8.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12.

Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
Oxford English Reference Dictionary, 2nd ed. Edited by Judy Pearsall and Bill Trumble. Oxford: Oxford University Press, 1996, "enforce".

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2000), 149 C.C.C. (3d) 498, 271 A.R. 263, 234 W.A.C. 263, 87 Alta. L.R. (3d) 52, 193 D.L.R. (4th) 656, [2001] 3 W.W.R. 271, [2000] A.J. No. 1347 (QL), 2000 ABCA 304, affirming a judgment of Lutz J. (1998), 225 A.R. 225, 63 Alta. L.R. (3d) 236, 98 D.T.C. 6308, [1999] 3 W.W.R. 393, [1998] 3 C.T.C. 252, [1998] A.J. No. 651 (QL), allowing the

Canada (Attorney General), [1962] R.C.S. 729; *James Richardson & Sons, Ltd. c. M.R.N.*, [1984] 1 R.C.S. 614; *R. c. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624; *R. c. Bjellebo*, [1999] O.J. No. 965 (QL); *R. c. Pheasant*, [2001] G.S.T.C. 8; *R. c. Chusid* (2001), 57 O.R. (3d) 20; *R. c. Roberts*, [1998] B.C.J. No. 3184 (QL); *R. c. Dial Drug Stores Ltd.* (2001), 52 O.R. (3d) 367; *Samson c. Canada*, [1995] 3 C.F. 306, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 1 R.C.S. ix (*sub nom. Samson c. Addy*); *R. c. Yip* (2000), 278 A.R. 124, 2000 ABQB 873; *R. c. Anderson* (2001), 209 Sask. R. 117, 2001 SKQB 334; *R. c. Seaside Chevrolet Oldsmobile Ltd.*, (2002), 248 R.N.-B. (2^e) 132, 2002 NBPC 5; *R. c. Warawa* (1997), 208 A.R. 81; *R. c. Coghlan*, [1994] 1 C.T.C. 164; *Gorenko c. La Reine*, [1997] R.J.Q. 2482, conf. par [1999] J.Q. n^o 6268 (QL); *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, 2002 CSC 57; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.
Loi de l'Impôt de Guerre sur le Revenu, 1917, S.C. 1917, ch. 28, art. 8.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 2, 150(1), 151, 152(1), (4), 162, 163, 230(1), 231.1 [mod. 1994, ch. 21, art. 107], 231.2, 231.3 [*idem*, art. 108], 238(1), 239(1), (2), 241 [mod. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 137(1)].
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 12.
Loi modifiant la Loi de l'impôt de guerre sur le revenu, S.C. 1944, ch. 43, art. 11.
Loi taxant les Profits d'affaires pour la guerre, 1916, S.C. 1916, ch. 11.

Doctrine citée

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
 Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.
Oxford English Reference Dictionary, 2nd ed. Edited by Judy Pearsall and Bill Trumble. Oxford : Oxford University Press, 1996, « enforce ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (2000), 149 C.C.C. (3d) 498, 271 A.R. 263, 234 W.A.C. 263, 87 Alta. L.R. (3d) 52, 193 D.L.R. (4th) 656, [2001] 3 W.W.R. 271, [2000] A.J. No. 1347 (QL), 2000 ABCA 304, confirmant un jugement du juge Lutz (1998), 225 A.R. 225, 63 Alta. L.R. (3d) 236, 98 D.T.C. 6308, [1999] 3 W.W.R. 393, [1998] 3 C.T.C. 252, [1998] A.J. No.

Crown's appeal from a judgment of the Provincial Court acquitting a taxpayer of tax offences and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Alan D. Macleod, Q.C., and Wendy K. McCallum, for the appellant.

S. David Frankel, Q.C., Bruce Harper and Janet Henchey, for the respondent.

Trevor Shaw, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Gilles Laporte and Monique Rousseau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Scott K. Fenton, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI AND MAJOR JJ. — Is there a distinction between the Canada Customs and Revenue Agency's ("CCRA") audit and investigative functions under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) ("ITA")? If it is indeed correct to draw such a distinction, when does the CCRA exercise its audit function and when does it exercise its investigative function? Finally, what are the legal consequences for the taxpayer when the CCRA exercises its investigative function?

Ultimately, we conclude that compliance audits and tax evasion investigations must be treated differently. While taxpayers are statutorily bound to co-operate with CCRA auditors for tax assessment purposes (which may result in the application of regulatory penalties), there is an adversarial relationship that crystallizes between the taxpayer and the tax officials when the predominant purpose of an official's inquiry is the determination of penal liability. When the officials exercise this authority, constitutional protections against self-incrimination prohibit CCRA officials who are investigating ITA offences from having recourse to the powerful

651 (QL), qui avait accueilli l'appel du ministère public à l'encontre d'un jugement de la Cour provinciale acquittant un contribuable d'infractions en matière fiscale et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Alan D. Macleod, c.r., et Wendy K. McCallum, pour l'appellant.

S. David Frankel, c.r., Bruce Harper et Janet Henchey, pour l'intimée.

Trevor Shaw, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Gilles Laporte et Monique Rousseau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Scott K. Fenton, pour l'intervenant la Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET MAJOR — Existe-t-il une distinction entre les fonctions de vérification et d'enquête de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (« ADRC ») sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (la « LIR » ou la « Loi »)? S'il est effectivement correct d'établir une telle distinction, quand l'ADRC exerce-t-elle ses fonctions de vérification et quand exerce-t-elle ses fonctions d'enquête? Enfin, quelles conséquences juridiques l'exercice des fonctions d'enquête de l'ADRC entraîne-t-il pour le contribuable?

En dernière analyse, nous concluons qu'il faut traiter différemment les vérifications de conformité et les enquêtes pour fraude fiscale. Bien qu'un contribuable soit tenu par la loi de coopérer avec les vérificateurs de l'ADRC aux fins d'évaluation de son obligation fiscale (et passible de peines réglementaires à cet égard), une relation de nature contradictoire se cristallise entre le contribuable et les agents du fisc dès qu'un examen effectué par l'un de ces agents a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable. À partir de ce moment, les garanties constitutionnelles contre l'auto-incrimination interdisent aux agents de

inspection and requirement tools in ss. 231.1(1) and 231.2(1). Rather, CCRA officials who exercise the authority to conduct such investigations must seek search warrants in furtherance of their investigation.

l'ADRC qui enquêtent sur des infractions à la LIR d'avoir recours aux puissants mécanismes d'inspection et de demande péremptoire établis par les par. 231.1(1) et 231.2(1). Lorsqu'ils exercent ainsi leur pouvoir d'enquête, les agents de l'ADRC doivent plutôt obtenir des mandats de perquisition pour mener leur enquête.

3 Here, the material that the trial judge excluded from the Information to Obtain A Search Warrant owing to a *Charter* violation was in fact validly gathered pursuant to the auditor's inspection and requirement powers. Accordingly, the searches ultimately carried out were authorized by warrant, and no s. 8 violation occurred. Therefore, we would dismiss the appeal and confirm the Court of Appeal of Alberta's order of a new trial.

En l'espèce, les renseignements que le juge du procès a exclus de la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition, au motif qu'il y avait eu atteinte aux droits garantis par la *Charte*, avaient en fait été obtenus valablement dans l'exercice des pouvoirs d'inspection et de demande péremptoire de la vérificatrice. En conséquence, les perquisitions effectuées par la suite étaient autorisées par un mandat et il ne s'est produit aucune violation de l'art. 8. Nous sommes donc d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de nouveau procès rendue par la Cour d'appel de l'Alberta.

4 I. Factual Background

The appellant, Warren Jarvis, is a farmer in Alberta. His wife, Georgia Jarvis, was, until the time of her death, an artist earning income from the sale of her works. Mrs. Jarvis reported this income on her annual individual tax returns.

I. Les faits

L'appelant, Warren Jarvis, est un agriculteur de l'Alberta. Son épouse, Georgia Jarvis, était, jusqu'au moment de son décès, une artiste tirant un revenu de la vente de ses œuvres. Madame Jarvis déclarait ce revenu dans sa déclaration de revenu annuelle.

5 Mrs. Jarvis died on October 22, 1990. A few of her original works and a number of limited edition prints remained unsold at the time; as well, it appears that the appellant may also have had some additional prints created subsequent to his wife's death. The appellant was therefore able to continue the sale of his late wife's art, which he did. In 1992, as art sales began to dissipate, the appellant, in an apparent attempt to put the past behind him, moved into a rural log cabin, roughly 80 kilometres northwest of Calgary.

Madame Jarvis est décédée le 22 octobre 1990. Quelques-unes de ses œuvres originales et un certain nombre de reproductions à tirage limité n'avaient alors pas encore été vendues; de plus, il semble que l'appelant ait peut-être fait faire des reproductions additionnelles après le décès de son épouse. Il était donc en mesure de continuer à vendre des œuvres de son épouse décédée, ce qu'il a fait. En 1992, comme les ventes d'œuvres d'art commençaient à diminuer, l'appelant, tentant apparemment de tourner la page, a déménagé dans une maison en bois rond, à la campagne, à environ 80 kilomètres au nord-ouest de Calgary.

6 Early in 1994, an anonymous informant addressed a typewritten letter ("the lead") to the Chief of Audit in the Calgary District Taxation Office of what was then Revenue Canada. For reasons of confidentiality, the lead is not in evidence in this case. We do

Au début de 1994, un dénonciateur anonyme a envoyé une lettre dactylographiée (« l'indice ») au chef de la vérification au bureau de district de Calgary de l'ancien ministère du Revenu national. Pour des raisons de confidentialité, l'indice n'a pas

know, however, that the lead alleged that the appellant had failed to report substantial income related to the 1990 and 1991 taxation years. Furthermore, the lead listed six Calgary art galleries that had purchased Mrs. Jarvis's art work from the appellant.

Although internal departmental policies identified all tax leads from informants as being the responsibility of the Special Investigations Section, the lead was in fact referred to the Business Audit Section. There, it was assigned to Donna Goy-Edwards, an experienced business auditor. Goy-Edwards took sole control over the file, reporting to her supervisor, John Moriarty.

On February 16, 1994, Goy-Edwards prepared an "Audit Plan," consisting of three separate tasks:

- 1) Clear lead.
- 2) Review disposition of all assets at date of death in Oct/90. Review all tax consequences.
- 3) Audit accordingly.

Not all leads received by the CCRA are substantiated; hence, "clearing" a lead refers to a process whereby the auditor reviews source documents for the purpose of determining the validity of the allegations contained in the lead. To this end, Goy-Edwards attempted on February 16 and 17 by telephone to reach the appellant and the accountant, Tom Burke, who had prepared the 1990 and 1991 tax returns. She was unable to reach either, but left two voice messages on the appellant's telephone answering machine.

Goy-Edwards then sent two letters to the appellant on February 17. The letters were addressed simply "General Delivery, Cremona, Alberta". One letter dealt with the appellant in his capacity as executor of his wife's estate, indicating that "[t]he file of the Late Georgia Jarvis has been selected for audit for the [1990] taxation year" and that "this letter will serve as a formal notice of the audit in

été produit en preuve. Cependant, nous savons que son auteur alléguait que l'appellant avait omis de déclarer des revenus substantiels pour les années d'imposition 1990 et 1991. Par ailleurs, cet indice énumérait six galeries d'art qui avaient acheté des œuvres de M^{me} Jarvis à l'appellant.

Même si les politiques ministérielles internes pré-cisaient que tous les indices fiscaux fournis par des dénonciateurs relevaient de la Section des enquêtes spéciales, l'indice a été acheminé à la Section de la vérification des dossiers d'entreprises et confié à M^{me} Donna Goy-Edwards, une vérificatrice d'entreprises d'expérience. Madame Goy-Edwards avait le contrôle exclusif du dossier, sous la supervision de John Moriarty.

Le 16 février 1994, M^{me} Goy-Edwards a préparé un « Plan de vérification » comportant trois tâches distinctes :

[TRADUCTION]

- 1) Contrôler l'indice.
- 2) Analyser la disposition de tous les biens à la date du décès en octobre 1990 et toutes les conséquences fiscales en découlant.
- 3) Effectuer la vérification en conséquence.

Tous les indices reçus par l'ADRC ne sont pas corroborés; c'est pourquoi le « contrôle » d'un indice s'entend du processus par lequel le vérificateur examine les documents sources pour déterminer la validité des allégations contenues dans l'indice. À cette fin, les 16 et 17 février, M^{me} Goy-Edwards a tenté de joindre par téléphone l'appellant et son comptable, Tom Burke, qui avait préparé les déclarations de revenu de 1990 et de 1991. Ne réussissant pas à les joindre, elle a laissé deux messages vocaux à l'appellant sur son répondeur.

Le 17 février, M^{me} Goy-Edwards a également envoyé deux lettres à l'appellant. Ces lettres étaient tout simplement adressées à : [TRADUCTION] « Poste restante, Cremona, Alberta ». L'une d'elles concernait l'appellant à titre d'exécuteur de la succession de son épouse et indiquait que [TRADUCTION] « [l]e dossier de feu Georgia Jarvis a été sélectionné pour vérification pour l'année d'imposition

7

2002 SCC 73 (CanLII)

8

9

progress”. The other letter concerned the appellant in his personal capacity, and specified that his file had “been selected for audit for the taxation years 1990 & 1991”, adding again that the letter constituted formal notice of the audit. In each instance, the appellant was requested to make available certain enumerated books and records. Finally, the letters stated that the respective files would be held in abeyance for a 15-day period to allow the appellant “an opportunity to contact the writer and make arrangements to have the books and records made available for the audit”.

[1990] » et que [TRADUCTION] « la présente lettre tient lieu d’avis officiel de la vérification en cours ». L’autre lettre visait l’appelant personnellement et précisait que son dossier avait [TRADUCTION] « été sélectionné pour vérification pour les années d’imposition 1990 et 1991 », ajoutant également qu’il s’agissait d’un avis officiel de la vérification. Dans chaque cas, on demandait à l’appelant de permettre l’accès à certains livres et registres énumérés. Enfin, ces lettres précisait que chaque dossier visé serait laissé en suspens pendant une période de 15 jours pour donner à l’appelant [TRADUCTION] « la possibilité de communiquer avec l’auteur de la lettre et de prendre des dispositions afin de permettre l’accès aux livres et registres pour les besoins de la vérification ».

10 On March 7, 1994, shortly after the 15-day period elapsed without word from the appellant, Goy-Edwards commenced contact with third-party sources. She researched departmental library services for written information on Mrs. Jarvis’s art work, to obtain facts about her works and discover where they were being displayed. Through these efforts, she was able to locate three additional galleries, not listed in the lead, that had purchased art from the appellant. Goy-Edwards then personally contacted or visited all nine galleries. She identified herself as a Revenue Canada employee and requested that she be granted access to certain of their books and records pertaining to art sales.

Le 7 mars 1994, peu après la fin de cette période de 15 jours et voyant que l’appelant n’avait pas communiqué avec elle, M^{me} Goy-Edwards a pris contact avec des tiers. Elle a effectué des recherches auprès des services de la bibliothèque du ministère pour trouver des renseignements écrits sur les œuvres d’art de M^{me} Jarvis, obtenir des renseignements factuels sur ses œuvres et découvrir où elles étaient exposées. Grâce à ces efforts, elle a découvert trois autres galeries, dont l’indice ne faisait pas mention, mais qui avaient acheté des œuvres à l’appelant. Madame Goy-Edwards a ensuite joint ou visité elle-même les neuf galeries. Elle s’y est présentée comme une fonctionnaire de Revenu Canada et elle a demandé qu’on lui donne accès à certains des livres et registres relatifs aux ventes d’œuvres d’art.

11 Between March 7 and 16, Goy-Edwards was able to obtain information from each of the galleries regarding the sale of Mrs. Jarvis’s works. From the particulars contained in purchase invoices and cancelled cheques, the auditor determined that the appellant had grossed \$358,409 from sales to the nine galleries between October 23 and December 31, 1990. For the 1991 calendar year, the figure was \$221,366. Endorsements found on the reverse side of the cheques also disclosed information regarding the appellant’s banking arrangements. Independently, Goy-Edwards calculated that, for sales accruing to Mrs. Jarvis from January 1, 1990 until her death, the cost of sales was 29.5 percent of

Entre les 7 et 16 mars, M^{me} Goy-Edwards a pu obtenir des renseignements de chacune des galeries au sujet de la vente des œuvres de M^{me} Jarvis. D’après les renseignements figurant sur les factures d’achat et les chèques oblitérés, la vérificatrice a déterminé que l’appelant avait touché, entre le 23 octobre et le 31 décembre 1990, un revenu brut de 358 409 \$ au titre des ventes effectuées aux neuf galeries. Pour l’année civile 1991, ce revenu s’élevait à 221 366 \$. En outre, l’endossement figurant au verso des chèques fournissait des renseignements concernant les arrangements bancaires de l’appelant. De façon indépendante, pour les ventes imputées à M^{me} Jarvis entre le 1^{er} janvier 1990 et

gross. Based on all of this information, along with the appellant's tax returns for the 1990 and 1991 taxation years, Goy-Edwards determined that the lead had some validity.

Twice on March 8, the appellant attempted to reach Goy-Edwards by telephone, leaving messages that he had called. These calls were not immediately returned. On March 16, Jarvis's accountant, Burke, telephoned Goy-Edwards, who explained the audits that she was conducting, advised of the taxation years concerned, and made some enquiries as to the appellant's financial affairs. Burke informed the auditor that the file was likely to be in disarray, owing to the appellant's poor record-keeping skills and the general apathy towards financial and taxation matters that the appellant had exhibited since Mrs. Jarvis's death; in fact, Burke had seen no source documents, since the appellant was in the habit of providing only summaries of his income.

Burke explained that, for taxation purposes, after Mrs. Jarvis's death the income accruing from the sale of her art, net of expenses, was reported as part of the appellant's farming income. According to the accountant, the appellant netted somewhere in the vicinity of \$58,000 for art sold in the 1990 taxation year, and precisely \$43,061.79 for 1991. Goy-Edwards requested that Burke submit copies of the income summaries that the appellant had provided him. Burke replied that he would first have to speak to the appellant and obtain his authorization to release the information.

Later the same afternoon, Burke called back to advise Goy-Edwards that he had spoken to the appellant, and to pass on instructions for Goy-Edwards personally to call the appellant concerning the audit. The auditor immediately telephoned the appellant, confirmed that the latter was to gather the

la date de son décès, M^{me} Goy-Edwards a calculé que les coûts afférents à ces ventes représentaient 29,5 p. 100 des revenus bruts. Armée de tous ces renseignements et des déclarations de revenu de l'appellant pour les années d'imposition 1990 et 1991, M^{me} Goy-Edwards a jugé que l'indice avait une certaine valeur.

À deux reprises le 8 mars, l'appellant a tenté de joindre M^{me} Goy-Edwards par téléphone, lui laissant des messages pour l'informer de son appel. Elle ne l'a pas rappelé immédiatement. Le 16 mars, M^{me} Goy-Edwards a reçu un appel du comptable de M. Jarvis, M. Burke, et elle lui a alors expliqué les vérifications auxquelles elle procédait, lui a indiqué quelles étaient les années d'imposition visées et lui a demandé des renseignements au sujet de la situation financière de l'appellant. Monsieur Burke a dit à la vérificatrice qu'il serait probablement difficile de s'y retrouver dans le dossier, car l'appellant n'était pas très doué pour la tenue de livres et faisait preuve d'une indifférence générale à l'égard des questions financières et fiscales depuis le décès de M^{me} Jarvis; en réalité, M. Burke n'avait vu aucun document source, car l'appellant avait l'habitude de lui fournir seulement des sommaires de ses revenus.

Selon les explications de M. Burke, après le décès de M^{me} Jarvis, le revenu tiré de la vente de ses œuvres avait été inclus, déduction faite des dépenses, dans les revenus d'agriculture de l'appellant pour les besoins de l'impôt. Selon le comptable, pour l'année d'imposition 1990, l'appellant avait tiré un revenu net d'approximativement 58 000 \$ de la vente d'œuvres d'art; pour l'année 1991, ce revenu net s'élevait à 43 061,79 \$. Madame Goy-Edwards a demandé à M. Burke de lui remettre des copies des sommaires des revenus de l'appellant que ce dernier lui avait fournis. Monsieur Burke lui a répondu qu'il devait d'abord parler à l'appellant et obtenir son autorisation pour divulguer ces renseignements.

Plus tard au cours du même après-midi, M. Burke a rappelé M^{me} Goy-Edwards pour l'informer qu'il avait parlé à l'appellant et pour lui transmettre la consigne d'appeler personnellement l'appellant au sujet de la vérification. La vérificatrice a immédiatement téléphoné à l'appellant. Elle lui a confirmé

12

13

14

documentation requested in the February 17 letters, and made arrangements to meet at the appellant's farm on April 11, 1994 to "commence a review of the books and records". The record indicates that the parties might have chosen this date in order to provide the appellant with sufficient time to amass the documentation, since many of his belongings were still packed up from his move.

qu'il devait rassembler les documents demandés dans les lettres du 17 février et elle a pris des dispositions pour le rencontrer à son exploitation agricole le 11 avril 1994 afin d'y [TRADUCTION] « commencer un examen des livres et registres ». D'après le dossier, les parties ont peut-être choisi cette date pour que l'appelant ait suffisamment de temps pour rassembler les documents, bon nombre de ses effets étant encore emballés en raison du déménagement.

15 Goy-Edwards made no mention of the fact that she had already contacted third party sources. In response to one of her questions, however, the appellant confirmed the \$58,000 figure relative to 1990 net art sales income. Finally, Goy-Edwards advised the appellant that she would be accompanied by an assistant during the audit. The appellant stated that he would not have any difficulties with this.

Madame Goy-Edwards n'a pas mentionné qu'elle avait déjà communiqué avec des tiers. Toutefois, en réponse à l'une de ses questions, l'appelant a confirmé qu'il avait touché un revenu net de 58 000 \$ au titre de la vente d'œuvres d'art pour l'année 1990. Enfin, M^{me} Goy-Edwards a informé l'appelant qu'elle serait accompagnée d'un adjoint au cours de la vérification. L'appelant a affirmé que cela ne posait aucun problème.

16 On April 11, Goy-Edwards was in fact accompanied to the appellant's residence by her supervisor, Moriarty, whom she introduced on this occasion as her "team leader". The judge at first instance expressly disbelieved Goy-Edwards' explanation that Moriarty came along to provide navigational assistance because of her lack of familiarity with the area in which the appellant lived. The supervisor was present in an observational role.

Le 11 avril, M^{me} Goy-Edwards s'est effectivement rendue à la résidence de l'appelant en compagnie de son superviseur, M. Moriarty, qu'elle a alors présenté comme son [TRADUCTION] « chef d'équipe ». Le juge du procès a dit expressément qu'il ne croyait pas l'explication de M^{me} Goy-Edwards selon laquelle M. Moriarty l'avait accompagnée pour lui indiquer le chemin parce qu'elle ne connaissait pas très bien la région où habitait l'appelant. Le superviseur était présent à titre d'observateur.

17 During the interview, Moriarty did not actively take notes. Moreover, Goy-Edwards took the lead in all discussions, with Moriarty interjecting only occasionally to obtain clarification.

Au cours de l'entrevue, M. Moriarty n'a pas activement pris de notes. Par ailleurs, c'est M^{me} Goy-Edwards qui a dirigé toutes les discussions, M. Moriarty intervenant seulement à l'occasion pour obtenir des précisions.

18 The appellant was not cautioned as to his rights. He answered all of the auditor's questions, which dealt primarily with the art sales but which also touched upon his farming operations. The appellant stated that all information pertaining to art sales was contained in the contracts and receipt books he kept. He provided information about his banking arrangements, and indicated that he would take steps to access the records pertaining thereto. In addition, the appellant signed a bank authorization for an account held with the Bank of Montreal, the existence of which he had not disclosed until

L'appelant n'a pas été informé de ses droits. Il a répondu à toutes les questions de la vérificatrice, qui portaient principalement sur les ventes d'œuvres d'art, mais aussi sur son entreprise agricole. L'appelant a déclaré que tous les renseignements se rapportant à la vente d'œuvres figuraient dans les contrats et les livrets de reçus qu'il conservait. Il a fourni des renseignements au sujet de ses arrangements bancaires et indiqué qu'il prendrait des mesures pour avoir accès aux registres s'y rapportant. L'appelant a de plus signé une autorisation bancaire relativement à un compte détenu auprès de

Goy-Edwards posed a question about it: the auditor knew of the account from her third-party source investigations. She agreed to hold the authorization in abeyance for a short while in order to give the appellant the opportunity personally to obtain the documentation.

Goy-Edwards enquired into the inventory of originals and prints at the date of Mrs. Jarvis's death, as well as the appellant's role in selling the art. Her purpose with these lines of questioning was to compare the responses given by the appellant to the information that she had previously obtained from the departmental library. Finally, the appellant provided the auditor with art sale-related materials, including the two receipt books tracking sales and a number of other receipts documenting expenses. Goy-Edwards removed these books and records for later examination.

A few days after the interview, on April 15, Burke telephoned Goy-Edwards for an updated report on the state of the file. Goy-Edwards briefed the accountant as to the April 11 meeting, and stated that she would keep him apprised of the audit's progress.

In late April 1994, Goy-Edwards obtained many of the records and much of the information requested from the appellant. Subsequently, she performed various calculations to determine whether all the income related to the art sales had been properly reported. As a result of these calculations, Goy-Edwards noted a discrepancy of approximately \$700,000 between the appellant's earned and reported income over the two taxation years in question. On this basis, the auditor concluded that the appellant had grossly omitted revenues, suggesting that fraud was a possibility, and that further action was warranted.

Therefore, rather than completing the audit, on May 4, 1994, Goy-Edwards prepared a "Form

la Banque de Montréal, dont il n'avait pas divulgué l'existence jusqu'à ce que M^{me} Goy-Edwards lui pose une question à ce sujet; cette dernière était au courant de l'existence du compte en raison des renseignements qu'elle avait recueillis auprès de tiers. Elle a accepté d'attendre un peu avant de se servir de l'autorisation, afin de permettre à l'appellant d'obtenir lui-même les documents.

Madame Goy-Edwards a posé des questions sur l'inventaire des originaux et des reproductions à la date du décès de M^{me} Jarvis ainsi que sur le rôle que l'appellant avait joué dans la vente des œuvres d'art. Par ces questions, elle visait à comparer les réponses données par l'appellant aux renseignements qu'elle avait obtenus auparavant de la bibliothèque du ministère. L'appellant a finalement fourni à la vérificatrice des documents relatifs à la vente des œuvres d'art, dont les deux livrets de reçus faisant état des ventes ainsi qu'un certain nombre d'autres reçus à l'appui de dépenses. Madame Goy-Edwards a emporté ces livres et registres pour examen ultérieur.

Quelques jours après l'entrevue, soit le 15 avril, M. Burke a téléphoné à M^{me} Goy-Edwards pour obtenir une mise à jour sur l'état du dossier. Madame Goy-Edwards l'a mis au courant de ce qui s'était passé à la rencontre du 11 avril et lui a dit qu'elle le tiendrait au courant de l'avancement de la vérification.

À la fin d'avril 1994, M^{me} Goy-Edwards a obtenu un grand nombre des registres et une bonne partie des renseignements demandés à l'appellant. Elle a par la suite procédé à divers calculs pour déterminer si tous les revenus au titre des ventes d'œuvres d'art avaient été correctement déclarés. À l'issue de ces calculs, M^{me} Goy-Edwards a constaté un écart d'approximativement 700 000 \$ entre les revenus gagnés et déclarés de l'appellant au cours des deux années d'imposition en cause. Sur la base de cette constatation, la vérificatrice a conclu que l'appellant avait omis d'importants revenus, ce qui laissait croire à la possibilité d'une fraude et à l'opportunité de prendre d'autres mesures.

Plutôt que de terminer la vérification, M^{me} Goy-Edwards a préparé un « Formulaire T134 », le

19

20

21

22

T134” to refer the matter — along with her entire file, which contained records of all contacts, conversations, and calculations made in respect of the matter — to the Special Investigations Section of Revenue Canada. This latter division was charged in the present case with determining whether further investigation with a view to possible prosecution for tax evasion was merited. The record indicates that, in general, not every referral from the Business Audit Section necessarily results in charges being laid, and that files are on occasion returned to the Business Audit Section after Special Investigations makes a decision not to proceed with a criminal investigation.

23 Goy-Edwards did not attempt to contact the appellant or Burke to advise them that the file was no longer under her control. Two days later, on May 6, the appellant’s son Jim left a telephone message with the auditor, indicating that he would be sending the requested Bank of Montreal statements on the following Monday. The statements were in fact delivered on that date, and were passed on to Special Investigations. Again, the appellant, his son and his accountant were not notified that the appellant’s file had been referred to the investigative section.

24 Inside Special Investigations, the appellant’s file was assigned to investigator Diane Chang. Chang met with Goy-Edwards for one to two hours towards the end of May 1994 in order to discuss the file. At some point shortly thereafter, Chang had to contact Goy-Edwards again in order to clarify certain of the notations contained in the auditor’s file. There may have been one or two conversations of this nature, but there is nothing in the record that would suggest that Chang, or any other investigator, ever instructed or requested Goy-Edwards, under the guise of an audit, to obtain further information from or about the appellant.

25 The investigator then reviewed Goy-Edwards’s files, performed her own calculations and analyses, and gathered some information from other internal sources in order to determine if there were

4 mai 1994, pour renvoyer l’affaire à la Section des enquêtes spéciales de Revenu Canada — avec tout le dossier dans lequel étaient consignés en totalité ses communications, conversations et calculs antérieurs. En l’espèce, cette section s’est vue confié le soin d’examiner s’il y avait lieu de pousser l’enquête en vue d’éventuelles poursuites pour fraude fiscale. Le dossier révèle que, de façon générale, tous les renvois par la Section de la vérification des dossiers d’entreprises ne mènent pas au dépôt d’accusations, et qu’il arrive à l’occasion que des dossiers soient retournés à la Section de la vérification des dossiers d’entreprises lorsque la Section des enquêtes spéciales décide de ne pas procéder à une enquête criminelle.

Madame Goy-Edwards n’a pas tenté de communiquer avec l’appelant ou avec M. Burke pour les informer que le dossier n’était plus sous son contrôle. Deux jours plus tard, le 6 mai, Jim, le fils de l’appelant, a laissé un message vocal à la vérificatrice, lui indiquant qu’il allait envoyer le lundi suivant les relevés demandés de la Banque de Montréal. Ces relevés furent livrés le jour en question et transmis aux Enquêtes spéciales. Encore une fois, l’appelant, son fils et son comptable n’ont pas été informés du renvoi du dossier de l’appelant à la section des enquêtes.

Aux Enquêtes spéciales, le dossier de l’appelant a été confié à l’enquêteur Diane Chang. Vers la fin de mai 1994, M^{me} Chang a rencontré M^{me} Goy-Edwards pendant une à deux heures afin d’examiner le dossier. Peu de temps après, M^{me} Chang a de nouveau dû communiquer avec M^{me} Goy-Edwards pour obtenir des précisions sur certaines des notes contenues dans le dossier de la vérificatrice. Une ou deux conversations de cette nature ont peut-être eu lieu, mais rien au dossier ne donne à croire que M^{me} Chang, ou un autre enquêteur, aurait ordonné ou demandé à M^{me} Goy-Edwards d’obtenir d’autres renseignements de l’appelant ou à son sujet sous le couvert d’une vérification.

L’enquêteur a ensuite examiné les dossiers de M^{me} Goy-Edwards, procédé à ses propres calculs et analyses et recueilli certains renseignements auprès d’autres sources internes pour déterminer s’il

reasonable and probable grounds to obtain a search warrant to further an investigation into tax evasion. In June 1994, Chang determined that such reasonable and probable grounds did exist, and began preparing an Information to Obtain A Search Warrant. For the next several months, Chang worked on the Information to Obtain and sought approval from her supervisors in Special Investigations to attend before an issuing justice. Departmental approval was not granted until November 1994, despite the fact that very little new information was received in the intervening period.

Meanwhile, Burke had been attempting to reach Goy-Edwards to obtain updates on the audit. As a consequence, Goy-Edwards contacted Chang. Goy-Edwards asked what an appropriate response would be. Chang told the auditor “to stall”: she did not want the appellant to discover that his file had been referred to Special Investigation. Contrary to departmental policy, which specifies that all contacts about a file should be recorded on “Forms T2020”, Chang did not record this conversation with Goy-Edwards.

On September 8, Burke again phoned Goy-Edwards to inquire about the file. She told him that she had been unable to make progress with the audit because of an injury; Goy-Edwards later testified that, shortly before that time, she had tumbled hard off of her bicycle, sustaining injuries to her head, torso, and legs. Goy-Edwards did not mention to Burke that she had referred the file to Special Investigations back in May. Burke left the appellant a message on the same day, keeping him abreast of what news the auditor had provided.

Burke left another message for Goy-Edwards on October 21, 1994, while the auditor was out of her office. Upon returning at the beginning of November, Goy-Edwards informed Moriarty that

existait des motifs raisonnables et probables d’obtenir un mandat de perquisition pour mener une enquête relativement à une fraude fiscale. En juin 1994, M^{me} Chang a conclu à l’existence de tels motifs et a commencé à préparer une Dénonciation en vue d’obtenir un mandat de perquisition. Au cours des mois suivants, M^{me} Chang s’est consacrée à la préparation de la dénonciation et a demandé l’approbation de ses superviseurs aux Enquêtes spéciales afin de comparaître devant un juge habilité à décerner un mandat. Elle n’a obtenu cette approbation qu’au mois de novembre 1994, malgré le fait que très peu de nouveaux renseignements ont été reçus dans l’intervalle.

Entre-temps, M. Burke avait tenté de joindre M^{me} Goy-Edwards pour obtenir des nouvelles de la vérification. Madame Goy-Edwards a donc communiqué avec M^{me} Chang et lui a demandé quelle réponse donner. Madame Chang a dit à la vérificatrice de [TRADUCTION] « gagner du temps » : elle ne voulait pas que l’appelant découvre que son dossier avait été renvoyé aux Enquêtes spéciales. En contravention de la politique ministérielle, selon laquelle toutes les communications relatives à un dossier doivent être consignées sur les « Formulaires T2020 », M^{me} Chang a omis de faire état de sa conversation avec M^{me} Goy-Edwards.

Le 8 septembre, M. Burke a de nouveau téléphoné à M^{me} Goy-Edwards pour se renseigner sur l’état du dossier. Elle lui a répondu qu’elle n’avait pas réussi à faire avancer la vérification en raison d’une blessure dont elle avait été victime; M^{me} Goy-Edwards a ultérieurement témoigné que, peu de temps auparavant, elle avait fait une mauvaise chute à bicyclette, se blessant à la tête, au torse et aux jambes. Madame Goy-Edwards n’a pas mentionné à M. Burke qu’elle avait renvoyé le dossier aux Enquêtes spéciales au mois de mai précédent. Le même jour, M. Burke a laissé un message à l’appelant pour le tenir au courant des nouvelles que lui avait communiquées la vérificatrice.

Le 21 octobre 1994, M. Burke a laissé un autre message pour M^{me} Goy-Edwards, qui était alors absente du bureau. Lorsqu’elle est revenue au début de novembre, M^{me} Goy-Edwards a informé

26

27

28

Burke had called. Moriarty, in turn, spoke to the Chief of the Special Investigations Section early on November 2 about how best to handle the issue. They determined, based on departmental policy, that if Goy-Edwards was asked about the file, she would have to “inform the [taxpayer] that the issue has been referred” to Special Investigations.

29 Also on November 2, and very shortly after this discussion, Goy-Edwards returned Burke’s call. The auditor left a message with the accountant’s wife to the effect that she had been out of town and that she “ha[d] nothing to report on the file”. In addition, Goy-Edwards asked that Burke be informed that “the file has been in a holding pattern due to other work demands including other projects”; the auditor later acknowledged that it was a mistake to use these terms to describe the status of the file.

30 Goy-Edwards recorded the details of the November 2 call on a Form T2020, which she then delivered to Chang. Concerned about the message Goy-Edwards had left for Burke, and troubled by the fact that she had personally given Goy-Edwards the instructions to stall, Chang approached her section manager.

31 Chang, the section manager, and the Chief of Special Investigations all met on November 3 to discuss the policy regarding disclosure to the appellant. Departmental policy was confirmed to be that, if Goy-Edwards or any other Revenue Canada official were asked anything about the appellant’s file, that person should explain that the file was in Special Investigations. All parties were aware of the message that Goy-Edwards had left for Burke on the previous day, and the section manager and the chief expressed bewilderment as to why the auditor had spoken as she did. Still, subsequent to this meeting, no remedial steps were

M. Moriarty que M. Burke avait téléphoné. Tôt dans la journée du 2 novembre, M. Moriarty a parlé au chef de la Section des enquêtes spéciales pour lui demander quelle serait la meilleure façon d’agir dans les circonstances. Sur le fondement de la politique ministérielle, ils ont convenu que M^{me} Goy-Edwards devrait, en réponse à une demande de renseignements au sujet du dossier, [TRADUCTION] « informer [le contribuable] que la question avait été renvoyée » aux Enquêtes spéciales.

Également le 2 novembre, très peu de temps après la discussion en question, M^{me} Goy-Edwards a rappelé M. Burke. La vérificatrice a laissé un message à l’épouse du comptable, l’informant qu’elle s’était absentée de la ville et qu’elle [TRADUCTION] « n’a[vait] rien à signaler relativement au dossier ». En outre, M^{me} Goy-Edwards a demandé à ce que M. Burke soit informé que [TRADUCTION] « le dossier était en suspens en raison d’autres contraintes de travail, y compris d’autres projets »; la vérificatrice a plus tard reconnu qu’elle avait fait une erreur en utilisant ces termes pour décrire l’état du dossier.

Madame Goy-Edwards a consigné les détails de la conversation téléphonique du 2 novembre sur un formulaire T2020 qu’elle a ensuite remis à M^{me} Chang. Préoccupée par le message que M^{me} Goy-Edwards avait laissé à M. Burke et troublée par le fait qu’elle avait personnellement donné à M^{me} Goy-Edwards la directive de gagner du temps, M^{me} Chang est allée voir son chef de section.

Madame Chang, le chef de section et le chef des Enquêtes spéciales se sont rencontrés le 3 novembre pour discuter de la politique applicable concernant la divulgation de renseignements à l’appellant. Il fut alors confirmé que la politique ministérielle exigeait que quiconque (M^{me} Goy-Edwards ou tout autre fonctionnaire de Revenu Canada) recevrait une demande de renseignements au sujet du dossier de l’appellant explique que le dossier avait été confié aux Enquêtes spéciales. Toutes les personnes présentes étaient au courant du message que M^{me} Goy-Edwards avait laissé à M. Burke la veille; le chef de section et le chef des Enquêtes spéciales se sont dit

taken to advise either Burke or the appellant of the file's transfer.

On November 23, 1994, Chang swore the Information to Obtain before Fradsham Prov. Ct. J. in Calgary. Chang based her grounds for belief that the appellant had committed offences, in part, upon analyses that she had conducted from the books and records that the appellant had provided to Goy-Edwards at the April 11 meeting.

A warrant was issued under s. 487 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, authorizing searches of the appellant's residence, Burke's residence (place of business), and the Calgary office of Revenue Canada (in order to seize the books and records that Goy-Edwards had borrowed from the appellant during the April 11 meeting). The warrant was executed at all three locations on November 29. The fruit of the searches ultimately served as a substantial portion of the respondent Crown's evidence at the appellant's trial.

In early 1995, Chang drew up requirement letters pursuant to s. 231.2(1) of the ITA. These were issued to the appellant's various banking institutions, which complied with the requirements and provided Chang with the documentation which she sought.

The appellant was brought to trial on three counts of making false or deceptive statements in an income tax return (s. 239(1)(a) of the ITA) and two counts of wilfully evading or attempting to evade payment of taxes (s. 239(1)(d) of the ITA). The respondent sought to tender documents seized pursuant to the warrant. The appellant objected, and two separate *voir dire*s were held to determine the admissibility of the documents.

Coincidentally, the issuing justice, Judge Fradsham, was also the trial judge. He felt that the audit had effectively become an investigation as

stupéfaits que la vérificatrice ait agi ainsi. Malgré tout, aucune mesure n'a été prise à la suite de cette rencontre pour informer M. Burke ou l'appellant du transfert du dossier.

Le 23 novembre 1994, M^{me} Chang a présenté sous serment la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition au juge Fradsham de la Cour provinciale à Calgary. Ses motifs de croire que l'appellant avait commis des infractions s'appuyaient en partie sur des analyses auxquelles elle avait procédé à partir des livres et registres que l'appellant avait remis à M^{me} Goy-Edwards lors de la rencontre du 11 avril.

Un mandat a été décerné en vertu de l'art. 487 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46; il autorisait des perquisitions à la résidence de l'appellant, à la résidence (lieu d'affaires) de M. Burke et au bureau de Revenu Canada à Calgary (afin d'y saisir les livres et registres que M^{me} Goy-Edwards avait empruntés à l'appellant lors de la rencontre du 11 avril). Le mandat a été exécuté aux trois endroits le 29 novembre. Le produit de ces perquisitions constitue une partie importante de la preuve que le ministère public intimé a finalement produite au procès de l'appellant.

Au début de 1995, M^{me} Chang a rédigé des demandes péremptoires en conformité avec le par. 231.2(1) de la LIR. Ces demandes ont été faites aux diverses institutions bancaires de l'appellant; ces dernières y ont obtempéré et ont fourni à M^{me} Chang les documents qu'elle avait demandés.

L'appellant a subi son procès relativement à trois chefs l'accusant d'avoir fait des déclarations fausses ou trompeuses dans une déclaration de revenu (al. 239(1)(a) de la LIR) et à deux chefs alléguant qu'il avait volontairement éludé ou tenté d'éluder le paiement d'un impôt (al. 239(1)(d) de la LIR). L'intimée a voulu produire les documents saisis en exécution du mandat. L'appellant s'y est opposé; on a tenu deux *voir-dire* distincts pour déterminer l'admissibilité des documents.

Par coïncidence, le juge Fradsham, qui avait décerné le mandat, a également présidé le procès. Selon lui, la vérification était effectivement devenue

32

33

34

35

36

of March 16, 1994, and excluded all information obtained by ss. 231.1(1) and 231.2(1) from that day forward: (1997), 195 A.R. 251 (Prov. Ct.) and (1997), 204 A.R. 123 (Prov. Ct.). Judge Fradsham granted the appellant's motion for a directed verdict of acquittal on August 7, 1997. The respondent's appeal to the Court of Queen's Bench of Alberta was successful, and a new trial was ordered: (1998), 225 A.R. 225. The Court of Appeal of Alberta dismissed a further appeal, and affirmed the summary conviction appeal judge's order for a new trial: (2000), 271 A.R. 263. The appellant was granted leave to appeal to this Court on May 17, 2001: [2001] 1 S.C.R. xii.

II. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

37 *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)

231.1 (1) An authorized person may, at all reasonable times, for any purpose related to the administration or enforcement of this Act,

(a) inspect, audit or examine the books and records of a taxpayer and any document of the taxpayer or of any other person that relates or may relate to the information that is or should be in the books or records of the taxpayer or to any amount payable by the taxpayer under this Act, and

(b) examine property in an inventory of a taxpayer and any property or process of, or matter relating to, the taxpayer or any other person, an examination of which may assist the authorized person in determining the accuracy of the inventory of the taxpayer or in ascertaining the information that is or should be in the books or records of the taxpayer or any amount payable by the taxpayer under this Act,

and for those purposes the authorized person may

(c) subject to subsection (2), enter into any premises or place where any business is carried on, any property is kept, anything is done in connection with any business or any books or records are or should be kept, and

une enquête le 16 mars 1994 et il a exclu tous les renseignements obtenus à partir de cette date au moyen des par. 231.1(1) et 231.2(1) : (1997), 195 A.R. 251 (C. prov.) et (1997), 204 A.R. 123 (C. prov.). Le 7 août 1997, le juge Fradsham a accueilli la requête de l'appelant sollicitant un verdict imposé d'acquiescement. L'intimée a eu gain de cause en appel auprès de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, et cette dernière a ordonné la tenue d'un nouveau procès : (1998), 225 A.R. 225. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel de cette décision et confirmé l'ordonnance de nouveau procès rendue par le juge d'appel des poursuites sommaires : (2000), 271 A.R. 263. L'appelant a obtenu l'autorisation de former un pourvoi devant notre Cour le 17 mai 2001 : [2001] 1 R.C.S. xii.

II. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.)

231.1 (1) Une personne autorisée peut, à tout moment raisonnable, pour l'application et l'exécution de la présente loi, à la fois :

a) inspecter, vérifier ou examiner les livres et registres d'un contribuable ainsi que tous documents du contribuable ou d'une autre personne qui se rapportent ou peuvent se rapporter soit aux renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit à tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi;

b) examiner les biens à porter à l'inventaire d'un contribuable, ainsi que tout bien ou tout procédé du contribuable ou d'une autre personne ou toute matière concernant l'un ou l'autre, dont l'examen peut aider la personne autorisée à établir l'exactitude de l'inventaire du contribuable ou à contrôler soit les renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi;

à ces fins, la personne autorisée peut :

c) sous réserve du paragraphe (2), pénétrer dans un lieu où est exploitée une entreprise, est gardé un bien, est faite une chose en rapport avec une entreprise ou sont tenus ou devraient l'être des livres ou registres;

(d) require the owner or manager of the property or business and any other person on the premises or place to give the authorized person all reasonable assistance and to answer all proper questions relating to the administration or enforcement of this Act and, for that purpose, require the owner or manager to attend at the premises or place with the authorized person.

(2) Where any premises or place referred to in paragraph (1)(c) is a dwelling-house, an authorized person may not enter that dwelling-house without the consent of the occupant except under the authority of a warrant under subsection (3).

(3) Where, on *ex parte* application by the Minister, a judge is satisfied by information on oath that

(a) there are reasonable grounds to believe that a dwelling-house is a premises or place referred to in paragraph (1)(c),

(b) entry into the dwelling-house is necessary for any purpose relating to the administration or enforcement of this Act, and

(c) entry into the dwelling-house has been, or there are reasonable grounds to believe that entry will be, refused,

the judge may issue a warrant authorizing an authorized person to enter the dwelling-house subject to such conditions as are specified in the warrant but, where the judge is not satisfied that entry into the dwelling-house is necessary for any purpose relating to the administration or enforcement of this Act, the judge may

(d) order the occupant of the dwelling-house to provide to an authorized person reasonable access to any document or property that is or should be kept in the dwelling-house, and

(e) make such other order as is appropriate in the circumstances to carry out the purposes of this Act,

to the extent that access was or may be expected to be refused and that the document or property is or may be expected to be kept in the dwelling-house.

231.2 (1) Notwithstanding any other provision of this Act, the Minister may, subject to subsection (2), for any purpose related to the administration or enforcement of this Act, by notice served personally or by registered or certified mail, require that any person provide, within such reasonable time as is stipulated in the notice,

d) requérir le propriétaire, ou la personne ayant la gestion, du bien ou de l'entreprise ainsi que toute autre personne présente sur les lieux de lui fournir toute l'aide raisonnable et de répondre à toutes les questions pertinentes à l'application et l'exécution de la présente loi et, à cette fin, requérir le propriétaire, ou la personne ayant la gestion, de l'accompagner sur les lieux.

(2) Lorsque le lieu mentionné à l'alinéa (1)c) est une maison d'habitation, une personne autorisée ne peut y pénétrer sans la permission de l'occupant, à moins d'y être autorisée par un mandat décerné en vertu du paragraphe (3).

(3) Sur requête *ex parte* du ministre, le juge saisi peut décerner un mandat qui autorise une personne autorisée à pénétrer dans une maison d'habitation aux conditions précisées dans le mandat, s'il est convaincu, sur dénonciation sous serment, de ce qui suit :

a) il existe des motifs raisonnables de croire que la maison d'habitation est un lieu mentionné à l'alinéa (1)c);

b) il est nécessaire d'y pénétrer pour l'application ou l'exécution de la présente loi;

c) un refus d'y pénétrer a été opposé, ou il existe des motifs raisonnables de croire qu'un tel refus sera opposé.

Dans la mesure où un refus de pénétrer dans la maison d'habitation a été opposé ou pourrait l'être et où des documents ou biens sont gardés dans la maison d'habitation ou pourraient l'être, le juge qui n'est pas convaincu qu'il est nécessaire de pénétrer dans la maison d'habitation pour l'application ou l'exécution de la présente loi peut ordonner à l'occupant de la maison d'habitation de permettre à une personne autorisée d'avoir raisonnablement accès à tous documents ou biens qui sont gardés dans la maison d'habitation ou devraient y être gardés et rendre toute autre ordonnance indiquée en l'espèce pour l'application de la présente loi.

231.2 (1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, sous réserve du paragraphe (2) et, pour l'application et l'exécution de la présente loi, par avis signifié à personne ou envoyé par courrier recommandé ou certifié, exiger d'une personne, dans le délai raisonnable que précise l'avis :

(a) any information or additional information, including a return of income or a supplementary return; or

(b) any document.

. . .

231.3 (1) A judge may, on *ex parte* application by the Minister, issue a warrant in writing authorizing any person named therein to enter and search any building, receptacle or place for any document or thing that may afford evidence as to the commission of an offence under this Act and to seize the document or thing and, as soon as practicable, bring it before, or make a report in respect of it to, the judge or, where the judge is unable to act, another judge of the same court to be dealt with by the judge in accordance with this section.

(2) An application under subsection (1) shall be supported by information on oath establishing the facts on which the application is based.

(3) A judge may issue the warrant referred to in subsection (1) where the judge is satisfied that there are reasonable grounds to believe that

(a) an offence under this Act was committed;

(b) a document or thing that may afford evidence of the commission of the offence is likely to be found; and

(c) the building, receptacle or place specified in the application is likely to contain such a document or thing.

(4) A warrant issued under subsection (1) shall refer to the offence for which it is issued, identify the building, receptacle or place to be searched and the person alleged to have committed the offence and it shall be reasonably specific as to any document or thing to be searched for and seized.

(5) Any person who executes a warrant under subsection (1) may seize, in addition to the document or thing referred to in that subsection, any other document or thing that the person believes on reasonable grounds affords evidence of the commission of an offence under this Act and shall as soon as practicable bring the document or thing before, or make a report in respect thereof to, the judge who issued the warrant or, where the judge is unable to act, another judge of the same court to be dealt with by the judge in accordance with this section.

a) qu'elle fournisse tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire;

b) qu'elle produise des documents.

. . .

231.3 (1) Sur requête *ex parte* du ministre, un juge peut décerner un mandat écrit qui autorise toute personne qui y est nommée à pénétrer dans tout bâtiment, contenant ou endroit et y perquisitionner pour y chercher des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi, à saisir ces documents ou choses et, dès que matériellement possible, soit à les apporter au juge ou, en cas d'incapacité de celui-ci, à un autre juge du même tribunal, soit à lui en faire rapport, pour que le juge en dispose conformément au présent article.

(2) La requête visée au paragraphe (1) doit être appuyée par une dénonciation sous serment qui expose les faits au soutien de la requête.

(3) Le juge saisi de la requête peut décerner le mandat mentionné au paragraphe (1) s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire ce qui suit :

a) une infraction prévue par la présente loi a été commise;

b) des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration de l'infraction seront vraisemblablement trouvés;

c) le bâtiment, contenant ou endroit précisé dans la requête contient vraisemblablement de tels documents ou choses.

(4) Un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) doit indiquer l'infraction pour laquelle il est décerné, dans quel bâtiment, contenant ou endroit perquisitionner ainsi que la personne à qui l'infraction est imputée. Il doit donner suffisamment de précisions sur les documents ou choses à chercher et à saisir.

(5) Quiconque exécute un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) peut saisir, outre les documents ou choses mentionnés à ce paragraphe, tous autres documents ou choses qu'il croit, pour des motifs raisonnables, constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi. Il doit, dès que matériellement possible, soit apporter ces documents ou choses au juge qui a décerné le mandat ou, en cas d'incapacité de celui-ci, à un autre juge du même tribunal, soit lui en faire rapport, pour que le juge en dispose conformément au présent article.

(6) Subject to subsection (7), where any document or thing seized under subsection (1) or (5) is brought before a judge or a report in respect thereof is made to a judge, the judge shall, unless the Minister waives retention, order that it be retained by the Minister, who shall take reasonable care to ensure that it is preserved until the conclusion of any investigation into the offence in relation to which the document or thing was seized or until it is required to be produced for the purposes of a criminal proceeding.

(7) Where any document or thing seized under subsection (1) or (5) is brought before a judge or a report in respect thereof is made to a judge, the judge may, of the judge's own motion or on summary application by a person with an interest in the document or thing on three clear days notice of application to the Deputy Attorney General of Canada, order that the document or thing be returned to the person from whom it was seized or the person who is otherwise legally entitled thereto if the judge is satisfied that the document or thing

(a) will not be required for an investigation or a criminal proceeding; or

(b) was not seized in accordance with the warrant or this section.

(8) The person from whom any document or thing is seized pursuant to this section is entitled, at all reasonable times and subject to such reasonable conditions as may be imposed by the Minister, to inspect the document or thing and to obtain one copy of the document at the expense of the Minister.

239. (1) Every person who has

(a) made, or participated in, assented to or acquiesced in the making of, false or deceptive statements in a return, certificate, statement or answer filed or made as required by or under this Act or a regulation,

(b) to evade payment of a tax imposed by this Act, destroyed, altered, mutilated, secreted or otherwise disposed of the records or books of account of a taxpayer,

(c) made, or assented to or acquiesced in the making of, false or deceptive entries, or omitted, or assented to or acquiesced in the omission, to enter a material particular, in records or books of account of a taxpayer,

(d) wilfully, in any manner, evaded or attempted to evade compliance with this Act or payment of taxes imposed by this Act, or

(6) Sous réserve du paragraphe (7), lorsque des documents ou choses saisis en vertu du paragraphe (1) ou (5) sont apportés à un juge ou qu'il en est fait rapport à un juge, ce juge ordonne que le ministre les retienne sauf si celui-ci y renonce. Le ministre qui retient des documents ou choses doit en prendre raisonnablement soin pour s'assurer de leur conservation jusqu'à la fin de toute enquête sur l'infraction en rapport avec laquelle les documents ou choses ont été saisis ou jusqu'à ce que leur production soit exigée dans le cadre d'une procédure criminelle.

(7) Le juge à qui des documents ou choses saisis en vertu du paragraphe (1) ou (5) sont apportés ou à qui il en est fait rapport peut, d'office ou sur requête sommaire d'une personne ayant un droit sur ces documents ou choses avec avis au sous-procureur général du Canada trois jours francs avant qu'il y soit procédé, ordonner que ces documents ou choses soient restitués au saisi ou à la personne qui y a légalement droit par ailleurs, s'il est convaincu que ces documents ou choses :

a) soit ne seront pas nécessaires à une enquête ou à une procédure criminelle;

b) soit n'ont pas été saisis conformément au mandat ou au présent article.

(8) Le saisi a le droit, à tout moment raisonnable et aux conditions raisonnables que peut imposer le ministre, d'examiner les documents ou choses saisis conformément au présent article et d'obtenir reproduction des documents aux frais du ministre en une seule copie.

239. (1) Toute personne qui, selon le cas :

a) a fait des déclarations fausses ou trompeuses, ou a participé, consenti ou acquiescé à leur énonciation dans une déclaration, un certificat, un état ou une réponse produits, présentés ou faits en vertu de la présente loi ou de son règlement;

b) a, pour éluder le paiement d'un impôt établi par la présente loi, détruit, altéré, mutilé, caché les registres ou livres de comptes d'un contribuable ou en a disposé autrement;

c) a fait des inscriptions fausses ou trompeuses, ou a consenti ou acquiescé à leur accomplissement, ou a omis, ou a consenti ou acquiescé à l'omission d'inscrire un détail important dans les registres ou livres de comptes d'un contribuable;

d) a, volontairement, de quelque manière, éludé ou tenté d'éluder l'observation de la présente loi ou le paiement d'un impôt établi en vertu de cette loi;

(e) conspired with any person to commit an offence described in paragraphs (a) to (d),

is guilty of an offence and, in addition to any penalty otherwise provided, is liable on summary conviction to

(f) a fine of not less than 50%, and not more than 200%, of the amount of the tax that was sought to be evaded, or

(g) both the fine described in paragraph (f) and imprisonment for a term not exceeding 2 years.

(2) Every person who is charged with an offence described in subsection (1) may, at the election of the Attorney General of Canada, be prosecuted on indictment and, if convicted, is, in addition to any penalty otherwise provided, liable to

(a) a fine of not less than 100%, and not more than 200%, of the amount of the tax that was sought to be evaded; and

(b) imprisonment for a term not exceeding 5 years.

. . .

241. (1) Except as authorized by this section, no official shall

(a) knowingly provide, or knowingly allow to be provided, to any person any taxpayer information;

(b) knowingly allow any person to have access to any taxpayer information; or

(c) knowingly use any taxpayer information otherwise than in the course of the administration or enforcement of this Act, the *Canada Pension Plan* or the *Unemployment Insurance Act* or for the purpose for which it was provided under this section.

(2) Notwithstanding any other Act of Parliament or other law, no official shall be required, in connection with any legal proceedings, to give or produce evidence relating to any taxpayer information.

(3) Subsections (1) and (2) do not apply in respect of

(a) criminal proceedings, either by indictment or on summary conviction, that have been commenced by the laying of an information or the preferring of an indictment, under an Act of Parliament; or

e) a conspiré avec une personne pour commettre une infraction visée aux alinéas a) à d),

commet une infraction et, en plus de toute autre pénalité prévue par ailleurs, encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire :

f) soit une amende de 50 % à 200 % de l'impôt que cette personne a tenté d'éluder;

g) soit à la fois l'amende prévue à l'alinéa f) et un emprisonnement d'au plus 2 ans.

(2) Toute personne accusée d'une infraction visée au paragraphe (1) peut, au choix du procureur général du Canada, être poursuivie par voie de mise en accusation et, si elle est déclarée coupable, encourt, outre toute pénalité prévue par ailleurs :

a) d'une part, une amende de 100 % à 200 % de l'impôt que cette personne a tenté d'éluder;

b) d'autre part, un emprisonnement maximal de cinq ans.

. . .

241. (1) Sauf autorisation prévue au présent article, il est interdit à un fonctionnaire :

a) de fournir sciemment à quiconque un renseignement confidentiel ou d'en permettre sciemment la prestation;

b) de permettre sciemment à quiconque d'avoir accès à un renseignement confidentiel;

c) d'utiliser sciemment un renseignement confidentiel autrement que dans le cadre de l'application ou de l'exécution de la présente loi, du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-chômage*, ou à une autre fin que celle pour laquelle il a été fourni en application du présent article.

(2) Malgré toute autre loi ou règle de droit, nul fonctionnaire ne peut être requis, dans le cadre d'une procédure judiciaire, de témoigner, ou de produire quoi que ce soit, relativement à un renseignement confidentiel.

(3) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent :

a) ni aux poursuites criminelles, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ou sur acte d'accusation, engagées par le dépôt d'une dénonciation ou d'un acte d'accusation, en vertu d'une loi fédérale;

(b) any legal proceedings relating to the administration or enforcement of this Act, the *Canada Pension Plan* or the *Unemployment Insurance Act* or any other Act of Parliament or law of a province that provides for the imposition or collection of a tax or duty.

. . .

(4) An official may

(a) provide to any person taxpayer information that can reasonably be regarded as necessary for the purposes of the administration or enforcement of this Act, the *Canada Pension Plan* or the *Unemployment Insurance Act*, solely for that purpose;

(b) provide to any person taxpayer information that can reasonably be regarded as necessary for the purposes of determining any tax, interest, penalty or other amount that is or may become payable by the person, or any refund or tax credit to which the person is or may become entitled, under this Act or any other amount that is relevant for the purposes of that determination;

. . .

(5) An official may provide taxpayer information relating to a taxpayer

(a) to the taxpayer; and

(b) with the consent of the taxpayer, to any other person.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it

b) ni aux procédures judiciaires ayant trait à l'application ou à l'exécution de la présente loi, du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-chômage* ou de toute autre loi fédérale ou provinciale qui prévoit l'imposition ou la perception d'un impôt, d'une taxe ou d'un droit.

. . .

(4) Un fonctionnaire peut :

a) fournir à une personne un renseignement confidentiel qu'il est raisonnable de considérer comme nécessaire à l'application ou à l'exécution de la présente loi, du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-chômage*, mais uniquement à cette fin;

b) fournir à une personne un renseignement confidentiel qu'il est raisonnable de considérer comme nécessaire à la détermination de quelque impôt, intérêt, pénalité ou autre montant payable par la personne, ou pouvant le devenir, ou de quelque crédit d'impôt ou remboursement auquel elle a droit, ou pourrait avoir droit, en vertu de la présente loi, ou de tout autre montant à prendre en compte dans une telle détermination;

. . .

(5) Un fonctionnaire peut fournir un renseignement confidentiel :

a) au contribuable en cause;

b) à toute autre personne, avec le consentement du contribuable en cause.

Charte canadienne des droits et libertés

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

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces

is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

III. Judicial History

A. *Provincial Court of Alberta — Criminal Division* (1997), 195 A.R. 251 (First voir dire)

38

Judge Fradsham's extensive reasons were issued on February 25, 1997. Applying the "predominant purpose" test enunciated in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, he concluded at para. 50 that, during the April 11 meeting, Goy-Edwards was "seeking out confirmatory proof of her opinion that this was a matter of serious underreporting of income which should be prosecutorially [*sic*] pursued by Special Investigations". In his view, she was conducting an investigation, and not a mere audit.

39

Following *R. v. Norway Insulation Inc.* (1995), 23 O.R. (3d) 432 (Gen. Div.), Judge Fradsham held that s. 8 of the *Charter* precludes the use of s. 231.1(1) powers to further an investigation, in contradistinction to an audit. When an investigation of s. 239 offences is underway, the taxpayer who is the object of the investigation is entitled to exercise his or her right to silence. In this case, the appellant had been told that an audit was underway, and Judge Fradsham therefore took him to have been labouring under the presumption that he was obliged to co-operate. The failure to caution the appellant on that occasion violated his rights under s. 7 of the *Charter*. The statements and documents obtained at the meeting were therefore "tainted", and reference to them in the Information to Obtain had to be removed. Judge Fradsham also excised certain paragraphs from the Information to Obtain on the basis of the fact that they were erroneous. What remained, in Judge Fradsham's opinion, did not provide "reasonable grounds to believe that in the place sought to be searched there are things that will afford evidence of the commission of an offence" (para. 106). As a result, the execution of the search and seizure violated the appellant's s. 8

éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour provinciale de l'Alberta — Division criminelle* (1997), 195 A.R. 251 (premier voir-dire)

Le 25 février 1997, le juge Fradsham a déposé des motifs étoffés. Appliquant le critère de l'« objet prédominant » formulé dans l'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, le juge a conclu, au par. 50, qu'au cours de la rencontre du 11 avril, M^{me} Goy-Edwards [TRADUCTION] « cherchait à obtenir la confirmation de ce qui, selon elle, constituait un grave manque à déclarer relativement auquel les Enquêtes spéciales devraient engager des poursuites ». De l'avis du juge, M^{me} Goy-Edwards procédait alors à une enquête et non à une simple vérification.

Appliquant la décision *R. c. Norway Insulation Inc.* (1995), 23 O.R. (3d) 432 (Div. gén.), le juge Fradsham a affirmé que l'art. 8 de la *Charte* empêche l'exercice des pouvoirs prévus au par. 231.1(1) pour effectuer une enquête par opposition à une vérification. Lorsque se déroule une enquête relativement à des infractions prévues à l'art. 239, le contribuable visé peut exercer son droit de garder le silence. En l'espèce, on avait dit à l'appellant que l'on procédait à une vérification et le juge Fradsham a donc tenu pour acquis que l'appellant avait présumé qu'il était tenu de coopérer. L'omission de mettre l'appellant en garde lors de cette rencontre portait atteinte aux droits que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*. Les déclarations et les documents obtenus lors de la rencontre étaient donc « viciés » et il fallait en exclure toute mention dans la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition. Le juge Fradsham a de plus retranché certains paragraphes de la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition parce qu'ils comportaient des erreurs. De l'avis du juge Fradsham, ce qui restait ne donnait pas [TRADUCTION] « des motifs raisonnables de croire que dans le lieu où l'on veut perquisitionner se trouvent des choses qui constitueront des éléments

Charter rights. Judge Fradsham excluded the evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

B. *Provincial Court of Alberta — Criminal Division* (1997), 204 A.R. 123 (Second *voir dire*)

A second *voir dire* was held in June 1997, to determine the admissibility of the banking records obtained by the requirement letters. On this occasion, Judge Fradsham held that the audit had effectively become an investigation as of March 16, 1994, since by that date, “Ms. Goy-Edwards had already arranged for her supervisor to attend the April 11 meeting” (para. 5). In his view, Revenue Canada was unable to rely upon its “audit tools” from that day forward. Judge Fradsham found that all banking information obtained by way of s. 231.2(1) after March 16 should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

C. *Court of Queen’s Bench of Alberta* (1998), 225 A.R. 225

Subsequent to Judge Fradsham’s granting a directed verdict of acquittal, the respondent sought to appeal this ruling, along with the earlier evidentiary rulings, to the Court of Queen’s Bench. In an oral judgment, the summary conviction appeal judge held that only the appellant’s utterances from the April 11 meeting should have been excluded from the Information to Obtain. Lutz J. found, at para. 12, that the other evidence (i.e., the banking documents, sales books, etc.), was “to a great extent already in the possession of the [respondent].” Excising the tainted allegations from the Information to Obtain, he found that the search warrant was still validly issued; therefore, no s. 8 breach occurred.

de preuve de la perpétration d’une infraction » (par. 106). C’est pourquoi l’exécution de la perquisition et de la saisie allait à l’encontre des droits que l’art. 8 garantit à l’appelant. Le juge Fradsham a écarté les éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

B. *Cour provinciale de l’Alberta — Division criminelle* (1997), 204 A.R. 123 (deuxième *voir dire*)

En juin 1997, on a tenu un deuxième *voir-dire* pour établir l’admissibilité des registres bancaires obtenus à la suite des demandes péremptoires. Le juge Fradsham a alors décidé que la vérification était effectivement devenue une enquête le 16 mars 1994 puisqu’à ce moment, [TRADUCTION] « M^{me} Goy-Edwards avait déjà pris des dispositions pour que son superviseur puisse assister à la rencontre du 11 avril » (par. 5). De l’avis du juge, à partir de ce moment-là, Revenu Canada ne pouvait plus avoir recours à ses [TRADUCTION] « mécanismes de vérification ». Le juge Fradsham a conclu que tous les renseignements bancaires obtenus au moyen du par. 231.2(1) après le 16 mars devaient être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*.

C. *Cour du Banc de la Reine de l’Alberta* (1998), 225 A.R. 225

L’intimée a formé un appel à la Cour du Banc de la Reine contre la décision du juge Fradsham d’accorder un verdict imposé d’acquiescement et ses décisions antérieures concernant la preuve. Dans un jugement rendu oralement, le juge d’appel des poursuites sommaires a conclu que seules les déclarations faites lors de la rencontre du 11 avril devaient être exclues de la Dénonciation en vue d’obtenir un mandat de perquisition. Au paragraphe 12 de ses motifs, le juge Lutz a précisé que les autres éléments de preuve (les documents bancaires, les registres de ventes, etc.) se trouvaient [TRADUCTION] « déjà en grande partie en possession de [l’intimée] ». Même après avoir retranché les allégations viciées de la Dénonciation en vue d’obtenir un mandat de perquisition, le juge a conclu que le mandat de perquisition avait été validement décerné; il n’y avait donc pas eu violation de l’art. 8.

42 Lutz J. did, however, uphold Judge Fradsham's ruling on the bank statements obtained pursuant to the requirements, as well as his ruling on the application of s. 24(2) of the *Charter*.

D. *Court of Appeal of Alberta* (2000), 271 A.R. 263

43 Berger J.A., for the court, affirmed the summary conviction appeal judge's order for a new trial. He held that only the appellant's statements ought to have been excluded from the Information to Obtain, pursuant to s. 7 of the *Charter*. The other documents and records were not "derivative evidence", and were admissible. Berger J.A. also upheld the warrant on amplification and found no s. 8 breach. He declined to find that the s. 7 breach was so egregious as to warrant excluding the evidence obtained by the searches under s. 24(2) of the *Charter*.

IV. Issues

44 This appeal raises the following specific issues:

1. Did the Court of Appeal of Alberta err in ruling the April 11, 1994 oral statements inadmissible?
2. Did the Court of Appeal of Alberta err in admitting the documents given to the auditors on April 11, 1994?
3. Did the Court of Appeal of Alberta err in finding that amplification saved the search warrant?
4. Should the banking records obtained under s. 231.2 of the ITA be excluded?

The respondent concedes the third issue, in light of *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65. And in our analysis, we have melded the others for the purposes of discussion.

Toutefois, le juge Lutz a confirmé la décision du juge Fradsham quant aux relevés bancaires obtenus en exécution des demandes péremptoires ainsi que celle portant sur l'application du par. 24(2) de la *Charte*.

D. *Cour d'appel de l'Alberta* (2000), 271 A.R. 263

Le juge Berger, s'exprimant au nom de la cour, a confirmé l'ordonnance de nouveau procès rendue par le juge d'appel des poursuites sommaires. À son avis, seules les déclarations de l'appelant auraient dû être exclues de la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition, en conformité avec l'art. 7 de la *Charte*. Les autres documents et registres ne constituaient pas une [TRADUCTION] « preuve dérivée » et étaient admissibles. Le juge Berger a également confirmé le mandat sur amplification et conclu à l'absence de violation de l'art. 8. Il a refusé de statuer que la gravité de la contravention à l'art. 7 justifiait d'écarter, en application du par. 24(2) de la *Charte*, les éléments de preuve obtenus lors des perquisitions.

IV. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

1. La Cour d'appel de l'Alberta a-t-elle commis une erreur en statuant que les déclarations orales du 11 avril 1994 étaient inadmissibles?
2. La Cour d'appel de l'Alberta a-t-elle commis une erreur en admettant les documents remis aux vérificateurs le 11 avril 1994?
3. La Cour d'appel de l'Alberta a-t-elle commis une erreur en affirmant que le mandat de perquisition avait été validé par l'amplification?
4. Y a-t-il lieu d'exclure les registres bancaires obtenus en vertu de l'art. 231.2 de la LIR?

À la lumière de l'arrêt *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65, l'intimée concède la troisième question. Dans notre analyse, nous avons fusionné les autres questions pour fins d'examen.

V. Analysis

The determination of this appeal will turn on the overarching questions set out in the first paragraph of these reasons. Is there an audit/investigation distinction under the ITA? Where is the line between the two functions drawn? To what extent do taxpayers under investigation for ITA offences benefit from the principle against self-incrimination under s. 7 of the *Charter*? Is a s. 8 violation made out where documents are obtained under colour of the ITA's "audit powers" after a prosecutorial investigation has commenced?

By way of introduction to these issues, it is useful to discuss the statutory context of the ITA, and whether s. 239 offences are properly considered regulatory or criminal for the purposes of *Charter* analysis. Second, we will turn to the *Charter* provisions at issue, and the manner in which they receive application. Third, we shall consider whether an audit/investigation distinction exists under the ITA, and whether ss. 231.1(1) and 231.2(1) can be employed for the investigation of a s. 239 offence. After answering that question, we will set out a test to determine those circumstances in which the predominant purpose of an inquiry is the determination of penal liability. Finally, we will discuss the consequences under the *Charter* of an audit's having become a criminal investigation.

A. *Overview of the Statutory Context*(1) The Income Tax Act

The ITA legislative scheme has received ample attention from this Court. While it is not necessary in this appeal to engage in a detailed review of ITA jurisprudence, in the interest of situating the statutory provisions at issue in their proper context, we shall commence our analysis with a brief overview of some important features of the Canadian income tax system and the manner in which it is administered.

V. Analyse

L'issue du présent pourvoi dépend de la réponse aux questions primordiales formulées au premier paragraphe des présents motifs. Existe-t-il une distinction entre une vérification et une enquête sous le régime de la LIR? Où se situe la ligne de démarcation entre ces deux fonctions? Dans quelle mesure les contribuables visés par une enquête relative à des infractions à la LIR sont-ils protégés par le principe interdisant l'auto-incrimination par application de l'art. 7 de la *Charte*? Y a-t-il violation de l'art. 8 lorsque des documents sont obtenus sous le couvert des « pouvoirs de vérification » conférés par la LIR après le début d'une enquête criminelle?

En guise d'introduction à l'examen de ces questions, il s'avère utile d'examiner le contexte législatif de la LIR et de déterminer si les infractions créées par l'art. 239 sont à bon droit considérées comme de nature réglementaire ou criminelle pour fins d'analyse fondée sur la *Charte*. Deuxièmement, nous examinerons les dispositions en cause de la *Charte* et la façon dont elles sont appliquées. Troisièmement, nous déterminerons s'il existe une distinction entre une vérification et une enquête sous le régime de la LIR et si les par. 231.1(1) et 231.2(1) peuvent être employés pour les besoins d'une enquête sur une infraction visée par l'art. 239. Après avoir répondu à cette question, nous formulerons un critère visant à établir dans quelles circonstances l'examen a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable. Enfin, nous examinerons les conséquences, au regard à la *Charte*, de la transformation d'une vérification en enquête criminelle.

A. *Vue d'ensemble du contexte législatif*(1) La Loi de l'impôt sur le revenu

Notre Cour s'est prononcée abondamment sur le régime législatif établi par la LIR. Bien qu'il ne soit pas nécessaire dans le présent pourvoi de procéder à un examen détaillé de la jurisprudence touchant la LIR, nous commencerons notre analyse par un bref examen de certains aspects importants du régime fiscal canadien et de son processus d'application afin de situer les dispositions législatives en cause dans leur juste contexte.

45

46

47

48

Governments, indisputably, require revenue in order to finance their operations and to implement social programmes. Currently, the collection of federal income tax — a measure first introduced at that level during the First World War by *The Business Profits War Tax Act, 1916*, S.C. 1916, c. 11, and *The Income War Tax Act, 1917*, S.C. 1917, c. 28, and thought to be temporary — comprises a crucial source of federal revenue, not to mention a crucial source of revenue for a good number of provincial governments (see *Del Zotto v. Canada*, [1997] 3 F.C. 40 (C.A.), at para. 19, *per* Strayer J.A., whose dissenting reasons were affirmed by a unanimous panel of this Court: [1999] 1 S.C.R. 3). In this connection, because the ITA controls the manner in which federal income tax is calculated and collected, this Court has recognized it as being “essentially a regulatory statute”: *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at p. 641, *per* Wilson J. (See also: La Forest J., concurring in the same case, at p. 650, where he described the ITA as “essentially of an administrative nature”; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 506, *per* La Forest J.; *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338, at p. 354, *per* Cory J.; *143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 339, at p. 378, *per* Cory J.; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, at para. 46, *per* Lamer C.J. and Iacobucci J.) The ITA is both detailed and complex.

49

Every person resident in Canada during a given taxation year is obligated to pay tax on his or her taxable income, as computed under rules prescribed by the Act (ITA, s. 2; *Smerchanski v. M.N.R.*, [1977] 2 S.C.R. 23, at p. 32, *per* Laskin C.J.). The process of tax collection relies primarily upon taxpayer self-assessment and self-reporting: taxpayers are obliged to estimate their annual income tax payable (s. 151), and to disclose this estimate to the CCRA in the income return that they are required to file (s. 150(1)). (See also in this regard: *McKinlay Transport*, *supra*, at pp. 636 and 648; V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (6th ed.

Les gouvernements ont indiscutablement besoin de revenus pour financer leurs activités et la mise en œuvre des programmes sociaux. À l’heure actuelle, la perception de l’impôt fédéral sur le revenu — mesure établie initialement à cet échelon au cours de la Première Guerre mondiale par la *Loi taxant les Profits d’affaires pour la guerre, 1916*, S.C. 1916, ch. 11, et par la *Loi de l’Impôt de Guerre sur le Revenu, 1917*, S.C. 1917, ch. 28, et perçue comme provisoire — constitue non seulement une source fondamentale de revenus fédéraux, mais aussi une source fondamentale de revenus pour un grand nombre de gouvernements provinciaux (voir *Del Zotto c. Canada*, [1997] 3 C.F. 40 (C.A.), par. 19, le juge Strayer, dont les motifs dissidents ont été confirmés par notre Cour à l’unanimité : [1999] 1 R.C.S. 3). Dans cet ordre d’idées, du fait que la LIR contrôle la façon dont l’impôt fédéral est calculé et perçu, notre Cour a reconnu que cette loi est « essentiellement une mesure de réglementation » : *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, p. 641, le juge Wilson. (Voir aussi à la p. 650 les motifs concordants du juge La Forest qui affirme que la LIR est « essentiellement de nature administrative »; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 506, le juge La Forest; *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338, p. 354, le juge Cory; *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339, p. 378, le juge Cory; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 46, le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci.) La LIR est à la fois détaillée et complexe.

Toute personne résidant au Canada au cours d’une année d’imposition donnée est tenue de payer un impôt sur son revenu imposable, calculé selon les règles prescrites par la Loi (LIR, art. 2; *Smerchanski c. M.R.N.*, [1977] 2 R.C.S. 23, p. 32, le juge en chef Laskin). Le processus de perception des impôts repose principalement sur l’autocotisation et l’auto-déclaration : tous les contribuables sont tenus d’estimer le montant de leur impôt annuel payable (art. 151) et d’en informer l’ADRC dans la déclaration de revenu qu’ils sont tenus de produire (par. 150(1)). (Voir aussi à ce sujet l’arrêt *McKinlay Transport*, précité, p. 636 et 648; V. Krishna, *The Fundamentals*

2000), at p. 22.) Upon receipt of a taxpayer's return, the Minister is directed, "with all due dispatch", to conduct an examination and original assessment of the amount of tax to be paid or refunded, and to remit a notice of assessment to this effect (ss. 152(1) and 152(2)). Subject to certain time limitations, the Minister may subsequently reassess or make an additional assessment of a taxpayer's yearly tax liability (s. 152(4)).

While voluntary compliance and self-assessment comprise the essence of the ITA's regulatory structure, the tax system is equipped with "persuasive inducements to encourage taxpayers to disclose their income": Krishna, *supra*, at p. 767. In this connection, Krishna writes at p. 772, the "system is 'voluntary' only in the sense that a taxpayer must file income tax returns without being called upon to do so by the Minister". For example, in promotion of the scheme's self-reporting aspect, s. 162 of the ITA creates monetary penalties for persons who fail to file their income returns. Likewise, to encourage care and accuracy in the self-assessment task, s. 163 of the Act sets up penalties of the same sort for persons who repeatedly fail to report required amounts, or who are complicit or grossly negligent in the making of false statements or omissions.

It follows from the tax scheme's basic self-assessment and self-reporting characteristics that the success of its administration depends primarily upon taxpayer forthrightness. As Cory J. stated in *Knox Contracting*, *supra*, at p. 350: "The entire system of levying and collecting income tax is dependent upon the integrity of the taxpayer in reporting and assessing income. If the system is to work, the returns must be honestly completed." It is therefore not surprising that the Act exhibits a concern to limit the possibility that a taxpayer may attempt "to take advantage of the self-reporting system in order to avoid paying his or her full share of the tax burden by violating the rules set forth in the Act" (*McKinlay Transport*, *supra*, at p. 637). The nature of the tax

of *Canadian Income Tax* (6^e éd. 2000), p. 22.) Dès qu'il reçoit la déclaration de revenu d'un contribuable, le ministre l'examine « avec diligence », fixe le montant de l'impôt à payer ou celui du remboursement et envoie au contribuable un avis de cotisation à cet effet (par. 152(1) et (2)). Sous réserve de certaines restrictions, le ministre peut par la suite établir une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire concernant l'impôt du contribuable pour une année d'imposition (par. 152(4)).

Bien que l'observation volontaire de la loi et l'autocotisation constituent les éléments essentiels du régime réglementaire de la LIR, le système fiscal est doté de [TRADUCTION] « mécanismes de persuasion visant à inciter les contribuables à déclarer leurs revenus » : Krishna, *op. cit.*, p. 767. À cet égard, Krishna affirme à la p. 772 que [TRADUCTION] « le système est "volontaire" seulement en ce sens que le contribuable doit produire une déclaration de revenu sans que le ministre ne l'invite à le faire ». Par exemple, pour favoriser l'aspect d'autodéclaration du régime, l'art. 162 de la LIR établit des peines pécuniaires pour les personnes qui omettent de produire leur déclaration de revenu. De même, pour inciter le contribuable à faire preuve de minutie et d'exactitude dans le cadre de l'autocotisation, l'art. 163 de la Loi prévoit le même type de pénalités pour les personnes qui omettent de façon répétée de déclarer un montant à inclure, qui sont complices d'un faux énoncé ou d'une omission ou qui commettent une faute lourde à cet égard.

Il découle des caractéristiques fondamentales de l'autocotisation et de l'autodéclaration que le succès de l'application du régime fiscal repose avant tout sur la franchise du contribuable. Comme le juge Cory l'a affirmé dans l'arrêt *Knox Contracting*, précité, p. 350 : « Le système d'imposition dépend entièrement de l'intégrité du contribuable qui déclare et évalue son revenu. Pour que le système fonctionne, les déclarations doivent être remplies honnêtement ». Il n'est donc pas étonnant que la Loi tente de restreindre le risque qu'un contribuable essaie de « tirer profit du régime d'autodéclaration pour tenter d'éviter de payer sa pleine part du fardeau fiscal en violant les règles énoncées dans la Loi » (*McKinlay Transport*, précité, p. 637).

collection scheme, however, creates an obstacle in this regard:

Often it will be impossible to determine from the face of the return whether any impropriety has occurred in its preparation. A spot check or a system of random monitoring may be the only way in which the integrity of the tax system may be maintained.

(*McKinlay Transport, supra*, at p. 648)

Accordingly, “the Minister of National Revenue must be given broad powers in supervising this regulatory scheme to audit taxpayers’ returns and inspect all records which may be relevant to the preparation of these returns” (*ibid.*).

52

The sections within Part XV of the ITA provide the Minister with “Administration and Enforcement” powers. They also impose reciprocal obligations upon taxpayers: for example, in furtherance of the overall reporting and verification scheme, s. 230(1) of the ITA requires all taxpayers, for various specified periods of time, to maintain books and records of account at their place of business or residence in Canada. These documents must be kept “in such form and containing such information as will enable the taxes payable under [the ITA] or the taxes or other amounts that should have been deducted, withheld or collected to be determined”.

53

The provisions that are central to the instant appeal vest the Minister with extensive powers that may be used “for any purpose related to the administration or enforcement” of the ITA. Section 231.1(1) continues the inspection power that was introduced in *An Act to amend the Income War Tax Act*, S.C. 1944, c. 43, s. 11. Paragraph (a) allows a person authorized by the Minister to “inspect, audit or examine” a wide array of documents, reaching beyond those that the ITA otherwise requires the taxpayer to prepare and maintain. In the course of the inspection, audit or examination, para. (c) provides that the authorized person may enter into any premises or place that is not a dwelling-house; furthermore, para. (d) imposes a correlative duty upon persons at the premises or place to provide

Toutefois, la nature du régime de perception de l’impôt crée un obstacle à cet égard :

Il est souvent impossible de dire, à première vue, si une déclaration a été préparée de façon irrégulière. Les contrôles ponctuels ou un système de vérification au hasard peuvent constituer le seul moyen de préserver l’intégrité du régime fiscal.

(*McKinlay Transport*, précité, p. 648)

Par conséquent, « le ministre du Revenu national doit disposer, dans la surveillance de ce régime de réglementation, de larges pouvoirs de vérification des déclarations des contribuables et d’examen de tous les documents qui peuvent être utiles pour préparer ces déclarations » (*ibid.*).

Les dispositions de la partie XV de la LIR confèrent au ministre des pouvoirs « [d’a]pplication et [d’e]xécution ». Elles imposent également aux contribuables des obligations réciproques : par exemple, pour le bon fonctionnement général du régime de déclaration et de vérification, le par. 230(1) de la LIR exige de tout contribuable qu’il tienne, pendant diverses périodes prescrites, des registres et des livres de comptes à son lieu d’affaires ou de résidence au Canada. Ces documents doivent être tenus « dans la forme et renferm[er] les renseignements qui permettent d’établir le montant des impôts payables en vertu de la [LIR], ou des impôts ou autres sommes qui auraient dû être déduites, retenues ou perçues ».

Les dispositions au cœur du présent pourvoi confèrent au ministre de vastes pouvoirs « pour l’application et l’exécution » de la LIR. Le paragraphe 231.1(1) confirme le pouvoir d’inspection établi dans la *Loi modifiant la Loi de l’impôt de guerre sur le revenu*, S.C. 1944, ch. 43, art. 11. Aux termes de l’al. a), une personne autorisée par le ministre peut « inspecter, vérifier ou examiner » une vaste gamme de documents qui va au-delà de ceux que la LIR oblige par ailleurs le contribuable à préparer et à conserver. L’alinéa c) prévoit qu’au cours de l’inspection, de la vérification ou de l’examen, la personne autorisée peut pénétrer dans un lieu qui n’est pas une maison d’habitation; par ailleurs, l’al. d) impose l’obligation corrélatrice à toute personne présente sur les lieux de fournir « toute l’aide

“all reasonable assistance and to answer all proper questions relating to the administration or enforcement of this Act”. (Section 231.1(2) requires that, absent the occupant’s consent, a judicial warrant be obtained for entry into a dwelling-house.)

The requirement power in s. 231.2(1) boasts an even longer pedigree: its origins are found in s. 8 of the original *Income War Tax Act, 1917*. By this power, the Minister may compel any person to produce any information or any document. Again, the scope of this power “reaches beyond the strict filing and maintenance requirements of the Act” (*McKinlay Transport, supra*, at p. 642, *per* Wilson J.).

To be effective, self-enforcing regulatory schemes require not only resort to adequate investigation, but also the existence of effective penalties: *Thomson Newspapers, supra*, at p. 528; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at p. 250, *per* Cory J.; *Comité paritaire de l’industrie de la chemise v. Potash*, [1994] 2 S.C.R. 406, at p. 421, *per* La Forest J. In the ITA context, see *Hydro-Québec, supra*, at para. 46, and *Knox Contracting, supra*, at p. 355. To this end, s. 238(1) sets out a summary conviction offence that is triggered by non-compliance with the filing requirements or with other of the Act’s provisions — including ss. 231.1(1) and 231.2(1), and the documentary retention rules imposed by s. 230(1). Section 238’s purpose is inherently pragmatic or instrumental: the offence exists “not to penalize criminal conduct but to enforce compliance with the Act” (*R. v. Grimwood*, [1987] 2 S.C.R. 755, at p. 756; *McKinlay Transport, supra*, at p. 641; *143471 Canada, supra*, at p. 378).

Section 239(1) creates a number of additional offences. It speaks of false or deceptive statements, destruction or alteration of documents, false or deceptive documents, wilful evasion of income tax, and conspiracy to engage in prohibited activities. In Cory J.’s words from *Knox Contracting, supra*, at

raisonnable et de répondre à toutes les questions pertinentes à l’application et l’exécution de la présente loi ». (Le paragraphe 231.1(2) prévoit que l’on ne peut pénétrer dans une maison d’habitation sans la permission de l’occupant, à moins d’y être autorisé par un mandat décerné par un juge.)

Le pouvoir de demande péremptoire conféré par le par. 231.2(1) a des origines encore plus anciennes : il remonte à l’art. 8 de la *Loi de l’Impôt de Guerre sur le Revenu, 1917*. Le ministre peut exercer ce pouvoir pour contraindre toute personne à produire des renseignements ou des documents, quels qu’ils soient. Encore une fois, l’étendue de ce pouvoir « va au-delà des exigences strictes de la Loi en matière de dépôt et de tenue de documents » (*McKinlay Transport*, précité, p. 642, le juge Wilson).

L’efficacité d’un régime réglementaire dont l’existence même suffit à le faire observer exige non seulement la tenue d’enquêtes appropriées, mais aussi l’existence de sanctions efficaces : *Thomson Newspapers*, précité, p. 528; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, p. 250, le juge Cory; *Comité paritaire de l’industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406, p. 421, le juge La Forest. Dans le contexte de la LIR, voir *Hydro-Québec*, précité, par. 46, et *Knox Contracting*, précité, p. 355. À cette fin, le par. 238(1) prévoit que le non-respect des exigences de production ou d’autres dispositions de la Loi — dont les par. 231.1(1) et 231.2(1) ainsi que les règles de conservation des documents imposées par le par. 230(1) — constitue une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. L’objet de l’art. 238 est fondamentalement pragmatique ou instrumental : la raison d’être de ces infractions « n’est pas de sanctionner une conduite criminelle mais d’imposer le respect de la Loi » (*R. c. Grimwood*, [1987] 2 R.C.S. 755, p. 756; *McKinlay Transport*, précité, p. 641; *143471 Canada*, précité, p. 378).

Le paragraphe 239(1) crée plusieurs infractions additionnelles. Il vise quiconque fait des déclarations fausses ou trompeuses, détruit ou altère des documents, fait des documents faux ou trompeurs, élude volontairement le paiement d’un impôt ou conspire avec une personne pour accomplir des

54

55

56

pp. 349-50: “Those who do evade the payment of income tax not only cheat the State of what is owing to it, but inevitably increase the burden placed upon the honest taxpayers.” As a consequence, the s. 239(1) offences carry rather significant penalties. They may be proceeded on by way of summary conviction or by way of indictment at the election of the Attorney General (s. 239(2)).

actes interdits. Selon le juge Cory dans l’arrêt *Knox Contracting*, précité, p. 349-350 : « Ceux qui éludent le paiement de l’impôt sur le revenu frustreront non seulement l’État de ce qu’ils lui doivent, mais ils augmentent inévitablement le fardeau des contribuables honnêtes ». C’est pourquoi les infractions prévues au par. 239(1) sont assorties de peines assez lourdes. Tout contrevenant peut, au choix du procureur général, être poursuivi par voie de procédure sommaire ou de mise en accusation (par. 239(2)).

57 As with the s. 238 offence, this Court has recognized the centrality of s. 239 to the income tax régime: see Strayer J.A.’s reasons, endorsed on appeal to this Court, in *Del Zotto*, *supra*, at para. 23, where he described s. 239 as being “designed to ensure compliance with the self-reporting requirements of the *Income Tax Act*”. Moreover, the presence in the ITA of s. 239 does nothing to alter the regulatory or administrative nature of the inspection and requirement powers, even though s. 239 “relate[s] to conduct that might well be discovered by the[ir] exercise” (*Thomson Newspapers*, *supra*, at p. 516, *per* La Forest J. See also *Comité paritaire*, *supra*, at p. 421). As already mentioned, it is under ss. 239(1)(a) and (d) that the appellant in the present case was ultimately charged.

Comme elle l’a fait dans le cas de l’infraction prévue à l’art. 238, notre Cour a reconnu l’importance de l’art. 239 dans le régime fiscal : voir les motifs du juge Strayer, adoptés par notre Cour, dans *Del Zotto*, précité, par. 23, dans lesquels il affirme que la règle énoncée à l’art. 239 est « conçue pour garantir le respect des exigences d’auto-déclaration de la *Loi de l’impôt sur le revenu* ». De plus, la présence de l’art. 239 dans la LIR ne modifie en rien le caractère réglementaire ou administratif des pouvoirs d’inspection et de demande péremptoire même si l’art. 239 « se rapport[e] à une conduite qui pourrait fort bien être découverte par [leur] exercice » (*Thomson Newspapers*, précité, p. 516, le juge La Forest. Voir aussi l’arrêt *Comité paritaire*, précité, p. 421). Comme je l’ai déjà mentionné, l’appelant a finalement été inculpé des infractions prévues aux al. 239(1)a) et d).

58 Having discussed the general statutory context, we will now deal specifically with the important distinction between regulatory and criminal statutory provisions.

Ayant abordé l’ensemble du contexte législatif, nous examinerons maintenant plus particulièrement l’importante distinction qui existe entre les dispositions de nature réglementaire et les dispositions de nature criminelle.

(2) The Regulatory vs. Criminal Distinction

(2) La distinction entre les dispositions de nature réglementaire et les dispositions de nature criminelle

59 The parties have engaged in a spirited debate over the proper contextualization of the ITA offences for the purposes of *Charter* analysis. The respondent defines the ITA as comprising an “integrated regulatory scheme”, the implication being that a person accused of offences thereunder attracts little *Charter* protection. Meanwhile, the appellants in both the present case and its companion, *R. v. Ling*, [2002] 3 S.C.R. 814, 2002 SCC 74, as well as the intervener,

Les parties ont eu un débat animé sur la contextualisation appropriée des infractions à la LIR pour fins d’analyse fondée sur la *Charte*. L’intimée définit la LIR comme une loi comportant [TRADUCTION] « un régime de réglementation intégré », ce qui implique qu’une personne accusée d’infractions sous le régime de la Loi bénéficie d’une protection bien tenue en vertu de la *Charte*. Par ailleurs, les appelants, tant en l’espèce que dans l’affaire

the Criminal Lawyers' Association (Ontario), submit that the Act is essentially a "dual-purpose statute" and that the s. 239 offences constitute "quintessential criminal law". It follows in the appellant Jarvis's submission that, where tax avoidance or evasion is being investigated, "the taxpayer must be afforded the Charter protection that is the right of any Canadian suspected or accused of a crime" (appellant's factum, at para. 33). It is plain that the s. 239 offences are no trifling matter as this provision bears at least the formal hallmarks of criminal legislation, namely, prohibitions coupled with penalties (see *Hydro-Québec*, *supra*, at para. 35). They may be prosecuted upon indictment, and conviction can carry up to five years' incarceration. It is because of these factors that the penal sanctions in s. 239 are, in certain contexts, referred to as "criminal".

That is not to say, however, that they are "purely" or "quintessentially" criminal for Charter purposes. The cases cited in support of the appellant's favoured characterization are of limited relevance. The present case does not consider a number of issues such as: whether the ITA offences are constitutionally supportable under the federal criminal law power (*Hydro-Québec*, *supra*); the characterization of s. 239 offences for the purpose of determining the appeal procedure from the issuance of a s. 231.3 search warrant (*Knox Contracting*, *supra*); or whether making false statements on an income tax return constitutes a "criminal offence" under provincial legislation, so as to render revocable a person's licence to practice as a public accountant (*Re Ramm*, [1958] O.R. 98 (C.A.)). In any case, the contextual approach to *Charter* application is not a mere exercise in taxonomy.

connexe *R. c. Ling*, [2002] 3 R.C.S. 814, 2002 CSC 74, et la Criminal Lawyers' Association (Ontario), intervenante, font valoir que la Loi est essentiellement une [TRADUCTION] « loi à double objet » et que les infractions prévues à l'art. 239 constituent [TRADUCTION] « du droit criminel sous sa forme la plus pure ». Suivant la thèse de l'appelant, M. Jarvis, il s'ensuit que dans le cas où il y a enquête sur une question d'évitement ou de fraude en matière fiscale, [TRADUCTION] « le contribuable doit bénéficier de la protection accordée par la Charte à tout Canadien soupçonné ou accusé d'un crime » (mémoire de l'appelant, par. 33). De toute évidence, les infractions prévues à l'art. 239 ne sont pas sans importance puisque cette disposition présente au moins les caractéristiques formelles de la législation criminelle, savoir des interdictions assorties de peines (voir *Hydro-Québec*, précité, par. 35). Ces infractions peuvent faire l'objet de poursuites par voie de mise en accusation et entraîner un emprisonnement maximal de cinq ans advenant une déclaration de culpabilité. C'est à cause de ces facteurs que les sanctions pénales prévues à l'art. 239 sont, dans certains contextes, qualifiées de sanctions « criminelles ».

Toutefois, cela ne signifie pas que pour l'application de la Charte ces infractions sont « purement » de nature criminelle ou qu'elles constituent du droit criminel dans « sa forme la plus pure ». Les arrêts cités à l'appui de la qualification que privilégie l'appelant présentent une pertinence limitée. Le présent pourvoi ne touche pas certaines questions, dont celles de savoir si les infractions créées par la LIR sont constitutionnellement justifiables en vertu de la compétence fédérale en matière de droit criminel (*Hydro-Québec*, précité), comment il faut qualifier les infractions prévues à l'art. 239 afin de déterminer la procédure d'appel applicable contre la délivrance d'un mandat de perquisition en application de l'art. 231.3 (*Knox Contracting*, précité) ou, enfin, si de fausses déclarations dans une déclaration de revenu constituent une « infraction criminelle » au sens de la loi provinciale, emportant la révocabilité du permis d'exercice de la profession d'expert-comptable de la personne qui en est l'auteur. (*Re Ramm*, [1958] O.R. 98 (C.A.)). Quoi qu'il en soit, l'approche contextuelle à l'égard de l'application de la *Charte* ne se résume pas à un simple exercice de taxinomie.

61

As La Forest J. stated in *Wholesale Travel*, *supra*, at p. 209, “what is ultimately important are not labels (though these are undoubtedly useful), but the values at stake in the particular context”. In this connection, differing levels of *Charter* protection may obtain under the same statute, depending on the circumstances. Compare *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and *Thomson Newspapers*, *supra*: each dealt with the former *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, which, although it created penal offences, was recognized on the whole to embody “a complex scheme of economic regulation” (see *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 676, *per* Dickson C.J.; *Thomson Newspapers*, *supra*; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at pp. 648-49). The provisions impugned in *Hunter v. Southam* authorized entry onto private premises and hence attracted a much greater expectation of privacy than the provision ordering the production of documents in *Thomson Newspapers*.

Comme le juge La Forest l’a mentionné dans l’arrêt *Wholesale Travel*, précité, p. 209, « ce qui importe en fin de compte, ce ne sont pas les étiquettes (bien qu’elles soient sans doute utiles), mais les valeurs en jeu dans le contexte particulier ». À cet égard, la même loi peut, selon les circonstances, emporter des niveaux différents de protection sous le régime de la *Charte*. Comparer *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, avec *Thomson Newspapers*, précité : chacun de ces arrêts portait sur l’application de l’ancienne *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, qui, même si elle créait des infractions pénales, était reconnue dans l’ensemble comme comportant « un système de réglementation économique complexe » (voir *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 676, le juge en chef Dickson; *Thomson Newspapers*, précité; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 648-649). Dans l’arrêt *Hunter c. Southam*, les dispositions attaquées autorisaient l’entrée dans des lieux privés, de sorte que l’attente en matière de respect de la vie privée était plus grande que dans le cas de la disposition ordonnant la production de documents en cause dans l’arrêt *Thomson Newspapers*.

62

In this measure, the ITA presents no different consideration. Wilson J. acknowledged as much in *McKinlay Transport*, *supra*, at p. 649, where she suggested that greater s. 8 protection would obtain under the ITA if tax officials were to enter onto private property in order to conduct a search or seizure for the purposes of the Act, rather than to compel the same documentation by way of requirement letters (see para. 53 of these reasons re: s. 231.1(2); see also *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at pp. 443-44; *Del Zotto*, *supra*, at paras. 12-13, *per* Strayer J.A. (dissenting)). In sum, the ITA is a regulatory statute, but non-compliance with its mandatory provisions can in some cases lead to criminal charges being laid. In prosecution thereof, the state is pitted against the individual in an attempt to establish culpability. Stiff jail terms can result from a conviction. To conduct an appropriately contextual *Charter* analysis in these cases, the various regulatory and

À ce point de vue, la LIR ne présente pas de considération différente. C’est ce qu’a reconnu le juge Wilson dans *McKinlay Transport*, précité, p. 649, où elle a laissé entendre que la LIR ferait entrer en jeu une plus grande protection en vertu de l’art. 8 si les agents du fisc devaient pénétrer dans la propriété d’un particulier pour y faire une fouille, une perquisition ou une saisie pour l’application de la Loi, plutôt que forcer la production de ces mêmes documents au moyen de demandes péremptoires (voir le par. 53 des présents motifs concernant le par. 231.1(2); voir aussi *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, p. 443-444; *Del Zotto*, précité, par. 12-13, le juge Strayer, dissident). Bref, la LIR est une loi de nature réglementaire, mais le non-respect de ses dispositions impératives peut dans certains cas donner lieu à des accusations criminelles. Au cours de la poursuite, le ministère public a comme adversaire le particulier dont il tente de prouver la culpabilité. Une déclaration de culpabilité peut donner

penal considerations must all exert some influence.

B. *Contextual Approach to Charter Rights*

At this stage, it is a firmly established principle that the *Charter* must receive contextual application. The scope of a particular *Charter* right or freedom may vary according to the circumstances: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1355-56, *per* Wilson J.; *McKinlay Transport*, *supra*, at p. 644; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 793, *per* L'Heureux-Dubé J. (dissenting); *143471 Canada*, *supra*, at p. 347 (*per* Lamer C.J.) and at pp. 361-62 (*per* La Forest J., dissenting); *Comité paritaire*, *supra*, at p. 420, *per* La Forest J.

For present purposes, where ss. 7 and 8 of the *Charter* are at issue, it is instructive to note both that the requirements of fundamental justice relevant to the former section “are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked” (*R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361, *per* La Forest J.) and that context will determine the expectation of privacy that one can reasonably expect the latter section to protect (*Thomson Newspapers*, *supra*, at pp. 495-96, *per* Wilson J., dissenting, and at p. 506, *per* La Forest J.; *McKinlay Transport*, *supra*, at pp. 645 and 647; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459, at p. 478, *per* Cory J.; *Baron*, *supra*, at p. 436, *per* Sopinka J.; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, *supra*, at para. 51, *per* Sopinka and Iacobucci JJ.).

It is worth repeating that the appellant does not attack the constitutionality of ss. 231.1(1) and 231.2(1). Rather, his argument is that the admission into evidence in tax evasion proceedings of statements and documents that were compelled by Revenue Canada officials under these sections was a violation of his rights under ss. 7 and 8 of the *Charter*. He thus argues that the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. In *McKinlay*

lieu à des peines d'emprisonnement sévères. Une analyse contextuelle fondée sur la *Charte* ne saurait être convenablement réalisée, dans ces cas, sans l'attribution d'un certain poids à chacune des diverses considérations d'ordre réglementaire et pénal.

B. *L'approche contextuelle à l'égard des droits garantis par la Charte*

Il est maintenant solidement établi que la *Charte* doit être interprétée suivant une approche contextuelle. L'étendue d'un droit ou d'une liberté garanti par la *Charte* peut varier selon les circonstances : *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1355-1356, le juge Wilson; *McKinlay Transport*, précité, p. 644; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, p. 793, le juge L'Heureux-Dubé (dissidente); *143471 Canada*, précité, p. 347 (le juge en chef Lamer) ainsi que p. 361-362 (le juge La Forest, dissident); *Comité paritaire*, précité, p. 420, le juge La Forest.

Il est intéressant de noter, pour les besoins de notre analyse, que lorsque les art. 7 et 8 de la *Charte* sont en cause, les exigences de la justice fondamentale propres à l'art. 7 « ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque » (*R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 361, le juge La Forest) et que le contexte déterminera le degré de respect de la vie privée auquel une personne peut raisonnablement s'attendre en application de l'art. 8 (*Thomson Newspapers*, précité, p. 495-496, le juge Wilson, dissidente, et p. 506, le juge La Forest; *McKinlay Transport*, précité, p. 645 et 647; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459, p. 478, le juge Cory; *Baron*, précité, p. 436, le juge Sopinka; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, précité, par. 51, les juges Sopinka et Iacobucci).

Il vaut la peine de rappeler que l'appelant ne conteste pas la constitutionnalité des par. 231.1(1) et 231.2(1). Il plaide plutôt que l'admission en preuve, dans une poursuite pour fraude fiscale, de déclarations et documents que les agents de Revenu Canada ont obtenu par la contrainte au moyen de ces dispositions a porté atteinte aux droits que lui garantissent les art. 7 et 8 de la *Charte*. Il soutient donc que ces éléments de preuve doivent être

63

64

65

Transport, supra, this Court considered whether the predecessor provision to s. 231.2, employed in conjunction with an income tax audit, infringed s. 8 of the *Charter*. Wilson J. held that, although the provision authorized a “seizure” for *Charter* purposes, it provided “the least intrusive means by which effective monitoring of compliance with the *Income Tax Act* can be effected” (p. 649). Wilson J. noted that the taxpayer’s privacy interest in the compelling records was also relatively weak, and ruled that the provision was constitutional. Faced with the *McKinlay Transport* decision, the appellant did not raise the constitutionality of ss. 231.1(1) and 231.2(1) at his trial, but instead invoked s. 24(2) of the *Charter* in order to “deprive from the Crown (for prosecution purposes) the fruits of their [*sic*] deception” (appellant’s factum, at para. 45).

écartés par application du par. 24(2) de la *Charte*. Dans l’arrêt *McKinlay Transport*, précité, notre Cour s’est demandé si la disposition qui a précédé l’art. 231.2, appliquée dans le cadre d’une vérification fiscale, contrevenait à l’art. 8 de la *Charte*. Selon le juge Wilson, même si la disposition en question autorisait une « saisie » visée par la *Charte*, elle était « la méthode la moins envahissante pour contrôler efficacement le respect de la *Loi de l’impôt sur le revenu* » (p. 649). Le juge Wilson a également précisé que le droit du contribuable au respect de sa vie privée à l’égard de documents dont la production peut être exigée est relativement faible et elle a conclu à la constitutionnalité de la disposition. Compte tenu de l’arrêt *McKinlay Transport*, l’appelant n’a pas soulevé la constitutionnalité des par. 231.1(1) et 231.2(1) lors du procès, mais il a plutôt invoqué le par. 24(2) de la *Charte* afin de [TRADUCTION] « priver le ministère public (pour les besoins de la poursuite) des fruits de sa tromperie » (mémoire de l’appelant, par. 45).

(1) Section 7

66

Section 7 of the *Charter* reads as follows:

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

A court conducting an analysis under s. 7 must first determine whether there exists a real or imminent deprivation of life, liberty, security of the person, or a combination thereof. Next, the court must identify the relevant principle or principles of fundamental justice and, finally, determine whether the deprivation is in accordance with this principle or principles.

67

It is beyond doubt that the appellant’s s. 7 liberty interest is engaged by the introduction of statutorily compelled information at his trial for the s. 239 offences, owing to the threat of imprisonment on conviction: see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 515, *per* Lamer J. (as he then was); *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123. The relevant principle of fundamental justice in the present case is the principle against self-incrimination, an elemental canon of the Canadian criminal justice system,

(1) L’article 7

L’article 7 de la *Charte* prévoit :

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

Lorsqu’il procède à une analyse fondée sur l’art. 7, le tribunal doit tout d’abord déterminer s’il y a atteinte réelle ou imminente à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ou à une combinaison de ces trois droits. Il doit ensuite identifier le ou les principes de justice fondamentale applicables et, enfin, déterminer si l’atteinte est portée en conformité avec ce ou ces principes.

L’appelant risquant l’emprisonnement en cas de déclaration de culpabilité, il est indubitable que son droit à la liberté garanti par l’art. 7 entre en jeu lorsqu’on dépose, à son procès sur des infractions prévues à l’art. 239, des renseignements obtenus par la contrainte dans l’exercice de pouvoirs légaux : *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 515, le juge Lamer (plus tard Juge en chef); *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123. Le principe de justice fondamentale applicable en

standing for the notion that individuals should not be conscripted by the state to promote a self-defeating purpose: *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at para. 81, *per* Iacobucci J. This Court has clearly established that the principle against self-incrimination finds residual expression under s. 7: *Thomson Newspapers*, *supra*; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, at p. 577, *per* Lamer C.J.; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at p. 256, *per* Lamer C.J.; *S. (R.J.)*, *supra*; *Branch*, *supra*; *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417.

In giving expression to this principle, however, s. 7 does not envelop an abstract and absolute rule that would prevent the use of information in all contexts in which it is statutorily compelled: *Jones*, *supra*, at p. 257; *S. (R.J.)*, *supra*, at paras. 96-100; *Fitzpatrick*, *supra*, at paras. 21 and 24; *White*, *supra*, at para. 45. A court must begin “on the ground”, with a concrete and contextual analysis of all the circumstances, in order to determine whether or not the principle against self-incrimination is actually engaged: *Fitzpatrick*, at para. 25; *White*, at para. 46. This analysis necessarily involves a balancing of principles. One must, in assessing the limits on compellability demanded by the principle against self-incrimination, consider the opposing principle of fundamental justice suggesting that relevant evidence should be available to the trier of fact in a search for truth: *S. (R.J.)*, at para. 108, *per* Iacobucci J. These competing interests will often be brought to the foreground in regulatory contexts, where the procedures being challenged have generally been designed (and are employed) as part of an administrative scheme in the public interest: *Fitzpatrick*, at para. 27. As the Court stated in *White*, at para. 48:

In some contexts, the factors that favour the importance of the search for truth will outweigh the factors that favour protecting the individual against undue compulsion by the state. This was the case, for example, in *Fitzpatrick*, *supra*, where the Court emphasized the relative absence of true state coercion, and the necessity of acquiring

l'espèce est celui interdisant l'auto-incrimination, règle essentielle du système de justice criminelle au Canada, selon lequel un particulier ne doit pas être obligé par l'État de promouvoir une fin susceptible de causer sa propre défaite : *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, par. 81, le juge Iacobucci. Notre Cour a clairement établi que le principe interdisant l'auto-incrimination confère une teneur résiduelle à l'art. 7 : *Thomson Newspapers*, précité; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, p. 577, le juge en chef Lamer; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, p. 256, le juge en chef Lamer; *S. (R.J.)*, précité; *Branch*, précité; *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417.

Toutefois, dans l'expression de ce principe, l'art. 7 n'établit pas une règle abstraite et absolue qui empêche l'utilisation de renseignements dans tous les contextes où leur production a été obtenue par la contrainte en vertu de la loi : *Jones*, précité, p. 257; *S. (R.J.)*, précité, par. 96-100; *Fitzpatrick*, précité, par. 21 et 24; *White*, précité, par. 45. Le tribunal doit adopter une « approche pragmatique » en commençant par une analyse concrète et contextuelle de la situation pour déterminer si l'application du principe interdisant l'auto-incrimination est déclenchée : *Fitzpatrick*, par. 25; *White*, par. 46. Cette analyse comporte nécessairement une pondération des principes. Pour déterminer quelles restrictions à la contraignabilité découlent du principe interdisant l'auto-incrimination, il faut examiner le principe opposé de justice fondamentale, selon lequel le juge des faits devrait avoir accès aux éléments de preuve pertinents dans sa recherche de la vérité : *S. (R.J.)*, par. 108, le juge Iacobucci. Ces intérêts opposés joueront souvent un rôle de premier plan dans un contexte de réglementation où les procédures contestées ont généralement été conçues (et sont utilisées) dans le cadre d'un régime administratif et dans l'intérêt du public : *Fitzpatrick*, par. 27. Comme notre Cour l'a expliqué dans l'arrêt *White*, par. 48 :

Dans certains cas, les facteurs tenant à l'importance de la recherche de la vérité l'emporteront sur les facteurs tenant à la protection de la personne contre la contrainte induite de l'État. C'est ce qui s'est produit par exemple dans *Fitzpatrick*, précité, où notre Cour a souligné l'absence relative de véritable contrainte de la part de l'État

statements in order to maintain the integrity of an entire regulatory regime. In other contexts, a reverse situation will arise, as was the case, for example, in *Thomson Newspapers*, *supra*, *S. (R.J.)*, *supra*, and *Branch*, *supra*. In every case, the facts must be closely examined to determine whether the principle against self-incrimination has truly been brought into play by the production or use of the declarant's statement.

(2) Section 8

Section 8 of the *Charter* provides that:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

For the application of s. 8, there must first be a search or seizure. Subsequently, it must be determined whether the search or seizure was unreasonable. Like the Fourth Amendment of the U.S. Constitution, s. 8 protects a reasonable expectation of privacy: *Hunter v. Southam*, *supra*, at p. 159, *per* Dickson J. (as he then was). What is reasonable, however, is context-specific. In the application of s. 8, "an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement" (*id.*, at pp. 159-60).

In *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293, Sopinka J. listed several factors that will determine the parameters of the protection afforded by s. 8 with respect to informational privacy:

Consideration of such factors as the nature of the information itself, the nature of the relationship between the party releasing the information and the party claiming its confidentiality, the place where the information was obtained, the manner in which it was obtained and the seriousness of the crime being investigated allows for a balancing of the societal interests in protecting individual dignity, integrity and autonomy with effective law enforcement.

The context-specific approach to s. 8 inevitably means, as Wilson J. noted in *Thomson Newspapers*, *supra*, at p. 495, that "[a]t some point the

ainsi que la nécessité d'obtenir les déclarations en cause afin de préserver l'intégrité de tout un régime de réglementation. Dans d'autres cas, c'est l'inverse qui se produit, comme cela est arrivé, par exemple, dans *Thomson Newspapers*, *S. (R.J.)*, et *Branch*, précités. Dans tous les cas, il faut analyser les faits en profondeur pour déterminer si le principe interdisant l'auto-incrimination est vraiment soulevé par la production ou l'utilisation de la déclaration.

(2) L'article 8

L'article 8 de la *Charte* prévoit :

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Pour que l'art. 8 reçoive application, il doit y avoir eu fouille, perquisition ou saisie. Il faut ensuite déterminer si la fouille, perquisition ou saisie était abusive. À l'instar du Quatrième amendement de la Constitution des États-Unis, l'art. 8 protège une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée : *Hunter c. Southam*, précité, p. 159, le juge Dickson (plus tard Juge en chef). Cependant, ce qui est raisonnable est propre au contexte. Dans l'application de l'art. 8, « il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi » (*id.*, p. 159-160).

Dans l'arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293, le juge Sopinka a dressé une liste de plusieurs facteurs qui détermineront les paramètres de la protection offerte par l'art. 8 en ce qui concerne les aspects informationnels de la vie privée :

L'examen de facteurs tels la nature des renseignements, celle des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité, l'endroit où ils ont été recueillis, les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et la gravité du crime faisant l'objet de l'enquête, permet de pondérer les droits sociétaux à la protection de la dignité, de l'intégrité et de l'autonomie de la personne et l'application efficace de la loi.

L'approche propre au contexte à l'égard de l'art. 8 signifie inévitablement, comme le juge Wilson l'a fait remarquer dans l'arrêt *Thomson Newspapers*,

69

70

71

individual's interest in privacy must give way to the broader state interest in having the information or document disclosed". Naturally, if a person has but a minimal expectation with respect to informational privacy, this may tip the balance in the favour of the state interest: *Plant, supra*; *Smith v. Canada (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 902, 2001 SCC 88.

Generally, an individual has a diminished expectation of privacy in respect of records and documents that he or she produces during the ordinary course of regulated activities: see, e.g., *Thomson Newspapers, supra*, at p. 507, *per* La Forest J.; *143471 Canada, supra*, at p. 378, *per* Cory J.; *Comité paritaire, supra*, at pp. 420-21; *Fitzpatrick, supra*, at para. 49. In the particular context of the self-assessment and self-reporting income tax regime, a taxpayer's privacy interest in records that may be relevant to the filing of his or her tax return is relatively low: *McKinlay Transport, supra*, at pp. 649-50.

C. Audit vs. Investigation

As mentioned above, the *Charter* issues in this appeal touch upon the admission into evidence in a s. 239 prosecution of documents and utterances compelled by ss. 231.1(1) and 231.2(1). This problem did not arise in *McKinlay Transport*, where the appellants were charged under s. 238 for failing to comply with requirement letters, but there was no allegation that the requirements were themselves being used to further the investigation of an offence. In brief, this Court has yet to consider the extent to which the use of ss. 231.1(1) and 231.2(1) to build a prosecutorial case infringes a taxpayer's constitutional rights.

(1) Submissions of the Parties

The submissions of the parties in this regard stand in stark opposition. The parties seeking to

précité, p. 495, que « vient [. . .] un moment où le droit de l'individu au respect de sa vie privée doit céder le pas à l'intérêt plus grand qu'a l'État à ce que soient communiqués des renseignements ou un document ». De toute évidence, si une personne n'a qu'une attente minimale pour ce qui est des aspects informationnels de sa vie privée, cela pourrait faire pencher la balance en faveur de l'intérêt de l'État : *Plant*, précité; *Smith c. Canada (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 902, 2001 CSC 88.

Généralement, un particulier possède une attente réduite quant au respect de sa vie privée dans le cas de registres et documents qu'il produit dans le cours normal d'activités réglementées : voir par ex. *Thomson Newspapers*, précité, p. 507, le juge La Forest; *143471 Canada*, précité, p. 378, le juge Cory; *Comité paritaire*, précité, p. 420-421; *Fitzpatrick*, précité, par. 49. Dans le contexte particulier du régime fiscal d'autocotisation et d'autodéclaration, le droit d'un contribuable à la protection de sa vie privée à l'égard des registres qui peuvent être utiles au dépôt de sa déclaration de revenu est relativement faible : *McKinlay Transport*, précité, p. 649-650.

C. Vérification et enquête

Comme je l'ai mentionné, les questions relatives à la *Charte* en l'espèce se rapportent à l'admission en preuve, dans une poursuite relative à l'art. 239, de documents et déclarations obtenus par la contrainte sous le régime des par. 231.1(1) et 231.2(1). Ce problème ne s'est pas présenté dans l'affaire *McKinlay Transport*, où les appelants avaient été inculpés sous le régime de l'art. 238 de ne pas avoir obtempéré à des demandes péremptoires, mais où il n'était pas allégué que ces demandes mêmes avaient été utilisées pour les besoins de l'enquête relative à une infraction. En résumé, notre Cour n'a pas encore eu à déterminer dans quelle mesure l'utilisation des par. 231.1(1) et 231.2(1) pour fins de constitution d'un dossier de poursuite porte atteinte aux droits constitutionnels du contribuable.

(1) Les prétentions des parties

Les prétentions des parties sur ce point sont diamétralement opposées. Les parties qui s'appuient

72

2002 SCC 73 (CanLII)

73

74

rely upon the distinction describe ss. 231.1(1) and 231.2(1) as “audit” functions, i.e., fundamentally directed towards compliance and civil reassessment concerns. The appellant submits that the Crown can no longer use the ss. 231.1(1) and 231.2(1) “audit powers” from the point at which its predominant purpose is to investigate a s. 239 offence. The Criminal Lawyers’ Association (Ontario) and the appellant in the companion case, *Ling*, submit that the inspection and requirement powers may be used at any time, but that a person accused of a s. 239 offence must benefit from use and derivative use immunity relative to any information that is compelled from him during the audit process.

sur la distinction décrivent les fonctions énumérées aux par. 231.1(1) et 231.2(1) comme des fonctions de « vérification », c.-à-d. des fonctions visant fondamentalement l’observation de la Loi et l’établissement d’une nouvelle cotisation, qui est une matière civile. L’appelant prétend que le ministère public ne peut plus se servir des « pouvoirs de vérification » conférés par les par. 231.1(1) et 231.2(1) à partir du moment où son objet prédominant consiste à enquêter sur une infraction prévue à l’art. 239. La Criminal Lawyers’ Association (Ontario) et l’appelant dans l’affaire connexe, *Ling*, font valoir que les pouvoirs d’inspection et de demande péremptoire peuvent être utilisés en tout temps, mais qu’une personne accusée d’une infraction prévue à l’art. 239 doit bénéficier d’une immunité contre l’utilisation de la preuve et contre l’utilisation de la preuve dérivée relativement à tout renseignement qu’elle a été contrainte de fournir au cours du processus de vérification.

75

On the other hand, the respondent submits that there is no rigid audit/investigation distinction. It reiterates that the ITA is an integrated regulatory scheme, and argues that all of the powers are assigned to a single person, the Minister, whose function under the Act does not change: the fact that the Minister delegates the use of these powers to various CCRA functionaries is irrelevant, as is the internal organizational structure of the department. According to the respondent, the ss. 231.1(1) and 231.2(1) powers are available in all circumstances, save two: where charges have been laid under s. 239 and the sole purpose for their exercise is to obtain prosecutorial evidence, and where the laying of charges is deliberately delayed in order for prosecutors to use the powers to build their case. The respondent concedes, as well, that s. 231.1(1)(d) does not countenance queries into the mental state, or *mens rea*, required to prove the ITA offences; the definition of “proper questions” in that paragraph does not extend that far, and answers to such questions should therefore be excluded under s. 24(2).

Par contre, l’intimée avance qu’il n’existe pas de distinction nette entre une vérification et une enquête. Elle rappelle que la LIR est un régime réglementaire intégré et soutient que tous les pouvoirs sont attribués à une seule personne, le ministre, auquel la Loi attribue une fonction qui ne change pas : le fait que le ministre délègue l’utilisation de ces pouvoirs à divers fonctionnaires de l’ADRC n’est pas pertinent, pas plus d’ailleurs que l’organigramme interne du ministère. Selon l’intimée, les pouvoirs prévus aux par. 231.1(1) et 231.2(1) peuvent être utilisés dans toutes les circonstances, sauf dans les deux cas suivants : premièrement, lorsque des accusations ont été portées en vertu de l’art. 239 et que le seul but de l’exercice de ces pouvoirs est de recueillir une preuve à charge et, deuxièmement, lorsque les poursuivants retardent délibérément le dépôt des accusations afin d’utiliser ces pouvoirs pour étayer leur preuve. L’intimée concède également que l’al. 231.1(1)d) n’autorise pas de questions relativement à l’état d’esprit, ou *mens rea*, requis pour faire la preuve des infractions à la LIR; dans cet alinéa, la définition de l’expression « questions pertinentes » ne va pas aussi loin et les réponses à de telles questions devraient être écartées par application du par. 24(2).

The intervening Attorneys General for Ontario and Quebec support the respondent's position. With respect to the proper use of ss. 231.1(1) and 231.2(1), the Attorney General of Quebec adopts a "sole purpose" approach, similar to the respondent's. For its part, the Attorney General for Ontario submits that there is no reasonable expectation of privacy in incriminatory information gathered pursuant to regulatory powers; however, the abuse of process doctrine and s. 7 of the *Charter* might find application in situations of improper conduct, such as "where there is no legitimate interest left in an audit and the auditors have become mere agents of an enforcement objective" (Attorney General for Ontario's factum, at para. 49).

(2) Our View

Analysis must begin with the words of the Act, and the proper construction of ss. 231.1(1) and 231.2(1). The approach to statutory interpretation can be easily stated: one is to seek the intent of Parliament by reading the words of the provision in context and according to their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and the object of the statute (*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87).

By their express terms, both ss. 231.1(1) and 231.2(1) are available "for any purpose related to the administration or enforcement" or, in French, "*pour l'application et l'exécution*" of the ITA. Although these terms are, at first glance, extremely broad, we ultimately come to the conclusion that, in the entire context, they do not include the prosecution of s. 239 offences.

As several of this Court's recent cases have illustrated, the words employed in the English and French versions of a federal statute are equally

Les procureurs généraux de l'Ontario et du Québec, intervenants, appuient la position de l'intimée. En ce qui concerne l'utilisation appropriée des par. 231.1(1) et 231.2(1), le procureur général du Québec adopte une approche fondée sur un [TRADUCTION] « objet unique » semblable à celle que préconise l'intimée. Quant au procureur général de l'Ontario, il allègue qu'il n'existe pas d'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée dans le cas de renseignements incriminants recueillis conformément aux pouvoirs réglementaires; cependant, la doctrine de l'abus de procédure et l'art. 7 de la *Charte* pourraient s'appliquer dans des cas de conduite irrégulière, notamment [TRADUCTION] « lorsqu'il n'existe plus d'intérêt légitime à effectuer une vérification et que les vérificateurs sont devenus de simples agents d'application de la loi » (mémoire du procureur général de l'Ontario, par. 49).

(2) Notre point de vue

Notre analyse doit commencer par celle des termes de la Loi et par l'interprétation juste des par. 231.1(1) et 231.2(1). Il est facile de décrire la méthode d'interprétation des lois : il faut déterminer l'intention du législateur et, à cette fin, lire les termes de la loi dans leur contexte, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit et l'objet de la loi (*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 12; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87).

Comme ils le prévoient expressément, les par. 231.1(1) et 231.2(1) sont destinés à être utilisés « pour l'application et l'exécution » ou, en anglais, « *for any purpose related to the administration or enforcement* » de la LIR. Bien que ces expressions soient à première vue extrêmement générales, nous concluons en dernière analyse que, compte tenu de l'ensemble du contexte, elles n'incluent pas la poursuite des infractions prévues à l'art. 239.

Comme plusieurs des arrêts récents de notre Cour l'ont illustré, les termes employés dans les versions anglaise et française d'une loi fédérale

76

2002 SCC 73 (CanLII)

77

78

79

authoritative and should be read together in order to ascertain the proper meaning of the terms. The meaning of “administration” is clear. On the other hand, the ordinary sense of the term “enforcement” could conceivably encompass both assessment of tax liability and prosecution of offences (the *Oxford English Reference Dictionary* (2nd ed. 1996) defines “enforce” as “compel observance of (a law etc.)”). As for the French version, it provides negligible assistance here, since the two terms are rendered in equally wide scope, as “*l’application et l’exécution*”. Hence, the question remains: does “enforcement” of the ITA include the prosecution of the s. 239 criminal offences?

font pareillement autorité et il faut les lire conjointement pour dégager l’interprétation qu’il convient de leur attribuer. En anglais, le sens du terme « *administration* » est clair. Par contre, le sens ordinaire du terme « *enforcement* » pourrait théoriquement comprendre à la fois l’évaluation d’une obligation fiscale et la poursuite des infractions (l’*Oxford English Reference Dictionary* (2^e éd. 1996), définit le terme « *enforce* » comme [TRADUCTION] « le fait de contraindre à l’observation (notamment d’une loi) ». Quant à elle, la version française n’est pas d’un grand secours en l’espèce, car les termes « *application* » et « *exécution* » ont une portée aussi vaste l’un que l’autre. La question demeure donc de savoir si le terme « *enforcement* » figurant dans la LIR inclut la poursuite des infractions criminelles visées à l’art. 239.

80

This Court considered the scope of the requirement power in *Canadian Bank of Commerce v. Canada (Attorney General)*, [1962] S.C.R. 729, and *James Richardson & Sons, Ltd. v. M.N.R.*, [1984] 1 S.C.R. 614. At p. 625 of the *Richardson* case, Wilson J. held that the provision could not be employed for a “fishing expedition”, and that it was “only available to the Minister to obtain information relevant to the tax liability of some specific person or persons if the tax liability of such person or persons is the subject of a genuine and serious inquiry”.

Notre Cour a examiné l’étendue du pouvoir de demande péremptoire dans les arrêts *Canadian Bank of Commerce c. Canada (Attorney General)*, [1962] R.C.S. 729, et *James Richardson & Sons, Ltd. c. M.R.N.*, [1984] 1 R.C.S. 614. À la page 625 de l’arrêt *Richardson*, le juge Wilson conclut que cette disposition ne peut servir pour faire une « recherche à l’aveuglette » et que « le Ministre ne peut [y] recourir [. . .] pour obtenir des renseignements sur l’assujettissement à l’impôt d’une seule ou de plusieurs personnes déterminées que si leur assujettissement fait l’objet d’une enquête véritable est sérieuse ».

81

The respondent’s interpretation of “proper questions” for the purposes of s. 231.1(1)(d) implies that the words “administration or enforcement”, as they are used in the context of s. 231.1(1), do not extend to the investigation of ITA offences. Additionally and, in our view, more significantly, it is useful to contrast the language of ss. 231.1(1) and 231.2(1) with that of s. 231.3(1), which sets out an *ex parte* application process for a warrant to search “for any document or thing that may afford evidence [of] the commission of [the] offence under this Act” (emphasis added). The existence of a prior authorization procedure where the commission of an offence is suspected creates a strong inference that the separate statutory inspection and

L’interprétation que l’intimée propose de l’expression « questions pertinentes » pour l’application de l’al. 231.1(1)d) laisse entendre que les termes « application et [. . .] exécution », tels qu’ils sont utilisés dans le contexte du par. 231.1(1), ne visent pas les enquêtes relatives aux infractions à la LIR. Il est aussi utile et, selon nous, encore plus révélateur, de comparer le libellé des par. 231.1(1) et 231.2(1) à celui du par. 231.3(1), qui prévoit un processus de requête *ex parte* en vue d’obtenir un mandat de perquisition permettant de chercher « des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration d’une infraction à la présente loi » (je souligne). L’existence d’une procédure d’autorisation préalable lorsque l’on

requirement powers are unavailable to further a prosecutorial investigation.

In response to a question put to him during the appeal, counsel for the respondent submitted that the s. 231.3(1) warrant power was “residual”, in the sense that it was intended to provide protection against the eventuality that a taxpayer, informed of an audit against him or her, would destroy his or her records in order to be charged with non-compliance under s. 238 rather than evasion under s. 239; the theory advanced being that the warrant, because of its being issued *ex parte*, would allow the authorities to act before the taxpayer were even aware of the audit.

We cannot accept that argument. First, we find it difficult to imagine why Parliament, if it truly desired to create such a safeguard for tax assessment purposes, would attach three such onerous pre-requisites to its issuance. The s. 231.3 warrant issues only in circumstances where the judge is satisfied that there are reasonable grounds to believe: that an ITA offence was committed (s. 231.3(3)(a)); that a document or thing affording evidence of the offence is likely to be found (s. 231.3(3)(b)); and that the place specified in the application for the warrant is likely to contain the document or thing (s. 231.3(3)(c)). Plainly, s. 231.3 is concerned with offences against the Act, and not with auditorial verifications. It follows that the s. 231.3 warrant covers generally the same ground as does the *Criminal Code*’s s. 487 warrant (see *R. v. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 S.C.R. 624), which was in fact the route chosen by Revenue Canada to obtain evidence of the offences in the present case. According to one expert, it is now the CCRA’s standard practice to use s. 487 of the *Criminal Code* rather than s. 231.3 of the ITA: see Krishna, *supra*, at p. 810. Second, and perhaps more fundamentally, Parliament made it an offence under s. 239(1)(b) to destroy records or books of account; substituting a charge under

soupçonne qu’une infraction a été commise crée une forte inférence selon laquelle il n’est pas possible d’exercer les pouvoirs distincts d’inspection et de demande péremptoire pour mener une enquête criminelle.

En réponse à une question qui lui a été posée au cours de l’audition, le procureur de l’intimée a avancé que le pouvoir d’un juge de décerner un mandat en vertu du par. 231.3(1) constituait un pouvoir [TRADUCTION] « résiduel » en ce sens qu’il vise à écarter la possibilité qu’un contribuable, informé de la tenue d’une vérification à son sujet, détruise ses registres de façon à pouvoir être inculpé d’inobservation de la loi en application de l’art. 238, plutôt que de fraude fiscale sous le régime de l’art. 239; selon l’hypothèse avancée, la délivrance *ex parte* du mandat permettrait aux autorités d’agir avant que le contribuable soit même au courant de la vérification.

Nous ne pouvons retenir cet argument. Premièrement, nous pouvons difficilement imaginer pourquoi le législateur, s’il désirait réellement créer une telle mesure de protection pour fins d’évaluation de l’obligation fiscale, aurait établi trois conditions préalables aussi sévères à la délivrance d’un mandat de perquisition. En effet, le juge ne décerne le mandat de perquisition visé à l’art. 231.3 que s’il est convaincu qu’il existe des motifs raisonnables de croire ce qui suit : une infraction prévue par la LIR a été commise (al. 231.3(3)a)); des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration de l’infraction seront vraisemblablement trouvés (al. 231.3(3)b)); l’endroit précisé dans la requête contient vraisemblablement de tels documents ou choses (al. 231.3(3)c)). De toute évidence, l’art. 231.3 vise les infractions à la Loi, et non les vérifications. Il s’ensuit que le mandat prévu par l’art. 231.3 s’applique généralement à des situations couvertes par le mandat de perquisition décerné en vertu de l’art. 487 du *Code criminel* (voir l’arrêt *R. c. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624), voie qu’a effectivement privilégiée Revenu Canada en l’espèce pour recueillir des éléments de preuve relativement aux infractions. Selon un expert, l’ADRC a maintenant pour pratique de recourir habituellement à l’art. 487

82

2002 SCC 73 (CanLII)

83

one paragraph of s. 239(1) for another would be a Pyrrhic victory for the miscreant taxpayer.

du *Code criminel* plutôt qu'à l'art. 231.3 de la LIR : voir Krishna, *op. cit.*, p. 810. Deuxièmement, et ceci nous semble peut-être plus fondamental, le législateur fédéral a criminalisé à l'al. 239(1)b) le fait de détruire des registres ou des livres de comptes; substituer une accusation visée à un alinéa du par. 239(1) par une autre constituerait une victoire à la Pyrrhus pour le contribuable sans foi ni loi.

84 Although the taxpayer and the CCRA are in opposing positions during an audit, when the CCRA exercises its investigative function they are in a more traditional adversarial relationship because of the liberty interest that is at stake. In these reasons, we refer to the latter as the adversarial relationship. It follows that there must be some measure of separation between the audit and investigative functions within the CCRA. Of course, having determined this, it remains for us to determine the bounds between the ITA audit and investigation and then to discuss the legal consequences. To this, we now turn.

D. *Delineating the Bounds Between Audit and Investigation: Nature of the Inquiry*

85 We have been directed to a plethora of cases that have attempted to draw the line between audit and investigation for income tax purposes. There is a lack of consensus on the matter. Some courts have stated that the investigation begins at the time when there are reasonable and probable grounds to believe that an offence has occurred: see *R. v. Bjellebo*, [1999] O.J. No. 965 (QL) (Gen. Div.), at para. 171; *R. v. Pheasant*, [2001] G.S.T.C. 8 (Ont. C.J.), at para. 68; *R. v. Chusid* (2001), 57 O.R. (3d) 20 (S.C.J.), at para. 61.

86 Some cases have referred to “reasonable suspicions” of an offence as engaging the audit/investigation tripwire: *R. v. Roberts*, [1998] B.C.J. No. 3184 (QL) (Prov. Ct.), at paras. 39-40; *R. v. Dial Drug Stores Ltd.* (2001), 52 O.R. (3d) 367 (C.J.), at p. 387. Still other cases have held that the test is one of “predominant purpose”: see the lower court judgments in the case at bar; *Samson v. Canada*, [1995] 3 F.C. 306 (C.A.), leave to appeal refused,

Le contribuable et l'ADRC ont des intérêts opposés à l'étape de la vérification, mais lorsque l'ADRC exerce sa fonction d'enquête, ils se trouvent dans une relation de nature contradictoire plus traditionnelle en raison du droit à la liberté qui est alors en jeu. Dans les présents motifs, c'est ce dernier type de relation que nous appelons la relation de nature contradictoire. Il s'ensuit qu'il doit exister une certaine séparation entre les fonctions de vérification et d'enquête au sein de l'ADRC. Ayant statué sur ce point, il nous reste bien entendu à délimiter la frontière entre la vérification et l'enquête sous le régime de la LIR et à en examiner les conséquences juridiques. C'est ce que nous ferons maintenant.

D. *La délimitation de la frontière entre une vérification et une enquête : la nature de l'examen*

On a porté à notre attention une pléthore de décisions dans lesquelles les tribunaux ont tenté de tracer la ligne de démarcation entre une vérification et une enquête pour les besoins de l'impôt sur le revenu. Il n'existe pas de consensus sur cette question. Certains tribunaux ont affirmé que l'enquête commence au moment où il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'il y a eu perpétration d'une infraction : voir *R. c. Bjellebo*, [1999] O.J. No. 965 (QL) (Div. gén.), par. 171; *R. c. Pheasant*, [2001] G.S.T.C. 8 (C.J. Ont.), par. 68; *R. c. Chusid* (2001), 57 O.R. (3d) 20 (C.S.J.), par. 61.

Dans certaines décisions, les tribunaux affirment que c'est l'existence de [TRADUCTION] « soupçons raisonnables » quant à la perpétration d'une infraction qui déclenche la transformation d'une vérification en enquête : *R. c. Roberts*, [1998] B.C.J. No. 3184 (QL) (C. prov.), par. 39-40; *R. c. Dial Drug Stores Ltd.* (2001), 52 O.R. (3d) 367 (C.J.), p. 387. Cependant, d'autres ont statué que le critère est celui de [TRADUCTION] « l'objet prédominant » :

[1996] 1 S.C.R. ix (*sub nom. Samson v. Addy*); *R. v. Yip* (2000), 278 A.R. 124, 2000 ABQB 873, at para. 34; *R. v. Anderson* (2001), 209 Sask. R. 117, 2001 SKQB 334, at para. 36; *R. v. Seaside Chevrolet Oldsmobile Ltd.* (2002), 248 N.B.R. (2d) 132, 2002 NBPC 5, at para. 51. Another has purported to have applied the same test, only to find that the predominant purpose will always be investigatory when “matters are placed in the hands of” Special Investigations Section: see *R. v. Warawa* (1997), 208 A.R. 81 (Q.B.), at paras. 11-12 and 134.

In *Norway Insulation*, *supra*, LaForme J. held, at p. 437, that the regulatory nature of an inquiry “changed after Special Investigations became involved and directed the subsequent work”. He also agreed with the trial judge (reasons at [1995] 2 C.T.C. 451 (Ont. Ct. (Prov. Div.)) that it was when the first auditor developed the opinion, ultimately erroneous, that there was “sufficient evidence” of an offence, that the inquiry changed hue. Finally, in *R. v. Coghlan*, [1994] 1 C.T.C. 164 (Ont. Ct. (Prov. Div.)), at p. 172, Judge Ratushny opined that it was only when “Revenue Canada decides to lay criminal charges” that the criminal investigation begins. Otherwise, “the searches or seizures are for the bona fide purpose of determining compliance with the *Income Tax Act*, whether or not Revenue Canada suspects a criminal offence during that time” (*ibid.*). *Coghlan* was followed in *Gorenko v. La Reine*, [1997] R.J.Q. 2482 (Sup. Ct.), at p. 2500 (aff’d [1999] Q.J. No. 6268 (QL) (C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted and appeal discontinued, [2000] 2 S.C.R. ix).

In our view, where the predominant purpose of a particular inquiry is the determination of penal liability, CCRA officials must relinquish the

voir les décisions des tribunaux d’instance inférieure en l’espèce; *Samson c. Canada*, [1995] 3 C.F. 306 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1996] 1 R.C.S. ix (*sub nom. Samson c. Addy*); *R. c. Yip* (2000), 278 A.R. 124, 2000 ABQB 873, par. 34; *R. c. Anderson* (2001), 209 Sask. R. 117, 2001 SKQB 334, par. 36; *R. c. Seaside Chevrolet Oldsmobile Ltd.* (2002), 248 R.N.-B. (2^e) 132, 2002 NBPC 5, par. 51. Un autre tribunal a expressément voulu appliquer le même critère pour enfin conclure que l’objet prédominant consiste toujours à mener une enquête lorsque [TRADUCTION] « l’examen des questions » sera confié à la Section des enquêtes spéciales : voir l’arrêt *R. c. Warawa* (1997), 208 A.R. 81 (B.R.), par. 11-12 et 134.

Dans l’affaire *Norway Insulation*, précitée, le juge LaForme a conclu à la p. 437, que le caractère réglementaire d’un examen [TRADUCTION] « avait changé au moment où les Enquêtes spéciales étaient intervenues et avaient dirigé le travail accompli par la suite ». Il a également souscrit à l’opinion du juge de première instance (motifs publiés à [1995] 2 C.T.C. 451 (C. Ont. (Div. prov.)) selon laquelle c’était au moment où le premier vérificateur avait formé l’opinion, erronée en dernière analyse, qu’il existait une [TRADUCTION] « preuve suffisante » de la perpétration d’une infraction que l’examen avait changé d’orientation. Enfin, dans l’affaire *R. c. Coghlan*, [1994] 1 C.T.C. 164 (C. Ont. (Div. prov.)), p. 172, le juge Ratushny a exprimé l’avis que c’est seulement lorsque [TRADUCTION] « Revenu Canada décide de porter des accusations criminelles » que commence l’enquête criminelle. Sinon, [TRADUCTION] « l’objet véritable des fouilles, perquisitions ou saisies est de vérifier la conformité avec la *Loi de l’impôt sur le revenu*, que Revenu Canada ait ou non alors des soupçons relativement à la perpétration d’une infraction criminelle » (*ibid.*). La décision *Coghlan* a été suivie dans *Gorenko c. La Reine*, [1997] R.J.Q. 2482 (C.S.), p. 2500 (conf. par [1999] J.Q. n° 6268 (QL) (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, suivie d’un désistement : [2000] 2 R.C.S. ix).

À notre avis, lorsqu’un examen dans un cas particulier a pour objet prédominant d’établir la responsabilité pénale du contribuable, les fonctionnaires

authority to use the inspection and requirement powers under ss. 231.1(1) and 231.2(1). In essence, officials “cross the Rubicon” when the inquiry in question engages the adversarial relationship between the taxpayer and the state. There is no clear formula that can answer whether or not this is the case. Rather, to determine whether the predominant purpose of the inquiry in question is the determination of penal liability, one must look to all factors that bear upon the nature of that inquiry.

89

To begin with, the mere existence of reasonable grounds that an offence may have occurred is by itself insufficient to support the conclusion that the predominant purpose of an inquiry is the determination of penal liability. Even where reasonable grounds to suspect an offence exist, it will not always be true that the predominant purpose of an inquiry is the determination of penal liability. In this regard, courts must guard against creating procedural shackles on regulatory officials; it would be undesirable to “force the regulatory hand” by removing the possibility of seeking the lesser administrative penalties on every occasion in which reasonable grounds existed of more culpable conduct. This point was clearly stated in *McKinlay Transport, supra*, at p. 648, where Wilson J. wrote: “The Minister must be capable of exercising these [broad supervisory] powers whether or not he has reasonable grounds for believing that a particular taxpayer has breached the Act.” While reasonable grounds indeed constitute a necessary condition for the issuance of a search warrant to further a criminal investigation (s. 231.3 of the ITA; *Criminal Code*, s. 487), and might in certain cases serve to indicate that the audit powers were misused, their existence is not a sufficient indicator that the CCRA is conducting a *de facto* investigation. In most cases, if all ingredients of an offence are reasonably thought to have occurred, it is likely that the investigation function is triggered.

de l’ADRC doivent renoncer à leur faculté d’utiliser les pouvoirs d’inspection et de demande péremptoire que leur confèrent les par. 231.1(1) et 231.2(1). Essentiellement, les fonctionnaires [TRADUCTION] « franchissent le Rubicon » lorsque l’examen crée la relation contradictoire entre le contribuable et l’État. Il n’existe pas de méthode claire pour décider si tel est le cas. Pour déterminer si l’objet prédominant d’un examen consiste à établir la responsabilité pénale du contribuable, il faut plutôt examiner l’ensemble des facteurs qui ont une incidence sur la nature de cet examen.

D’abord, la simple existence de motifs raisonnables de croire qu’il peut y avoir eu perpétration d’une infraction est insuffisante en soi pour conclure que l’objet prédominant d’un examen consiste à établir la responsabilité pénale du contribuable. Même lorsqu’il existe des motifs raisonnables de soupçonner la perpétration d’une infraction, il ne sera pas toujours exact de dire que l’objet prédominant de l’examen est d’établir la responsabilité pénale du contribuable. À cet égard, les tribunaux doivent se garder d’imposer des entraves de nature procédurale aux fonctionnaires; il ne serait pas souhaitable de [TRADUCTION] « forcer la main des autorités réglementaires » en les privant de la possibilité de recourir à des peines administratives moindres chaque fois qu’il existe des motifs raisonnables de croire à l’existence d’une conduite plus coupable. Ce point a été exprimé clairement dans l’arrêt *McKinlay Transport*, précité, p. 648, où le juge Wilson affirme : « Le Ministre doit être capable d’exercer ces [larges] pouvoirs [de surveillance], qu’il ait ou non des motifs raisonnables de croire qu’un certain contribuable a violé la Loi ». Bien que l’existence de motifs raisonnables constitue en fait une condition nécessaire à la délivrance d’un mandat de perquisition pour mener une enquête criminelle (art. 231.3 de la LIR et 487 du *Code criminel*) et pourrait, dans certains cas, indiquer que les pouvoirs de vérification ont été utilisés à mauvais escient, cet élément ne suffit pas pour établir que l’ADRC mène une enquête *de facto*. Dans la plupart des cas, si l’on croit raisonnablement à la présence de tous les éléments d’une infraction, il est probable que le processus d’enquête sera enclenché.

All the more, the test cannot be set at the level of mere suspicion that an offence has occurred. Auditors may, during the course of their inspections, suspect all manner of taxpayer wrongdoing, but it certainly cannot be the case that, from the moment such suspicion is formed, an investigation has begun. On what evidence could investigators ever obtain a search warrant if the whiff of suspicion were enough to freeze auditorial fact-finding? The state interest in prosecuting those who wilfully evade their taxes is of great importance, and we should be careful to avoid rendering nugatory the state's ability to investigate and obtain evidence of these offences.

The other pole of the continuum is no more attractive. It would be a fiction to say that the adversarial relationship only comes into being when charges are laid. Logically, this will only happen once the investigators believe that they have obtained evidence that indicates wrongdoing. Because the s. 239 offences contain an element of mental culpability, the state will, one must presume, usually have some evidence that the accused satisfied the *mens rea* requirements before laying an information or preferring an indictment. The active collection of such evidence indicates that the adversarial relationship has been engaged, since it is irrelevant to the determination of tax liability. Moreover, although there are judicial controls on the unauthorized exercise of power (*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3, 2002 SCC 57, at para. 25), we believe that allowing CCRA officials to employ ss. 231.1(1) and 231.2(1) until the point where charges are laid, might promote bad faith on the part of the prosecutors. Quite conceivably, situations may arise in which charges are delayed in order to compel the taxpayer to provide evidence against himself or herself for the purposes of a s. 239 prosecution. Although the respondent argued that such situations could be remedied by the courts, we view it as preferable that such situations be avoided rather than

On peut encore moins retenir comme critère le simple soupçon qu'une infraction a été commise. Au cours de sa vérification, le vérificateur peut soupçonner toutes sortes de conduites répréhensibles, mais on ne peut certainement pas affirmer qu'une enquête est enclenchée dès l'apparition d'un soupçon. Sur le fondement de quels éléments de preuve un enquêteur pourrait-il obtenir un mandat de perquisition si un vague soupçon était suffisant pour bloquer le processus de vérification qui permet d'établir les faits? L'intérêt qu'a l'État à poursuivre ceux qui éludent volontairement le paiement d'un impôt revêt une grande importance, et nous devons nous garder de neutraliser la capacité de l'État d'enquêter et de recueillir des éléments de preuve de la perpétration de ces infractions.

L'autre extrême ne semble pas mieux convenir. Ce serait une fiction de dire que la relation de nature contradictoire ne prend naissance qu'au moment du dépôt des accusations. En toute logique, cela ne se produira qu'une fois que les enquêteurs croiront avoir obtenu la preuve de l'existence d'une conduite répréhensible. Puisque les infractions visées à l'art. 239 comportent un élément de culpabilité morale, il faut présumer que l'État disposera habituellement d'une preuve que l'accusé avait la *mens rea* requise avant de déposer une dénonciation ou de présenter un acte d'accusation. La collecte active de ces éléments de preuve indique que la relation de nature contradictoire a pris naissance puisqu'il s'agit là d'un aspect non pertinent pour l'évaluation de l'obligation fiscale. Par ailleurs, bien qu'il existe des mécanismes de contrôle judiciaire de l'exercice non autorisé d'un pouvoir (*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, 2002 CSC 57, par. 25), nous sommes d'avis que permettre aux fonctionnaires de l'ADRC d'avoir recours à l'application des par. 231.1(1) et 231.2(1) jusqu'au dépôt des accusations pourrait favoriser la mauvaise foi chez les poursuivants. Il est tout à fait concevable qu'il puisse survenir des situations où le dépôt des accusations sera retardé afin de contraindre le contribuable à fournir des éléments de preuve contre lui-même pour les besoins d'une poursuite sous le régime de l'art. 239. Bien que l'intimée ait soutenu

remedied. It is for this reason that the test is as set out above.

92 Whether a matter has been sent to the investigations section is another factor in determining whether the adversarial relationship exists. Again, though, this, by itself, is not determinative. An auditor's recommendation that investigators look at a file might result in nothing in the way of a criminal investigation since there is always the possibility that the file will be sent back. Still, if, in an auditor's judgment, a matter should be sent to the investigators, a court must examine the following behaviour very closely. If the file is sent back, does it appear that the investigators have actually declined to take up the case and have returned the matter so that the audit can be completed? Or, does it appear, rather, that they have sent the file back as a matter of expediency, so that the auditor may use ss. 231.1(1) and 231.2(1) to obtain evidence for a prosecution (as was found to be the case in *Norway Insulation*, *supra*)?

93 To reiterate, the determination of when the relationship between the state and the individual has reached the point where it is effectively adversarial is a contextual one, which takes account of all relevant factors. In our opinion, the following list of factors will assist in ascertaining whether the predominant purpose of an inquiry is the determination of penal liability. Apart from a clear decision to pursue a criminal investigation, no one factor is necessarily determinative in and of itself, but courts must assess the totality of the circumstances, and make a determination as to whether the inquiry or question in issue engages the adversarial relationship between the state and the individual.

94 In this connection, the trial judge will look at all factors, including but not limited to such questions as:

(a) Did the authorities have reasonable grounds to lay charges? Does it appear from the record that

que les tribunaux pourraient remédier à de telles situations, nous estimons préférable de les éviter plutôt que d'y remédier. C'est pourquoi le critère applicable est celui exposé précédemment.

Le fait que le dossier a été ou non transmis à la section des enquêtes constitue un autre facteur à prendre en compte pour déterminer s'il existe une relation de nature contradictoire. Encore une fois, ce facteur n'est pas déterminant en soi. Même lorsqu'un vérificateur recommande que les enquêteurs examinent un dossier, il se peut qu'aucune enquête criminelle ne soit engagée, car il est toujours possible que le dossier soit retourné à la vérification. Cependant, si un vérificateur est d'avis qu'un dossier devrait être envoyé aux enquêteurs, le tribunal doit examiner très attentivement ce qui se passe ensuite. Si le dossier est retourné à la vérification, les enquêteurs ont-ils réellement décidé de ne pas examiner le dossier et l'ont-ils retourné aux vérificateurs pour que ceux-ci terminent la vérification? L'ont-ils plutôt retourné pour des raisons de commodité afin que le vérificateur puisse utiliser les par. 231.1(1) et 231.2(1) pour obtenir des éléments de preuve pour les besoins d'une poursuite (comme le tribunal l'a constaté dans l'affaire *Norway Insulation*, précitée)?

Rappelons que, pour déterminer à quel moment la relation entre l'État et le particulier est effectivement devenue une relation de nature contradictoire, il faut tenir compte du contexte, en examinant tous les facteurs pertinents. À notre avis, la liste suivante de facteurs sera utile pour déterminer si un examen a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable. À l'exception de la décision claire de procéder à une enquête criminelle, aucun facteur n'est nécessairement déterminant en soi. Les tribunaux doivent plutôt apprécier l'ensemble des circonstances et déterminer si l'examen ou la question en cause crée une relation de nature contradictoire entre l'État et le particulier.

À cet égard, le juge de première instance examinera tous les facteurs, y compris les suivants :

a) Les autorités avaient-elles des motifs raisonnables de porter des accusations? Semble-t-il,

a decision to proceed with a criminal investigation could have been made?

(b) Was the general conduct of the authorities such that it was consistent with the pursuit of a criminal investigation?

(c) Had the auditor transferred his or her files and materials to the investigators?

(d) Was the conduct of the auditor such that he or she was effectively acting as an agent for the investigators?

(e) Does it appear that the investigators intended to use the auditor as their agent in the collection of evidence?

(f) Is the evidence sought relevant to taxpayer liability generally? Or, as is the case with evidence as to the taxpayer's *mens rea*, is the evidence relevant only to the taxpayer's penal liability?

(g) Are there any other circumstances or factors that can lead the trial judge to the conclusion that the compliance audit had in reality become a criminal investigation?

It should also be noted that in this case we are dealing with the CCRA. However, there may well be other provincial or federal governmental departments or agencies that have different organizational settings which in turn may mean that the above factors, as well as others, will have to be applied in those particular contexts.

E. Charter Consequences

With respect to the consequences related to s. 8 of the *Charter*, *McKinlay Transport*, *supra*, makes it clear that taxpayers have very little privacy interest in the materials and records that they are obliged to keep under the ITA, and that they are obliged to produce during an audit. Moreover, once an auditor has inspected or required a given document under ss. 231.1(1) and 231.2(1), the taxpayer cannot truly be said to have a reasonable expectation that

au vu du dossier, que l'on aurait pu prendre la décision de procéder à une enquête criminelle?

b) L'ensemble de la conduite des autorités donnait-elle à croire que celles-ci procédaient à une enquête criminelle?

c) Le vérificateur avait-il transféré son dossier et ses documents aux enquêteurs?

d) La conduite du vérificateur donnait-elle à croire qu'il agissait en fait comme un mandataire des enquêteurs?

e) Semble-t-il que les enquêteurs aient eu l'intention d'utiliser le vérificateur comme leur mandataire pour recueillir des éléments de preuve?

f) La preuve recherchée est-elle pertinente quant à la responsabilité générale du contribuable ou, au contraire, uniquement quant à sa responsabilité pénale, comme dans le cas de la preuve de la *mens rea*?

g) Existe-t-il d'autres circonstances ou facteurs susceptibles d'amener le juge de première instance à conclure que la vérification de la conformité à la loi était en réalité devenue une enquête criminelle?

Il faut aussi souligner que le présent pourvoi concerne l'ADRC. Il se pourrait toutefois que d'autres ministères ou organismes gouvernementaux fédéraux ou provinciaux aient des structures organisationnelles différentes. Il pourrait alors être nécessaire, pour cette raison, d'appliquer certains facteurs, dont les facteurs qui précèdent, en tenant compte de leur contexte particulier.

E. Conséquences sur l'application de la Charte

En ce qui concerne l'application de l'art. 8 de la *Charte*, l'arrêt *McKinlay Transport*, précité, établit clairement que le droit au respect de la vie privée du contribuable est très restreint en ce qui concerne les documents et registres qu'il doit tenir conformément à la LIR et produire au cours d'une vérification. En outre, lorsque le vérificateur a examiné ou exigé un document en vertu des par. 231.1(1) et 231.2(1), on ne peut véritablement prétendre que le contribuable

the auditor will guard its confidentiality. It is well known, as Laskin C.J. stated in *Smerchanski*, *supra*, at p. 32, that “[t]he threat of prosecution underlies every tax return if a false statement is knowingly made in it”. It follows that there is nothing preventing auditors from passing to investigators their files containing validly obtained audit materials. That is, there is no principle of use immunity that prevents the investigators, in the exercise of their investigative function, from making use of evidence obtained through the proper exercise of the CCRA’s audit function. Nor, in respect of validly obtained audit information, is there any principle of derivative use immunity that would require the trial judge to apply the “but for” test from *S. (R.J.)*, *supra*. If a particular piece of evidence comes to light as a result of the information validly contained in the auditor’s file, then investigators may make use of it.

s’attendait raisonnablement à ce que le vérificateur en préserve la confidentialité. Comme le juge en chef Laskin l’a affirmé dans l’arrêt *Smerchanski*, précité, p. 32, il est bien établi qu’« [a]ucune déclaration d’impôt n’échappe à la menace de poursuites en cas de déclaration frauduleuse délibérée ». Il s’ensuit donc que rien n’empêche les vérificateurs de transmettre leurs dossiers, qui renferment des documents de vérification validement obtenus, aux enquêteurs. Ainsi, aucun principe d’immunité contre l’utilisation n’empêche les enquêteurs, dans l’exercice de leur fonction d’enquête, d’utiliser des éléments de preuve obtenus dans l’exercice régulier de la fonction de vérification de l’ADRC. En ce qui concerne les renseignements validement obtenus au cours d’une vérification, il n’existe pas non plus de principe d’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée qui exigerait du juge de première instance qu’il applique le critère « n’eût été » formulé dans *S. (R.J.)*, précité. Lorsque des renseignements validement contenus dans le dossier du vérificateur révèlent un élément de preuve particulier, les enquêteurs peuvent l’utiliser.

96

On the other hand, with respect to s. 7 of the *Charter*, when the predominant purpose of a question or inquiry is the determination of penal liability, the “full panoply” of *Charter* rights are engaged for the taxpayer’s protection. There are a number of consequences that flow from this. First, no further statements may be compelled from the taxpayer by way of s. 231.1(1)(d) for the purpose of advancing the criminal investigation. Likewise, no written documents may be inspected or examined, except by way of judicial warrant under s. 231.3 of the ITA or s. 487 of the *Criminal Code*, and no documents may be required, from the taxpayer or any third party for the purpose of advancing the criminal investigation. CCRA officials conducting inquiries, the predominant purpose of which is the determination of penal liability, do not have the benefit of the ss. 231.1(1) and 231.2(1) requirement powers.

Par contre, en ce qui concerne l’application de l’art. 7 de la *Charte*, lorsqu’un examen ou une question a pour objet prédominant d’établir la responsabilité pénale du contribuable, « toute la panoplie » des droits garantis par la *Charte* entrent en jeu pour le protéger. Il en résulte certaines conséquences. Premièrement, le contribuable ne peut être contraint de faire aucune nouvelle déclaration sous le régime de l’al. 231.1(1)d) pour faire progresser l’enquête criminelle. De même, aucun document écrit ne peut être inspecté ni examiné, sauf sur obtention d’un mandat judiciaire sous le régime des art. 231.3 de la LIR ou 487 du *Code criminel*, et ni le contribuable, ni les tiers ne peuvent être contraints à produire des documents pour les besoins de l’enquête criminelle. Les fonctionnaires de l’ADRC qui procèdent à un examen ayant pour objet prédominant d’établir la responsabilité pénale du contribuable ne peuvent exercer les pouvoirs de contrainte conférés par les par. 231.1(1) et 231.2(1).

97

The predominant purpose test does not thereby prevent the CCRA from conducting parallel criminal investigations and administrative audits. The fact

Le critère de l’objet prédominant n’empêche pas l’ADRC de mener parallèlement une enquête criminelle et une vérification administrative. Le fait

that the CCRA is investigating a taxpayer's penal liability, does not preclude the possibility of a simultaneous investigation, the predominant purpose of which is a determination of the same taxpayer's tax liability. However, if an investigation into penal liability is subsequently commenced, the investigators can avail themselves of that information obtained pursuant to the audit powers prior to the commencement of the criminal investigation, but not with respect to information obtained pursuant to such powers subsequent to the commencement of the investigation into penal liability. This is no less true where the investigations into penal liability and tax liability are in respect of the same tax period. So long as the predominant purpose of the parallel investigation actually is the determination of tax liability, the auditors may continue to resort to ss. 231.1(1) and 231.2(1). It may well be that there will be circumstances in which the CCRA officials conducting the tax liability inquiry will desire to inform the taxpayer that a criminal investigation also is under way and that the taxpayer is not obliged to comply with the requirement powers of ss. 231.1(1) and 231.2(1) for the purposes of the criminal investigation. On the other hand, the authorities may wish to avail themselves of the search warrant procedures under ss. 231.3 of the ITA or 487 of the *Criminal Code* to access the documents necessary to advance the criminal investigation. Put another way, the requirement powers of ss. 231.1(1) and 231.2(1) cannot be used to compel oral statements or written production for the purpose of advancing the criminal investigation.

In summary, wherever the predominant purpose of an inquiry or question is the determination of penal liability, criminal investigatory techniques must be used. As a corollary, all *Charter* protections that are relevant in the criminal context must apply.

F. Summary

By way of summary, the following points emerge:

1. Although the ITA is a regulatory statute, a distinction can be drawn between the audit

que l'ADRC enquête sur la responsabilité pénale d'un contribuable n'écarte pas la possibilité que soit menée simultanément une enquête dont l'objet prédominant consiste à évaluer l'obligation fiscale du même contribuable. Toutefois, si une enquête sur la responsabilité pénale est engagée postérieurement, les enquêteurs peuvent utiliser les renseignements obtenus conformément aux pouvoirs de vérification avant le début de l'enquête criminelle, mais non les renseignements obtenus conformément à ces pouvoirs après le début de l'enquête sur la responsabilité pénale. Cela vaut tout autant lorsque les enquêtes touchant la responsabilité pénale et l'obligation fiscale visent la même période d'imposition. Tant que l'enquête parallèle a effectivement pour objet prédominant d'évaluer l'obligation fiscale du contribuable, les vérificateurs peuvent continuer d'avoir recours aux par. 231.1(1) et 231.2(1). Il pourrait bien survenir des circonstances dans lesquelles les fonctionnaires de l'ARDC qui évaluent l'obligation fiscale du contribuable voudront l'informer qu'une enquête criminelle est également en cours et qu'il n'est pas tenu de se soumettre aux pouvoirs de contrainte prévus par les par. 231.1(1) et 231.2(1) pour les besoins de l'enquête criminelle. Par contre, les autorités pourraient décider d'avoir recours à la procédure de délivrance d'un mandat de perquisition prévue aux art. 231.3 de la LIR ou 487 du *Code criminel* pour avoir accès aux documents nécessaires à l'enquête criminelle. En d'autres termes, les pouvoirs de contrainte conférés par les par. 231.1(1) et 231.2(1) ne peuvent être exercés pour obtenir des déclarations verbales ou la production de documents écrits dans le but de faire progresser une enquête criminelle.

En bref, dès qu'un examen ou une question a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable, il faut utiliser les techniques d'enquête criminelle. À titre corollaire, toutes les garanties prévues par la *Charte*, pertinentes dans le contexte criminel, s'appliquent obligatoirement.

F. Résumé

Voici, en résumé, les points qui se dégagent :

1. Bien que la LIR soit une loi de nature réglementaire, il est possible d'établir une

and investigative powers that it grants to the Minister.

2. When, in light of all relevant circumstances, it is apparent that CCRA officials are not engaged in the verification of tax liability, but are engaged in the determination of penal liability under s. 239, the adversarial relationship between the state and the individual exists. As a result, *Charter* protections are engaged.

3. When this is the case, investigators must provide the taxpayer with a proper warning. The powers of compulsion in ss. 231.1(1) and 231.2(1) are not available, and search warrants are required in order to further the investigation.

VI. Application to the Facts of the Jarvis Case

100

Whether or not a given inquiry is auditorial or investigatory in nature is a question of mixed fact and law. It involves subjecting the facts of a case to a multi-factored legal standard (*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35) and, accordingly, Judge Fradsham's finding is not immune from appellate review.

101

In our view, although Goy-Edwards's conduct throughout her dealings with the appellant and his accountant was not praiseworthy — and at points appears deceptive — we do not think that the record rises to support a finding that she obtained information under ss. 231.1(1) and 231.2(1) while conducting an investigation, the predominant purpose of which was a determination of Jarvis's penal liability. While Goy-Edwards did on several occasions mislead the appellant and his accountant as to the status of the file, she did not use misleading tactics in order to obtain information under ss. 231.1(1) and 231.2(1) for the purpose of advancing an investigation into penal liability. Moreover, there seems to have been but minor contact between Goy-Edwards and Chang from the moment when the file

distinction entre les pouvoirs de vérification et les pouvoirs d'enquête conférés au ministre.

2. Dans le cas où il est évident, à la lumière de toutes les circonstances pertinentes, que les fonctionnaires de l'ADRC ne procèdent plus à la vérification de l'obligation fiscale, mais essaient d'établir la responsabilité pénale du contribuable sous le régime de l'art. 239, il existe une relation de nature contradictoire entre l'État et le particulier. En conséquence, les protections garanties par la *Charte* s'appliquent.

3. Dans ce cas, les enquêteurs doivent donner une mise en garde appropriée au contribuable. Les pouvoirs de contrainte visés aux par. 231.1(1) et 231.2(1) ne peuvent plus être utilisés et il faut obtenir la délivrance de mandats de perquisition pour poursuivre l'enquête.

VI. Application aux faits de l'affaire Jarvis

La question de savoir si un examen constitue une vérification ou une enquête est une question mixte de fait et de droit. Elle commande l'examen des faits au regard d'un critère juridique comportant de multiples facteurs (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 35); en conséquence, la décision du juge Fradsham n'est pas à l'abri d'un examen en appel.

À notre avis, bien que la conduite de M^{me} Goy-Edwards envers l'appelant et son comptable ne soit pas digne d'éloges, et semble avoir été parfois trompeuse, nous ne croyons pas que le dossier permet de conclure qu'elle a obtenu des renseignements au moyen des par. 231.1(1) et 231.2(1) dans le cadre d'un examen dont l'objet prédominant était d'établir la responsabilité pénale de M. Jarvis. Certes, M^{me} Goy-Edwards a induit l'appelant et son comptable en erreur à plusieurs reprises quant à l'état du dossier, mais elle n'a pas eu recours à des tactiques trompeuses afin d'obtenir des renseignements au moyen des par. 231.1(1) et 231.2(1) dans le but de faire progresser une enquête sur la responsabilité pénale du contribuable. En outre, il semble que les communications entre M^{me} Goy-Edwards et M^{me}

was transferred to Special Investigations on May 4, 1994. In brief, Goy-Edwards should undoubtedly have been truthful when asked about the status of the appellant's file, but there is no evidence to show that she used her audit powers to obtain information for prosecutorial purposes.

We do not think it was improper for Goy-Edwards to have brought her supervisor to the April 11 meeting in order to provide a "second opinion" as to whether the file should be sent to the investigative section. The auditor should not have asked if the appellant felt comfortable with the attendance of an "assistant" when that person was in fact a supervisor, but this did not change the fact that the referral to Special Investigations was the auditor's determination. So long as there has been no crystallization of the adversarial relationship, there is, in our view, nothing wrong with an auditor seeking the counsel of another before completing the transfer paperwork.

The record indicates that very little new information came to light as a result of the April 11 meeting. Goy-Edwards was seeking confirmation of a suspicion that she held that tax evasion may have occurred, but her goal in this was to determine whether to refer the file. There is no suggestion that she was seeking information to be used in an eventual prosecution, which fact is borne out by the conclusions of the Court of Queen's Bench and the Court of Appeal: much of the material that was relied upon in the Information to Obtain was already in Revenue Canada's possession. In this respect, as previously stated, it is clear that, although an investigation has been commenced, the audit powers may continue to be used, though the results of the audit cannot be used in pursuance of the investigation or prosecution.

We conclude that, on the facts of this case, the April 11 meeting did not constitute an investigation

Chang aient été très limitées à partir du moment où le dossier a été transféré aux Enquêtes spéciales le 4 mai 1994. Bref, M^{me} Goy-Edwards aurait certainement dû dire la vérité lorsqu'on lui a posé des questions sur l'état du dossier de l'appelant, mais rien ne prouve qu'elle ait cherché à utiliser ses pouvoirs de vérification pour obtenir des renseignements aux fins d'une poursuite.

À notre avis, il n'était pas irrégulier pour M^{me} Goy-Edwards de se faire accompagner par son superviseur à la rencontre du 11 avril afin d'obtenir une [TRADUCTION] « deuxième opinion » quant à savoir si le dossier devait être acheminé à la section des enquêtes. La vérificatrice n'aurait pas dû demander à l'appelant si la présence d'un « adjoint » l'incommodait, alors que cette personne était en réalité son superviseur; cependant, cela ne change rien au fait que c'est la vérificatrice qui a décidé d'acheminer le dossier aux Enquêtes spéciales. Dans la mesure où il n'y a pas eu cristallisation de la relation de nature contradictoire, à notre avis, il n'y avait rien de mal à ce que la vérificatrice obtienne conseil d'une autre personne avant de remplir les documents de transfert du dossier.

Au vu du dossier, la rencontre du 11 avril a révélé très peu de nouveaux renseignements. Madame Goy-Edwards cherchait une confirmation de ses soupçons quant à la possibilité qu'une fraude fiscale ait été commise, mais le but qu'elle visait alors était de déterminer si le dossier devait être renvoyé. Rien n'indique qu'elle cherchait à obtenir des renseignements qui seraient utilisés dans une poursuite éventuelle, ce que confirment les conclusions de la Cour du Banc de la Reine et de la Cour d'appel : la majorité des documents invoqués à l'appui de la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition étaient déjà en possession de Revenu Canada. À cet égard, comme nous l'avons déjà précisé, il est évident que l'on peut continuer d'avoir recours aux pouvoirs de vérification, même après le commencement d'une enquête, quoique les résultats de cette vérification ne puissent pas servir pour les besoins de l'enquête ou de la poursuite.

Sur le fondement des faits en l'espèce, nous concluons que la rencontre du 11 avril ne

102

103

104

into Jarvis's penal liability under s. 239 of the ITA. It follows that, other than the paragraphs struck from the Information by the trial judge as being erroneous, nothing should have been omitted from the application for the search warrant, and the warrant was therefore validly issued. Based on the application of the relevant factors as discussed above, we differ with the courts below and find that there was no investigation into penal liability prior to May 4, 1994, when Goy-Edwards filled out the Form T134 and referred her file to Special Investigations. The record establishes that Chang's efforts to determine whether reasonable grounds to obtain a search warrant commenced upon her receipt of the file, and that she concluded shortly thereafter that such grounds existed.

constituait pas une enquête sur la responsabilité pénale de M. Jarvis sous le régime de l'art. 239 de la LIR. Il s'ensuit qu'aucun renseignement, à l'exception des paragraphes que le juge du procès a retranchés de la dénonciation à cause des erreurs qu'ils comportaient, n'aurait dû être omis de la requête visant l'obtention du mandat de perquisition, et que ce mandat a donc été validement décerné. Compte tenu des facteurs pertinents examinés précédemment, nous ne partageons pas l'opinion des tribunaux d'instance inférieure et sommes d'avis qu'aucune enquête sur la responsabilité pénale n'était en cours avant le 4 mai 1994, au moment où M^{me} Goy-Edwards a rempli le formulaire T134 et a renvoyé le dossier aux Enquêtes spéciales. Au vu de la preuve, dès qu'elle a reçu le dossier, M^{me} Chang s'est efforcée de déterminer s'il existait des motifs raisonnables d'obtenir un mandat de perquisition et elle a conclu peu après à l'existence de tels motifs.

105 The searches of the appellant's residence, his accountant's residence, and Revenue Canada's Calgary office were therefore conducted pursuant to a valid warrant. The evidence obtained therefrom should be admissible in a new trial, if one is held. We point out, however, that some banking information was obtained pursuant to s. 231.2(1) requirement letters in early 1995. On the above analysis, this usage violated the appellant's s. 7 rights, since the investigation was at that point well underway. The respondent did not argue that the trial judge had erred in his application of s. 24(2) of the *Charter*, and we would therefore order that the banking records be excluded from any subsequent criminal proceedings against the appellant.

Les perquisitions effectuées à la résidence de l'appelant, à la résidence de son comptable et au bureau de Revenu Canada à Calgary ont donc été effectuées conformément à un mandat valide. Les éléments de preuve alors obtenus devraient être admissibles au cours d'un nouveau procès, le cas échéant. Cependant, nous tenons à souligner que certains renseignements bancaires ont été obtenus au début de 1995 à la suite de demandes péremptoires présentées sous le régime du par. 231.2(1). Selon l'analyse qui précède, cette façon de faire a porté atteinte aux droits garantis à l'appelant par l'art. 7 puisque l'enquête était alors bien en cours. L'intimée n'a pas soutenu que le juge du procès avait commis une erreur dans l'application du par. 24(2) de la *Charte*, et nous sommes donc d'avis d'ordonner que les registres bancaires soient exclus de toute procédure criminelle ultérieure engagée contre l'appelant.

VII. Disposition

106 Accordingly, we would dismiss the appeal, and uphold the Alberta Court of Appeal's judgment and order for a new trial.

Appeal dismissed.

VII. Dispositif

En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer le jugement de la Cour d'appel de l'Alberta et l'ordonnance de nouveau procès.

Pourvoi rejeté.

Solicitors for the appellant: Macleod Dixon, Calgary.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Scott K. Fenton, Toronto.

Procureurs de l'appellant : Macleod Dixon, Calgary.

Procureur de l'intimée : Le ministère de la Justice, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Scott K. Fenton, Toronto.